

## Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –\*\*

Thomas M. J. Möllers\*

### Inhaltsübersicht

- I. Zur Notwendigkeit einer modernen Methodenlehre 95
  - 1. Die juristische Ausbildung 95
    - a) Das juristische Denken als Aufgabe der Juristischen Ausbildung 95
    - b) Die Fähigkeit zu methodischem Arbeiten als Aufgabe der juristischen Ausbildung 96
  - 2. Die Rolle der Juristischen Methodenlehre in der Krise – Vorverständnis, Methodenpluralismus, Dezisionismus 97
  - 3. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Legitimations- und Argumentationslehre 98
    - a) Juristische Methodenlehre als Legitimationslehre 98
    - b) Bausteine einer modernen juristischen Methodenlehre für die Ausbildung 99
- II. Sachverhalt und Recht 100
  - 1. Subsumtion und die Zunahme von Komplexität - Wechselspiel zwischen Sachverhalt und Recht 100
  - 2. Sachverhalt und Normbereich 101
  - 3. Folgerungen für die juristische Ausbildung 102
- III. Savigny, Konkretisierung und Konstruktion 104
  - 1. Savigny 104
    - a) Der Viererkanon 104
    - b) Weiterentwicklungen: Telos, Folgenorientierung und die Ökonomische Analyse des Rechts 104
  - 2. Konkretisierung und Konstruktion 106
    - a) Kreativität und Dezisionismus 106
    - b) Vergleichsfallmethode und Fallgruppenbildung als Beispiele der Konkretisierung von Rechtsnormen 106
    - c) Die Arbeit mit Rechtsprinzipien: Deduktion und Induktion sowie Abwägung als Beispiele der Konstruktion im Recht 107
  - 3. Schlussfolgerungen für die juristische Ausbildung 109
- IV. Grenzen der Rechtsfortbildung – das unsichere Terrain 109
  - 1. Eckpfeiler zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung 109
- Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94) 95
- 2. Vorrang- und Abwägungsregeln 110
- 3. Folgerungen für die juristische Ausbildung und auch die Praxis – Die Methoden-Zitrone 111
- V. Zur Komplexität des europäischen Rechts 113

1. Der Richter als europäischer Richter 113
2. Komplexität europäischen Rechts 113
  - a) Die Prüfungsfolge als Wechselspiel von nationalem und europäischem Recht 113
  - b) Argumentationsfiguren der juristischen Methodik auf europäischer Ebene 114
3. Folgerungen für die Ausbildung 115
- VI. Juristische Methodenlehre – ein "Mehr" an Rechtsicherheit 116
  1. Eine Prüfungsreihenfolge 116
  2. Gewichtung von Argumentationsfiguren 118
  3. Statt eines Schlusswortes – Zur Stärkung der Grundlagenfächer 119

## I. Zur Notwendigkeit einer modernen Methodenlehre

### 1. Die juristische Ausbildung

#### a) Das juristische Denken als Aufgabe der Juristischen Ausbildung

Die deutsche Juristenausbildung gilt weltweit als sehr gut<sup>1</sup>. In der Volksrepublik China diskutiert man, stärker als bisher Legal Clinics bzw. das deutsche Klausurensystem mit der Falltechnik zu übernehmen, d.h. die Prüfung juristischer Fähigkeiten anhand eines für den Prüfling unbekanntes Falles.<sup>2</sup> Die Falltechnik mit dem Zwang zum Transfer ist eine hervorragende Möglichkeit, den angehenden Juristen zum klaren Gedankengang und zur Präzision zu schulen. Diese Transferleistung erfordert zum Großteil weniger Einzelwissen als vielmehr Kenntnis vom Zusammenspiel der Normen – dem System – eines Fachgebiets. Dieses systematische Denken an der Kodifikation fehlt etwa auch angloamerikanischen Juristen.

Allerdings ist nie etwas so gut, dass es nicht verbessert werden könnte. Die Ausbildungsreform der Juristen ist ein Dauerthema der letzten 100 Jahre.<sup>3</sup> Tatsächlich ist nicht jeder Anwaltsschriftsatz von solcher Prägnanz, dass die Lektüre reine Freude bedeutet. Wo lässt sich also in der juristischen Ausbildung etwas verbessern? Der Wissenschaftsrat hatte 2012 eine Verbesserung des juristischen Studiums gefordert.<sup>4</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94)

96

Die Kollegen *Hobe* und *Dauner-Lieb* von der Universität Köln haben jüngst die Zukunftsfähigkeit der juristischen Ausbildung angezweifelt und eine stärkere Arbeit mit Kommentaren sowie eine Anfängervorlesung im internationalen Recht vorgeschlagen.<sup>5</sup> Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob es sinnvoll ist, den Fächerkanon weiter auszudehnen.<sup>6</sup> Denn man versucht schon seit Jahren, den Prüfungsstoff zu entschlacken<sup>7</sup> und Rechtsgebiete auf ihre „Grundzüge“ zu reduzieren – mit zweifelhaftem Erfolg, weil die Stofffülle in den verbleibenden Rechtsgebieten aufgrund der zunehmenden Komplexität des Rechts weiter anwächst.<sup>8</sup> Aufgabe des Hochschullehrers kann nicht nur die reine Stoffvermittlung sein, denn in der Praxis ist jeder Fall anders. Ein guter Dozent hat vielmehr zwei Aufgaben: Er muss dem Studenten beibringen, wie er Wissen strukturiert, und er hat vielleicht noch eine vornehmere Aufgabe: Er sollte dem angehenden Juristen das juristische Denken vermitteln.

