

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur vierten Auflage .....	VII
Vorwort zu Erstaufgabe .....	VIII
Grafiken .....	XXXI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXIII
Literaturverzeichnis .....	XLV

## 1. Teil. Grundlagen – die Rechtsquellen

<b>§ 1 Juristische Methodenlehre als Begründungs- und Legitimationslehre .....</b>	<b>1</b>
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. Eine Moderne Juristische Methodenlehre .....	3
a) Methodenlehre als Legitimations- und Argumentationslehre .....	3
b) Die Struktur dieses Werkes .....	4
3. Juristische Methodenlehre als Schule Juristischen Denkens .....	6
a) Die Schulung Juristischen Denkens in der Juristischen Ausbildung .....	6
b) Juristisches Denken als Juristisches Begründen .....	8
c) Juristische Methodenlehre für Wissenschaft und Praxis .....	8
4. Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Rechtsfindung .....	9
a) Europa-Artikel und Mehrebenensystem .....	9
b) Der nationale Richter als Unionsrichter .....	9
c) Zum globalen Anspruch juristischer Argumentationsfiguren .....	10
II. Juristische Methoden als Legitimationslehre .....	11
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine richterliche Entscheidung ....	11
a) Das Gewaltenteilungsprinzip .....	11
b) Legalismus .....	12
c) Wesentlichkeitstheorie und Gesetzlichkeitsprinzip (nullum crimen sine lege) .....	12
d) Recht auf rechtliches Gehör und verfassungsrechtliche Begründungspflicht .....	13
e) Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG ....	15
f) Die Begründungspflicht auf europäischer Ebene .....	15
2. Methodenlehre als Legitimationslehre zur Machtbegrenzung des Richters ...	16
a) Machtbegrenzung gegenüber dem Parlament .....	16
b) Machtbegrenzung gegenüber dem Bürger .....	16
c) Berechtigung des Richters zur Rechtsfortbildung (Art. 20 Abs. 3 GG) ....	17
3. Zum Begründungsstil und zur Zitierpraxis der Gerichte in Europa .....	20
a) Zum Urteils- und Zitierstil nationaler Gerichte .....	20
b) Zum Begründungsstil des EuGH .....	22
III. Methodenlehre als Argumentationslehre .....	23
1. Wahrheitsanspruch und die streitbaren Juristen .....	23
a) Die vermeintlich richtige Entscheidung: One-right-answer-thesis .....	23

b) Das Entscheiden nach einem festen Vorverständnis .....	24
c) Die Begründung einer vertretbaren Entscheidung .....	26
2. Zweck der Argumentationslehre .....	27
a) Widerlegbarkeit (Falsifizierung) falscher Ansichten .....	28
b) Begründung vertretbarer Ergebnisse .....	28
c) Synthese und die überzeugendste Lösung .....	29
3. Juristische Argumentationsfiguren .....	31
a) These, Prämisse und Argument .....	31
b) Die juristische Argumentationsfigur als Prämisse für eine These .....	32
c) Gewichtung von Argumentationsfiguren .....	32
d) Begriff der juristischen Argumentationsfigur .....	34
IV. Zum inhaltlichen Gerechtigkeitsanspruch juristischer Methoden .....	35
1. Juristische Methodenlehre und der Gerechtigkeitsanspruch .....	35
a) Das vermeintlich Ungerechte an der Methodenlehre (Rüthers) .....	35
b) Diskurstheorien .....	35
2. Rechtsfriede und Gerechtigkeit als Rechtsideen .....	36
a) Gerechtigkeit nach Aristoteles .....	36
b) Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit als Rechtsideen (Radbruch) .....	37
c) Menschenwürde und Rechtsgüterschutz .....	37
d) Sicherstellung von Freiheitsräumen .....	38
3. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Argumentations- und Legitimationslehre .....	38
a) Die Menschenwürde und das Naturrecht als letzter Geltungsgrund .....	38
b) Die verschiedenen Aufgaben der Juristischen Methodenlehre .....	39
Zusammenfassung zu § 1 .....	40
<b>§ 2 Rechtsquellen</b> .....	43
I. Recht und Rechtsquellen .....	44
1. Kriterien zur Umschreibung von Recht .....	44
a) Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen .....	44
b) Geltung und Bindungswirkung .....	45
c) Rechtssätze als Sollensnormen .....	46
d) Sanktion und Vollzug von Gesetzen .....	47
2. Abgrenzung des Rechts zur Moral, Ethik und political correctness .....	48
a) Moral, Ethik und political correctness .....	48
b) Abgrenzung zum Recht .....	49
c) Die gegenseitige Beeinflussung von Moral und Recht .....	50
II. Hierarchie von Rechtsquellen in Deutschland .....	51
1. Gesetze als Rechtsquelle in Deutschland .....	51
a) Abgrenzung und Überschneidung von öffentlichem und privatem Recht ..	51
b) Unterscheidung von Rechtsnormen: Gesetz, Verordnung und Satzung ...	52
2. Höherrangiges Recht: Der Stufenbau des Rechts und der <i>Lex-superior</i> - Satz als Kollisionsregel .....	53
3. Der Stufenbau des deutschen Rechts .....	54
a) Bundesrecht und Landesrecht .....	54
b) Kollision von Bundes- und Landesrecht (Artt. 31, 72 GG) .....	55
4. Gesetzesänderung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz .....	55
a) Begrifflichkeiten .....	56
b) Echte Rückwirkung/Rückbewirkung von Rechtsfolgen .....	56
c) Unechte Rückwirkung/tatbestandliche Rückanknüpfung .....	57
III. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des europäischen Rechts .....	58
1. Rechtsetzung in der EU .....	58

