

Inhaltsverzeichnis

| | |
|------------------------------------|--------|
| Vorwort zur sechsten Auflage | VII |
| Vorwort zur Erstauflage | VIII |
| Danksagung | IX |
| Grafiken | XXXI |
| Abkürzungsverzeichnis | XXXIII |
| Literaturverzeichnis | XLV |

1. Teil. Grundlagen – die Rechtsquellen*

| | |
|---|----------|
| § 1 Juristische Methodenlehre als Begründungs- und Legitimationslehre | 1 |
| I. Der Zweck der Juristischen Methodenlehre | 2 |
| 1. Zur Notwendigkeit einer Juristischen Methodenlehre | 2 |
| a) Die Argumentation als Teil von Begründung und juristischer Entscheidung | 2 |
| b) Die postmoderne Methodenlehre als Kritik an der klassischen Methodenlehre | 3 |
| 2. Metamethodik als Ziel einer Modernen Juristischen Methodenlehre | 4 |
| a) Methodenlehre als Legitimations- und Argumentationslehre | 4 |
| b) Die Struktur dieses Werkes | 5 |
| c) Metamethodik als Sicherstellung kohärenter juristischer Argumentation ... | 7 |
| 3. Juristische Methodenlehre als Schule Juristischen Denkens | 8 |
| a) Die Schulung Juristischen Denkens in der Juristischen Ausbildung | 8 |
| b) Juristisches Denken als Juristisches Begründen | 9 |
| 4. Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Rechtsfindung | 10 |
| a) Zum globalen Anspruch juristischer Argumentationsfiguren | 10 |
| b) Europa-Artikel und Mehrebenensystem | 10 |
| c) Der nationale Richter als Unionsrichter | 11 |
| II. Juristische Methoden als Legitimationslehre | 12 |
| 1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine richterliche Entscheidung | 12 |
| a) Das Gewaltenteilungsprinzip | 12 |
| b) Legalismus | 13 |
| c) Wesentlichkeitstheorie und Gesetzlichkeitsprinzip (nullum crimen sine lege) | 13 |
| 2. Verfassungsrechtliche grundrechtsgleiche Rechte | 14 |
| a) Justizgewähranspruch, Rechtsverweigerungsverbot und Recht auf Entscheidung | 14 |
| b) Recht auf rechtliches Gehör und verfassungsrechtliche Begründungspflicht | 15 |
| c) Die Begründungspflicht auf europäischer Ebene | 17 |
| d) Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG | 18 |
| 3. Methodenlehre als Legitimationslehre zur Machtbegrenzung des Richters ... | 18 |
| a) Machtbegrenzung gegenüber dem Parlament | 18 |
| b) Machtbegrenzung gegenüber dem Bürger | 19 |
| c) Berechtigung des Richters zur Rechtsfortbildung (Art. 20 Abs. 3 GG) | 19 |
| 4. Zum Begründungsstil und zur Zitierpraxis der Gerichte in Europa | 22 |
| a) Zum Urteils- und Zitierstil nationaler Gerichte | 22 |
| b) Zum Begründungsstil des EuGH | 24 |

XI

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| III. Methodenlehre als Argumentationslehre | 25 |
| 1. Philosophie der Neuzeit: Zweifel und Begründung als Bestandteile (Juristischen) Denkens | 25 |
| 2. Wahrheitsanspruch und die streitbaren Juristen | 26 |
| a) Die vermeintlich richtige Entscheidung: One-right-answer-thesis | 26 |
| b) Das Entscheiden nach einem festen Vorverständnis | 27 |
| c) Die Begründung einer vertretbaren Entscheidung | 29 |
| 3. Zweck der Argumentationslehre | 30 |
| a) Widerlegbarkeit (Falsifizierung) falscher Ansichten | 30 |
| b) Begründung vertretbarer Ergebnisse | 31 |
| c) Synthese und die überzeugendste Lösung | 32 |
| 4. Juristische Argumentationsfiguren | 34 |
| a) These, Prämisse und Argument | 34 |
| b) Die juristische Argumentationsfigur als Prämisse für eine These | 35 |
| c) Gewichtung von Argumentationsfiguren | 35 |
| d) Begriff der juristischen Argumentationsfigur | 37 |
| 5. Juristisches Denken | 38 |
| a) Varianten Juristischen Denkens | 38 |
| b) Vertikales Denken: Deduktion, Induktion und Vorrang von höherrangigem Recht | 38 |
| c) Horizontales Denken: Vergleich und Abwägung | 39 |
| d) Komplexere Strukturen: Rechtsinnovation durch Abduktion | 40 |
| IV. Metamethodik und inhaltlicher Gerechtigkeitsanspruch | 42 |
| 1. Juristische Methodenlehre und der Gerechtigkeitsanspruch | 42 |
| a) Das vermeintlich Ungerechte an der Methodenlehre (Rüthers) | 42 |
| b) Diskurstheorien | 43 |
| 2. Rechtsfriede und Gerechtigkeit als Rechtsideen | 43 |
| a) Ausgleichende und verteilende Gerechtigkeit nach Aristoteles | 43 |
| b) Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit als Rechtsideen (Radbruch) | 44 |
| c) Menschenwürde und Rechtsgüterschutz | 45 |
| d) Sicherstellung von Freiheitsräumen | 45 |
| 3. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Argumentations- und Legitimationslehre | 46 |
| a) Menschenwürde und Radbruch'sche Formel | 46 |
| b) Der Rationalitätsanspruch der Juristischen Methodenlehre | 47 |
| c) Metamethodik und methodischer Gerechtigkeitsanspruch | 48 |
| d) Juristische Methodenlehre für Praxis und Wissenschaft – Künstliche Intelligenz | 49 |
| Zusammenfassung zu § 1 | 50 |
| § 2 Rechtsquellen | 51 |
| I. Recht und Rechtsquellen | 52 |
| 1. Kriterien zur Umschreibung von Recht | 52 |
| a) Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen | 52 |
| b) Geltung und Bindungswirkung | 53 |
| c) Rechtssätze als Sollensnormen | 54 |
| d) Akzeptanz, Sanktion und Vollzug von Gesetzen | 55 |
| 2. Abgrenzung des Rechts zur Moral, Ethik und political correctness | 56 |
| a) Moral, Ethik und political correctness | 56 |
| b) Abgrenzung zum Recht | 57 |
| c) Die gegenseitige Beeinflussung von Moral und Recht | 58 |
| 3. Gesetzesfolgenabschätzung und Wirkungskontrolle | 59 |
| a) In Deutschland | 59 |
| b) Auf europäischer Ebene | 60 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| II. Hierarchie von Rechtsquellen in Deutschland | 61 |
| 1. Gesetze als Rechtsquelle in Deutschland | 61 |
| a) Abgrenzung und Überschneidung von öffentlichem und privatem Recht ... | 61 |
| b) Unterscheidung von Rechtsnormen: Gesetz, Verordnung und Satzung ... | 62 |
| 2. Höherrangiges Recht: Der Stufenbau des Rechts und der <i>Lex-superior</i> -Satz als Kollisionsregel | 63 |
| 3. Der Stufenbau des deutschen Rechts | 64 |
| a) Bundesrecht und Landesrecht | 64 |
| b) Kollision von Bundes- und Landesrecht (Artt. 31, 72 GG) | 65 |
| 4. Geltung von Gesetzen | 66 |
| a) Bindungswirkung | 66 |
| b) Vorwirkung von Gesetzen | 66 |
| c) Rückwirkung von Gesetzen | 67 |
| III. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des europäischen Rechts | 69 |
| 1. Rechtssetzung in der EU | 69 |
| a) Die Europäische Union als supranationale Rechtsordnung | 69 |
| b) Zur Gewaltenteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU | 70 |
| c) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzausübungsregeln | 71 |
| d) Europäische Rechtsquellen – Zur Unterscheidung von Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht | 71 |
| e) Mindest- und Vollharmonisierung als Formen der Rechtsangleichung ... | 73 |
| 2. Die autonome Auslegung des Europarechts und die Auslegung innerhalb der europäischen Normenhierarchie | 74 |
| a) Autonome Auslegung durch den EuGH | 74 |
| b) Normenhierarchie und primärrechtskonforme Auslegung des europäischen Rechts | 75 |
| 3. Höherrangigkeit des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht – Geltung und Anwendungsvorrang | 78 |
| a) Die monistische Perspektive des EuGH: unmittelbare Geltung des europäischen Rechts | 78 |
| b) Anwendungsvorrang des Unionsrechts | 79 |
