

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Grafiken .....	XXXIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXV
Literaturverzeichnis .....	XLVII

## 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. Sinnerfassung eines juristischen Textes .....	2
2. Juristische Methodenlehre als postmoderne Methodenlehre – zum Inhalt des Werkes .....	3
a) Die postmoderne Methodenlehre als Kritik an der klassischen Methodenlehre .....	3
b) Eine Moderne Juristische Methodenlehre .....	4
c) Methodenlehre als Legitimations- und Argumentationslehre .....	4
d) Zur Notwendigkeit juristischer Interpretationsfiguren und juristischer Dogmatik .....	6
3. Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Rechtsfindung .....	7
a) Europa-Artikel und Mehrebenensystem .....	7
b) Der nationale Richter als Unionsrichter .....	7
4. Die weltweite Relevanz von Argumentationsfiguren bei der Begründung juristischer Entscheidungen .....	8
a) Zum globalen Anspruch juristischer Argumentationsfiguren .....	8
b) Juristische Methodenlehre und Rechtsprechung .....	9
II. Juristische Methoden als Legitimationslehre .....	10
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine richterliche Entscheidung ...	10
a) Das Gewaltenteilungsprinzip .....	10
b) Legalismus .....	11
c) Wesentlichkeitstheorie und Gesetzlichkeitsprinzip (nullum crimen sine lege) .....	11
d) Recht auf rechtliches Gehör und verfassungsrechtliche Begründungspflicht .....	12
e) Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG ...	14
f) Die Begründungspflicht auf europäischer Ebene .....	14
2. Methodenlehre als Legitimationslehre zur Machtbegrenzung des Richters ...	15
a) Machtbegrenzung gegenüber dem Parlament .....	15
b) Machtbegrenzung gegenüber dem Bürger .....	15
c) Berechtigung des Richters zur Rechtsfortbildung (Art. 20 Abs. 3 GG) ...	16
3. Zum Begründungsstil und zur Zitierpraxis der Gerichte in Europa .....	19
a) Zum Urteils- und Zitierstil nationaler Gerichte .....	19
b) Zum Begründungsstil des EuGH .....	20
III. Methodenlehre als Argumentationslehre .....	21
1. Wahrheitsanspruch und die streitbaren Juristen .....	21
a) Die vermeintlich richtige Entscheidung: One-right-answer-thesis .....	21
b) Das Entscheiden nach einem festen Vorverständnis .....	22
c) Die Begründung einer vertretbaren Entscheidung .....	24

2. Zweck der Argumentationslehre .....	25
a) Widerlegbarkeit falscher Ansichten .....	26
b) Begründung vertretbarer Ergebnisse .....	26
c) Offenheit, Kreativität und Synthese als Grundlage für überzeugende Lösungen .....	27
3. Juristische Argumentationsfiguren .....	29
a) These, Prämisse und Argument .....	29
b) Die juristische Argumentationsfigur als Prämisse für eine These .....	29
4. Zur Gewichtung von Argumentationsfiguren .....	30
a) Zwingende Vorrangregel .....	30
b) Vermutungsregel .....	31
c) Abwägungsregel .....	31
d) Argumentationslastregel .....	31
e) Begriff der juristischen Argumentationsfigur .....	32
IV. Zum inhaltlichen Gerechtigkeitsanspruch juristischer Methoden .....	33
1. Juristische Methodenlehre und der Gerechtigkeitsanspruch .....	33
a) Das vermeintlich Ungerechte an der Methodenlehre (Rüthers) .....	33
b) Diskurstheorien .....	33
2. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Argumentations- und Legitimationslehre .....	34
a) Die Menschenwürde und das Naturrecht als letzter Geltungsgrund .....	34
b) Juristische Methodenlehre als rationale Begründungslehre zur Verhinderung ungerechter Ergebnisse .....	35
c) Juristische Methoden und der Anspruch der Rechtswissenschaft als Wissenschaft .....	35
3. 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
Zusammenfassung zu § 1 .....	38
<b>§ 2 Rechtsquellen</b> .....	39
I. Recht und Rechtsquellen .....	40
1. Kriterien zur Umschreibung von Recht .....	40
a) Rechtsquellen und Rechtskenntnisquellen .....	40
b) Geltung und Bindungswirkung .....	41
c) Rechtssätze als Sollensnormen .....	42
d) Sanktion und Vollzug von Gesetzen .....	43
2. Abgrenzung des Rechts zur Moral, Ethik und political correctness .....	44
a) Moral, Ethik und political correctness .....	44
b) Abgrenzung zum Recht .....	45
c) Die gegenseitige Beeinflussung von Moral und Recht .....	46
II. Hierarchie von Rechtsquellen in Deutschland .....	47
1. Gesetze als Rechtsquelle in Deutschland .....	47
a) Abgrenzung und Überschneidung von öffentlichem und privatem Recht ...	47
b) Unterscheidung von Rechtsnormen: Gesetz, Verordnung und Satzung ...	48
2. Höherrangiges Recht: Der Stufenbau des Rechts und der <i>Lex-superior</i> -Satz als Kollisionsregel .....	49
3. Der Stufenbau des deutschen Rechts .....	50
a) Bundesrecht und Landesrecht .....	50
b) Kollision von Bundes- und Landesrecht (Artt. 31, 72 GG) .....	50

4. Gesetzesänderung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz .....	51
a) Begrifflichkeiten .....	52
b) Echte Rückwirkung/Rückbewirkung von Rechtsfolgen .....	52
c) Unechte Rückwirkung/tatbestandliche Rückanknüpfung .....	52
III. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des europäischen Rechts .....	54
1. Europarecht als supranationales Recht .....	54
a) Das Recht der Europäischen Union als eigene Rechtsordnung .....	54
b) Europäische Rechtsquellen – Zur Unterscheidung von Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht .....	55
c) Normenhierarchie und primärrechtskonforme Auslegung des europäischen Rechts .....	56
2. Die autonome Auslegung des Europarechts .....	59
a) Autonome Auslegung durch den EuGH .....	59
b) Ausnahmen zur autonomen Auslegung .....	59
c) Pflicht zur autonomen Auslegung durch den nationalen Rechtsanwender .....	60
3. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung .....	60
a) Ausgangspunkt .....	60
b) Kompetenzarten .....	60
c) Kompetenzausübungsregeln .....	61
4. Höherrangigkeit des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht .....	61
a) Die monistische Perspektive des EuGH: unmittelbare Geltung des europäischen Rechts .....	61
b) Anwendungsvorrang des Unionsrechts .....	62
c) Die dualistische Perspektive des BVerfG: unmittelbare Geltung aufgrund nationalen Verfassungsrechts .....	64
IV. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des internationalen Rechts .....	65
1. Rechtsquellen auf internationaler Ebene .....	65
2. Die autonome Auslegung von internationalen Abkommen .....	66
3. Der Stufenbau des Völkerrechts .....	67
4. Völkerrecht und nationales Recht .....	67
a) Verhältnis des Völkerrechts zum Grundgesetz .....	67
b) Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz .....	68
V. Naturrecht .....	70
1. Zur Relevanz des Naturrechts .....	70
a) Gegner des Naturrechts .....	70
b) Historische Entwicklung des Naturrechts .....	70
c) Vermittelnde Ansicht: Enger Bereich des Naturrechts und weiter Bereich übergesetzlicher Rechtsprinzipien .....	71
2. Vorrang von Naturrecht gegenüber dem eindeutigen Unrechtsgesetz (Radbruch'sche Formel) .....	72
3. Positive Formen von Naturrecht .....	73
a) Naturrecht und Anthropologie .....	73
b) Rechtsideen und keine unmittelbare Subsumtion .....	73
Zusammenfassung zu § 2 .....	74
<b>§ 3 Sekundäre Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen .....</b>	<b>75</b>
I. Problemstellung: Rechts(erkenntnis)quellen neben primären Rechtsquellen? .....	76
1. Die bisherige dualistische Ansicht: enger Begriff der Rechtsquellen versus Rechtserkenntnisquelle .....	76