a) Die Europäische Union als supranationale Rechtsordnung .....	58
b) Zur Gewaltenteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU .....	59
c) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzausübungsregeln .....	59
d) Europäische Rechtsquellen – Zur Unterscheidung von Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht .....	60
e) Mindest- und Vollharmonisierung als Formen der Rechtsangleichung ...	61
2. Die autonome Auslegung des Europarechts und die Auslegung innerhalb der europäischen Normenhierarchie .....	63
a) Autonome Auslegung durch den EuGH .....	63
b) Normenhierarchie und primärrechtskonforme Auslegung des europäischen Rechts .....	64
3. Höherrangigkeit des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht – Geltung und Anwendungsvorrang .....	66
a) Die monistische Perspektive des EuGH: unmittelbare Geltung des europäischen Rechts .....	66
b) Anwendungsvorrang des Unionsrechts .....	67
c) Die dualistische Perspektive des zweiten Senats des BVerfG: Identitätsvorbehalt und Ultra-vires-Kontrolle .....	69
d) Die Weiterentwicklung des Anwendungsvorrangs durch den EuGH: nationale Gestaltungsspielräume bei der Anwendung europäischen Rechts .....	72
e) Die Anwendung europäischer Grundrechte durch den ersten Senat des BVerfG .....	73
4. Die Anwendung des nationalen Rechts im Rahmen der Mindestharmonisierung .....	75
a) Die Anwendung des nationalen Rechts außerhalb des harmonisierten Bereichs .....	75
b) Die Rückverweisungsklausel als Ausnahme zur autonomen Auslegung ...	75
c) Gestaltungsbereich und Zweifel über den Harmonisierungsgrad europäischer Richtlinien oder Verordnungen .....	76
d) Nochmals: Trennungs- und Überlappungsthese im Gestaltungsbereich ...	77
IV. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des internationalen Rechts .....	77
1. Rechtsquellen auf internationaler Ebene .....	77
2. Die autonome Auslegung von internationalen Abkommen .....	78
3. Der Stufenbau des Völkerrechts .....	79
4. Völkerrecht und nationales Recht .....	79
a) Verhältnis des Völkerrechts zum Grundgesetz .....	79
b) Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz .....	80
V. Naturrecht .....	81
1. Zur Relevanz des Naturrechts .....	81
a) Gegner des Naturrechts .....	81
b) Historische Entwicklung des Naturrechts .....	82
c) Vermittelnde Ansicht: Enger Bereich des Naturrechts und weiter Bereich übergesetzlicher Rechtsprinzipien .....	82
2. Vorrang von Naturrecht gegenüber dem eindeutigen Unrechtsgesetz (Radbruch'sche Formel) .....	83
3. Positive Formen von Naturrecht .....	85
a) Naturrecht und Anthropologie .....	85
b) Rechtsideen und keine unmittelbare Subsumtion .....	85
Zusammenfassung zu § 2 .....	85

<b>§ 3 Sekundäre Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen</b>	<b>87</b>
I. Problemstellung: Rechts(erkenntnis)quellen neben primären Rechtsquellen?	88
1. Die bisherige dualistische Ansicht: enger Begriff der Rechtsquellen versus Rechtserkenntnisquelle	88
2. Der weite Rechtsquellenbegriff – vernetzte Rechtsstrukturen als Alternative zum Stufenbau des Rechts	90
3. Vermittelnde Ansicht: Die Lehre von den sekundären Rechtsquellen	92
a) Befassungspflicht, subsidiäre Befolgungspflicht und Vermutungswirkung	92
b) Umfang der Vermutungswirkung	94
4. Jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht	94
a) Rechtspositivismus (Kelsen) und der Methodendualismus	94
b) Erweiterung der Rechtsquellenlehre zur Methodenpolarität	94
II. Die Bedeutung des Richterrechts für die Rechtsfindung	95
1. Zur Rolle des Gewohnheitsrechts	95
2. Lehre von den sekundären Rechtsquellen	96
a) Befassungs- und Befolgungspflichten sowie Ablehnung von Gewohnheitsrecht	96
b) Rechtsprechungsänderung: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz versus materielle Gerechtigkeit	97
c) Rechtsprechungsänderung durch den EuGH, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	100
3. Strenge Präjudizienbindung als rechtliche Ausnahme im deutschen Rechtskreis	100
a) Die <i>stare decisis rule</i> und <i>persuasive authorities</i> im anglo-amerikanischen Rechtskreis	100
b) Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG	101
c) Bindungswirkung zwischen Gerichten	101
d) Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen	102
III. Verwaltungsvorschriften, Rechtsvorschriften Privater und europäische Empfehlungen	103
1. Verwaltungsvorschriften	103
a) Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	103
b) Verwaltungsvorschriften als sekundäre Rechtsquellen	104
c) Vertrauensschutz des Bürgers	104
2. Rechtsnormen Privater und die Abgrenzung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verträgen und soft law	105
a) Verrechtlichung privater Normen	105
b) Gesetzliche Vermutungswirkung	105
c) Entsprechenserklärung ( <i>comply or explain</i> )	106
d) Konkretisierung von Generalklauseln durch private Regelwerke	107
3. Rechtsfolgen	107
a) Vermutungswirkung und ihre Voraussetzungen	107
b) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	108
4. Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	109
a) Vermutungswirkung für Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	109
b) Gesetzliche Beispiele der Befassungs- und Befolgungspflichten	109
IV. Die Bedeutung ausländischer Urteile für die Rechtsfindung	110
1. Die Pflicht zur rechtsvergleichenden Auslegung im Europarecht, im internationalen Einheitsrecht und im Völkerrecht	110
a) Internationales Privatrecht	111
b) Internationales Einheitsrecht (vgl. Art. 7 UN-Kaufrecht)	111

c) Grundrechte der EMRK .....	112
d) Der nationale Rechtsanwender als europäischer Rechtsanwender .....	112
2. Fallgruppen freiwilliger Rechtsvergleichung .....	112
3. Rechtsqualität ausländischer Urteile: Zwischen persuasive authority und bloßer Rechtserkenntnisquelle .....	115
4. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für den EuGH und den EGMR .....	116
a) Pflicht zur Rechtsvergleichung durch den EuGH .....	116
b) Freiwillige Rechtsvergleichung durch den EuGH .....	117
c) Rechtsvergleichung durch den EGMR .....	117
V. Rechtsliteratur .....	117
Zusammenfassung zu § 3 .....	118

## 2. Teil. Auslegung

<b>§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden</b> ....	119
I. Auslegung und Subsumtion .....	120
1. Deduktiver Syllogismus und Subsumtion .....	120
a) Die Subsumtion als logischer Schluss .....	120
b) Die Bausteintechnik .....	122
c) Wechselwirkung von Norm und Sachverhalt – Das Hin- und Herwandern des Blickes und die Fallnormtheorie .....	122
d) Das Entwickeln von Definitionen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen .....	125
2. Der klassische Viererkanon .....	125
a) Die Begründung des Auslegungskanons durch <i>von Savigny</i> .....	125
b) Die heutige Bedeutung der vier Auslegungsarten und deren Bedeutung in einzelnen Mitgliedstaaten .....	127
c) Die Bedeutung des Auslegungskanons für den EuGH .....	128
3. Die Kritik an den vier Auslegungsmethoden und dem Subsumtionsmodell .....	129
4. Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung .....	130
a) Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung als Rechtsschöpfung .....	130
b) Die Wortlautgrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung .....	131
c) Der fließende Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung .....	131
d) Folgerungen – die erhöhte Begründungslast .....	131
II. Die grammatische Auslegung .....	132
1. Die grammatische Auslegung als Beginn des Auslegungsprozesses .....	132
2. Hilfsmittel zur Bestimmung eines eindeutigen und mehrdeutigen Wortlauts .....	133
a) Legaldefinitionen, Vermutungen und Fiktionen als juristischer Sprachgebrauch des Gesetzgebers .....	134
b) Normative und deskriptive Begriffe .....	136
c) Enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung des Tatbestandsmerkmals .....	136
d) Allgemeiner Sprachgebrauch .....	137
3. Die Eindeutigkeitsregel des Wortlauts (Acte-clair-Doktrin, literal rule, textualism) als Auslegungsfigur .....	138
4. Wortlautgrenze und Analogieverbot .....	139
a) Die vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips .....	139
b) Das Analogieverbot (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta) .....	139