| c) Die dualistische Perspektive des zweiten Senats des BVerfG: Identitätsvorbehalt und Ultra-vires-Kontrolle | 81 |
| d) Die Weiterentwicklung des Anwendungsvorrangs durch den EuGH: nationale Gestaltungsspielräume bei der Anwendung europäischen Rechts | 84 |
| e) Die Anwendung europäischer Grundrechte durch den ersten Senat des BVerfG | 85 |
| 4. Die Anwendung des nationalen Rechts im Rahmen der Mindestharmonisierung | 86 |
| a) Die Anwendung des nationalen Rechts außerhalb des harmonisierten Bereichs | 86 |
| b) Die Rückverweisungsklausel als Ausnahme zur autonomen Auslegung ... | 87 |
| c) Gestaltungsbereich und Zweifel über den Harmonisierungsgrad europäischer Richtlinien oder Verordnungen | 87 |
| d) Nochmals: Trennungs- und Überlappungsthese im Gestaltungsbereich ... | 88 |
| IV. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des internationalen Rechts | 89 |
| 1. Rechtsquellen auf internationaler Ebene | 89 |
| 2. Die autonome Auslegung von internationalen Abkommen | 89 |
| 3. Der Stufenbau des Völkerrechts | 91 |
| 4. Völkerrecht und nationales Recht | 91 |
| a) Verhältnis des Völkerrechts zum Grundgesetz | 91 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| b) Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz | 92 |
| V. Naturrecht | 93 |
| 1. Zur Relevanz des Naturrechts | 93 |
| a) Gegner des Naturrechts | 93 |
| b) Historische Entwicklung des Naturrechts | 94 |
| c) Vermittelnde Ansicht: Enger Bereich des Naturrechts und weiter Bereich übergesetzlicher Rechtsprinzipien | 94 |
| 2. Vorrang von Naturrecht gegenüber dem eindeutigen Unrechtsgesetz (Radbruch'sche Formel) | 95 |
| 3. Positive Formen von Naturrecht | 97 |
| a) Naturrecht und Anthropologie | 97 |
| b) Rechtsideen und keine unmittelbare Subsumtion | 97 |
| Zusammenfassung zu § 2 | 98 |
| § 3 Sekundäre Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen | 99 |
| I. Problemstellung: Rechts(erkenntnis)quellen neben primären Rechtsquellen? | 100 |
| 1. Die bisherige dualistische Ansicht: enger Begriff der Rechtsquellen versus Rechtserkenntnisquelle | 100 |
| 2. Der weite Rechtsquellenbegriff – vernetzte Rechtsstrukturen als Alternative zum Stufenbau des Rechts | 101 |
| 3. Vermittelnde Ansicht: Die Lehre von den sekundären Rechtsquellen | 103 |
| a) Must-Sources, Should-Sources, May-Sources | 103 |
| b) Befassungspflicht, Vermutungswirkung und subsidiäre Befolgungspflicht ... | 104 |
| c) Umfang der Vermutungswirkung | 105 |
| 4. Jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht | 105 |
| a) Rechtspositivismus (Kelsen) und der Methodendualismus | 105 |
| b) Erweiterung der Rechtsquellenlehre zur Methodenpolarität | 106 |
| II. Die Bedeutung des Richterrechts für die Rechtsfindung | 106 |
| 1. Richterrecht als sekundäre Rechtsquelle | 106 |
| a) Befassungspflicht | 106 |
| b) Vermutungswirkung und subsidiäre Befolgungspflicht | 107 |
| c) Überzeugungskraft der Argumentation (Veritas) | 107 |
| d) Grundsatzentscheidungen und gefestigte Rechtsprechung als Argumentationsfiguren (Dauerhaftigkeit und Akzeptanz) | 109 |
| e) Argumentationsfiguren zur Hierarchie des Richterrechts (auctoritas) | 109 |
| 2. Strenge Präjudizienbindung als rechtliche Ausnahme im deutschen Rechtskreis | 110 |
| a) Die <i>stare decisis rule</i> und <i>persuasive authorities</i> im anglo-amerikanischen Rechtskreis | 110 |
| b) Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG | 111 |
| c) Bindungswirkung zwischen Gerichten | 111 |
| d) Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen | 112 |
| 3. Die zeitliche Dimension der Bindungswirkung der Rechtsprechung | 113 |
| a) Zur Relativität der Bindungswirkung der Rechtsprechung | 113 |
| b) Rechtsprechungsänderung: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz versus materielle Gerechtigkeit | 113 |
| c) Rechtsprechungsänderung durch den EuGH | 116 |
| 4. Zur Rolle des Gewohnheitsrechts | 116 |
| a) Die Anerkennung von Gewohnheitsrecht durch die bisher herrschende Ansicht | 116 |
| b) Zur Überflüssigkeit von Gewohnheitsrecht als Rechtsfigur | 117 |
| III. Verwaltungsvorschriften, Rechtsvorschriften Privater und europäische Empfehlungen | 118 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 1. Verwaltungsvorschriften | 118 |
| a) Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften | 118 |
| b) Verwaltungsvorschriften als sekundäre Rechtsquellen | 119 |
| c) Vertrauensschutz des Bürgers | 120 |
| 2. Rechtsnormen Privater und die Abgrenzung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verträgen und soft law | 121 |
| a) Verrechtlichung privater Normen | 121 |
| b) Gesetzliche Vermutungswirkung | 122 |
| c) Entsprechenserklärung (<i>comply or explain</i>) | 122 |
| d) Konkretisierung von Generalklauseln durch private Regelwerke | 123 |
| 3. Rechtsfolgen | 124 |
| a) Vermutungswirkung und ihre Voraussetzungen | 124 |
| b) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz | 124 |
| 4. Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts | 125 |
| a) Vermutungswirkung für Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts | 125 |
| b) Gesetzliche Beispiele der Befassungs- und Befolgungspflichten | 126 |
| IV. Die Bedeutung ausländischer Urteile für die Rechtsfindung | 126 |
| 1. Die Pflicht zur rechtsvergleichenden Auslegung im Europarecht, im internationalen Einheitsrecht und im Völkerrecht | 127 |
| a) Internationales Privatrecht | 127 |
| b) Internationales Einheitsrecht (vgl. Art. 7 UN-Kaufrecht) | 127 |
| c) Grundrechte der EMRK | 128 |
| d) Der nationale Rechtsanwender als europäischer Rechtsanwender | 128 |
| 2. Fallgruppen freiwilliger Rechtsvergleichung | 129 |
| 3. Rechtsqualität ausländischer Urteile: Zwischen persuasive authority und bloßer Rechtserkenntnisquelle | 131 |
| 4. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für den EuGH und den EGMR | 132 |
| a) Pflicht zur Rechtsvergleichung durch den EuGH | 132 |
| b) Freiwillige Rechtsvergleichung durch den EuGH | 133 |
| c) Rechtsvergleichung durch den EGMR | 133 |
| V. Rechtsliteratur | 134 |
| Zusammenfassung zu § 3 | 134 |

2. Teil. Auslegung

| | |
|---|------------|
| § 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden | 137 |
| I. Auslegung und Subsumtion | 138 |
| 1. Deduktiver Syllogismus und Subsumtion | 138 |
| a) Die Subsumtion als logischer Schluss | 138 |
| b) Die Bausteintechnik | 140 |
| c) Wechselwirkung von Norm und Sachverhalt – Das Hin- und Herwandern des Blickes und die Fallnormtheorie | 140 |
| d) Das Entwickeln von Definitionen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen | 143 |
| 2. Der klassische Viererkanon | 143 |
| a) Die Begründung des Auslegungskanons durch <i>von Savigny</i> | 143 |
| b) Die heutige Bedeutung der vier Auslegungsarten und deren Bedeutung in einzelnen Mitgliedstaaten | 145 |
| c) Die Bedeutung des Auslegungskanons im europäischen und internationalen Recht | 147 |
| 3. Die Kritik an den vier Auslegungsmethoden und dem Subsumtionsmodell .. | 147 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| 4. Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung | 148 |
| a) Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung als Rechtsschöpfung .. | 148 |