#### b) Die Fähigkeit zu methodischem Arbeiten als Aufgabe der juristischen Ausbildung

Für die spätere Praxis, den Sprung in das kalte Wasser, muss der Jurist in der Lage sein, neue, bisher so noch nicht entschiedene Fälle zu lösen. Dazu gibt das geltende Recht einen wichtigen Fingerzeig. Zu Inhalt, Zweck und Bedeutung der Ersten Juristischen Staatsprüfung heißt es in § 16

der Bayerischen Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (BayJAPO): „Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen.“<sup>9</sup> Ähnlich verlangt auch das Deutsche Richtergesetz den Erwerb der „rechtswissenschaftlichen Methoden“, § 5a Abs. 2 S. 3 DRiG. Die These des Beitrages ist einfach und lautet: Die Juristische Methodenlehre ist der Schlüssel für eine gute juristische Ausbildung und umgekehrt: eine juristische Ausbildung, welche die juristischen Methoden ausspart, ist defizitär.

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

97

## 2. Die Rolle der Juristischen Methodenlehre in der Krise – Vorverständnis, Methodenpluralismus, Dezisionismus

Was bedeutet „juristisches Verständnis“ und „die Fähigkeit zu methodischen Arbeiten“ i.S.v. § 16 Abs. 2 S. 2 BayJAPO? Sollte sie im Vordergrund der Ausbildung stehen? Und wird diese Fähigkeit dem angehenden Juristen ausreichend vermittelt? Der Begriff Methodenlehre wirkt heutzutage erfahrungsgemäß nicht nur bei Studenten abschreckend, antiquiert oder langweilig.<sup>10</sup> Die Methodenlehre wird als Grundlagenfach im dritten Semester angeboten und ist mitnichten obligatorisch. Oft herrscht der Eindruck vor, es handele sich um eine theorielastige Materie von rein akademischem Interesse. Die großen Werke zur Juristischen Methodenlehre wurden von *Karl Larenz*, *Wolfgang Fikentscher* und *Franz Bydlinski* vor mehr als 50 Jahren geschrieben und konnten moderne Strömungen wie etwa das Europarecht noch nicht ausreichend nachzeichnen. Ist die Methodenlehre in einer Existenzkrise? Drei Entwicklungen scheinen dafür zu sprechen: *Rüthers* wirft den Richtern heutzutage vor: „Methodische Argumente, wenn sie überhaupt vorkommen, dienen in der Regel nur als Fassade, um das vorgefasste Ergebnis mit einem rationalen Entscheidungsweg zu tarnen.“<sup>11</sup> Damit lasse sich mit den juristischen Methoden alles behaupten; sie seien in Wirklichkeit überflüssig. Man spricht vom Entscheiden nach dem eigenen Vorverständnis.<sup>12</sup>

Ein zweiter Vorwurf wird erhoben: Der Eindruck der Subjektivität der Interpretation im Sinne eines „anything goes“<sup>13</sup> zeige sich auch daran, dass von den Gerichten vom Ergebnis her bestimmte historische oder grammatische, systematische oder zweckreflektierende Interpretationsmerkmale selektiv benutzt würden.<sup>14</sup> Dieser Vorwurf gegen die herrschende Praxis scheint sich zu bestätigen, wenn etwa das schweizerische Bundesgericht explizit von einem „pragmatischen Methodenpluralismus“ spricht<sup>15</sup> oder wenn *Grüneberg* in der aktuellen Auflage des Palandt schreibt, dass der vor neue Fragen gestellte Richter häufig nicht wisse und auch nicht zu wissen brauche, ob das Problem durch Auslegung oder durch Rechtsfortbildung zu lösen sei. Weiter heißt es dort: „Der Richter darf das Gesetz im Rahmen der ratio legis und der Wertentscheidung des GG auch ohne konkreten Nachweis einer Lücke ausdifferenzieren und ergänzen.“<sup>16</sup> Das geht einher mit dem Umstand, dass oft Scheinbegrün-

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

98

dungen im Urteil herangezogen werden, wie der Hinweis auf die „Gerechtigkeit“ oder die „Natur der Sache“.<sup>17</sup>

Schließlich bezeichnet die sogenannte postmoderne Methodenlehre die Rechtsgewinnung durch Deduktion als Aufrechterhaltung eines schönen Scheins.<sup>18</sup> In den Fällen, in denen das Gesetz mehrdeutig ist oder schweigt, würden die Gerichte nicht nach Gesetz und Recht, sondern allein schöpferisch kraft ihrer vom Staat verliehenen Autorität entscheiden. *Carl Schmitt* hatte hierfür den Begriff des Dezisionismus<sup>19</sup> entwickelt: Danach liege in jeder gerichtlichen Entscheidung ein

„Element reiner Entscheidung, das nicht aus dem Inhalt der Norm abgeleitet werden kann. [...] Der Sinn [einer Entscheidung] ist nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels.“<sup>20</sup> Das Gesetz bildet danach nicht mehr den Entscheidungsmaßstab, sondern eine nicht bzw. kaum kontrollierbare Befugnis des hoheitlich tätig werdenden Richters zur Entscheidung qua Amt. Regeln über die Juristische Methodenlehre sind nach der Lehre vom Dezisionismus folglich überflüssig, weil der Richter in nicht eindeutig geregelten Fällen letztlich so entscheidet, wie er eben entscheidet.