c) Das Verbot unbestimmter Strafgesetze (nullum crimen, nulla poena sine lege certa) .....	142
d) Gewohnheitsrechtsverbot (nulla poena sine lege scripta) .....	143
e) Das Verbot rückwirkender Bestrafung (nulla poena sine lege praevia) ....	144
5. Die Bedeutung des Wortlauts für den EuGH .....	145
a) Der Wortlaut bei mehrsprachigen Rechtstexten .....	145
b) Die Unterscheidung von juristischem und allgemeinem Sprachgebrauch durch den EuGH .....	145
c) Der EuGH und die Wortlautgrenze im Straf- und Steuerrecht .....	146
III. Die systematische Auslegung .....	146
1. Bedeutung .....	146
a) Das Ideal der widerspruchsfreien Rechtsordnung .....	146
b) Systematische Auslegung im Stufenbau des Rechts .....	149
c) Das äußere System des BGB – Begriffsjurisprudenz: Begriffspyramiden – Bausteintechnik – Verweisungen .....	149
d) Das innere System des Gesetzes und die Wertungen des BGB .....	151
2. Einzelne systematische Auslegungsfiguren .....	153
a) Vergleich der Tatbestandsmerkmale einer Norm .....	153
b) Stellung des Tatbestandsmerkmals innerhalb der Gliederung des Gesetzes .....	154
c) Ausnahmen dürfen nicht erweiternd ausgelegt werden ( <i>singularia non sunt extendenda</i> ) .....	154
d) Einheit der Rechtsordnung und Einheit der Verfassung .....	155
3. Kollisionsregeln .....	156
a) Das höhere Gesetz geht dem niedrigeren vor ( <i>lex superior derogat legi inferiori</i> ) .....	157
b) Das spätere Gesetz geht dem früheren vor ( <i>lex posterior derogat legi priori</i> ) .....	157
c) Das besondere Gesetz geht dem allgemeineren vor ( <i>lex specialis derogat legi generali</i> ) .....	157
4. Die systematische Auslegung durch den EuGH .....	158
a) Zur Rolle der Systematik .....	158
b) Kollisionsregeln .....	158
c) Ausnahmen sind eng auszulegen .....	159
d) Weitere Argumentationsfiguren .....	159
IV. Die historische Auslegung .....	160
1. Historische Auslegung im weiteren und engeren Sinne .....	160
a) Relevanz und historische Auslegung im weiteren Sinne .....	160
b) Begrifflichkeiten .....	161
c) Vorläufernormen als Hilfsmittel für die historische Auslegung i.e.S. ....	161
d) Kontinuität zwischen Vorgängernorm und jetziger Norm ( <i>droit constant</i> ) .....	162
e) Verfassungstradition .....	162
2. Der gesetzgeberische Wille in den Materialien der konkreten Norm .....	163
a) Die genetische Auslegung .....	163
b) Präambel und Programmsatz als Gesetzesimmanente Materialien .....	163
c) Ämtliche Materialien im Gesetzgebungsverfahren als Hilfsmittel .....	164
d) Wille der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft versus individueller Wille .....	166
e) Kontinuitätsargument: eindeutiger Wille gilt heute noch .....	166
f) Kumulation von genetischen Quellen .....	166
3. Die Bedeutung der Gesetzesgeschichte für den EuGH .....	167
a) Die Bedeutung der historischen Auslegung i.w.S. für den EuGH .....	167
b) Kontinuität mit der Vorläufernorm als historische Auslegung i.e.S. ....	168
c) Verfassungstradition als historische Auslegung i.e.S. ....	168

d) Genetische Auslegung – Präambel und Erwägungsgründe als gesetzesimmanente Quellen .....	168
e) Amtliche Materialien als Hilfsmittel der genetischen Auslegung .....	169
Zusammenfassung zu § 4 .....	170
<b>§ 5 Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung .....</b>	<b>171</b>
I. Der Gesetzeszweck als teleologische Auslegung .....	172
1. Zum Telos, der ratio legis .....	172
a) Begriff .....	172
b) Der Sinn und Zweck des Primär- und Sekundärrechts der EU .....	173
c) Zur vermeintlichen Überflüssigkeit des Telos .....	173
d) Das Telos als Prämisse .....	174
2. Die Bestimmung des Gesetzeszwecks .....	175
a) Interner Gesetzeszweck .....	175
b) Ausdrücklicher oder konkludenter Normzweck .....	175
c) Die Erwägungsgründe zur Präzisierung von Normtext und Regelungsziel .....	176
d) Auslegungshilfen: In dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris ..	177
3. Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz .....	177
a) Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz .....	177
b) Unterscheidung zwischen interessenorientierter und teleologischer Auslegung .....	179
II. Einzelne logische Argumentationsfiguren .....	180
1. Verstoß gegen Denkgesetze .....	180
2. Zirkelschluss ( <i>petitio principii</i> ) .....	181
a) Der Zirkelschluss ( <i>petitio principii</i> ) .....	181
b) Das <i>argumentum ex silentio</i> .....	183
3. Sprung im Schließen ( <i>saltus in concludendo</i> ) .....	184
4. Vermeidung einer Gesetzesumgehung .....	184
5. Vermeidung von Regelungswidersprüchen, Normangleichung und Erhalt des Anwendungsbereichs einer Norm .....	185
6. Einzelne Argumentationsfiguren des EuGH .....	186
III. Folgenorientierte Auslegung .....	187
1. Begriff und Relevanz der folgenorientierten Auslegung .....	187
2. Grenzen der folgenorientierten Auslegung .....	188
3. Einzelne Argumentationsfiguren .....	189
a) Vermeidung absurder oder unpraktikabler Ergebnisse ( <i>argumentum                 ad absurdum</i> ) .....	189
b) Wirtschaftliche Betrachtung: Vermeidung einer Übermaßhaftung oder einer unbilligen Härte .....	191
c) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten ( <i>de minimis non                 curat lex</i> ) .....	193
d) Vermeidung schädlicher Effekte und Ermöglichung praktikabler Ergebnisse .....	194
e) Allgemeine Lebenserfahrung und empirische Untersuchungen .....	196
f) Normative Kraft des Faktischen .....	197
g) Akzeptanz der Entscheidung und herrschende Meinung .....	198
h) Versuch einer vermittelnden Rechtsansicht .....	199
4. Die folgenorientierte Argumentation des EuGH .....	200
a) Vermeidung absurder Ergebnisse ( <i>argumentum ad absurdum</i> ) .....	200
b) Effet utile .....	200
c) Die Entwicklung neuer Rechtsbehelfe .....	201
d) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten aus europäischer Sicht ..	202
e) Praktikables Ergebnis .....	202