| b) Die Wortlautgrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung | 149 |
| c) Der fließende Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung | 150 |
| d) Folgerungen – die erhöhte Begründungslast | 150 |
| II. Die grammatische Auslegung | 150 |
| 1. Die grammatische Auslegung als Beginn des Auslegungsprozesses | 150 |
| 2. Hilfsmittel zur Bestimmung eines eindeutigen und mehrdeutigen Wortlauts | 151 |
| a) Legaldefinitionen, Vermutungen und Fiktionen als juristischer Sprachgebrauch des Gesetzgebers | 153 |
| b) Normative und deskriptive Begriffe | 154 |
| c) Enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung des Tatbestandsmerkmals | 155 |
| d) Allgemeiner Sprachgebrauch | 155 |
| 3. Die Eindeutigkeitsregel des Wortlauts (Acte-clair-Doktrin, literal rule, textualism) als Auslegungsfigur | 156 |
| 4. Wortlautgrenze und Analogieverbot | 157 |
| a) Die vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips | 157 |
| b) Das Analogieverbot (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta) | 158 |
| c) Das Verbot unbestimmter Strafgesetze (nullum crimen, nulla poena sine lege certa) | 161 |
| d) Gewohnheitsrechtsverbot (nulla poena sine lege scripta) | 162 |
| e) Das Verbot rückwirkender Bestrafung (nulla poena sine lege praevia) | 163 |
| 5. Die Bedeutung des Wortlauts für den EuGH | 163 |
| a) Sprachenvergleich bei mehrsprachigen Rechtstexten | 163 |
| b) Die Unterscheidung von juristischem und allgemeinem Sprachgebrauch durch den EuGH | 164 |
| c) Der EuGH und die Wortlautgrenze im Straf- und Steuerrecht | 165 |
| III. Die systematische Auslegung | 165 |
| 1. Bedeutung | 165 |
| a) Das Ideal der widerspruchsfreien Rechtsordnung | 165 |
| b) Systematische Auslegung im Stufenbau des Rechts | 167 |
| c) Das äußere System des BGB – Begriffsjurisprudenz: Begriffspyramiden – Bausteintechnik – Verweisungen | 168 |
| d) Das innere System des Gesetzes und die Wertungen des BGB | 170 |
| 2. Einzelne systematische Auslegungsfiguren | 172 |
| a) Vergleich der Tatbestandsmerkmale einer Norm | 172 |
| b) Stellung des Tatbestandsmerkmals innerhalb der Gliederung des Gesetzes | 173 |
| c) Ausnahmen dürfen nicht erweiternd ausgelegt werden (<i>singularia non sunt extendenda</i>) | 173 |
| d) Einheit der Rechtsordnung und Einheit der Verfassung | 174 |
| 3. Kollisionsregeln | 175 |
| a) Das höhere Gesetz geht dem niedrigeren vor (<i>lex superior derogat legi inferiori</i>) | 175 |
| b) Das spätere Gesetz geht dem früheren vor (<i>lex posterior derogat legi priori</i>) | 176 |
| c) Das besondere Gesetz geht dem allgemeineren vor (<i>lex specialis derogat legi generali</i>) | 176 |
| 4. Die systematische Auslegung durch den EuGH | 177 |
| a) Zur Rolle der Systematik | 177 |
| b) Kollisionsregeln | 177 |
| c) Ausnahmen sind eng auszulegen | 177 |
| d) Weitere Argumentationsfiguren | 178 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| IV. Die historische Auslegung | 179 |
| 1. Historische Auslegung im weiteren und engeren Sinne | 179 |
| a) Relevanz und historische Auslegung im weiteren Sinne | 179 |
| b) Begrifflichkeiten | 180 |
| c) Vorläufernormen als Hilfsmittel für die historische Auslegung i.e.S. | 180 |
| d) Kontinuität zwischen Vorgängernorm und jetziger Norm (droit constant) | 180 |
| e) Verfassungstradition | 181 |
| 2. Der gesetzgeberische Wille in den Materialien der konkreten Norm | 182 |
| a) Die genetische Auslegung | 182 |
| b) Präambel und Programmsatz als Gesetzesimmanente Materialien | 182 |
| c) Amtliche Materialien im Gesetzgebungsverfahren als Hilfsmittel | 183 |
| d) Historischer Wille, Mehrebenensystem und andere Vorbilder | 184 |
| 3. Zur Relevanz des historischen Willens | 185 |
| a) Wille der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft versus individueller Wille | 185 |
| b) Kontinuitätsargument: eindeutiger Wille gilt heute noch | 186 |
| c) Bindungswirkung des subjektiven Willens | 186 |
| d) Kumulation von genetischen Quellen | 186 |
| 4. Die Bedeutung der Gesetzesgeschichte für den EuGH | 187 |
| a) Die Bedeutung der historischen Auslegung i.w.S. für den EuGH | 187 |
| b) Kontinuität mit der Vorläufernorm als historische Auslegung i.e.S. | 187 |
| c) Verfassungstradition als historische Auslegung i.e.S. | 188 |
| d) Genetische Auslegung – Präambel und Erwägungsgründe als gesetzesimmanente Quellen | 188 |
| e) Amtliche Materialien als Hilfsmittel der genetischen Auslegung | 189 |
| Zusammenfassung zu § 4 | 190 |
| § 5 Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung | 191 |
| I. Der Gesetzeszweck als teleologische Auslegung | 192 |
| 1. Zum Telos, der ratio legis | 192 |
| a) Begriff | 192 |
| b) Der Sinn und Zweck des Primär- und Sekundärrechts der EU | 193 |
| c) Zur vermeintlichen Überflüssigkeit des Telos | 193 |
| d) Das Telos als Prämisse | 194 |
| 2. Die Bestimmung des Gesetzeszwecks | 195 |
| a) Interner Gesetzeszweck | 195 |
| b) Ausdrücklicher oder konkludenter Normzweck | 195 |
| c) Die Erwägungsgründe zur Präzisierung von Normtext und Regelungsziel | 196 |
| d) Auslegungshilfen: In dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris .. | 197 |
| 3. Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz | 197 |
| a) Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz | 197 |
| b) Unterscheidung zwischen interessenorientierter und teleologischer Auslegung | 199 |
| II. Einzelne logische Argumentationsfiguren | 200 |
| 1. Verstoß gegen Denkgesetze | 200 |
| 2. Zirkelschluss (petitio principii) | 201 |
| a) Der Zirkelschluss (<i>petitio principii</i>) | 201 |
| b) Das <i>argumentum ex silentio</i> | 203 |
| 3. Sprung im Schließen (<i>saltus in concludendo</i>) | 204 |
| 4. Vermeidung einer Gesetzesumgehung | 204 |
| 5. Vermeidung von Regelungswidersprüchen, Normangleichung und Erhalt des Anwendungsbereichs einer Norm | 205 |
| 6. Einzelne Argumentationsfiguren des EuGH | 207 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| III. Folgenorientierte Auslegung | 207 |
| 1. Begriff und Relevanz der folgenorientierten Auslegung | 208 |
| 2. Grenzen der folgenorientierten Auslegung | 208 |
| 3. Einzelne Argumentationsfiguren | 209 |
| a) Untragbarkeits- oder Absurditätsargument (<i>argumentum ad absurdum</i>) .. | 209 |
| b) Wirtschaftliche Betrachtung: Vermeidung einer Übermaßhaftung oder einer unbilligen Härte | 211 |
| c) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten (<i>de minimis non curat lex</i>) | 214 |
| d) Vermeidung schädlicher Effekte und Ermöglichung praktikabler Ergebnisse | 215 |
| e) Allgemeine Lebenserfahrung und empirische Untersuchungen | 216 |
| f) Normative Kraft des Faktischen | 218 |
| g) Akzeptanz der Entscheidung und herrschende Meinung | 219 |
| h) Versuch einer vermittelnden Rechtsansicht | 220 |
| 4. Die folgenorientierte Argumentation des EuGH | 221 |
| a) Vermeidung absurder Ergebnisse (<i>argumentum ad absurdum</i>) | 221 |
| b) Effet utile | 221 |
| c) Die Entwicklung neuer Rechtsbehelfe | 223 |
| d) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten aus europäischer Sicht ... | 223 |
| e) Praktikables Ergebnis | 224 |
| IV. Ökonomische Analyse des Rechts | 224 |
| 1. Zielsetzung und Methoden des <i>Law and Economics</i> -Ansatzes | 224 |