### 3. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Legitimations- und Argumentationslehre

#### a) Juristischen Methodenlehre als Legimitationslehre

Den obigen Ansichten, welche die Sinnhaftigkeit der Methodenlehre relativieren, ist entgegenzutreten. Der moderne Rechtsstaat kennt seit *Locke* und *Montesquieu* die Gewaltenteilung und Machtverschränkung.<sup>21</sup> Juristische Methodenlehre wird heutzutage als Legitimationslehre verfassungsrechtlich begründet. Ein tragender Gedanke ist die Machtbegrenzung des Juristen, vor allem des Richters. Dieser Gedanke lässt sich in zwei Varianten durchspielen. Er gilt einmal im Verhältnis von Judikative zur Legislative. Der Richter ist nach den Artt. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG an Gesetz und Recht gebunden. Für ihn und die Verwaltung gilt der Gesetzesvorrang.<sup>22</sup> Es gilt die

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)	99
--	----

„Erstzuständigkeit des Gesetzgebers“.<sup>23</sup> Es ist grundsätzlich Aufgabe des Parlaments, über das Sachziel zu entscheiden.<sup>24</sup> Juristische Methodenlehre bindet zweitens den Richter gegenüber dem Bürger. Denn zum einen sagt das Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips im Strafrecht, dass keine Strafe ohne gesetzliche Grundlage erfolgen darf („nullum crimen, nulla poena sine lege“). Zum anderen kann dieses Prinzip aber nur dann praktische Durchschlagskraft erlangen, wenn der Richter auch verpflichtet ist, seine Entscheidung zu begründen. Diese Begründungspflicht begrenzt die Willkür des Richters gegenüber dem Bürger. Sie ergibt sich auch aus dem verfassungsrechtlich verankerten, Jahrtausende alten Grundsatz des „audiatur est altera pars“.<sup>25</sup> Das Gericht soll die Erwägungen beider Seiten zur Kenntnis nehmen und in seine Erwägungen einbeziehen.<sup>26</sup> Konsequenterweise folgt aus der Berücksichtigungs- und Erwägungspflicht auch eine verfassungsrechtliche Begründungspflicht.<sup>27</sup> Damit wird eine diskursive Entscheidung vor Gericht gewährleistet.<sup>28</sup> Nur durch eine Begründung der Entscheidung kann der Betroffene beurteilen, ob sein Vorbringen berücksichtigt worden ist.

#### b) Bausteine einer modernen juristischen Methodenlehre für die Ausbildung

Die Juristische Methodenlehre muss, wenn sie modern sein möchte, den gerade genannten Einwänden Rechnung tragen. Juristisches Denken und Juristische Methoden laufen parallel: Sie erfordern die Fähigkeit, sich bisher unbekanntem Problemen zu nähern, das Problem zu erkennen, Lösungen zu entwickeln und schließlich überzeugend vorzutragen, welche der verschiedenen Lösungen die rechtlich Beste ist. Dazu reicht es nicht aus, Streitstände auswendig zu lernen.<sup>29</sup> Der gute Jurist muss vielmehr in der Lage sein, eigene Streitstände zu entwickeln und die eigene Ansicht gegenüber fremden Argumenten zu verteidigen. Ziel der Juristischen Methodenlehre als Argumentations- und Begründungslehre ist es also, Entscheidungen rational nachvollziehbar und somit überprüfbar zu machen.<sup>30</sup> Die Juristische Methodenlehre will dem Studenten und dem Praktiker, das „juristische Handwerkszeug“ an die Hand geben, um die eigene Argumentation zu strukturieren und das Begründungsniveau der Ausführungen zu heben. Juristische Methoden zielen erstens auf Rechtssicherheit ab, weil sie zur Vorhersehbarkeit der Rechtsfindung dienen.<sup>31</sup> Zweitens

nötigt die Begründungspflicht die Entscheidungsinstanzen zu einer Selbstkontrolle, verbreitert drittens die Konsensfähigkeit der Entscheidung und erleichtert es schließlich viertens

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94) 100

dem Betroffenen auch, diese zu akzeptieren.<sup>32</sup> Sie will die Rechtsgewinnung systematisieren, verobjektivieren und letztlich auch kontrollieren.

Wo wäre in der juristischen Ausbildung noch Optimierungsbedarf? Im Folgenden wird die Fähigkeit methodischen Arbeitens und juristischen Denkens anhand von vier Bereichen vorgestellt, die der Jurist zur Falllösung beherrschen sollte: Sachverhalt und Recht (II.), *Savigny* und seine Weiterentwicklung (III.), Argumentationsfiguren zum Umgang mit dem europäischen Recht (IV.) und die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung (V.). Die Überlegungen münden dann in eine strukturierte Prüfungsfolge, welche die einschlägigen Argumentationsfiguren gewichtet (VI.).

## II. Sachverhalt und Recht

### 1. Subsumtion und die Zunahme von Komplexität - Wechselspiel zwischen Sachverhalt und Recht

Die juristische Ausbildung erscheint auf den ersten Blick einfach: Der Student hat einen festen Sachverhalt und das Gesetz. Um diese beiden Bestandteile zu verbinden, lernt er die Subsumtion, also die Unterordnung des Besonderen unter das Allgemeine.<sup>33</sup> Damit kann er die Frage beantworten, ob der Sachverhalt den Tatbestand der jeweils fallrelevanten Norm erfüllt.<sup>34</sup> Die Subsumtion stellt sich im rechtslogischen Sinne als „Schlussverfahren“ dar, indem sie die beiden Bestandteile Obersatz und Untersatz verbindet. Im Rahmen der Subsumtion ist zu prüfen, ob alle Tatbestandsmerkmale einer Norm durch Angaben im Sachverhalt gedeckt sind. Natürlich ist die genaue Subsumtion für den Jurastudenten oft schon schwierig genug. Nur: Die spätere rechtliche Praxis ist deutlich komplexer als ein einseitiger fertiger Sachverhalt.<sup>35</sup> Auf zwei Schwierigkeiten sei nur hingewiesen.