IV. Ökonomische Analyse des Rechts .....	203
1. Zielsetzung und Methoden des <i>Law and Economics</i> -Ansatzes .....	203
a) Homo oeconomicus und Allokationseffizienz .....	203
b) Cost-benefit analysis und cheapest cost avoider .....	204
2. Grenzen des ökonomischen Ansatzes .....	205
a) Begrenzte Rationalität des Menschen ( <i>bounded rationality</i> ) .....	205
b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und Wertungen des Gesetzgebers ..	207
c) Unzureichende empirische Daten .....	207
3. Bedeutung für die juristische Methodenlehre .....	208
a) Relevanz für die juristische Rechtsanwendung .....	208
b) Kosten-Nutzen-Bewertung, cheapest cost avoider und Haftungsrecht .....	209
c) Haftungsrecht und Prävention .....	210
d) Informationsgefälle und cheapest cost avoider .....	212
e) Das Principal-Agent-Problem .....	213
f) Spieltheorie .....	214
4. Ökonomische Überlegungen des EuGH .....	214
a) Ökonomische Fragestellungen im EU-Kartellrecht .....	214
b) Binnenmarkt und effektiver Rechtsschutz .....	215
Zusammenfassung zu § 5 .....	215
<b>§ 6 Teleologische Gegenfiguren und einfache Formen der Rechtsfortbildung .....</b>	<b>217</b>
I. Teleologische Gegenfiguren zu Formalargumenten .....	218
1. Wortlaut .....	218
a) Ablehnung der Eindeutigkeitsregel .....	218
b) Juristischer Sprachgebrauch .....	220
c) Unmöglichkeit der reinen Wortlautauslegung .....	220
d) Rechtsfortbildung .....	220
2. Systematik .....	221
a) Korrektur der systematischen Stellung eines Tatbestandsmerkmals .....	221
b) Relativität der Rechtsbegriffe und gespaltene Auslegung .....	222
c) Weite Auslegung von Ausnahmen .....	225
d) Kollisionsregeln: Der Grundsatz der Alternativität verdrängt die	
Lex-specialis-Regel .....	226
e) Relativierung des Lex-posterior-Satzes .....	227
f) Grundsätze in dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris	
gelten nicht .....	227
3. Historische Auslegung .....	228
a) Diskontinuität im Rahmen der genetischen Auslegung: subjektiver Wille	
der Vorläufernorm gilt nicht mehr .....	228
b) Subjektiver Wille ist unklar, mehrdeutig oder widersprüchlich	
(Perplexität) .....	228
c) Maßgeblichkeit eines normativen, subjektiven Willens .....	229
d) Redaktionsversehen .....	229
e) Die objektive Theorie .....	231
4. Telos, Folgenorientierung und ökonomische Analyse .....	231
a) Unlogisches Recht .....	231
b) Grenzen der folgenorientierten Auslegung und der ökonomischen	
Analyse .....	232
II. Subjektive versus objektive Theorie .....	233
1. Der Streitstand als Dauerbrenner der juristischen Methodenlehre .....	233
2. Die subjektive Theorie .....	235
a) Maßgeblichkeit des Willens des damaligen Gesetzgebers .....	235
b) Lücke nicht planwidrig – beredtes Schweigen des Gesetzgebers .....	235
c) Kritik an der subjektiven Theorie .....	236
3. Die objektive Theorie .....	237



a) Die Interpretation des Gesetzes in seinem zeitlichen Kontext .....	237
b) Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber und Altern der Kodifikation – der ursprüngliche Regelungszweck passt nicht mehr .....	237
c) Dynamische Verfassungsinterpretation .....	238
d) Kritik an der objektiven Theorie .....	238
4. Die subjektiv-objektive Theorie als Vereinigungstheorie .....	240
5. Gegenfiguren aus europäischer und rechtsvergleichender Perspektive .....	240
a) Redaktionsversehen .....	240
b) Übersetzungsfehler als Redaktionsversehen .....	241
c) Die dynamische Auslegung des EuGH und EGMR .....	242
d) Die US-amerikanische Perspektive: textualism, purposivism versus living originalism .....	243
III. Einfache Formen der Rechtsfortbildung .....	244
1. Teleologische Reduktion .....	244
a) Methodische Grundlagen .....	244
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der teleologischen Reduktion .....	245
c) Unbilligkeit und argumentum ad absurdum als Argumentationsfiguren ..	247
2. Der Streit über den Lückenbegriff .....	248
a) Die Lücke als fata morgana? .....	248
b) Die planwidrige Lücke als Prämisse .....	249
c) Die verschiedenen Formen der Lücke .....	250
3. Einzelanalogie (Gesetzesanalogie) .....	250
a) Methodische Grundlagen – das Ähnlichkeitsargument (argumentum a simile) .....	250
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Einzelanalogie .....	251
c) Erst-Recht-Schluss und Unbilligkeit als Argumentationsfiguren .....	253
d) Zwei Varianten des Ähnlichkeitsvergleichs .....	255
e) Planwidrigkeit der Lücke und das Umgehungsargument .....	256
4. Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) .....	257
a) Methodische Grundlagen .....	257
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Gesamtanalogie .....	258
c) Die Stimmigkeit mit dem inneren System des Gesetzes als Argumentationsfigur zur Begründung der Planwidrigkeit der Lücke .....	260
5. Die schwierige Suche nach dem Telos .....	262
a) Die teleologische Extension bei fehlender Ähnlichkeit zu einem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal .....	262
b) Mehrfache Regelungszwecke .....	265
6. Einfache Formen der Rechtsfortbildung auf europäischer Ebene .....	265
a) Zum Begriff der „Interpretation“ .....	265
b) Teleologische Reduktion .....	266
c) Einzelanalogie .....	266
d) Gesamtanalogie und das Entwickeln neuer Rechtsinstitute .....	267
IV. Die Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen .....	267
1. Ziel der Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen .....	268
a) Auslegungsgrundsätze .....	268
b) Der Wille des Erklärenden und der Vertrauensschutz Dritter .....	268
2. Natürliche Auslegung .....	269
a) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen .....	269
b) falsa demonstratio non nocet .....	269
3. Objektiv-normative Auslegung und einzelne Auslegungsgrundsätze .....	270
a) Auslegung nach dem Empfängerhorizont .....	270
b) Wortlaut, Systematik und Begleitumstände als Teil der Entstehungsgeschichte .....	270
c) Teleologische Auslegung – Interessenlage und Zweck einer Regelung .....	271
d) Verträge mit einem größeren Personenkreis .....	272

4. Ergänzende Vertragsauslegung .....	272
a) Abgrenzungen .....	272
b) Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung .....	273
Zusammenfassung zu § 6 .....	275