| a) Homo oeconomicus und Allokationseffizienz | 224 |
| b) Cost-benefit analysis und cheapest cost avoider | 225 |
| 2. Grenzen des ökonomischen Ansatzes | 227 |
| a) Begrenzte Rationalität des Menschen (<i>bounded rationality</i>) | 227 |
| b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und Wertungen des Gesetzgebers .. | 228 |
| c) Unzureichende empirische Daten | 229 |
| 3. Bedeutung für die juristische Methodenlehre | 229 |
| a) Relevanz für die juristische Rechtsanwendung | 229 |
| b) Kosten-Nutzen-Bewertung, cheapest cost avoider und Haftungsrecht | 231 |
| c) Haftungsrecht und Prävention | 232 |
| d) Informationsgefälle und cheapest cost avoider | 234 |
| e) Das Principal-Agent-Problem | 235 |
| f) Spieltheorie | 235 |
| 4. Ökonomische Überlegungen des EuGH | 236 |
| a) Der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft | 236 |
| b) Binnenmarkt und effektiver Rechtsschutz | 236 |
| c) Ökonomische Fragestellungen im EU-Kartellrecht | 236 |
| Zusammenfassung zu § 5 | 237 |
| § 6 Teleologische Gegenfiguren und einfache Formen der Rechtsfortbildung | 239 |
| I. Teleologische Gegenfiguren zu Formalargumenten | 240 |
| 1. Wortlaut | 240 |
| a) Ablehnung der Eindeutigkeitsregel | 240 |
| b) Juristischer Sprachgebrauch | 242 |
| c) Unmöglichkeit der reinen Wortlautauslegung | 242 |
| d) Rechtsfortbildung | 242 |
| 2. Systematik | 243 |
| a) Korrektur der systematischen Stellung eines Tatbestandsmerkmals | 243 |
| b) Relativität der Rechtsbegriffe und gespaltene Auslegung | 244 |
| c) Weite Auslegung von Ausnahmen | 247 |
| d) Kollisionsregeln: Der Grundsatz der Alternativität verdrängt die Lex-specialis-Regel | 249 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| e) Relativierung des Lex-posterior-Satzes | 249 |
| f) Grundsätze in dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris gelten nicht | 249 |
| 3. Historische Auslegung | 250 |
| a) Diskontinuität im Rahmen der genetischen Auslegung: subjektiver Wille der Vorläufernorm gilt nicht mehr | 250 |
| b) Subjektiver Wille ist unklar, mehrdeutig oder widersprüchlich (Perplexität) | 250 |
| c) Maßgeblichkeit eines normativen, subjektiven Willens | 251 |
| d) Redaktionsversehen und berichtigende Auslegung | 251 |
| e) Die objektive Theorie | 253 |
| 4. Telos, Folgenorientierung und ökonomische Analyse | 254 |
| a) Unlogisches Recht | 254 |
| b) Grenzen der folgenorientierten Auslegung und der ökonomischen Analyse | 254 |
| II. Subjektive versus objektive Theorie | 256 |
| 1. Der Streitstand als Dauerbrenner der juristischen Methodenlehre | 256 |
| 2. Die subjektive Theorie | 257 |
| a) Maßgeblichkeit des Willens des damaligen Gesetzgebers | 257 |
| b) Lücke nicht planwidrig – beredtes Schweigen des Gesetzgebers | 258 |
| c) Kritik an der subjektiven Theorie | 258 |
| 3. Die objektive Theorie | 259 |
| a) Die Interpretation des Gesetzes in seinem zeitlichen Kontext | 259 |
| b) Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber und Altern der Kodifikation – der ursprüngliche Regelungszweck passt nicht mehr | 260 |
| c) Dynamische Verfassungsinterpretation | 260 |
| d) Kritik an der objektiven Theorie | 261 |
| 4. Die subjektiv-objektive Theorie als Vereinigungstheorie | 262 |
| 5. Gegenfiguren aus europäischer und rechtsvergleichender Perspektive | 263 |
| a) Redaktionsversehen | 263 |
| b) Übersetzungsfehler als Redaktionsversehen | 264 |
| c) Die dynamische Auslegung des EuGH und EGMR | 265 |
| d) Die US-amerikanische Perspektive: textualism, purposivism versus living originalism | 266 |
| III. Einfache Formen der Rechtsfortbildung | 267 |
| 1. Einzelanalogie (Gesetzesanalogie) | 268 |
| a) Das Ähnlichkeitsargument als Prämisse | 268 |
| b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Einzelanalogie | 269 |
| c) Erst-Recht-Schluss und Unbilligkeit als Argumentationsfiguren | 271 |
| d) Zwei Varianten des Ähnlichkeitsvergleichs | 273 |
| e) Planwidrigkeit der Lücke und das Umgehungsargument | 274 |
| 2. Teleologische Reduktion | 275 |
| a) Methodische Grundlagen | 275 |
| b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der teleologischen Reduktion | 276 |
| c) Unbilligkeit und argumentum ad absurdum als Argumentationsfiguren .. | 277 |
| 3. Die schwierige Suche nach dem Telos | 278 |
| a) Die teleologische Extension bei Fehlen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals | 278 |
| b) Mehrfache Regelungszwecke einer Norm | 280 |
| c) Mehrfache Regelungszwecke wegen höherrangigen Rechts | 281 |
| 4. Der Streit über den Lückenbegriff | 281 |
| a) Die Lücke als fata morgana? | 281 |
| b) Der Lückenbegriff | 281 |
| c) Die planwidrige Lücke als Prämisse | 282 |
| d) Verdeckte Lücke und das Recht auf Vermeidung absurder Ergebnisse | 283 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| 5. Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) | 283 |
| a) Der verallgemeinerungsfähige Rechtssatz | 283 |
| b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Gesamtanalogie | 284 |
| c) Stimmigkeit mit dem inneren System des Gesetzes | 286 |
| d) Die Ablehnung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes | 287 |
| 6. Einfache Formen der Rechtsfortbildung durch den EuGH | 288 |
| a) Zum Begriff der „Interprétation“ | 288 |
| b) Einzelanalogie | 289 |
| c) Teleologische Reduktion | 290 |
| d) Unausfüllbare Lücken | 290 |
| e) Gesamtanalogie als Ausnahme | 290 |
| IV. Die Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen | 291 |
| 1. Ziel der Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen | 291 |
| a) Auslegungsgrundsätze | 291 |
| b) Der Wille des Erklärenden und der Vertrauensschutz Dritter | 292 |
| 2. Natürliche Auslegung | 292 |
| a) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen | 292 |
| b) falsa demonstratio non nocet | 293 |
| 3. Objektiv-normative Auslegung und einzelne Auslegungsgrundsätze | 293 |
| a) Auslegung nach dem Empfängerhorizont | 293 |
| b) Wortlaut, Systematik und Begleitumstände als Teil der Entstehungsgeschichte | 294 |
| c) Teleologische Auslegung – Interessenlage und Zweck einer Regelung | 294 |
| d) Verträge mit einem größeren Personenkreis | 296 |
| 4. Ergänzende Vertragsauslegung | 296 |
| a) Abgrenzungen | 296 |
| b) Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung | 297 |
| Zusammenfassung zu § 6 | 298 |

3. Teil. Konkretisierung und Konstruktion

| | |
|--|------------|
| § 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte | 301 |
| I. Konkretisierung von Recht | 301 |
| 1. Auslegung versus Konkretisierung | 301 |
| a) Die Auslegung als erster Arbeitsschritt | 301 |
| b) Konkretisierung und Konstruktion als weitere Arbeitsschritte | 302 |
| c) Methodische Figuren für die Juristische Innovation bei Konkretisierung und Konstruktion | 303 |
| 2. Generalklauseln – Fluch oder Segen? | 304 |
| a) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe | 304 |
| b) Delegations-, Rechtsfortbildungs-, Flexibilitäts- und Rezeptionsfunktion von Generalklauseln | 305 |
| c) Generalklauseln im europäischen Recht | 307 |
| II. Konkretisierung durch den Gesetzgeber | 307 |
| 1. Generalklauseln und Regelbeispiele im deutschen Recht | 307 |
| a) Systematische, historische und teleologische Auslegung | 307 |