Rechtsanwälte, Richter und Verwaltungsbeamte müssen sich in einem ersten Schritt den Sachverhalt erarbeiten. In der Praxis ist die Ermittlung des Sachverhalts der erste entscheidende Schritt der Rechtsfindung. Oft ist die rechtliche Würdigung einfach, der Sachverhalt aber mühsam zu ermitteln. Wer etwa mit Verspätung aus dem Urlaub mit der Egyptair von Ägypten nach Deutschland zurückfliegt und Entschädigung verlangen möchte, benötigt erst einmal eine ladungsfähige Adresse der Fluggesellschaft. Sollte diese einwenden, die Verspätung beruhe wegen eines Sandsturmes auf höherer Gewalt, muss der Rechtsanwalt ermitteln, ob dieser Einwand zutreffend ist.<sup>36</sup>

Tatsächlich ist die Rechtslösung in einem zweiten Schritt nochmals komplexer, wenn sich verschiedene Rechtslösungen auftun: *Engisch* hat hierfür das Bild vom

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94) 101

„Hin- und Herwandern des Blickes“ geprägt: „Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat.“<sup>37</sup> Notwendig ist damit ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Sachverhalt und Tatbestand. Dieses Hin- und Herwandern führt nicht zum Ausgangspunkt zurück, sondern hebt das Verständnis auf eine neue Stufe.<sup>38</sup> Es hilft dem Rechtsanwender, den Sachverhalt juristisch aufzubereiten und zeigt plastisch, dass sich bei der Rechtsfindung Sachverhalt und Recht verschränken. Wird eine Frau von einem Hund gebissen, den sie streicheln wollte, bedarf es für die Prüfung von Schadensersatzansprüchen weiterer Details im Sachverhalt, um den Fall zutreffend lösen zu können<sup>39</sup>: Wusste die Frau, dass der Hund bissig ist, ist ihr ein Mitverschulden (§ 254 BGB)

vorzuwerfen. Handelt es sich um einen Blindenhund, also ein Nutztier, kann sich der Halter unter Umständen gem. § 833 S. 2 BGB exkulpieren. Zudem ist zu fragen: Hatte die Frau einen Verdienstausschluss? Welche Schmerzen hatte sie konkret?

## 2. Sachverhalt und Normbereich

Und es wird noch komplexer: Der Jurastudent löst die Fälle in seiner Ausbildung weitgehend mit dem Gesetz. Als Rechtsquelle werden für den Rechtsanwender verbindliche Rechtssätze anerkannt.<sup>40</sup> Gesetze und Verordnungen werden als primäre Rechtsquellen bezeichnet. Die juristische Praxis verwendet für den Sachverhalt aber auch alle Formen von Rechtserkenntnisquellen, um eine zutreffende Rechtslösung erarbeiten zu können. Bevor das Bundesverfassungsgericht einen Fall rechtlich würdigt, entwickelt es einen sogenannten „Maßstäbeteil“<sup>41</sup> und umschreibt den Normbereich.<sup>42</sup> Im Maßstäbeteil wird lehrbuchartig die Rechtsdogmatik der einzelnen Grundrechtsnorm anhand der bisherigen Rechtsprechung aufbereitet.<sup>43</sup> Das BVerfG entwickelt den Sachverhalt, indem es den Parteien das Wort, aber auch gesellschaftlichen Verbänden und Gruppen Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Daneben sind sekundäre Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen einzubeziehen, wie bisherige Entscheidungen deutscher Gerichte, ausländische Entscheidungen und die Stimmen der Rechtsliteratur, aber auch zugängliche Statistiken.<sup>44</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94)

102

Die aktuelle Diskussion über ein generelles Burkaverbot in der Öffentlichkeit zeigt plastisch auf, wie aufwendig es ist, einen Normbereich zu bilden. Das Grundgesetz nennt zwar in Art. 4 Abs. 1 GG die Religionsfreiheit. Aus dem Wortlaut alleine wird man aber kaum eine angemessene Lösung entwickeln können. Bevor der Umfang der Religionsfreiheit und andere Grundrechte rechtlich geprüft werden, ist der Sachverhalt zu ergänzen, der dann für die Entwicklung des Normbereichs, etwa bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung, benötigt wird.<sup>45</sup> Empirisch lässt sich feststellen, wie viele Burka-Trägerinnen in den einzelnen Bundesländern in Deutschland leben und wie es um die öffentliche Meinung zu einem Burkaverbot steht. Der Koran nennt nur an einer Stelle den Schleier,<sup>46</sup> verpflichtet aber ausdrücklich nicht dazu, eine Burka zu tragen. Für die Muslimin gibt es verschiedene Schleier, welche das Gesicht erkennen lassen.<sup>47</sup> Auch in christlichen Klöstern tragen Mönche und Nonnen eine Ordenskleidung, die zum Teil die Haare verdeckt. Zudem wird man nach Präjudizien, früheren Entscheidungen zu ähnlichen Fällen suchen, wie etwa den Entscheidungen zum Kreuzifix und zum Kopftuch,<sup>48</sup> um dann mit der Vergleichsfallmethode zu argumentieren. Rechtsvergleichend wird man feststellen, dass in Frankreich bereits seit 2010 eine Vollverschleierung durch die Burka in der Öffentlichkeit generell verboten ist und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte über die Rechtmäßigkeit des französischen Gesetzes zu befinden hatte.<sup>49</sup> Erst nach dieser umfänglichen Ergänzung des Sachverhaltes kann man mit den rechtlichen Ausführungen beginnen.

## 3. Folgerungen für die juristische Ausbildung

Die einstufige Juristenbildung an der Universität Augsburg führte damals dazu, dass Richter an der Universität als Arbeitsgemeinschaftsleiter unterrichteten. Bereits im dritten Studienjahr ging der Jurastudent in die Praxis, da er für neun Monate einem Richter zugeordnet war.<sup>50</sup> Aus Kostengründen wurde dieses Modell wieder abgeschafft.<sup>51</sup> Im Studium findet eine Arbeit am Sachverhalt nicht statt; vielmehr erhalten die Studierenden bis hin zum Ersten Staatsexamen meistens einen vom Aufgabenersteller fest vorgegebenen Sachverhalt.<sup>52</sup> Vielleicht sollte das Zivilrecht künftig den prozessualen Anteil von Beginn des Studiums an noch stärken; das

öffentliche Recht zeigt hier den richtigen Weg, werden die Klausuren dort schon ab dem ersten Semester regelmäßig prozessual eingekleidet. Die Referendarzeit gäbe den Rahmen, um diese Defizite zu beheben. Hier hat sich in den letzten 30 Jahren zwar einiges getan. Die Rechtsanwaltsstation dauert inzwischen neun Monate. In dieser Zeit sollen zehn schriftliche Arbeiten, sieben Mandantengespräche und acht Gerichtstermine bewältigt

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

103

werden.<sup>53</sup> Ob das in jeder Kanzlei so eingefordert wird, steht aber auf einem anderem Blatt. Und schließlich gibt es vermehrt den Klausurtyp der Anwaltsklausur, wo auch beispielsweise prozesstaktische Fragen eine Rolle spielen.<sup>54</sup> Auch in den anderen Ausbildungsstationen wird anhand von Fällen gearbeitet.