### **3. Teil. Konkretisierung und Konstruktion**

<b>§ 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte .....</b>	<b>277</b>
I. Konkretisierung von Recht .....	277
1. Auslegung versus Konkretisierung .....	277
a) Die Auslegung als erster Arbeitsschritt .....	277
b) Die Konkretisierung als erforderlicher zweiter Arbeitsschritt .....	278
2. Generalklauseln – Fluch oder Segen? .....	279
a) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe .....	279
b) Delegations-, Rechtsfortbildungs-, Flexibilitäts- und Rezeptionsfunktion von Generalklauseln .....	280
c) Generalklauseln im europäischen Recht .....	282
II. Konkretisierung durch den Gesetzgeber .....	283
1. Generalklauseln und Regelbeispiele im deutschen Recht .....	283
a) Systematische und teleologische Auslegung .....	283
b) Legaldefinitionen und Regelbeispiele im Zivilrecht .....	283
2. Generalklauseln und Regelbeispiele im Strafrecht .....	284
a) Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand .....	284
b) Regelbeispiele auf der Rechtsfolgeenseite .....	285
3. Konkretisierung von Generalklauseln durch den europäischen Gesetzgeber ..	286
a) Legaldefinitionen und Regelbeispiele .....	286
b) Anhänge .....	287
c) Abschließender oder offener Charakter gesetzlicher Konkretisierung .....	287
III. Konkretisierung durch die Verwaltung oder private Regelwerke .....	287
1. Deutsches Recht .....	287
a) Gesetz und Rechtsverordnung .....	288
b) Verwaltungsvorschriften .....	288
c) Private Regelwerke .....	288
2. Europäisches Recht .....	289
IV. Die Vergleichsfallmethode als Konkretisierung durch die Gerichte .....	290
1. Die Ähnlichkeit zwischen Einzelanalogie und Vergleichsfallmethode .....	290
a) Die Vergleichsfallmethode im anglo-amerikanischen Recht .....	290
b) Das Denken von Fall zu Fall (Schluss vom Besonderen auf das Besondere) .....	291
c) Die Argumente im Rahmen der Vergleichsfallmethode .....	292
d) Die Bildung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes durch die Kombination von Induktion und Deduktion .....	293
2. Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen .....	294
a) Das anglo-amerikanische Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägungen (obiter dictum), distinguishing und overruling .....	294
b) Das deutsche Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägung (obiter dictum), distinguishing und overruling .....	298
3. Die Vergleichsfallmethode des EuGH .....	299
4. Einzelne Argumentationsfiguren zum Richterrecht .....	300
a) Grundsatzentscheidungen und gefestigte Rechtsprechung als Argumentationsfiguren .....	300
b) Argumentationsfiguren zur Hierarchie des Richterrechts .....	300
5. Die rechtsvergleichende Methode: Das „Wie“ .....	301

a) Verpflichtende Rechtsvergleichung am Beispiel des Einheitsrechts und im europäischen Recht .....	301
b) Freiwillige Rechtsvergleichung .....	301
c) Rechtsvergleichung des EuGH und des EGMR .....	304
Zusammenfassung zu § 7 .....	305
<b>§ 8 Bewegliches System, Fallgruppen und Fallgruppenvergleich als Methoden der Konkretisierung .....</b>	<b>307</b>
I. Das Bewegliche System .....	308
1. Grundsätzliches .....	308
a) Entdecker des Beweglichen Systems .....	308
b) Der Streit zur Relevanz eines Beweglichen Systems .....	309
c) Abschließende Bewertung .....	309
2. Anwendungsfälle im deutschen Recht .....	310
a) Zurechnungskriterien zur Konkretisierung der Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB .....	310
b) Die Zurechnungskriterien für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 und § 826 BGB .....	311
c) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten .....	313
3. Anwendungsfälle im europäischen Recht .....	314
II. Fallgruppen zur Konkretisierung von Generalklauseln .....	315
1. Fallgruppen .....	315
a) Das Ziel einer Fallgruppe .....	315
b) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen einer Fallgruppe .....	315
c) Chancen und Risiken .....	316
2. Fallgruppennormen im europäischen Recht .....	317
III. Die Strukturierung von mehreren Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen .....	317
1. Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen als Bewegliches System .....	318
2. Das Entwickeln neuer Fallgruppen – ein Kommen und Gehen .....	320
3. Bildung einer neuen Fallgruppe im europäischen Recht .....	322
Zusammenfassung zu § 8 .....	322
<b>§ 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien .....</b>	<b>325</b>
I. Allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtsdogmatik .....	326
1. Der Nutzen der Rechtsdogmatik für die Juristische Methodenlehre .....	326
a) Ziele und Begriff der Rechtsdogmatik .....	326
b) Risiken der „Gebrauchsdogmatik“ .....	327
c) Scheinbegründungen wie die „Natur der Sache“ .....	328
2. Rechtsdogmatik und Juristische Methodenlehre .....	329
a) Verbindung von Rechtsdogmatik und Methodenlehre .....	329
b) Konkretisierung und Konstruktion als Argumentationsfiguren zur Einbindung der Rechtsdogmatik in die Methodenlehre .....	330
c) Die Vorteile der Verbindung von Methodenlehre und Rechtsdogmatik .....	331
3. Zur Differenzierung zwischen Rechtsidee, Rechtsprinzip und Rechtsinstitut .....	332
a) Rechtsideen als Werte .....	333
b) Rechtsprinzipien .....	333
c) Rechtsinstitute als Rechtssätze .....	334
II. Die Arbeit mit Rechtsprinzipien in der Fallbearbeitung: Begründung und Konstruktion des Rechtsprinzips .....	335
1. Die Begründung des Rechtsprinzips als erster Schritt: Rückgriff auf Gesetz oder Induktion .....	335
a) Die historische Ableitung von Rechtsprinzipien .....	335

b) Einzel- oder Gesamtanalogie .....	335
c) Verschiedene Wege zur Begründung eines Rechtsprinzips .....	336
2. Konkretisierung von Rechtsprinzipien als notwendiger zweiter Schritt .....	337
a) Die Konkretisierung von Rechtsprinzipien zum Rechtssatz oder Rechtsinstitut .....	337
b) Die Konkretisierung durch Abwägung .....	338
III. Rechtsprinzipien im Zivilrecht: Herleitung und Konkretisierung der Privatautonomie .....	338
1. Induktive Herleitung von pacta sunt servanda .....	339
a) Vertragsfreiheit als Ausfluss der Willensfreiheit .....	339
b) Die Begründung der Vertragsbindung (pacta sunt servanda) .....	340
2. Vertragsfreiheit und vermeintlich widersprechende Rechtsprinzipien .....	341
a) Die umstrittene rechtsdogmatische Begründung des Kontrahierungszwangs .....	341
b) Zur umstrittenen Preiskontrolle von Verträgen – die laesio enormis .....	342
c) Störung der Geschäftsgrundlage und clausula rebus sic stantibus .....	342
IV. Das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund verschiedener Rechtsinstitute .....	344
1. Ansätze in der Literatur .....	344
a) Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit .....	344
b) Das Prinzip des Sozialen und die Privatautonomie als Optimierungsgebot .....	344
c) Weitere Ansätze zur Begründung der Privatautonomie .....	345
2. Privatautonomie als Selbstbestimmung beider Parteien .....	346
a) Selbstbestimmung des Einzelnen und beiderseitige Selbstbestimmung ....	346
b) Die Herleitung des Selbstbestimmungsprinzips aus dem BGB und der Verfassung .....	346
c) Freiheitsbeschränkende Einschränkung der Selbstbestimmung als konkretisierender Maßstab für eine Korrektur des Vertrages .....	347
3. Die rechtsdogmatische Begründung der verschiedenen Rechtsinstitute mit dem fehlenden Selbstbestimmungsrecht .....	348
a) Kontrahierungszwang und fehlende Selbstbestimmung .....	348
b) Preiskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB bei Verträgen, die stark freiheitsbeschränkend in die selbstbestimmte Lebensführung eingreifen ..	348
c) Freiheitsbeschränkende fehlende Äquivalenz als Störung der Geschäftsgrundlage .....	349
4. Die Konkretisierung und Begründung von Rechtsinstituten durch das Prinzip der Selbstbestimmung .....	350
V. Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene .....	351
1. Herausforderungen bei der Ableitung von Prinzipien auf europäischer Ebene .....	351
a) Schwierigkeiten auf europäischer Ebene .....	351
b) Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärrecht .....	352
2. Allgemeine Rechtsprinzipien im europäischen Recht .....	352
a) Vereinzelt Kodifizierung europäischer Rechtsprinzipien .....	352
b) Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten .....	352
c) Weitere Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts .....	354
d) Der Einfluss eines europäischen Rechtsprinzips auf das nationale Recht ...	355
Zusammenfassung zu § 9 .....	355
<b>§ 10 Abwägung als Konstruktion .....</b>	<b>357</b>
I. Abwägung im Öffentlichen Recht .....	358
1. Abwägung als Konstruktion .....	358