| b) Legaldefinitionen und Regelbeispiele im Zivilrecht | 308 |
| 2. Generalklauseln und Regelbeispiele im Strafrecht | 309 |
| a) Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand | 309 |
| b) Regelbeispiele auf der Rechtsfolgende | 310 |
| 3. Konkretisierung von Generalklauseln durch den europäischen Gesetzgeber .. | 311 |
| a) Legaldefinitionen und Regelbeispiele | 311 |
| b) Anhänge | 311 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| c) Abschließender oder offener Charakter gesetzlicher Konkretisierung | 311 |
| III. Konkretisierung durch die Verwaltung oder private Regelwerke | 312 |
| 1. Konkretisierung durch Regelwerke | 312 |
| a) Gesetz und Rechtsverordnung | 312 |
| b) Verwaltungsvorschriften | 313 |
| c) Private Regelwerke | 313 |
| 2. Regelwerke auf europäischer Ebene | 313 |
| IV. Die Vergleichsfallmethode als Konkretisierung durch die Gerichte | 314 |
| 1. Die Ähnlichkeit zwischen Einzelanalogie und Vergleichsfallmethode | 315 |
| a) Die Vergleichsfallmethode im anglo-amerikanischen Recht | 315 |
| b) Das Denken von Fall zu Fall (Schluss vom Besonderen auf das Besondere) | 316 |
| c) Die Argumente im Rahmen der Vergleichsfallmethode | 317 |
| d) Die Bildung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes durch die Kombination von Abduktion, Induktion und Deduktion | 318 |
| 2. Die Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen | 319 |
| a) Das anglo-amerikanische Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägungen (obiter dictum), distinguishing und overruling | 319 |
| b) Das deutsche Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägung (obiter dictum), distinguishing und overruling | 323 |
| 3. Die Vergleichsfallmethode des EuGH | 325 |
| 4. Die rechtsvergleichende Methode und die Vergleichsfallmethode: Das „Wie“ | 325 |
| a) Verpflichtende Rechtsvergleichung am Beispiel des Einheitsrechts und im europäischen Recht | 325 |
| b) Freiwillige Rechtsvergleichung | 326 |
| c) Rechtsvergleichung des EuGH und des EGMR | 329 |
| Zusammenfassung zu § 7 | 330 |
| § 8 Bewegliches System und Fallgruppen als Methoden der Konkretisierung | 331 |
| I. Juristische Kreativität und richterliche Dezision | 331 |
| 1. Innovationen durch juristische Kreativität | 331 |
| a) Rechtsinnovationen | 331 |
| b) Richterliche Dezision | 332 |
| c) Process of discovery and process of justification | 333 |
| 2. Die Legitimation von Rechtsinnovationen | 334 |
| a) Typen von Rechtsinnovationen – Konkretisierung und Konstruktion als Bereiche der Abduktion | 334 |
| b) Methodentransparenz und Rechtsinnovationen | 336 |
| c) Rechtsinnovation und die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung | 336 |
| d) Figuren der Juristischen Methodenlehre zur Begründung und Begrenzung von Rechtsinnovationen | 336 |
| 3. Die Lehre von der Topik und Juristische Kreativität | 337 |
| a) Die Lehre von der Topik als Ausgangspunkt der Problemlösung | 337 |
| b) Topoi und Juristische Kreativität | 338 |
| c) Topoi, Rechtsdogmatik und Methodenlehre | 339 |
| d) Die Typenlehre | 340 |
| II. Das Bewegliche System | 341 |
| 1. Grundsätzliches | 341 |
| a) Entdecker des Beweglichen Systems | 341 |
| b) Der Streit zur Relevanz eines Beweglichen Systems | 342 |
| c) Abschließende Bewertung | 343 |
| 2. Anwendungsfälle im deutschen Recht | 343 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| a) Zurechnungskriterien zur Konkretisierung der Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB | 343 |
| b) Die Zurechnungskriterien für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 und § 826 BGB | 345 |
| c) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten | 346 |
| 3. Anwendungsfälle im europäischen Recht | 348 |
| III. Fallgruppen zur Konkretisierung von Generalklauseln | 348 |
| 1. Fallgruppen | 348 |
| a) Das Ziel einer Fallgruppe | 348 |
| b) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen einer Fallgruppe | 348 |
| c) Chancen und Risiken | 349 |
| 2. Fallgruppennormen im europäischen Recht | 350 |
| IV. Die Strukturierung von mehreren Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen | 351 |
| 1. Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen als Bewegliches System | 351 |
| 2. Das Entwickeln neuer Fallgruppen – ein Kommen und Gehen | 353 |
| 3. Bildung einer neuen Fallgruppe im europäischen Recht | 355 |
| Zusammenfassung zu § 8 | 356 |
| § 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien | 357 |
| I. Allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtsdogmatik | 358 |
| 1. Der Nutzen der Rechtsdogmatik für die Juristische Methodenlehre | 358 |
| a) Ziele und Begriff der Rechtsdogmatik | 358 |
| b) Risiken der „Gebrauchsdogmatik“ | 359 |
| c) Scheinbegründungen wie die „Natur der Sache“ | 361 |
| 2. Rechtsdogmatik und Juristische Methodenlehre | 361 |
| a) Verbindung von Rechtsdogmatik und Methodenlehre | 361 |
| b) Konkretisierung und Konstruktion als Argumentationsfiguren zur Einbindung der Rechtsdogmatik in die Methodenlehre | 362 |
| c) Vernetzung von Juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik | 363 |
| 3. Zur Differenzierung zwischen Rechtsidee, Rechtsprinzip und Rechtsinstitut | 364 |
| a) Rechtsideen als Werte | 365 |
| b) Rechtsprinzipien | 365 |
| c) Rechtsinstitute als Rechtssätze | 366 |
| II. Die Arbeit mit Rechtsprinzipien in der Fallbearbeitung | 367 |
| 1. Die Begründung des Rechtsprinzips als erster Schritt: Rückgriff auf Gesetz oder Induktion | 368 |
| a) Die historische Ableitung von Rechtsprinzipien | 368 |
| b) Einzel- oder Gesamtanalogie | 368 |
| c) Abduktion und die verschiedenen Wege zur Begründung eines Rechtsprinzips | 369 |
| 2. Konkretisierung von Rechtsprinzipien als notwendiger zweiter Schritt | 370 |
| a) Die Konkretisierung von Rechtsprinzipien zum Rechtssatz oder Rechtsinstitut | 370 |
| b) Die Konkretisierung durch Abwägung | 370 |
| III. Rechtsprinzipien im Zivilrecht: Herleitung und Konkretisierung der Privatautonomie | 371 |
| 1. Induktive Herleitung von pacta sunt servanda | 371 |
| a) Vertragsfreiheit als Ausfluss der Willensfreiheit | 371 |
| b) Die Begründung der Vertragsbindung (pacta sunt servanda) | 372 |
| 2. Vertragsfreiheit und vermeintlich widersprechende Rechtsprinzipien | 373 |
| a) Die umstrittene rechtsdogmatische Begründung des Kontrahierungszwangs | 373 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| b) Zur umstrittenen Preiskontrolle von Verträgen – die laesio enormis | 374 |
| c) Störung der Geschäftsgrundlage und clausula rebus sic stantibus | 375 |
| IV. Das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund verschiedener Rechtsinstitute | 376 |
| 1. Ansätze in der Literatur | 376 |
| a) Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit | 376 |
| b) Das Prinzip des Sozialen und die Privatautonomie als Optimierungsgebot | 377 |
| c) Weitere Ansätze zur Begründung der Privatautonomie | 378 |
| 2. Privatautonomie als Selbstbestimmung beider Parteien | 378 |
| a) Selbstbestimmung des Einzelnen und beiderseitige Selbstbestimmung | 378 |
| b) Die Herleitung des Selbstbestimmungsprinzips aus dem BGB und der Verfassung | 379 |