Die Reduzierung der Zeit bis zur Allgemeinen Reifeprüfung (G-8), die Abschaffung der Wehrpflicht und die Kürzung des Vorbereitungsdienstes der Rechtsreferendare von drei auf zweieinhalb und dann auf zwei Jahre führten dazu, dass die Volljuristen inzwischen deutlich jünger, ja zum Teil gerade einmal 25 Jahre alt sind. Um die Ausbildung zu verkürzen und Kosten zu sparen, hat man hier vielleicht etwas des Guten zu viel getan. Die heutige Referendarzeit von zwei Jahren ist zu kurz, um die Arbeit am Fall zu erlernen. Denn spätestens in den letzten 12 Monaten vor dem zweiten Staatsexamen steht wiederum die Klausurtechnik ganz im Vordergrund. Wenn die Arbeit am Sachverhalt eine wichtige Qualifikation des späteren Juristen auszeichnet, dann sollte auch sichergestellt werden, dass die Qualifikation erworben wird. Der jetzige Leitfaden für die drei einmonatigen Praktika während des Studiums fordert dies zwar ebenso<sup>55</sup> wie die Zeit während der Rechtsanwaltsausbildungsstation in der Referendarzeit.<sup>56</sup> In der Praxis fehlen oft die Ressourcen, um dem Studenten oder Rechtsreferendar diese Arbeit am Fall zu vermitteln. Und nicht wenige Referendare wollen die „Arbeit am Fall“ gar nicht so intensiv erlernen, weil das Examen etwas völlig Anderes fordert als Sachverhaltshermeneutik.

Die stärkere Verzahnung von Wissenschaft und Praxis ist eine uralte Forderung, die mehr als einhundert Jahre alt ist.<sup>57</sup> Hier sollte eine Reform ansetzen, etwa in anwaltsorientierten Veranstaltungen an der Universität<sup>58</sup>, einem Ausbau der Praktika zu einem Semester hin oder eine Verlängerung der Referendarzeit um sechs Monate<sup>59</sup>. Nicht nur der Staat, sondern auch die Rechtsanwälte müssten hierfür die Ressourcen bereitstellen, um den status quo zu verbessern. Ein früherer Bezug zur Praxis wäre für den Studenten oder Referendar sicherlich motivationssteigernd, denn in der Praxis spielt das wirkliche Leben.<sup>60</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

104

### III. Savigny, Konkretisierung und Konstruktion

#### 1. Savigny

##### a) Der Viererkanon

Mit diesem Vorverständnis ausgestattet, beginnt die eigentliche Arbeit mit dem Recht. Im späteren Alltag benötigt die Bearbeitung einfacher Fälle keine Juristische Methodenlehre, wahrscheinlich auch noch nicht einmal einen Blick in das Gesetz. Aber das ist nicht die Aufgabe des juristischen Studiums. Das Juristische Studium will den angehenden Juristen auch für die Fälle vorbereiten, in denen die Rechtslage nicht eindeutig ist und er weiterdenken muss. Dabei gilt, dass mit der Komplexität der Arbeitsaufwand steigt. Zur Krönung des Juristen gehört die Lösung komplexerer Fälle, in denen die einfache Lektüre des Gesetzestextes gerade nicht ausreicht. Der Studierende soll lernen, wie er in solchen Situationen vorzugehen hat, um zu einer juristisch überzeugenden Lösung

zu gelangen. In der juristischen Auslegung wird der Viererkanon *von Savigny* in seiner Weiterentwicklung durch *von Jhering* gelehrt: Die Unterscheidung von Wortlaut, Systematik, Geschichte und Telos einer Norm.<sup>61</sup> Einige Kollegen erachten ihn allerdings für „überholt“; der „Erkenntnisfortschritt sei gering“<sup>62</sup>, etwa weil die teleologische Auslegung zirkulär und überflüssig sei.<sup>63</sup> Zudem würde der Viererkanon im Bereich unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln versagen.

## b) Weiterentwicklungen: Telos, Folgenorientierung und die Ökonomische Analyse des Rechts

Zutreffend ist zwar, dass in juristischen Ausführungen nicht selten der Sinn und Zweck einer Norm nur behauptet, aber nicht bewiesen wird. Während die grammatische, systematische und historische Auslegung an der Norm und dem Gesetz unmittelbar ansetzen, fragt die teleologische Auslegung ohne einen solchen Anknüpfungspunkt nach der nur „geistig gegebenen Größe vom Normzweck“.<sup>64</sup> Die Suche nach dem Sinn hat damit keinen selbstständigen originären Anknüpfungspunkt. Sie ist deshalb zweistufig zu gestalten, weil sie zunächst nur eine Prämisse ist. Sie muss als Zweckbehauptung, mit Argumenten verteidigt werden, um dann die Konsequenzen für die Interpretation zu entwickeln.<sup>65</sup> Man kann insoweit auch von einem normsys-