2. Der weite Rechtsquellenbegriff – vernetzte Rechtsstrukturen als Alternative zum Stufenbau des Rechts .....	78
3. Vermittelnde Ansicht: Die Lehre von den sekundären Rechtsquellen .....	80
a) Befassungspflicht, subsidiäre Befolgungspflicht und Vermutungswirkung .....	80
b) Umfang der Vermutungswirkung .....	82
4. Jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht .....	82
a) Rechtspositivismus (Kelsen) und der Methodendualismus .....	82
b) Erweiterung der Rechtsquellenlehre zur Methodenpolarität .....	82
II. Die Bedeutung des Richterrechts für die Rechtsfindung .....	83
1. Zur Rolle des Gewohnheitsrechts .....	83
2. Lehre von den sekundären Rechtsquellen .....	84
a) Befassungs- und Befolgungspflichten sowie Ablehnung von Gewohnheitsrecht .....	84
b) Rechtsprechungsänderung: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz versus materielle Gerechtigkeit .....	85
c) Rechtsprechungsänderung durch den EuGH, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz .....	88
3. Strenge Präjudizienbindung als rechtliche Ausnahme im deutschen Rechtskreis .....	88
a) Die <i>stare decisis rule</i> und <i>persuasive authorities</i> im anglo-amerikanischen Rechtskreis .....	88
b) Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG .....	89
c) Bindungswirkung zwischen Gerichten .....	89
d) Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen .....	90
III. Verwaltungsvorschriften, Rechtsvorschriften Privater und europäische Empfehlungen .....	91
1. Verwaltungsvorschriften .....	91
a) Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften .....	91
b) Verwaltungsvorschriften als sekundäre Rechtsquellen .....	92
c) Vertrauensschutz des Bürgers .....	92
2. Rechtsnormen Privater und die Abgrenzung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verträgen und soft law .....	93
a) Verrechtlichung privater Normen .....	93
b) Gesetzliche Vermutungswirkung .....	93
c) Entsprechenserklärung ( <i>comply or explain</i> ) .....	94
d) Konkretisierung von Generalklauseln durch private Regelwerke .....	95
3. Rechtsfolgen .....	95
a) Vermutungswirkung und ihre Voraussetzungen .....	95
b) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz .....	96
4. Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts .....	97
a) Vermutungswirkung für Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts .....	97
b) Gesetzliche Beispiele der Befassungs- und Befolgungspflichten .....	97
IV. Die Bedeutung ausländischer Urteile für die Rechtsfindung .....	98
1. Die Pflicht zur rechtsvergleichenden Auslegung im Europarecht, im internationalen Einheitsrecht und im Völkerrecht .....	98
a) Internationales Privatrecht .....	98
b) Internationales Einheitsrecht (vgl. Art. 7 UN-Kaufrecht) .....	99
c) Grundrechte der EMRK .....	99
d) Der nationale Rechtsanwender als europäischer Rechtsanwender .....	100
2. Fallgruppen freiwilliger Rechtsvergleichung .....	100

3. Rechtsqualität ausländischer Urteile: Zwischen persuasive authority und bloßer Rechtserkenntnisquelle .....	103
4. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für den EuGH und den EGMR .....	103
a) Pflicht zur Rechtsvergleichung durch den EuGH .....	103
b) Freiwillige Rechtsvergleichung durch den EuGH .....	104
c) Rechtsvergleichung durch den EGMR .....	104
V. Rechtsliteratur .....	105
Zusammenfassung zu § 3 .....	105

## 2. Teil. Auslegung

<b>§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden .....</b>	<b>107</b>
I. Auslegung und Subsumtion .....	108
1. Deduktiver Syllogismus und Subsumtion .....	108
a) Die Subsumtion als logischer Schluss .....	108
b) Die Bausteintechnik .....	110
c) Wechselwirkung von Norm und Sachverhalt – Das Hin- und Herwandern des Blickes und die Fallnormtheorie .....	110
d) Das Entwickeln von Definitionen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen .....	113
2. Der klassische Viererkanon .....	113
a) Die Begründung des Auslegungskanons durch <i>von Savigny</i> .....	113
b) Die heutige Bedeutung der vier Auslegungsarten und deren Bedeutung in einzelnen Mitgliedstaaten .....	115
c) Die Bedeutung des Auslegungskanons für den EuGH .....	116
3. Die Kritik an den vier Auslegungsmethoden und dem Subsumtionsmodell ..	117
4. Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung .....	118
a) Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung als Rechtsschöpfung .....	118
b) Die Wortlautgrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung .....	119
c) Der fließende Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung .....	119
d) Folgerungen – die erhöhte Begründungslast .....	119
II. Die grammatische Auslegung .....	119
1. Die grammatische Auslegung als Beginn des Auslegungsprozesses .....	119
2. Hilfsmittel zur Bestimmung eines eindeutigen und mehrdeutigen Wortlauts .....	120
a) Legaldefinitionen, Vermutungen und Fiktionen als juristischer Sprachgebrauch des Gesetzgebers .....	122
b) Normative und deskriptive Begriffe .....	123
c) Enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung des Tatbestandsmerkmals .....	124
d) Allgemeiner Sprachgebrauch .....	124
3. Die Eindeutigkeitsregel des Wortlauts (Acte-clair-Doktrin, literal rule, textualism) als Auslegungsfigur .....	125
4. Wortlautgrenze und Analogieverbot .....	126
a) Die vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips .....	126
b) Das Analogieverbot (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta) .....	127
c) Das Verbot unbestimmter Strafgesetze (nullum crimen, nulla poena sine lege certa) .....	129
d) Gewohnheitsrechtsverbot (nulla poena sine lege scripta) .....	131
e) Das Verbot rückwirkender Bestrafung (nulla poena sine lege praevia) .....	131