a) Konstruktion von „offenen“ Verfassungsnormen .....	358
b) Abwägung als Prozess zur Konkretisierung kollidierender Rechtsprinzipien .....	359
2. Die Struktur der Abwägung .....	361
a) Abwägungsauftrag und Auswahl der abwägungsrelevanten Gesichtspunkte .....	361
b) Abstrakte Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte .....	362
c) Konkrete Gewichtung im Einzelfall .....	362
d) Abwägungsvorgang im Einzelfall .....	363
3. Rechtsdogmatische Schlussfolgerungen aus der Abwägung .....	365
a) Zwischenschichten, Stufen, Leitbilder etc. ....	365
b) Zwingende Vorrangregel .....	366
c) Vermutungs- und Argumentationslastregel .....	367
d) Abwägungsregel und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	367
4. Die Prüfung von Grundrechten als gelungene Konstruktion von Recht .....	368
II. Abwägung von Grundrechten .....	369
1. Sachlicher Schutzbereich des Grundrechts .....	369
2. Eingriff und Beeinträchtigungen .....	371
3. Rechtfertigung des Eingriffs (Schranke) .....	372
4. Grenzen der Einschränkung (Schranken-Schranke), insbesondere Verhältnismäßigkeit .....	374
III. Abwägung europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten .....	378
1. Vergleich der Konkretisierung von Grundrechten und Grundfreiheiten .....	378
2. Europäische Grundrechte .....	379
a) Die Quellen europäischer Grundrechte .....	379
b) Rechtfertigung des Eingriffs (Schranken) und Verhältnismäßigkeit .....	381
3. Europäische Grundfreiheiten – Unterschiede zum deutschen Recht .....	381
a) Die Idee der Grundfreiheiten .....	381
b) Beschränkung der Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung .....	382
c) Verhältnismäßigkeit .....	383
IV. Abwägung kollidierender Rechtsprinzipien im Zivilrecht .....	385
1. Widerstrebende Prinzipien im Zivilrecht .....	385
a) Vorrang eines Prinzips gegenüber dem anderen .....	385
b) Abwägung kollidierender Rechtsgüter im Zivilrecht .....	387
2. Die Abwägung von Rechtsprinzipien am Beispiel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Rechtsinstitut widerstrebender Rechtsprinzipien .....	387
a) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen der Rechtsprechung .....	387
b) Rechtsdogmatische Begründungsversuche .....	388
c) Der Ausgleich zwischen Nichtstörungsgebot und Vertragsfreiheit .....	389
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht .....	391
a) Die beherrschende Rechtsansicht .....	391
b) Die grundsätzlich ablehnende Rechtsansicht .....	391
c) Vermittelnde Ansicht: begrenzte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im BGB .....	392
Zusammenfassung zu § 10 .....	394

#### **4. Teil. Vorrang durch Verfassungs- und Europarecht**

<b>§ 11 Verfassung als höherrangiges Recht .....</b>	<b>395</b>
I. Die verschiedenen Funktionen der Verfassung .....	396
1. Grundrechte und Grundgesetz als objektive Wertordnung .....	396
a) Abwehrrechte gegenüber dem Staat .....	396

b) Das Grundgesetz als Wertordnung .....	397
c) Grundrechte als Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Bürger .....	398
d) Übermaß- und Untermaßverbot .....	400
2. Wirkung der Grundrechte gegenüber Privaten .....	401
a) Lehre von der mittelbaren Drittwirkung .....	401
b) Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung .....	402
c) Grundrechte als Schutzpflichten .....	403
3. Der Einfluss der Verfassung auf die Rechtsprechung .....	405
a) Das Fachgericht als Verfassungsgericht .....	405
b) Kontrolle der Rechtsprechung .....	406
c) Kontrolle des Gesetzgebers gem. Art. 100 Abs. 1 GG .....	406
II. Verfassungswidrigkeit und Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts .....	407
1. Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes .....	407
2. Ausnahmen von der Nichtigkeit .....	408
a) Unvereinbarkeitserklärung und Anordnung der befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung .....	408
b) Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung .....	409
3. Umstrittene Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts .....	410
a) Die unpräzise Verwendung der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht .....	410
b) Die Dreiteilung von verfassungsorientierter, verfassungskonformer Auslegung und verfassungskonformer Rechtsfortbildung .....	410
III. Die verfassungsorientierte Auslegung .....	410
1. Die verfassungsorientierte Auslegung als Auslegungsfigur .....	410
a) Der Meinungsstreit .....	410
b) Die verfassungsorientierte Auslegung als reine Argumentationsfigur .....	411
2. Die verfassungsorientierte Auslegung als einfache Abwägungsregel im Zivilrecht .....	412
a) Eigentumsfreiheit des Vermieters versus Rechte des Mieters .....	412
b) Eingriff in Unternehmen versus Meinungsfreiheit .....	413
IV. Verfassungskonforme Auslegung .....	414
1. Grundsatzfragen zur verfassungskonformen Auslegung .....	414
a) Die Begrifflichkeit nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts .....	414
b) Vorrang der Verfassung als eigenständige Auslegungsfigur .....	415
2. Verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht .....	415
3. Verfassungskonforme Auslegung im Zivilrecht .....	416
a) Schutz von Rechtsgütern .....	416
b) Abwehr von übermäßigen Freiheitsbeschränkungen .....	416
V. Verfassungskonforme Rechtsfortbildung .....	418
1. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	418
2. Die verfassungskonforme Rechtsfortbildung als Rechtsfigur .....	419
3. Fallgruppen zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung .....	420
a) Teleologische Reduktion .....	420
b) Schutz vor offensichtlichen Grundrechtsverletzungen des Betroffenen .....	420
c) Schutz anderer Grundrechte .....	423
4. Grenzen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung bei Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter – der Streit der Verfassungssenate ..	423
a) Zweiter Senat: Rechtsfortbildung unabhängig von Grundrechtspositionen Dritter .....	423
b) Erster Senat: hohe Anforderungen an Rechtsfortbildung bei Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen Dritter .....	424
c) Eigene Ansicht: unzulässige Rechtsfortbildung contra legem nur bei schwerer Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten .....	425
Zusammenfassung zu § 11 .....	427