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

105

temimmanenten Telos sprechen.<sup>66</sup> Wenn in einem Freibad das Mitnehmen von Hunden verboten ist, dann gilt dies wohl erst recht für Geparden (These), etwa um die objektive Gefahr für die Badegäste zu verringern, das angstfreie Baden zu ermöglichen oder zum Schutze der Hygiene (Telos als Prämisse).<sup>67</sup> Dieser einfache Fall wird aber weniger eindeutig, wenn der Badegast seinen Hamster oder seine Spitzmaus mitnehmen möchte. Die Vergleichbarkeit der beiden Fälle muss dann anhand der Wertungen argumentativ begründet oder abgelehnt werden.<sup>68</sup>

Damit ist die Suche nach dem Telos nur eine Prämisse, die durch weitere Argumentationsfiguren verstärkt werden muss.<sup>69</sup> Die teleologische Auslegung ist also nicht überflüssig, sondern verlangt nur weiterführende Argumente. Ergänzt wird die Suche nach dem Telos durch logische, interessengerechte<sup>70</sup> und folgenorientierte Argumente. Entscheidend ist oft auch eine „Auslegung aus dem inneren System der Rechtsordnung, welches neben den gesetzlich normierten Wertungen auch die induktiv aus dem positiven Recht zu gewinnenden Prinzipien und allgemeinen Rechtsgrundsätze umfasst.“<sup>71</sup> Folgenorientierte Überlegungen können die Wertungen des Gesetzes ergänzen. Dazu zählen etwa das „argumentum ad absurdum“, die Vermeidung einer Übermaßhaftung oder die normative Kraft des Faktischen. Folgenorientiert zeigt die ökonomische Analyse des Rechts wirtschaftlich effektive Lösungen auf. Allerdings sind diese Überlegungen nur dann hilfreich, wenn ökonomische Überlegungen mit den Wertungen der Verfassung und anderer Gesetze übereinstimmen. Das Kapitalmarktrecht betont etwa die Allokationseffizienz; es verbietet die Verwendung von Insiderwissen und will durch die Verpflichtung zur Ad-hoc-Publizität erreichen, dass alle unternehmensrelevanten Informationen im Börsenpreis abgebildet werden.<sup>72</sup> Vorschriften sind im diesem Lichte extensiv<sup>73</sup>, Ausnahmen restriktiv auszulegen.<sup>74</sup> Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass das Viererquartett weiterhin seine Berechtigung hat. Es hat in zahlreichen Staaten Eingang ins Gesetz gefunden<sup>75</sup> und wird auch vom EuGH verwendet.<sup>76</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

106

## 2. Konkretisierung und Konstruktion

### a) Kreativität und Dezisionismus



Einzelne Anhänger der postmodernen Juristischen Methodenlehre behaupten nun, der Richter entscheide dezisionistisch; sie sehen die klassische Methodenlehre als gescheitert an.<sup>77</sup> Nimmt man den Dezisionismuseinwand ernst, heißt dies erst einmal aber nur, dass der Richter nicht begründungslos ausschließlich kraft eigener Autorität entscheiden darf. Je unbestimmter oder unklarer die Norm für die Lösung des konkreten Falls ist, desto aufwendiger muss die Begründung sein.<sup>78</sup> Dabei lässt sich in einem ersten Schritt durchaus mit dem Savigny'schen Auslegungskanon beginnen. Dann bedarf es aber weiterer Verfahren der Konkretisierung mit Hilfe der Methodenlehre und der Rechtsdogmatik.

## b) Vergleichsfallmethode und Fallgruppenbildung als Beispiele der Konkretisierung von Rechtsnormen

Die Vergleichsfallmethode erlaubt die Konkretisierung durch die Gerichte. Wie bei der Einzelanalogie muss die Vergleichbarkeit des ähnlichen Falls mit dem zu entscheidenden Fall belegt werden. Für die Teilgleichheit des neuen Falls mit früheren Fällen können das Ähnlichkeitsargument, der Erst-Recht-Schluss und das Umgehungsargument, und für die Ungleichheit der Umkehrschluss und das „argumentum ad absurdum“ herangezogen werden. Schließlich ist sicherzustellen, dass die verbleibenden Unterschiede nicht von solcher Art sind, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Der BGH hat es in ständiger Rechtsprechung als Vermögensschaden angesehen, wenn ein beschädigtes Kfz infolge eines Unfalls repariert werden muss und in dieser Zeit nicht genutzt werden kann.<sup>79</sup> Der Ausfall der Nutzungsmöglichkeit wurde als Vermögensschaden kommerzialisiert. Für einen Pelzmantel, der durch einen Dritten beschädigt wurde, soll es dagegen keinen kommerzialisierten Schadensersatz für die entgangene Nutzung geben.<sup>80</sup> Kann der Geschädigte nun einen Schaden geltend machen, wenn er sein Schwimmbad nicht nutzen kann? Der BGH lehnte einen Schadensersatzanspruch wegen der fehlenden Möglichkeit, ein privates Schwimmbad<sup>81</sup> zu nutzen, ab und grenzte diese „Liebhaberei“ mit der Vergleichsfallmethode von der Wohnung, dem Haus, dem Mietwagen oder dem Ausfall des Internetzugangs<sup>82</sup> ab.