5. Die Bedeutung des Wortlauts für den EuGH .....	132
a) Der Wortlaut bei mehrsprachigen Rechtstexten .....	132
b) Die Unterscheidung von juristischem und allgemeinem Sprachgebrauch durch den EuGH .....	133
c) Der EuGH und die Wortlautgrenze im Straf- und Steuerrecht .....	133
III. Die systematische Auslegung .....	134
1. Bedeutung .....	134
a) Das Ideal der widerspruchsfreien Rechtsordnung .....	134
b) Systematische Auslegung im Stufenbau des Rechts .....	136
c) Das äußere System des BGB – Begriffsjurisprudenz: Begriffspyramiden – Bausteintechnik – Verweisungen .....	136
d) Das innere System des Gesetzes und die Wertungen des BGB .....	139
2. Einzelne systematische Auslegungsfiguren .....	140
a) Vergleich der Tatbestandsmerkmale einer Norm .....	140
b) Stellung des Tatbestandsmerkmals innerhalb der Gliederung des Gesetzes .....	141
c) Ausnahmen dürfen nicht erweiternd ausgelegt werden ( <i>singularia non sunt extendenda</i> ) .....	142
d) Einheit der Rechtsordnung und Einheit der Verfassung .....	142
3. Kollisionsregeln .....	144
a) Das höhere Gesetz geht dem niedrigeren vor ( <i>lex superior derogat legi inferiori</i> ) .....	144
b) Das spätere Gesetz geht dem früheren vor ( <i>lex posterior derogat legi priori</i> ) .....	144
c) Das besondere Gesetz geht dem allgemeineren vor ( <i>lex specialis derogat legi generali</i> ) .....	144
4. Die systematische Auslegung durch den EuGH .....	145
a) Zur Rolle der Systematik .....	145
b) Kollisionsregeln .....	145
c) Ausnahmen sind eng auszulegen .....	146
d) Weitere Argumentationsfiguren .....	146
IV. Die historische Auslegung .....	147
1. Historische Auslegung im weiteren und engeren Sinne .....	147
a) Relevanz und historische Auslegung im weiteren Sinne .....	147
b) Begrifflichkeiten .....	148
c) Vorläufernormen als Hilfsmittel für die historische Auslegung i.e.S. ....	148
d) Kontinuität zwischen Vorgängernorm und jetziger Norm ( <i>droit constant</i> ) .....	149
e) Verfassungstradition .....	149
2. Der gesetzgeberische Wille in den Materialien der konkreten Norm .....	150
a) Die genetische Auslegung .....	150
b) Präambel und Programmsatz als gesetzesimmanente Materialien .....	150
c) Amtliche Materialien im Gesetzgebungsverfahren als Hilfsmittel .....	151
d) Wille der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft versus individueller Wille .....	153
e) Kontinuitätsargument: eindeutiger Wille gilt heute noch .....	153
f) Kumulation von genetischen Quellen .....	153
3. Die Bedeutung der Gesetzesgeschichte für den EuGH .....	154
a) Die Bedeutung der historischen Auslegung i.w.S. für den EuGH .....	154
b) Kontinuität mit der Vorläufernorm als historische Auslegung i.e.S. ....	154
c) Verfassungstradition als historische Auslegung i.e.S. ....	155
d) Genetische Auslegung – Präambel und Erwägungsgründe als gesetzesimmanente Quellen .....	155
e) Amtliche Materialien als Hilfsmittel der genetischen Auslegung .....	155
Zusammenfassung zu § 4 .....	157

<b>§ 5 Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung</b> .....	159
I. Der Gesetzeszweck als teleologische Auslegung .....	160
1. Zum Telos, der ratio legis .....	160
a) Begriff .....	160
b) Der Sinn und Zweck des Primär- und Sekundärrechts der EU .....	161
c) Zur vermeintlichen Überflüssigkeit des Telos .....	162
d) Das Telos als Prämisse .....	162
2. Die Bestimmung des Gesetzeszwecks .....	163
a) Interner Gesetzeszweck .....	163
b) Ausdrücklicher oder konkludenter Normzweck .....	164
c) Auslegungshilfen: <i>In dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris</i> ....	164
3. Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz .....	165
a) Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz .....	165
b) Unterscheidung zwischen interessenorientierter und teleologischer Auslegung .....	166
II. Einzelne logische Argumentationsfiguren .....	167
1. Verstoß gegen Denkgesetze .....	167
2. Zirkelschluss ( <i>petitio principii</i> ) .....	168
a) Der Zirkelschluss ( <i>petitio principii</i> ) .....	169
b) Das <i>argumentum ex silentio</i> .....	171
3. Sprung im Schließen ( <i>saltus in concludendo</i> ) .....	171
4. Vermeidung einer Gesetzesumgehung .....	172
5. Vermeidung von Regelungswidersprüchen, Normangleichung und Erhalt des Anwendungsbereichs einer Norm .....	173
6. Einzelne Argumentationsfiguren des EuGH .....	174
III. Folgenorientierte Auslegung .....	174
1. Begriff und Relevanz der folgenorientierten Auslegung .....	175
2. Grenzen der folgenorientierten Auslegung .....	175
3. Einzelne Argumentationsfiguren .....	176
a) Vermeidung absurder oder unpraktikabler Ergebnisse ( <i>argumentum ad absurdum</i> ) .....	176
b) Wirtschaftliche Betrachtung: Vermeidung einer Übermaßhaftung oder einer unbilligen Härte .....	178
c) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten ( <i>de minimis non         curat lex</i> ) .....	180
d) Vermeidung schädlicher Effekte und Ermöglichung praktikabler Ergebnisse .....	182
e) Allgemeine Lebenserfahrung und empirische Untersuchungen .....	183
f) Normative Kraft des Faktischen .....	184
g) Akzeptanz der Entscheidung und herrschende Meinung .....	185
h) Dynamische Interpretation der Verfassung .....	186
i) Versuch einer vermittelnden Rechtsansicht .....	187
4. Die folgenorientierte Argumentation des EuGH .....	187
a) Vermeidung absurder Ergebnisse ( <i>argumentum ad absurdum</i> ) .....	187
b) <i>Effet utile</i> .....	187
c) Dynamische Auslegung und die Entwicklung neuer Rechtsbehelfe .....	189
d) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten aus europäischer Sicht .....	190
e) Praktikables Ergebnis .....	191
IV. Ökonomische Analyse des Rechts .....	191
1. Zielsetzung und Methoden des <i>Law and Economics</i> -Ansatzes .....	191
a) <i>Homo oeconomicus</i> und Allokationseffizienz .....	191
b) <i>Cost-benefit analysis</i> und <i>cheapest cost avoider</i> .....	192