| c) Freiheitsbeschränkende Einschränkung der Selbstbestimmung als konkretisierender Maßstab für eine Korrektur des Vertrages | 380 |
| 3. Die rechtsdogmatische Begründung der verschiedenen Rechtsinstitute mit dem fehlenden Selbstbestimmungsrecht | 380 |
| a) Kontrahierungszwang und fehlende Selbstbestimmung | 380 |
| b) Preiskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB bei Verträgen, die stark freiheitsbeschränkend in die selbstbestimmte Lebensführung eingreifen .. | 381 |
| c) Freiheitsbeschränkende fehlende Äquivalenz als Störung der Geschäftsgrundlage | 382 |
| 4. Die Konkretisierung und Begründung von Rechtsinstituten durch das Prinzip der Selbstbestimmung | 383 |
| V. Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene | 384 |
| 1. Herausforderungen bei der Ableitung von Prinzipien auf europäischer Ebene | 384 |
| a) Schwierigkeiten auf europäischer Ebene | 384 |
| b) Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärrecht | 385 |
| 2. Allgemeine Rechtsprinzipien im europäischen Recht | 385 |
| a) Vereinzelte Kodifizierung europäischer Rechtsprinzipien | 385 |
| b) Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten | 385 |
| c) Weitere Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts | 387 |
| d) Der Einfluss eines europäischen Rechtsprinzips auf das nationale Recht .. | 388 |
| Zusammenfassung zu § 9 | 388 |
| § 10 Abwägung als Konstruktion | 391 |
| I. Abwägung im Öffentlichen Recht | 392 |
| 1. Abwägung als Konstruktion | 392 |
| a) Konstruktion von „offenen“ Verfassungsnormen | 392 |
| b) Abwägung als Prozess zur Konkretisierung kollidierender Rechtsprinzipien | 393 |
| 2. Die Struktur der Abwägung | 395 |
| a) Abwägungsauftrag und Auswahl der abwägungsrelevanten Gesichtspunkte | 395 |
| b) Abstrakte Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte | 396 |
| c) Konkrete Gewichtung im Einzelfall | 396 |
| d) Abwägungsvorgang im Einzelfall | 397 |
| 3. Rechtsdogmatische Schlussfolgerungen aus der Abwägung | 399 |
| a) Zwischenschichten, Stufen, Leitbilder etc. | 399 |
| b) Zwingende Vorrangregel | 401 |
| c) Vermutungs- und Argumentationslastregel | 402 |
| d) Abwägungsregel und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz | 402 |
| 4. Die Prüfung von Grundrechten als gelungene Konstruktion von Recht | 403 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| II. Abwägung von Grundrechten | 403 |
| 1. Sachlicher Schutzbereich des Grundrechts | 404 |
| 2. Eingriff und Beeinträchtigungen | 406 |
| 3. Rechtfertigung des Eingriffs (Schranke) | 407 |
| 4. Grenzen der Einschränkung (Schranken-Schranke), insbesondere Verhältnismäßigkeit | 409 |
| III. Abwägung europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten | 414 |
| 1. Vergleich der Konkretisierung von Grundrechten und Grundfreiheiten | 414 |
| 2. Europäische Grundrechte | 415 |
| a) Die Quellen europäischer Grundrechte | 415 |
| b) Rechtfertigung des Eingriffs (Schranken) und Verhältnismäßigkeit | 417 |
| 3. Europäische Grundfreiheiten – Unterschiede zum deutschen Recht | 417 |
| a) Die Idee der Grundfreiheiten | 417 |
| b) Beschränkung der Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung | 418 |
| c) Verhältnismäßigkeit | 419 |
| IV. Abwägung kollidierender Rechtsprinzipien im Zivilrecht | 421 |
| 1. Widerstrebende Prinzipien im Zivilrecht | 421 |
| a) Vorrang eines Prinzips gegenüber dem anderen | 421 |
| b) Abwägung kollidierender Rechtsgüter im Zivilrecht | 423 |
| 2. Die Abwägung von Rechtsprinzipien am Beispiel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter | 423 |
| a) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen der Rechtsprechung | 423 |
| b) Rechtsdogmatische Begründungsversuche | 424 |
| c) Der Ausgleich zwischen Nichtstörungsgebot und Vertragsfreiheit | 425 |
| 3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht | 427 |
| a) Die bejahende Rechtsansicht | 427 |
| b) Die grundsätzlich ablehnende Rechtsansicht | 427 |
| c) Vermittelnde Ansicht: begrenzte Anwendung des Verhältnismäßigkeits- grundsatzes im BGB | 428 |
| Zusammenfassung zu § 10 | 430 |

4. Teil. Vorrang durch Verfassungs- und Europarecht

| | |
|--|------------|
| § 11 Verfassung als höherrangiges Recht | 431 |
| I. Die verschiedenen Funktionen der Verfassung | 432 |
| 1. Grundrechte und Grundgesetz als objektive Wertordnung | 432 |
| a) Abwehrrechte gegenüber dem Staat | 432 |
| b) Das Grundgesetz als Wertordnung | 433 |
| c) Grundrechte als Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Bürger | 434 |
| d) Übermaß- und Untermaßverbot | 436 |
| 2. Wirkung der Grundrechte gegenüber Privaten | 437 |
| a) Lehre von der mittelbaren Drittwirkung | 437 |
| b) Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung | 438 |
| c) Grundrechte als Schutzpflichten im Zivilrecht | 440 |
| 3. Der Einfluss der Verfassung auf die Rechtsprechung | 443 |
| a) Das Fachgericht als Verfassungsgericht | 443 |
| b) Kontrolle der Rechtsprechung | 444 |
| c) Kontrolle des Gesetzgebers gem. Art. 100 Abs. 1 GG | 444 |
| II. Verfassungswidrigkeit und Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts | 445 |
| 1. Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes | 445 |
| 2. Ausnahmen von der Nichtigkeit | 446 |
| a) Unvereinbarkeitserklärung und Anordnung der befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung | 446 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| b) Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung | 446 |
| 3. Umstrittene Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts | 447 |
| a) Die unpräzise Verwendung der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht | 447 |
| b) Die Dreiteilung von verfassungsorientierter, verfassungskonformer Auslegung und verfassungskonformer Rechtsfortbildung | 448 |
| III. Die verfassungsorientierte Auslegung | 448 |
| 1. Die verfassungsorientierte Auslegung als Auslegungsfigur | 448 |
| a) Der Meinungsstreit | 448 |
| b) Die verfassungsorientierte Auslegung als reine Argumentationsfigur | 449 |
| 2. Die verfassungsorientierte Auslegung als einfache Abwägungsregel im Zivilrecht | 450 |
| a) Eigentumsfreiheit des Vermieters versus Rechte des Mieters | 450 |
| b) Eingriff in Unternehmen versus Meinungsfreiheit | 451 |
| IV. Verfassungskonforme Auslegung | 451 |
| 1. Grundsatzfragen zur verfassungskonformen Auslegung | 451 |
| a) Die Begrifflichkeit nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ... | 451 |
| b) Vorrang der Verfassung als eigenständige Auslegungsfigur | 452 |
| 2. Verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht | 453 |
| 3. Verfassungskonforme Auslegung im Zivilrecht | 454 |
| a) Schutz von Rechtsgütern | 454 |
| b) Abwehr von übermäßigen Freiheitsbeschränkungen | 454 |
| V. Verfassungskonforme Rechtsfortbildung | 456 |
| 1. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 456 |
| 2. Die verfassungskonforme Rechtsfortbildung als Rechtsfigur | 456 |
| 3. Fallgruppen zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung | 457 |
| a) Teleologische Reduktion | 457 |
| b) Schutz vor offensichtlichen Grundrechtsverletzungen des Betroffenen | 458 |
| c) Schutz anderer Grundrechte | 461 |