Wie bei der Gesamtanalogie kann die Kombination von Induktion und Deduktion zu einem allgemeingültigen Rechtssatz führen, der über den direkten Vergleich mit einem anderen Fall hinausgeht. Dieses Vergleichsmoment, das *tertium comparationis* als verallgemeinerungsfähige Regel gelingt eher, wenn verschiedene Rechtsprechungslinien bestehen, die dann eine gewisse Abstraktion (induktiv) ermöglichen.<sup>83</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94)

107

Erforderlich ist eine Art systematische Auslegung der Rechtsprechung, die nicht nur die linearen Entscheidungsketten, sondern im Zweifel auch die gesamte einschlägige Rechtsprechung umfasst.<sup>84</sup> Dieser verallgemeinerungsfähige Rechtssatz konkretisiert damit den unbestimmten Rechtsbegriff. Er erhebt Geltungsanspruch und dient dazu, die Subsumtion herzuleiten und zu begründen.<sup>85</sup> Im konkreten Fall konnte der Kläger sein Haus nicht mehr nutzen und verlangte hierfür Schadensersatz. Der Große Senat beschränkte den Anspruch wegen entgangener Nutzungsmöglichkeit und entwickelte einen verallgemeinerungsfähigen Rechtssatz: Schadensersatz gibt es nur bei einer Verletzung von „Wirtschaftsgüter[n] von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung, sodass die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise auf deren ständige Verfügbarkeit angewiesen ist“.<sup>86</sup>

Fallgruppen können die Arbeit mit Generalklauseln erleichtern, wenn sie durch die Rechtsprechung und Rechtsliteratur zu Fallgruppennormen mit tatbestandsähnlichen Voraussetzungen konkretisiert

wurden. Mehrere Fallgruppen können dieselben Zurechnungskriterien besitzen. So sind Zurechnungskriterien der Sittenwidrigkeit bei § 138 Abs. 1 BGB und § 826 BGB die Abwehr von schweren Äquivalenzstörungen, Freiheitsbeschränkungen, Machtpositionen, Schädigung Dritter und die missbilligende Kommerzialisierung.<sup>87</sup> Solche Zurechnungskriterien erleichtern dann die Bildung neuer Fallgruppen.<sup>88</sup>

### c) Die Arbeit mit Rechtsprinzipien: Deduktion und Induktion sowie Abwägung als Beispiele der Konstruktion im Recht

Die Grenzen von Auslegung und Konkretisierung werden überschritten, wenn der Rechtsanwender sich nicht mehr ausschließlich auf eine konkrete Rechtsnorm stützen kann. Hier hat die Rechtsdogmatik ihren Anwendungsbereich, die über einzelne Rechtsnormen hinaus Recht etwa neu konstruiert und in das bestehende Recht einpasst.<sup>89</sup> Beispiele solcher Konstruktionen sind etwa neue Rechtsinstitute oder Zwischenschritte und Prüfungsstufen, wie sie bei der Grundrechtsprüfung bekannt sind.<sup>90</sup> Rechtsdogmatik kann dabei als System von Sätzen mit normativem Gehalt beschrieben werden, die zwar einen Bezug zum positiven Recht und zur Rechtsprechung aufweisen, aber mit diesen nicht zwingend identisch sind. Kennzeichnend für die Rechtsdogmatik ist darüber hinaus, dass die genannten Rechtssätze von Wissenschaft und Rechtsprechung aufgestellt und diskutiert werden.<sup>91</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94)

108

Argumentationsfiguren sind die Lehre von der Topik und die Typenlehre. Topik ist ein Verfahren zur „Beschaffung sinnvoller Hypothesen“. <sup>92</sup>Topoi<sup>93</sup>sind – als Unterpunkte der Topik – rhetorische Ausgangspunkte des Argumentierens.<sup>94</sup> Es sind Geistesblitze, die der Jurist in einem Brainstorming sammelt, bevor er sie dann in seine Argumentation einbaut. Erforderlich ist ein normativ gebundenes topisches Vorgehen.<sup>95</sup>

Noch anspruchsvoller ist die Arbeit mit Rechtsprinzipien. Die Konstruktion gelingt durch Ableitung einzelner Rechtsnormen im Wege von Deduktion und Induktion. Zunächst wird aus der besonderen, gesetzlich geregelten Erscheinung ein allgemeiner Gedanke abstrahiert (Induktion). Dieser verallgemeinerte Rechtsgedanke wäre das Vergleichsmoment (das *tertium comparationis*).<sup>96</sup> Anschließend wird dann ein Schluss aus diesem allgemeinen Gedanken auf das Besondere gezogen (Deduktion).<sup>97</sup> Ein wichtiges Rechtsprinzip bildet im Zivilrecht die Vertragsfreiheit, die sich mittelbar aus verschiedenen Vorschriften des BGB ableiten lässt. Einzelne Rechtsinstitute, wie der Kontrahierungszwang, die Preiskontrolle oder die Störung der Geschäftsgrundlage scheinen diesem Prinzip zu widersprechen. Diese Rechtsinstitute lassen sich durch das Prinzip des Selbstbestimmungsrechts begründen, das Teil der Privatautonomie ist. Oft wird die Selbstbestimmung lediglich auf eine Partei bezogen.<sup>98</sup> Naheliegenderweise gilt das Selbstbestimmungsprinzip allerdings für beide Seiten. Selbstbestimmung beider Seiten heißt dann auch Schutz vor Fremdbestimmung.<sup>99</sup> Flume hebt zu Recht hervor, dass der Vertrag einer beiderseitigen Selbstbestimmung bedarf und dass eine ungleiche Machtlage oder faktische Monopolstellung zu einseitiger Fremdbestimmung führt.<sup>100</sup>

Eine zweite Möglichkeit Rechtsprinzipien zu konkretisieren, bildet die Methode der Abwägung, mit der konkretisierende Zwischenschritte gewonnen werden können. Dazu bietet die Prüfung von Grundrechten im Verfassungsrecht zahlreiches Anschauungsmaterial. Die inzwischen ausgefeilte Rechtsdogmatik unterscheidet bei der Prüfung von Grundrechten zwischen Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung und Schranken-Schranken sowie weiteren Zwischenschritten. Diese Prüfungsschritte finden sich nicht unmittelbar im GG, sondern wurden von der Rechtsprechung und

Rechtslehre entwickelt.<sup>101</sup> Es geht um die Verteilung von Argumentations- und Rechtfertigungslasten: Rechtfertigungsbedürftig ist grundsätzlich nicht der Gebrauch der grundrechtlichen Freiheit, sondern der Versuch ihrer Beschränkung.<sup>102</sup>