2. Grenzen des ökonomischen Ansatzes .....	193
a) Begrenzte Rationalität des Menschen ( <i>bounded rationality</i> ) .....	194
b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und Wertungen des Gesetzgebers .....	194
c) Unzureichende empirische Daten .....	195
3. Bedeutung für die juristische Methodenlehre .....	195
a) Relevanz für die juristische Rechtsanwendung .....	195
b) Kosten-Nutzen-Bewertung, <i>cheapest cost avoider</i> und Haftungsrecht .....	196
c) Haftungsrecht und Prävention .....	198
d) Informationsgefälle und <i>cheapest cost avoider</i> .....	199
e) Das Principal-Agent-Problem .....	201
f) Spieltheorie .....	201
4. Ökonomische Überlegungen des EuGH .....	202
a) Ökonomische Fragestellungen im EU-Kartellrecht .....	202
b) Binnenmarkt und effektiver Rechtsschutz .....	202
Zusammenfassung zu § 5 .....	203
<b>§ 6 Teleologische Gegenfiguren und einfache Formen der Rechtsfortbildung</b> .....	205
I. Teleologische Gegenfiguren zu Formalargumenten .....	206
1. Wortlaut .....	206
a) Ablehnung der Eindeutigkeitsregel .....	206
b) Juristischer Sprachgebrauch .....	208
c) Unmöglichkeit der reinen Wortlautauslegung .....	208
d) Rechtsfortbildung .....	208
2. Systematik .....	208
a) Korrektur der systematischen Stellung eines Tatbestandsmerkmals .....	208
b) Relativität der Rechtsbegriffe und gespaltene Auslegung .....	209
c) Weite Auslegung von Ausnahmen .....	213
d) Kollisionsregeln: Der Grundsatz der Alternativität verdrängt die <i>Lex-specialis</i> -Regel .....	214
e) Relativierung des <i>Lex-posterior</i> -Satzes .....	214
f) Grundsätze <i>in dubio pro libertate, favor laboris, pro consumente</i> etc. gelten nicht .....	215
3. Historische Auslegung .....	215
a) Diskontinuität im Rahmen der genetischen Auslegung: subjektiver Wille der Vorläufernorm gilt nicht mehr .....	215
b) Subjektiver Wille ist unklar, mehrdeutig oder widersprüchlich (Perplexität) .....	216
c) Maßgeblichkeit eines normativen, subjektiven Willens .....	216
d) Redaktionsversehen .....	217
e) Die objektive Theorie .....	218
4. Telos, Folgenorientierung und ökonomische Analyse .....	219
a) Unlogisches Recht .....	219
b) Grenzen der folgenorientierten Auslegung und der ökonomischen Analyse .....	219
II. Subjektive versus objektive Theorie .....	221
1. Der Streitstand als Dauerbrenner der juristischen Methodenlehre .....	221
2. Die subjektive Theorie .....	222
a) Maßgeblichkeit des Willens des damaligen Gesetzgebers .....	222
b) Lücke nicht planwidrig – beredtes Schweigen des Gesetzgebers .....	223
c) Kritik an der subjektiven Theorie .....	223
3. Die objektive Theorie .....	224
a) Die Interpretation des Gesetzes in seinem zeitlichen Kontext .....	224

b) Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber und Altern der Kodifikation – der ursprüngliche Regelungszweck passt nicht mehr .....	224
c) Natur der Sache .....	225
d) Kritik an der objektiven Theorie .....	226
4. Die subjektiv-objektive Theorie als Vereinigungstheorie .....	227
5. Subjektive und objektive Auslegung .....	228
a) Aus der Sicht des EuGH .....	228
b) Die US-amerikanische Perspektive: textualism, purposivism versus living originalism .....	228
III. Einfache Formen der Rechtsfortbildung .....	229
1. Teleologische Reduktion .....	229
a) Methodische Grundlagen .....	229
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der teleologischen Reduktion .....	230
c) Unbilligkeit und argumentum ad absurdum als Argumentationsfiguren ..	232
2. Der Streit über den Lückenbegriff .....	233
a) Die Lücke als fata morgana? .....	233
b) Die planwidrige Lücke als Prämisse .....	233
c) Die verschiedenen Formen der Lücke .....	234
3. Einzelanalogie (Gesetzesanalogie) .....	235
a) Methodische Grundlagen – das Ähnlichkeitsargument (argumentum a simile) .....	235
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Einzelanalogie .....	236
c) Erst-Recht-Schluss und Unbilligkeit als Argumentationsfiguren .....	238
d) Zwei Varianten des Ähnlichkeitsvergleichs .....	240
e) Planwidrigkeit der Lücke und das Umgehungsargument .....	241
4. Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) .....	242
a) Methodische Grundlagen .....	242
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Gesamtanalogie .....	242
c) Die Stimmigkeit mit dem inneren System des Gesetzes als Argumentationsfigur zur Begründung der Planwidrigkeit der Lücke .....	244
5. Einfache Formen der Rechtsfortbildung auf europäischer Ebene .....	247
a) Zum Begriff der „Interprétation“ .....	247
b) Teleologische Reduktion .....	247
c) Einzelanalogie .....	247
d) Gesamtanalogie und das Entwickeln neuer Rechtsinstitute .....	248
IV. Die schwierige Suche nach dem Telos .....	249
1. Fehlende Anknüpfung an ein Tatbestandsmerkmal .....	249
2. Mehrfache Regelungszwecke .....	250
Zusammenfassung zu § 6 .....	251

### 3. Teil. Konkretisierung

<b>§ 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte .....</b>	<b>253</b>
I. Konkretisierung von Recht .....	253
1. Auslegung versus Konkretisierung .....	253
a) Die Auslegung als erster Arbeitsschritt .....	253
b) Die Konkretisierung als erforderlicher zweiter Arbeitsschritt .....	254
2. Generalklauseln – Fluch oder Segen? .....	255
a) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe .....	255
b) Delegations-, Rechtsfortbildungs-, Flexibilitäts- und Rezeptionsfunktion von Generalklauseln .....	256
c) Generalklauseln im europäischen Recht .....	258