<b>§ 12 Der Vorrang von Europarecht und Völkerrecht</b>	429
I. Unmittelbare Anwendbarkeit als Voraussetzung des Anwendungsvorrangs	430
1. Zum Verhältnis von unmittelbarer Anwendbarkeit, Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	430
2. Unmittelbare Anwendbarkeit bzw. unmittelbare Wirkung europäischen Rechts (direct effect)	431
a) Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung (direct effect)	431
b) Der Anwendungsvorrang als Folge der unmittelbaren Wirkung	432
3. Drittwirkung des Primärrechts zwischen Privaten	432
a) Beispiele der unmittelbaren Drittwirkung gegenüber Privaten	432
b) Unmittelbare und mittelbare Drittwirkung sowie Schutzpflichten	433
c) Kombinationstheorie	434
II. Anwendungsvorrang und Pflicht zur unionskonformen Auslegung	434
1. Europäische Terminologie	434
2. Die zweistufige primärrechtskonforme Auslegung	435
a) Primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts	435
b) Primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts	435
3. Verhältnis von Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	436
a) Die ungeklärten Grenzen der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	436
b) Die nationale Rechtsprechung zur primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	437
III. Sekundärrecht: Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen	439
1. Vorrangwirkung von Verordnungen und verordnungskonforme Auslegung	439
2. Vorrangwirkung von Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung i. w. S.	439
a) Vertikale Wirkung von Richtlinien	439
b) Fehlende horizontale Drittwirkung von Richtlinien	440
3. Die horizontale richtlinienkonforme Auslegung i. e. S.	442
a) Richtlinienkonforme Auslegung als Auslegungsziel und Vermutungsregel	442
b) Wandel des Sprachgebrauchs	443
4. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	444
a) Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	444
b) Der Meinungsstreit zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	445
c) Eigene weitere Ansicht – die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil der nationalen Methodenlehre	447
d) Die Anerkennung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung	450
e) Die Contra-legem-Grenze als Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	451
5. Weitere Umsetzungsfragen von Richtlinien	454
a) Vorwirkung	454
b) Überschießende Umsetzung: richtlinienorientierte Auslegung versus gespaltene Auslegung	455
6. Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht von Empfehlungen	456
7. Zusammenfassung	457
IV. Weitere Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Rechts	458
1. Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Europäischem Recht	458
a) Transparenzgebot: Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Richtlinien	458
b) Anpassungspflicht von nationalen Gesetzen, die gegen Europarecht verstoßen	459

c) Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien .....	460
2. Vorabentscheidungsverfahren und Vorlageverpflichtung	
gem. Art. 267 AEUV .....	460
a) Vorlagepflicht und Acte-clair-Doktrin .....	460
b) Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Vorlageverpflichtung .....	461
3. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 f. AEUV .....	463
4. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch .....	464
a) Herleitung und Anwendbarkeit .....	464
b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen .....	464
V. Völkerrecht .....	465
1. Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung .....	465
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	466
3. Bewertung .....	468
Zusammenfassung zu § 12 .....	468

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

<b>§ 13 Grenzen der Rechtsfortbildung .....</b>	<b>469</b>
I. Die unsicheren Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung .....	471
1. Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung als Dauerstreit der Juristischen Methodenlehre .....	471
2. Folgen zulässiger oder unzulässiger Rechtsfortbildung .....	472
3. Methodischer Blindflug .....	472
a) Wider der verdeckten Rechtsfortbildung .....	472
b) Unklare Einzelfragen .....	473
4. Begriffsbestimmungen zur Grenze zulässiger Rechtsfortbildung .....	474
a) Bisherige Begrifflichkeiten: Gesetzesimmanente, gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem .....	474
b) Lückenfüllendes, gesetzeskonkretisierendes, gesetzesvertretendes und gesetzeskorrigierendes Richterrecht .....	475
c) Zur Neubestimmung der Begriffe: Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem .....	476
5. Argumentationsfiguren zur Vermeidung einer unzulässigen Rechtsfortbildung .....	477
II. Erster Schritt: Klassische Argumentationsfiguren .....	477
1. Eindeutigkeit und Offenheit des Wortlauts .....	477
2. Arbeiten am System – Lücke und geschlossenes System .....	478
a) Geschlossenes System und unzulässige Änderung der Grundkonzeption des Gesetzgebers .....	478
b) Zulässige Erweiterungen in einem offenen System .....	480
3. Wille des Gesetzgebers und der sich im Gesetz wiederfindende Wandel der Lebensverhältnisse (objektive Auslegung) .....	481
a) Relevanz des subjektiven Willens .....	481
b) Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung .....	481
c) Interpretationsmöglichkeiten auf ein Schweigen des Gesetzgebers .....	481
4. Der Zweck als Rechtfertigungsgrund einer Rechtsfortbildung .....	482
a) Der Zweck der Norm als Begründung der Rechtsfortbildung .....	482
b) Die Relevanz gewandelter Lebensverhältnisse für die Rechtsanwendung ..	482
III. Zweiter Schritt: Der Blick auf die Rechtsfolgen .....	483
1. Folgenorientierte Überlegungen bei der Rechtsfortbildung .....	483
2. Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke und Untätigkeit des Gesetzgebers .....	483



a) Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke .....	483
b) Die Untätigkeit des Gesetzgebers .....	485
c) Kein anderweitiger Rechtsschutz möglich .....	486
3. Konsens, rechtsvergleichende Bestätigung und Erhöhung der Rechtssicherheit .....	486
a) Konsens und die allgemeine Rechtsüberzeugung .....	486
b) Bestätigung durch ausländische Entscheidungen .....	487
c) Praktikabilität und Rechtssicherheit .....	487
IV. Dritter Schritt: Die Verfassung als höherrangiges Recht .....	489
1. Grundrechtsschutz des Verletzten und Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten .....	489
2. Grundrechtsbeeinträchtigungen und schützenswertes Vertrauen .....	489
3. Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderung .....	491
4. Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des berechtigten Vertrauens des Bürgers .....	491
V. Vierter Schritt: Höherrangiges Europarecht und internationales Recht .....	492
1. Die primärrechts- und verordnungskonforme Rechtsfortbildung .....	492
2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des nationalen Rechts und ihre Grenzen .....	492
3. Das Vertrauen des Einzelnen als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung .....	492
VI. Fünfter Schritt: Kompetenzgrenzen .....	493
1. Gesetzesvorbehalt und die Kompetenz des Parlaments .....	493
a) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie zugunsten des Gesetzgebers .....	493
b) Kein Gesetzesvorbehalt zulasten der Gerichte .....	494
2. Gewaltenteilung und die Grenzen der Gerichte .....	496
a) Gewaltenteilung, Gesetzesvorrang und richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) .....	496
b) Der Richter als Ersatzgesetzgeber und das BVerfG als politisches Gericht .....	498
c) Unzulässige Rechtsgestaltung (judicial activism) gegenüber dem Gesetzgeber .....	500
3. Konkretisierung und Rechtsfortbildung .....	500
a) Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik als Mittel der Konkretisierung von Recht .....	500
b) Das Gebot der Rückverweisung an den Gesetzgeber .....	501
c) Zur Zulässigkeit von gesetzesergänzender oder gesetzeskorrigierender Rechtsfortbildung .....	502
4. Kompetenzstreitigkeit zwischen den Gerichten .....	503
a) Das BVerfG als Superrevisionsinstanz gegenüber Fachgerichten .....	503
b) Die Rolle des BVerfG im „Dialog der Gerichte“ .....	504
c) Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als Kompetenzgrenze des EuGH bei der Rechtsfortbildung .....	507
d) Kooperationsverhältnis, Ultra-vires-Kontrolle und Wege aus der Sackgasse .....	508
VII. Abwägung und Gewichtung verschiedener Argumentationsfiguren im Rahmen der Rechtsfortbildung .....	511
1. Vorrang-, Vermutungs- und Argumentationslastregel .....	511
2. Abwägungsregel .....	511
3. Zum Verhältnis des Fünf-Stufen-Systems zu den Abwägungsregeln .....	511
Zusammenfassung zu § 13 .....	513
<b>§ 14 Eine Moderne Juristische Methodenlehre .....</b>	<b>515</b>
I. Auf dem Weg zu einer Modernen Methodenlehre .....	516
1. Klassische versus postmoderne Methodenlehre .....	516

2. Eine Moderne Methodenlehre .....	516
II. Die Fallhermeneutik als Teil der Juristischen Methodenlehre .....	517
1. Zur Wechselwirkung von Sachverhalt und Rechtsnorm .....	518
a) Bisherige Ansichten (Engisch, Fikentscher) .....	518
b) Die Normbereichslehre von F. Müller .....	518
2. Sachverhaltshermeneutik zur Ermittlung des Fallbereichs .....	519
a) Zur Notwendigkeit einer eigenen Sachverhaltshermeneutik .....	519
b) Vom Rohsachverhalt zum Sachverhalt: Recherchepflichten und Interviewing .....	520
c) Beibringungs- und Untersuchungsgrundsatz .....	523
3. Der Normbereich .....	524
a) Untersuchungsgrundsatz und Normbereich .....	524
b) Die Fallhermeneutik am Beispiel eines potentiellen Burkaverbotes .....	524
c) Maßstababbildung in den Entscheidungen des BVerfG .....	527
d) Stellungnahme .....	528
III. Richterliche Dezision und Juristische Kreativität .....	530
1. Richterliche Dezision .....	530
a) Dezisionismus und die Paradoxie des Entscheidens .....	530
b) Process of discovery and process of justification .....	531
2. Juristische Kreativität durch juristische Innovationen .....	531
a) Grenzen der systematisch-deduktiven Entscheidungsbegründung und der Abwägung .....	531
b) Innovationen und juristische Entdeckungen .....	532
3. Die Lehre von der Topik und Juristische Kreativität .....	533
a) Die Lehre von der Topik als Ausgangspunkt der Problemlösung .....	533
b) Topoi und Juristische Kreativität .....	534
c) Topoi, Rechtsdogmatik und Methodenlehre .....	535
d) Die Typenlehre .....	536
IV. Prüfungsfolge und Gewichtung als Bausteine einer Metamethodik .....	537
1. Methodenpluralismus .....	537
a) Pragmatischer Methodenpluralismus und Methodenchaos .....	537
b) Die Metamethodik als Antwort auf den Rationalitätsanspruch Juristischen Denkens .....	539
2. Prüfungsfolge zur Begründung der Rechtslösung .....	539
a) Erster Schritt: Sachverhaltshermeneutik .....	539
b) Zweiter Schritt: Deduktion – Der Savigny'sche Auslegungskanon und die folgenorientierte Auslegung .....	540
c) Dritter Schritt: Konkretisierung und Konstruktion .....	540
d) Viertes Schritt: Prüfung von höherrangigem Recht .....	540
e) Fünfter Schritt: Rechtsfortbildung und ihre Grenzen .....	540
f) Sechster Schritt: Billigkeitskontrolle und Richtigkeitsgewähr .....	541
3. Gewichtung von Argumentationsfiguren .....	542
a) Strikte Vorrangregeln .....	543
b) Vermutungsregel .....	544
c) Abwägungsregel eines Beweglichen Systems .....	544
d) Argumentationslastregel .....	545
e) Die differenzierte Gewichtung juristischer Argumente .....	546
f) Gewichtung juristischer Argumente und Auslegungsziel .....	546
V. Quellen der Juristischen Methodenlehre .....	548
1. Die Grundlagenfächer als Nachbardisziplinen .....	548
a) Rechtsgeschichte und der Wandel juristischer Methoden .....	548
b) Rechtsvergleichung .....	550
c) Rechtstheorie .....	550
d) Rechtssoziologie .....	551

## *Inhaltsverzeichnis*

2. Staatstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie .....	551
a) Methodenlehre als Argumentations- und Legitimationslehre .....	551
b) Rechtsdogmatik und die Berührung zur Juristischen Methodenlehre .....	552
c) Rechtsphilosophie: Auf der Suche nach der gerechten Entscheidung .....	552
VI. Eine Moderne Methodenlehre als Schule Juristischen Denkens .....	554
1. Zum Legitimations- und Rationalitätsanspruch – Methodenlehre als Garant Juristischen Denkens .....	554
2. Denkstrukturen einer Modernen Methodenlehre .....	555
3. Elemente rationalen Begründens .....	556
a) Kumulativer Methodeneinsatz .....	556
b) Methodentransparenz .....	557
c) Metamethodik: Gewichtung und Prüfungsfolge der Argumentationsfiguren .....	557
4. Unzulässige Begründungsdefizite .....	558
a) Richterliche Dezision und Vorverständnis .....	558
b) Begründungsverzicht, Scheinbegründungen und Methodenpluralismus ..	558
c) Jenseits des Systems und der einfachen Deduktion .....	558
5. Auf dem Weg zu einer europäischen Juristischen Methodenlehre .....	560
a) Eine Juristische Methodenlehre für alle juristischen Teildisziplinen .....	560
b) Eckpunkte einer europäischen Methodenlehre .....	560
Zusammenfassung zu § 14 .....	561
Statt eines Schlusswortes – Zum Wert der Juristischen Methoden .....	563
<b>§ 15 Vertiefungsfälle .....</b>	<b>565</b>
Anhang: Die wichtigsten Argumentationsfiguren .....	583
Rechtsprechungsübersicht .....	589
Stichwortverzeichnis .....	601