| 4. Grenzen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung bei Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter – der Streit der Verfassungssenate .. | 461 |
| a) Zweiter Senat: Rechtsfortbildung unabhängig von Grundrechtspositionen Dritter | 462 |
| b) Erster Senat: hohe Anforderungen an Rechtsfortbildung bei Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen Dritter | 463 |
| c) Eigene Ansicht: unzulässige Rechtsfortbildung contra legem nur bei schwerer Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten | 464 |
| Zusammenfassung zu § 11 | 465 |
| § 12 Der Vorrang von Europarecht und Völkerrecht | 467 |
| I. Unmittelbare Anwendbarkeit als Voraussetzung des Anwendungsvorrangs | 468 |
| 1. Zum Verhältnis von unmittelbarer Anwendbarkeit, Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung | 468 |
| 2. Unmittelbare Anwendbarkeit bzw. unmittelbare Wirkung europäischen Rechts (direct effect) | 469 |
| a) Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung (direct effect) | 469 |
| b) Der Anwendungsvorrang als Folge der unmittelbaren Wirkung | 470 |
| 3. Drittwirkung des Primärrechts zwischen Privaten | 470 |
| a) Beispiele der unmittelbaren Drittwirkung gegenüber Privaten | 470 |
| b) Unmittelbare und mittelbare Drittwirkung sowie Schutzpflichten | 471 |
| c) Kombinationstheorie | 472 |
| II. Anwendungsvorrang und Pflicht zur unionskonformen Auslegung | 472 |
| 1. Europäische Terminologie | 472 |
| 2. Die zweistufige primärrechtskonforme Auslegung | 473 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| a) Primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts | 473 |
| b) Primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts | 473 |
| 3. Verhältnis von Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung | 474 |
| a) Die ungeklärten Grenzen der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung | 474 |
| b) Die nationale Rechtsprechung zur primärrechtskonformen Rechtsfortbildung | 475 |
| III. Sekundärrecht: Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen | 477 |
| 1. Vorrangwirkung von Verordnungen und verordnungskonforme Auslegung | 477 |
| 2. Vorrangwirkung von Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung i. w. S. | 477 |
| a) Vertikale Wirkung von Richtlinien | 477 |
| b) Fehlende horizontale Drittwirkung von Richtlinien | 479 |
| 3. Die horizontale richtlinienkonforme Auslegung i. e. S. | 480 |
| a) Richtlinienkonforme Auslegung als Auslegungsziel und Vermutungsregel | 480 |
| b) Wandel des Sprachgebrauchs | 482 |
| 4. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung | 482 |
| a) Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung | 482 |
| b) Der Meinungsstreit zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung | 484 |
| c) Eigene weitere Ansicht – die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil der nationalen Methodenlehre | 485 |
| d) Der Streit der Zivilrechtssenate über die Voraussetzungen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung | 488 |
| e) Die Contra-legem-Grenze als Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung | 490 |
| 5. Weitere Umsetzungsfragen von Richtlinien | 493 |
| a) Vorwirkung | 493 |
| b) Überschießende Umsetzung: richtlinienorientierte Auslegung versus gespaltene Auslegung | 494 |
| 6. Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht von Empfehlungen | 496 |
| 7. Zusammenfassung | 496 |
| IV. Weitere Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Rechts | 497 |
| 1. Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Europäischem Recht | 498 |
| a) Transparenzgebot: Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Richtlinien | 498 |
| b) Anpassungspflicht von nationalen Gesetzen, die gegen Europarecht verstoßen | 499 |
| c) Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien | 499 |
| 2. Vorabentscheidungsverfahren und Vorlageverpflichtung gem. Art. 267 AEUV | 500 |
| a) Vorlagepflicht und Acte-clair-Doktrin | 500 |
| b) Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Vorlageverpflichtung | 501 |
| 3. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 f. AEUV | 502 |
| 4. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch | 503 |
| a) Herleitung und Anwendbarkeit | 503 |
| b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen | 504 |
| V. Völkerrecht | 505 |
| 1. Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung | 505 |
| 2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede | 505 |
| 3. Bewertung | 507 |
| Zusammenfassung zu § 12 | 507 |

**5. Teil. Rechtsfrieden und Rechtssicherheit
als Ziele der Juristischen Methodenlehre**

| | |
|---|------------|
| § 13 Grenzen der Rechtsfortbildung | 509 |
| I. Die unsicheren Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung | 511 |
| 1. Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung als Dauerstreit der Juristischen Methodenlehre | 511 |
| 2. Folgen zulässiger oder unzulässiger Rechtsfortbildung | 512 |
| 3. Methodischer Blindflug | 512 |
| a) Wider der verdeckten Rechtsfortbildung | 512 |
| b) Unklare Einzelfragen | 513 |
| 4. Begriffsbestimmungen zur Grenze zulässiger Rechtsfortbildung | 514 |
| a) Bisherige Begrifflichkeiten: Gesetzesimmanente, gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem | 514 |
| b) Zur Neubestimmung der Begriffe: Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem | 515 |
| c) Weitere Differenzierungen | 516 |
| 5. Ein Bewegliches System an Argumentationsfiguren zur Begründung einer zulässigen Rechtsfortbildung | 517 |
| II. Erster Schritt: Klassische Argumentationsfiguren | 518 |
| 1. Eindeutigkeit und Offenheit des Wortlauts | 518 |
| 2. Arbeiten am System – Lücke und geschlossenes System | 518 |
| a) Geschlossenes System und unzulässige Änderung der Grundkonzeption des Gesetzgebers | 518 |
| b) Zulässige Erweiterungen in einem offenen System | 521 |
| 3. Wille des Gesetzgebers und der sich im Gesetz wiederfindende Wandel der Lebensverhältnisse (objektive Auslegung) | 521 |
| a) Relevanz des subjektiven Willens | 521 |
| b) Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung | 522 |
| c) Interpretationsmöglichkeiten auf ein Schweigen des Gesetzgebers | 522 |
| 4. Der Zweck als Rechtfertigungsgrund einer Rechtsfortbildung | 523 |
| a) Der Zweck der Norm als Begründung der Rechtsfortbildung | 523 |
| b) Die Relevanz gewandelter Lebensverhältnisse für die Rechtsanwendung | 523 |
| III. Zweiter Schritt: Der Blick auf die Rechtsfolgen | 524 |
| 1. Folgenorientierte Überlegungen bei der Rechtsfortbildung | 524 |
| 2. Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke und Untätigkeit des Gesetzgebers | 524 |
| a) Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke | 524 |
| b) Die Untätigkeit des Gesetzgebers | 526 |
| c) Kein anderweitiger Rechtsschutz möglich | 527 |
| 3. Konsens, rechtsvergleichende Bestätigung und Erhöhung der Rechtssicherheit | 527 |
| a) Konsens und die allgemeine Rechtsüberzeugung | 527 |
| b) Bestätigung durch ausländische Entscheidungen | 528 |
| c) Gesicherte Präjudizien und Rechtsdogmatik | 528 |
| d) Rechtsfortbildung erhöht Praktikabilität und Rechtssicherheit | 529 |
| IV. Dritter Schritt: Die Verfassung als höherrangiges Recht | 530 |