II. Konkretisierung durch den Gesetzgeber .....	258
1. Generalklauseln und Regelbeispiele im deutschen Recht .....	258
a) Systematische und teleologische Auslegung .....	258
b) Legaldefinitionen und Regelbeispiele im Zivilrecht .....	259
2. Generalklauseln und Regelbeispiele im Strafrecht .....	260
a) Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand .....	260
b) Regelbeispiele auf der Rechtsfolgenseite .....	261
3. Konkretisierung von Generalklauseln durch den europäischen Gesetzgeber .....	262
a) Legaldefinitionen und Regelbeispiele .....	262
b) Anhänge .....	262
c) Abschließender oder offener Charakter gesetzlicher Konkretisierung .....	263
III. Konkretisierung durch die Verwaltung oder private Regelwerke .....	263
1. Deutsches Recht .....	263
a) Gesetz und Rechtsverordnung .....	263
b) Verwaltungsvorschriften .....	264
c) Private Regelwerke .....	264
2. Europäisches Recht .....	264
IV. Die Vergleichsfallmethode als Konkretisierung durch die Gerichte .....	266
1. Die Ähnlichkeit zwischen Einzelanalogie und Vergleichsfallmethode .....	266
a) Die Vergleichsfallmethode im anglo-amerikanischen Recht .....	266
b) Das Denken von Fall zu Fall (Schluss vom Besonderen auf das Besondere) .....	266
c) Die Argumente im Rahmen der Vergleichsfallmethode .....	268
d) Die Bildung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes durch die Kombination von Induktion und Deduktion .....	269
2. Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen .....	270
a) Das anglo-amerikanische Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägungen (obiter dictum), distinguishing und overruling .....	270
b) Das deutsche Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägung (obiter dictum), distinguishing und overruling .....	273
3. Die Vergleichsfallmethode des EuGH .....	275
4. Einzelne Argumentationsfiguren zum Richterrecht .....	275
a) Grundsatzentscheidungen und gefestigte Rechtsprechung als Argumentationsfiguren .....	275
b) Argumentationsfiguren zur Hierarchie des Richterrechts .....	276
5. Die rechtsvergleichende Methode: Das „Wie“ .....	276
a) Verpflichtende Rechtsvergleichung am Beispiel des Einheitsrechts und im europäischen Recht .....	277
b) Freiwillige Rechtsvergleichung .....	277
c) Rechtsvergleichung des EuGH und des EGMR .....	279
Zusammenfassung zu § 7 .....	281
<b>§ 8 Bewegliches System, Fallgruppen und Fallgruppenvergleich als Methoden der Konkretisierung .....</b>	<b>283</b>
I. Das Bewegliche System .....	284
1. Grundsätzliches .....	284
a) Entdecker des Beweglichen Systems .....	284
b) Der Streit zur Relevanz eines Beweglichen Systems .....	285
c) Abschließende Bewertung .....	285
2. Anwendungsfälle im deutschen Recht .....	286
a) Zurechnungskriterien zur Konkretisierung der Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB .....	286

b) Die Zurechnungskriterien für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 und § 826 BGB .....	288
c) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten .....	289
3. Anwendungsfälle im europäischen Recht .....	290
II. Fallgruppen zur Konkretisierung von Generalklauseln .....	291
1. Fallgruppen .....	291
a) Das Ziel einer Fallgruppe .....	291
b) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen einer Fallgruppe .....	291
c) Chancen und Risiken .....	292
2. Fallgruppennormen im europäischen Recht .....	293
III. Die Strukturierung von mehreren Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen .....	293
1. Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen als Bewegliches System .....	294
2. Das Entwickeln neuer Fallgruppen – ein Kommen und Gehen .....	296
3. Bildung einer neuen Fallgruppe im europäischen Recht .....	298
Zusammenfassung zu § 8 .....	298
<b>§ 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien .....</b>	<b>299</b>
I. Allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtsdogmatik .....	300
1. Der Nutzen der Rechtsdogmatik für die Juristische Methodenlehre .....	300
a) Elemente, Ziele und Begriff der Rechtsdogmatik .....	300
b) Risiken der „Gebrauchsdogmatik“ .....	301
2. Rechtsdogmatik und Juristische Methodenlehre .....	302
a) Verbindung von Rechtsdogmatik und Methodenlehre .....	302
b) Konkretisierung und Konstruktion als Argumentationsfiguren zur Einbindung der Rechtsdogmatik in die Methodenlehre .....	303
c) Die Vorteile der Verbindung von Methodenlehre und Rechtsdogmatik .....	304
3. Zur Differenzierung zwischen Rechtsidee, Rechtsprinzip und Rechtsinstitut .....	306
a) Rechtsideen als Werte .....	306
b) Rechtsprinzipien .....	306
c) Rechtsinstitute als Rechtssätze .....	307
II. Die Arbeit mit Rechtsprinzipien in der Fallbearbeitung: Begründung und Konstruktion des Rechtsprinzips .....	308
1. Die Begründung des Rechtsprinzips als erster Schritt: Rückgriff auf Gesetz oder Induktion .....	308
a) Die historische Ableitung von Rechtsprinzipien .....	308
b) Einzel- oder Gesamtanalogie .....	308
c) Verschiedene Wege zur Begründung eines Rechtsprinzips .....	309
2. Konkretisierung von Rechtsprinzipien als notwendiger zweiter Schritt .....	310
a) Die Konkretisierung von Rechtsprinzipien zum Rechtssatz oder Rechtsinstitut .....	310
b) Die Konkretisierung durch Abwägung .....	311
III. Rechtsprinzipien im Zivilrecht: Herleitung und Konkretisierung der Privatautonomie .....	312
1. Induktive Herleitung von <i>pacta sunt servanda</i> .....	312
a) Vertragsfreiheit als Ausfluss der Willensfreiheit .....	312
b) Die Begründung der Vertragsbindung ( <i>pacta sunt servanda</i> ) .....	313
2. Vertragsfreiheit und vermeintlich widersprechende Rechtsprinzipien .....	314
a) Die umstrittene rechtsdogmatische Begründung des Kontrahierungszwangs .....	314
b) Zur umstrittenen Preiskontrolle von Verträgen – die <i>laesio enormis</i> .....	315
c) Störung der Geschäftsgrundlage und <i>clausula rebus sic stantibus</i> .....	316

IV. Das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund verschiedener Rechtsinstitute .....	317
1. Ansätze in der Literatur .....	317
a) Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit .....	317
b) Die Privatautonomie als Optimierungsgebot .....	318
c) Weitere Ansätze zur Begründung der Privatautonomie .....	319
2. Privatautonomie als Selbstbestimmung beider Parteien .....	319
a) Selbstbestimmung des Einzelnen und beiderseitige Selbstbestimmung .....	319
b) Die Herleitung des Selbstbestimmungsprinzips aus dem BGB und der Verfassung .....	320
c) Freiheitsbeschränkende Einschränkung der Selbstbestimmung als konkretisierender Maßstab für eine Korrektur des Vertrages .....	320
3. Die rechtsdogmatische Begründung der verschiedenen Rechtsinstitute mit dem fehlenden Selbstbestimmungsrecht .....	321
a) Kontrahierungszwang und fehlende Selbstbestimmung .....	321
b) Preiskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB bei Verträgen, die stark freiheitsbeschränkend in die selbstbestimmte Lebensführung eingreifen ..	322
c) Freiheitsbeschränkende fehlende Äquivalenz als Störung der Geschäftsgrundlage .....	323
4. Die Konkretisierung und Begründung von Rechtsinstituten durch das Prinzip der Selbstbestimmung .....	324
V. Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene .....	325
1. Herausforderungen bei der Ableitung von Prinzipien auf europäischer Ebene .....	325
a) Schwierigkeiten auf europäischer Ebene .....	325
b) Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärrecht .....	325
2. Allgemeine Rechtsprinzipien im europäischen Recht .....	325
a) Vereinzelt Kodifizierung europäischer Rechtsprinzipien .....	325
b) Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten .....	326
c) Weitere Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts .....	327
d) Der Einfluss eines europäischen Rechtsprinzips auf das nationale Recht ..	328
Zusammenfassung zu § 9 .....	328
<b>§ 10 Abwägung als Konstruktion</b> .....	331
I. Abwägung im Öffentlichen Recht .....	332
1. Abwägung als Konstruktion .....	332
a) Konstruktion von „offenen“ Verfassungsnormen .....	332
b) Abwägung als Prozess zur Konkretisierung kollidierender Rechtsprinzipien .....	333
2. Die Struktur der Abwägung .....	334
a) Abwägungsauftrag und Auswahl der abwägungsrelevanten Gesichtspunkte .....	334
b) Abstrakte Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte .....	336
c) Konkrete Gewichtung im Einzelfall .....	336
d) Abwägungsvorgang im Einzelfall .....	336
3. Rechtsdogmatische Schlussfolgerungen aus der Abwägung .....	337
a) Zwischenschichten, Stufen, Leitbilder etc. ....	337
b) Zwingende Vorrangregeln .....	338
c) Vermutungs- und Argumentationslastregeln .....	339
d) Abwägungsregel und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	340
4. Die Prüfung von Grundrechten als gelungene Konstruktion von Recht .....	340
II. Abwägung von Grundrechten .....	341
1. Sachlicher Schutzbereich des Grundrechts .....	341

2. Eingriff und Beeinträchtigungen .....	343
3. Rechtfertigung des Eingriffs (Schranke) .....	344
4. Grenzen der Einschränkung (Schranken-Schranke), insbesondere Verhältnismäßigkeit .....	346
III. Abwägung europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten .....	350
1. Vergleich der Konkretisierung von Grundrechten und Grundfreiheiten .....	350
2. Europäische Grundrechte .....	351
a) Die Quellen europäischer Grundrechte .....	351
b) Rechtfertigung des Eingriffs (Schranken) und Verhältnismäßigkeit .....	352
3. Europäische Grundfreiheiten – Unterschiede zum deutschen Recht .....	352
a) Die Idee der Grundfreiheiten .....	352
b) Beschränkung der Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung .....	353
c) Verhältnismäßigkeit .....	354
IV. Abwägung kollidierender Rechtsprinzipien im Zivilrecht .....	356
1. Widerstrebende Prinzipien im Zivilrecht .....	356
a) Vorrang eines Prinzips gegenüber dem anderen .....	356
b) Abwägung kollidierender Rechtsgüter im Zivilrecht .....	357
2. Die Abwägung von Rechtsprinzipien am Beispiel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Rechtsinstitut widerstrebender Rechtsprinzipien .....	358
a) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen der Rechtsprechung .....	358
b) Rechtsdogmatische Begründungsversuche .....	358
c) Der Ausgleich zwischen Nichtstörungsgebot und Vertragsfreiheit .....	359
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht .....	361
a) Die behandelnde Rechtsansicht .....	361
b) Die grundsätzlich ablehnende Rechtsansicht .....	362
c) Vermittelnde Ansicht: begrenzte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im BGB .....	363
Zusammenfassung zu § 10 .....	364

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

<b>§ 11 Verfassung als höherrangiges Recht .....</b>	<b>365</b>
I. Die verschiedenen Funktionen der Verfassung .....	366
1. Grundrechte und Grundgesetz als objektive Werteordnung .....	366
a) Abwehrrechte gegenüber dem Staat .....	366
b) Das Grundgesetz als Werteordnung .....	367
c) Grundrechte als Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Bürger .....	367
d) Übermaß- und Untermaßverbot .....	369
2. Wirkung der Grundrechte gegenüber Privaten .....	369
a) Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung .....	369
b) Lehre von der mittelbaren Drittwirkung .....	370
c) Grundrechte als Schutzpflichten .....	371
3. Der Einfluss der Verfassung auf die Rechtsprechung .....	372
a) Das Fachgericht als Verfassungsgericht .....	372
b) Kontrolle der Rechtsprechung .....	373
c) Kontrolle des Gesetzgebers gem. Art. 100 Abs. 1 GG .....	374
II. Verfassungswidrigkeit und Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts .....	375
1. Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes .....	375
2. Ausnahmen von der Nichtigkeit .....	375
a) Unvereinbarkeitserklärung und Anordnung der befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung .....	375
b) Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung .....	376

3. Umstrittene Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts .....	377
a) Die unpräzise Verwendung der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht .....	377
b) Die Dreiteilung von verfassungsorientierter, verfassungskonformer Auslegung und verfassungskonformer Rechtsfortbildung .....	377
III. Die verfassungsorientierte Auslegung .....	378
1. Die verfassungsorientierte Auslegung als Auslegungsfigur .....	378
a) Der Meinungsstreit .....	378
b) Die verfassungsorientierte Auslegung als reine Argumentationsfigur .....	378
2. Die verfassungsorientierte Auslegung als einfache Abwägungsregel im Zivilrecht .....	380
a) Eigentumsfreiheit des Vermieters versus Rechte des Mieters .....	380
b) Eingriff in Unternehmen versus Meinungsfreiheit .....	380
IV. Verfassungskonforme Auslegung .....	381
1. Grundsatzfragen zur verfassungskonformen Auslegung .....	381
a) Die Begrifflichkeit nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts .....	381
b) Vorrang der Verfassung als eigenständige Auslegungsfigur .....	382
2. Verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht .....	382
3. Verfassungskonforme Auslegung im Zivilrecht .....	383
a) Schutz von Rechtsgütern .....	383
b) Abwehr von übermäßigen Freiheitsbeschränkungen .....	384
V. Verfassungskonforme Rechtsfortbildung .....	386
1. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	386
2. Die verfassungskonforme Rechtsfortbildung als Rechtsfigur .....	386
3. Fallgruppen zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung .....	387
a) Teleologische Reduktion .....	387
b) Schutz vor offensichtlichen Grundrechtsverletzungen des Betroffenen .....	388
c) Schutz anderer Grundrechte .....	390
4. Grenzen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung bei Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter – der Streit der Verfassungssenate .....	390
a) Zweiter Senat: Rechtsfortbildung unabhängig von Grundrechtspositionen Dritter .....	391
b) Erster Senat: hohe Anforderungen an Rechtsfortbildung bei Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen Dritter .....	392
c) Eigene Ansicht: unzulässige Rechtsfortbildung contra legem nur bei schwerer Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten .....	393
Zusammenfassung zu § 11 .....	394
<b>§ 12 Der Vorrang von Europarecht und Völkerrecht .....</b>	<b>397</b>
I. Unmittelbare Anwendbarkeit als Voraussetzung des Anwendungsvorranges ...	398
1. Zum Verhältnis von unmittelbare Anwendbarkeit, Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung .....	398
2. Unmittelbare Anwendbarkeit bzw. unmittelbare Wirkung europäischen Rechts (direct effect) .....	399
a) Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung (direct effect) .....	399
b) Der Anwendungsvorrang als Folge der unmittelbaren Wirkung .....	400
3. Drittwirkung des Primärrechts zwischen Privaten .....	400
a) Beispiele der unmittelbaren Drittwirkung gegenüber Privaten .....	400
b) Unmittelbare und mittelbare Drittwirkung sowie Schutzpflichten .....	401
c) Kombinationstheorie .....	402