| 1. Grundrechtsschutz des Verletzten und Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten | 530 |
| 2. Grundrechtsbeeinträchtigungen und schützenswertes Vertrauen | 530 |
| 3. Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderung | 532 |
| 4. Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des berechtigten Vertrauens des Bürgers | 532 |
| V. Vierter Schritt: Höherrangiges Europarecht und internationales Recht | 533 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| 1. Die primärrechts- und verordnungskonforme Rechtsfortbildung | 533 |
| 2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des nationalen Rechts und ihre Grenzen | 533 |
| 3. Das Vertrauen des Einzelnen als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung | 534 |
| VI. Fünfter Schritt: Kompetenzgrenzen | 534 |
| 1. Gesetzesvorbehalt und die Kompetenz des Parlaments | 534 |
| a) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie zugunsten des Gesetzgebers | 534 |
| b) Kein Gesetzesvorbehalt zulasten der Gerichte | 536 |
| 2. Gewaltenteilung und die Grenzen der Gerichte | 537 |
| a) Unzulässige positive Sozialgestaltung und richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) | 537 |
| b) Der Richter als politischer Akteur und Ersatzgesetzgeber | 540 |
| c) Unzulässige Rechtsgestaltung (judicial activism) | 541 |
| 3. Konkretisierung und Rechtsfortbildung | 542 |
| a) Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik als Mittel der Konkretisierung von Recht | 542 |
| b) Das Gebot der Rückverweisung an den Gesetzgeber | 543 |
| c) Zur Zulässigkeit von gesetzesergänzender oder gesetzeskorrigierender Rechtsfortbildung | 544 |
| 4. Kompetenzstreitigkeit zwischen den Gerichten | 545 |
| a) Das BVerfG als Superrevisionsinstanz gegenüber Fachgerichten | 545 |
| b) Die Rolle des BVerfG im „Dialog der Gerichte“ | 546 |
| c) Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als Kompetenzgrenze des EuGH bei der Rechtsfortbildung | 549 |
| d) Ultra-vires-Kontrolle und konstruktives Kooperationsverhältnis | 550 |
| VII. Abwägung und Gewichtung von Argumentationsfiguren bei der Rechtsfortbildung | 553 |
| 1. Vorrang-, Vermutungs- und Argumentationslastregel | 553 |
| 2. Abwägungsregel | 553 |
| 3. Zum Verhältnis des Fünf-Stufen-Systems zu den Abwägungsregeln | 554 |
| Zusammenfassung zu § 13 | 556 |
| § 14 Eine Moderne Juristische Methodenlehre | 559 |
| I. Auf dem Weg zu einer Modernen Methodenlehre | 560 |
| 1. Klassische versus postmoderne Methodenlehre | 560 |
| 2. Eine Moderne Methodenlehre | 560 |
| II. Die Fallhermeneutik als Teil der Juristischen Methodenlehre | 561 |
| 1. Zur Wechselwirkung von Sachverhalt und Rechtsnorm | 562 |
| a) Bisherige Ansichten (Engisch, Fikentscher) | 562 |
| b) Die Normbereichslehre von F. Müller | 562 |
| 2. Sachverhaltshermeneutik zur Ermittlung des Fallbereichs | 563 |
| a) Zur Notwendigkeit einer eigenen Sachverhaltshermeneutik | 563 |
| b) Vom Rohsachverhalt zum Sachverhalt: Recherchepflichten und Interviewing | 564 |
| c) Beibringungs- und Untersuchungsgrundsatz | 566 |
| 3. Der Normbereich | 568 |
| a) Untersuchungsgrundsatz und Normbereich | 568 |
| b) Die Fallhermeneutik am Beispiel eines potentiellen Burkaverbotes | 569 |
| c) Maßstababbildung in den Entscheidungen des BVerfG | 571 |
| d) Normbereich im Zivilrecht | 572 |
| 4. Die Wechselwirkung von Recht, Lebenswirklichkeit und Empirie | 573 |
| a) Zur Relevanz der Empirie | 573 |
| b) Spiralförmiger Diskurs zwischen Sachverhalt und Norm | 574 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| c) Entscheidungen unter Unsicherheiten | 574 |
| 5. Gerichtliche Kontrolldichte gegenüber der Verwaltung | 575 |
| a) Gerichte als „Letztkonkretisierer“ der Verwaltung | 575 |
| b) Reduzierte Kontrolldichte bei Gestaltungs-, Beurteilungs- und Ermessensspielräumen der Verwaltung | 575 |
| c) Grenzen der begrenzten Kontrolldichte | 577 |
| III. Quellen der Juristischen Methodenlehre | 577 |
| 1. Die Grundlagenfächer als Nachbardisziplinen | 578 |
| a) Rechtsgeschichte und der Wandel juristischer Methoden | 578 |
| b) Rechtsvergleichung | 580 |
| c) Rechtstheorie | 580 |
| d) Rechtssoziologie | 581 |
| 2. Staatstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie | 581 |
| a) Methodenlehre als Argumentations- und Legitimationslehre | 581 |
| b) Rechtsdogmatik und die Berührung zur Juristischen Methodenlehre | 582 |
| c) Rechtsphilosophie: Auf der Suche nach der gerechten Entscheidung | 582 |
| IV. Juristisches Denken und Vorgaben einer rationalen Begründung | 584 |
| 1. Juristisches Denken | 584 |
| a) Strukturen Juristischen Denkens | 584 |
| b) Die methodischen Vorgaben des BVerfG und europäischer Gerichte | 585 |
| c) Vorgaben der Literatur zu den Grenzbereichen der Methodenlehre | 586 |
| d) Kritische Bewertung und eigene Ansicht | 586 |
| 2. Die Falsifizierung einer unzureichenden juristischen Begründung als formale Vorgabe | 587 |
| a) Begründungsverzicht, Scheinbegründungen, Vorverständnis und Dezision | 587 |
| b) Methodenpluralismus | 588 |
| c) Ablehnung einfacher Stopp-Regeln | 589 |
| d) Unzulässige Beschränkung auf ein Falsifizieren | 590 |
| 3. Kohärentes juristisches Begründen als Teil des Juristischen Denkens | 591 |
| a) Methodentransparenz zur Sicherstellung einer Plausibilitätskontrolle | 591 |
| b) Die Synthesis als überzeugendste Begründung | 591 |
| c) Begründungstiefe und kumulativer Methodeneinsatz | 592 |
| 4. Inhaltliche Anforderungen an das Juristische Begründen | 593 |
| a) Zum Kanon von Argumentationsfiguren bei Auslegung, Konkretisierung und Konstruktion | 593 |
| b) Prüfungsfolgen als ein Mehr gegenüber einem Beweglichen System | 594 |
| c) Inhaltliche Anbindung und Rückanbindung an das Recht als Aufgabe der Juristischen Methodenlehre und der Rechtsdogmatik | 594 |
| V. Eine Juristische Metamethodik | 596 |
| 1. Kohärente Entscheidungsbegründung als Ziel einer Metamethodik | 596 |
| a) Ziel der Metamethodik | 596 |
| b) Formale Bestandteile einer kohärenten Entscheidungsbegründung | 597 |
| c) Inhaltliche Anforderungen an eine kohärenten Entscheidungsbegründung | 597 |
| 2. Sechsstufige Prüfungsfolge zur Rechtslösung | 598 |
| a) Sachverhaltshermeneutik und die relevanten Rechtsquellen | 598 |
| b) Savigny'scher Auslegungskanon und Folgenorientierung | 599 |
| c) Konkretisierung und Konstruktion | 599 |
| d) Prüfung von höherrangigem Recht | 599 |
| e) Rechtsfortbildung und ihre Grenzen | 599 |
| f) Billigkeitskontrolle und Richtigkeitsgewähr | 600 |
| 3. Gewichtung von Argumentationsfiguren | 601 |
| a) Kategorien zur abstrakten Gewichtung der Argumentationsfiguren | 601 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| b) Die Argumentationsfiguren im konkreten Fall | 604 |
| c) Gesamtabwägung | 604 |
| 4. Die Universalität zahlreicher juristischer Methoden | 605 |
| a) Bereichsspezifische, nationale oder globale Juristische Methodenlehre | 605 |
| b) Eckpunkte einer europäischen Methodenlehre | 606 |
| Zusammenfassung zu § 14 | 608 |
| Statt eines Schlusswortes – Zum Wert der Juristischen Methoden | 610 |
| § 15 Vertiefungsfälle | 613 |
| Anhang: Die wichtigsten Argumentationsfiguren | 633 |
| Rechtsprechungsübersicht | 639 |
| Stichwortverzeichnis | 653 |