II. Anwendungsvorrang und Pflicht zur unionskonformen Auslegung .....	402
1. Europäische Terminologie .....	402
2. Die zweistufige primärrechtskonforme Auslegung .....	403
a) Primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts .....	403
b) Primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts .....	403
3. Verhältnis von Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung .....	404
a) Die ungeklärten Grenzen der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung .....	404
b) Die nationale Rechtsprechung zur primärrechtskonformen Rechtsfortbildung .....	405
III. Sekundärrecht: Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen .....	407
1. Vorrangwirkung von Verordnungen und verordnungskonforme Auslegung .....	407
2. Vorrangwirkung von Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung i. w. S. ....	407
a) Vertikale Wirkung von Richtlinien .....	407
b) Fehlende horizontale Drittwirkung von Richtlinien .....	408
3. Die horizontale richtlinienkonforme Auslegung i. e. S. ....	410
a) Richtlinienkonforme Auslegung als Vermutungsregel .....	410
b) Wandel des Sprachgebrauchs .....	411
4. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung .....	412
a) Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung .....	412
b) Der Meinungsstreit zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung .....	413
c) Eigene weitere Ansicht – die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil der nationalen Methodenlehre .....	415
d) Die Anerkennung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung .....	418
e) Die Contra- <i>legem</i> -Grenze als Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung .....	419
5. Weitere Umsetzungsfragen von Richtlinien .....	422
a) Vorwirkung .....	422
b) Überschießende Umsetzung: richtlinienorientierte Auslegung versus gespaltene Auslegung .....	422
6. Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht von Empfehlungen .....	424
7. Zusammenfassung .....	425
IV. Weitere Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Rechts .....	426
1. Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Europäischem Recht .....	426
a) Transparenzgebot: Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Richtlinien .....	426
b) Anpassungspflicht von nationalen Gesetzen, die gegen Europarecht verstoßen .....	427
c) Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien .....	428
2. Vorabentscheidungsverfahren und Vorlageverpflichtung gem. Art. 267 AEUV .....	428
a) Vorlagepflicht und <i>Acte-claire</i> -Doktrin .....	428
b) Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Vorlageverpflichtung .....	429
3. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch .....	429
a) Herleitung und Anwendbarkeit .....	429
b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen .....	430
4. Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen .....	431
V. Völkerrecht .....	431
1. Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung .....	431

2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	432
3. Bewertung .....	433
Zusammenfassung zu § 12 .....	433

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

<b>§ 13 Grenzen der Rechtsfortbildung .....</b>	<b>435</b>
I. Die unsicheren Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung .....	437
1. Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung als Dauerstreit der Juristischen Methodenlehre .....	437
2. Folgen zulässiger oder unzulässiger Rechtsfortbildung .....	438
3. Methodischer Blindflug .....	438
a) Wider der verdeckten Rechtsfortbildung .....	438
b) Unklare Einzelfragen .....	439
4. Begriffsbestimmungen zur Grenze zulässiger Rechtsfortbildung .....	440
a) Bisherige Begrifflichkeiten: Gesetzesimmanente, gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem .....	440
b) Lückenfüllendes, gesetzeskonkretisierendes, gesetzesvertretendes und gesetzeskorrigierendes Richterrecht .....	441
c) Zur Neubestimmung der Begriffe: Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem .....	441
5. Argumentationsfiguren zur Vermeidung einer unzulässigen Rechtsfortbildung .....	442
II. Erster Schritt: Klassische Argumentationsfiguren .....	443
1. Eindeutigkeit und Offenheit des Wortlauts .....	443
2. Arbeiten am System – Lücke und geschlossenes System .....	444
a) Geschlossenes System und unzulässige Änderung der Grundkonzeption des Gesetzgebers .....	444
b) Zulässige Erweiterungen in einem offenen System .....	446
3. Wille des Gesetzgebers und der sich im Gesetz wiederfindende Wandel der Lebensverhältnisse (objektive Auslegung) .....	447
a) Relevanz des subjektiven Willens .....	447
b) Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung .....	447
c) Interpretationsmöglichkeiten auf ein Schweigen des Gesetzgebers .....	447
4. Der Zweck als Rechtfertigungsgrund einer Rechtsfortbildung .....	448
a) Der Zweck der Norm als Begründung der Rechtsfortbildung .....	448
b) Die Relevanz gewandelter Lebensverhältnisse für die Rechtsanwendung .....	448
III. Zweiter Schritt: Der Blick auf die Rechtsfolgen .....	449
1. Folgenorientierte Überlegungen bei der Rechtsfortbildung .....	449
2. Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke und Untätigkeit des Gesetzgebers .....	449
a) Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke .....	449
b) Die Untätigkeit des Gesetzgebers .....	451
c) Kein anderweitiger Rechtsschutz möglich .....	451
3. Konsens, rechtsvergleichende Bestätigung und Erhöhung der Rechtssicherheit .....	452
a) Konsens und die allgemeine Rechtsüberzeugung .....	452
b) Bestätigung durch ausländische Entscheidungen .....	453
c) Praktikabilität und Rechtssicherheit .....	453

IV. Dritter Schritt: Die Verfassung als höherrangiges Recht .....	454
1. Grundrechtsschutz des Verletzten und Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten .....	455
2. Grundrechtsbeeinträchtigungen und schützenswertes Vertrauen .....	455
3. Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderung .....	457
4. Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des berechtigten Vertrauens des Bürgers .....	457
V. Viertes Schritt: Höherrangiges Europarecht und internationales Recht .....	458
1. Die primärrechts- und verordnungskonforme Rechtsfortbildung .....	458
2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des nationalen Rechts und ihre Grenzen .....	458
3. Das Vertrauen des Einzelnen als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung .....	458
VI. Fünfter Schritt: Kompetenzgrenzen .....	459
1. Gewaltenteilung und die Grenzen der Gerichte .....	459
a) Gewaltenteilung, Gesetzesvorrang und richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) .....	459
b) Ausnahmen .....	461
c) Der Richter als Ersatzgesetzgeber .....	461
d) Unzulässige Rechtsgestaltung (judicial activism) gegenüber dem Gesetzgeber .....	462
2. Gesetzesvorbehalt und die Kompetenz des Parlaments .....	463
a) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie zulasten des Gesetzgebers .....	463
b) Kein Gesetzesvorbehalt zulasten der Gerichte .....	464
3. Kompetenzstreitigkeit zwischen den Gerichten .....	465
a) Das BVerfG als Superrevisionsinstanz gegenüber Fachgerichten .....	466
b) Die Rolle des BVerfG im „Dialog der Gerichte“ .....	466
c) Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als Kompetenzgrenze des EuGH bei der Rechtsfortbildung .....	469
4. Konkretisierung und Rechtsfortbildung .....	470
a) Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik als Mittel der Konkretisierung von Recht .....	470
b) Konstruktion und Grenzen der Rechtsfortbildung .....	471
VII. Abwägung und Gewichtung verschiedener Argumentationsfiguren im Rahmen der Rechtsfortbildung .....	472
1. Vorrang-, Vermutungs- und Argumentationslastregeln .....	472
2. Abwägungsregeln .....	473
3. Zum Verhältnis des Fünf-Stufen-Systems zu den Abwägungsregeln .....	473
Zusammenfassung zu § 13 .....	475
<b>§ 14 Eine moderne Juristische Methodenlehre .....</b>	<b>477</b>
I. Auf dem Weg zu einer Modernen Methodenlehre .....	478
1. Klassische versus postmoderne Methodenlehre .....	478
2. Eine Moderne Methodenlehre .....	478
II. Erweiterung der Juristischen Methodenlehre um die Fallhermeneutik .....	479
1. Zur Wechselwirkung von Sachverhalt und Rechtsnorm .....	480
a) Bisherige Ansichten (Engisch, Fikentscher) .....	480
b) Die Normbereichslehre von F. Müller .....	480
2. Sachverhaltshermeneutik zur Ermittlung des Fallbereichs .....	481
a) Zur Notwendigkeit einer eigenen Sachverhaltshermeneutik .....	481
b) Vom Rohsachverhalt und Sachverhalt: Recherchepflichten und Interviewing .....	482

c) Die Darstellung des Sachverhalts durch die Gerichte .....	484
d) Die Fallhermeneutik am Beispiel eines potentiellen Burkaverbotes .....	485
3. Der Normbereich .....	488
a) Maßstababbildung in den Entscheidungen des BVerfG .....	488
b) Stellungnahme .....	489
III. Juristische Kreativität und Juristisches Denken .....	491
1. Postmoderne Methodenlehre: Rechtserkenntnis versus Rechtsschöpfung .....	491
a) Innovationen und juristische Entdeckungen .....	491
b) Grenzen der systematisch-deduktiven Entscheidungsbegründung und der Abwägung .....	492
c) Dezesionismus und die Paradoxie des Entscheidens .....	493
2. Juristische Kreativität – process of discovery .....	493
3. Die Lehre von der Topik und Juristische Kreativität .....	494
a) Die Lehre von der Topik als Ausgangspunkt der Problemlösung .....	494
b) Topoi und Juristische Kreativität .....	495
c) Topoi, Rechtsdogmatik und Methodenlehre .....	496
d) Die Typenlehre .....	497
4. Juristisches Denken als Teil einer Modernen Methodenlehre .....	498
a) Zum Umgang mit unbekanntem Problemen – Der Rationalitätsanspruch der Methodenlehre .....	498
b) Denkstrukturen einer Modernen Methodenlehre .....	499
c) Die Begrenzung der Kreativität durch Methodenlehre und Rechtsdogmatik .....	499
d) Die Schulung Juristischen Denkens in der Juristischen Ausbildung .....	500
IV. Quellen der Juristischen Methodenlehre .....	500
1. Die Grundlagenfächer als Nachbardisziplinen .....	501
a) Rechtsgeschichte und der Wandel juristischer Methoden .....	501
b) Rechtsvergleichung .....	503
c) Rechtstheorie .....	503
d) Rechtssoziologie .....	503
2. Staatstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie .....	504
a) Methodenlehre als Argumentations- und Legitimationslehre .....	504
b) Rechtsdogmatik und die Berührung zur Juristischen Methodenlehre .....	504
c) Rechtsphilosophie: Auf der Suche nach der gerechten Entscheidung .....	505
V. Prüfungsfolge und Rangverhältnis der Argumentationsfiguren als Bausteine einer Metamethodik .....	506
1. Methodenchaos und Methodenpluralismus .....	507
a) Die Lehre vom pragmatischen Methodenpluralismus .....	507
b) Rationalitätsanspruch durch die Vorgabe einer zwingenden Prüfungsfolge .....	508
2. Sechs Prüfungsschritte bei der Rechtslösung .....	509
a) Erster Schritt: Sachverhaltshermeneutik .....	509
b) Zweiter Schritt: Der Savigny'sche Auslegungskanon und die folgenorientierte Auslegung .....	509
c) Dritter Schritt: Konkretisierung von Generalklauseln .....	510
d) Viertes Schritt: Prüfung von höherrangigem Recht .....	510
e) Fünfter Schritt: Rechtsfortbildung und ihre Grenzen .....	510
f) Sechster Schritt: Billigkeitskontrolle und Richtigkeitsgewähr .....	511
3. Die viergliedrige Gewichtung der Argumentationsfiguren .....	511
a) Strikte Vorrangregeln .....	512
b) Vermutungsregeln .....	513

c) Argumentationslastregeln .....	514
d) Abwägungsregeln eines Beweglichen Systems .....	515
4. Schlussfolgerungen .....	515
a) Eine europäische Juristische Methodenlehre als Ziel oder die Vielfalt unterschiedlicher juristischer Methoden .....	515
b) Kombinationstheorie und Gewichtung .....	517
c) Jenseits des Systems und der einfachen Deduktion .....	517
Zusammenfassung zu § 14 .....	519
Statt eines Schlusswortes – Zum Wert der Juristischen Methoden .....	520
<b>§ 15 Vertiefungsfälle</b> .....	523
<b>Anhang:</b> Die wichtigsten Argumentationsfiguren .....	539
Rechtsprechungsübersicht .....	545
Stichwortverzeichnis .....	555