### 3. Schlussfolgerungen für die juristische Ausbildung

Im Staatsexamen kommen die Einzelanalogie oder die teleologische Reduktion durchaus vor; viele Studenten sind aber nicht in der Lage, diese Argumentationsfiguren genauer zu begründen.<sup>103</sup> Im angloamerikanischen Recht arbeitet der Jurist mit Präjudizien und bildet aus zahlreichen Entscheidungen allgemeine Rechtssätze als Regeln. Dem deutschen Jurastudenten ist diese Methodik der Konkretisierung nur wenig vertraut. Das hat auch damit zu tun, dass die früher herrschende Ansicht Urteilen den Rechtsquellencharakter absprach, weil sie keine Bindungswirkung gegenüber jedermann erzeuge.<sup>104</sup> Dabei sind Urteile m.E. sogenannte sekundäre Rechtsquellen<sup>105</sup>, die zu einer Befassungspflicht und einer subsidiären Befolgungspflicht führen.<sup>106</sup> Wer die Rechtsprechung nicht kennt, haftet als beratender Jurist.<sup>107</sup> Viel zu selten wird dem angehenden Juristen vermittelt, wie man eine ganze Kette von Entscheidungen aufarbeitet und zu einem verallgemeinerungsfähigen Rechtssatz verdichtet. Hier könnten Seminare und Hausarbeiten ansetzen. Aber auch die mündliche Prüfung böte einen passenden Rahmen, um rechtsdogmatische Fragen und Rechtsprinzipien einzelner Rechtsgebiete fallorientiert zu entwickeln.

## IV. Grenzen der Rechtsfortbildung – das unsichere Terrain

### 1. Eckpfeiler zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung

Die Grenzen der Rechtsfortbildung sind für eine freiheitliche Rechtsordnung essential. Hier lässt sich auf den eingangs formulierten Überlegungen aufbauen: Sicherzustellen ist, dass der Richter seine Macht, verbindliche Entscheidungen gegen eine Partei zu treffen, nicht missbraucht. Machtbegrenzung im Verhältnis zu den anderen Gewalten und im Verhältnis zu Privaten ist deshalb die Messschnur zulässiger bzw. unzulässiger Rechtsfortbildung. Im Einzelnen bedeutet dies: Der Richter hat nicht zu prüfen, ob eine gesetzliche Lösung die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste

ist.<sup>108</sup> Er überschreitet die Grenze der Rechtsfortbildung, wenn er sich anmaßt, positive Sozialgestaltung zu betreiben.<sup>109</sup> Er wird zum gesetzgebenden Richter. Die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung ist dort erreicht, wo der Richter die klare Grundkonzeption des Gesetzgebers ignoriert und beseitigen würde.<sup>110</sup> Aus dem US-amerikanischen Recht<sup>111</sup> stammt der Gedanke des „judicial self-restraint“. Er bedeutet, dass sich die Gerichte im Sinne richterlicher Selbstbeschränkung bei ihren Entscheidungen zurückhalten und damit dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber letztlich in wichtigen politischen Fragestellungen ein Ermessen einräumen.<sup>112</sup>

Höchst umstritten ist, wann Grundrechte Dritter einer Rechtsfortbildung entgegenstehen: Während der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts eine solche Relevanz verneint,<sup>113</sup> will der erste Senat schon dann eine Rechtsfortbildung für unzulässig erachten, wenn sich die rechtliche Situation des Bürgers verschlechtert.<sup>114</sup> Im Ergebnis lehnte der erste Senat einen auf § 242 BGB rechtsfortbildend gestützten Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegenüber der Mutter mit der Begründung ab, dass dieser das Persönlichkeitsrecht der Mutter verletzen würde. Das lässt sich mit

guten Argumenten bestreiten, beispielsweise damit, dass die Mutter nicht schützenswert ist. Nicht von ungefähr ist das Urteil in der Rechtsliteratur massiv kritisiert worden.<sup>115</sup> Im Ergebnis sollte eine verfassungsrechtliche Kontrolle durch das BVerfG erst eingreifen, wenn Grundrechte des Dritten eindeutig und schwer verletzt sind.<sup>116</sup>

## 2. Vorrang- und Abwägungsregeln

Akzeptiert man diese Eckpfeiler, lassen sich unschwer Argumente aus den bisher vorgestellten Bereichen für und gegen die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung sammeln, die sich im Einzelnen prüfen lassen. Je mehr Argumente gegen die Rechtsfortbildung streiten, desto schwieriger wird es, eine zulässige Rechtsfortbildung zu begründen. Sprechen etwa Wortlaut, Systematik, Gesetzesgeschichte oder Zweck gegen die Rechtsfortbildung, wird man nur höchst ausnahmsweise eine solche zugunsten

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94) 111

eines in seinem Grundrechten Verletzten bejahen (Stichwort: Persönlichkeitsrechtsverletzung).<sup>117</sup>

Für die Rechtsfortbildung streiten aber zwingende Vorrangargumente, wie die gerade genannte primärrechtskonforme Auslegung.<sup>118</sup> § 239 BGB fordert für einen tauglichen Bürgen einen Gerichtsstand im Inland. § 917 Abs. 2 ZPO a.F. stellte für den Arrestgrund mittelbar auf das Inland ab.<sup>119</sup> Die Vorschriften der §§ 239 BGB, 108 ZPO, 116 S. 1 Nr. 2 ZPO a.F. und § 917 Abs. 2 ZPO a.F. verstoßen gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, sodass die nationalen Normen nach ihrem ursprünglichen Wortlaut nicht anwendbar sind. Wenn § 239 BGB als tauglichen Bürgen nur eine Person ansieht, die ihren allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, ist im Wege der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung der Begriff des Inlandes neben Deutschland auch auf alle anderen Mitgliedstaaten der EU auszuweiten.<sup>120</sup>

Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung bilden dagegen der schwere Grundrechtseingriff und das berechtigte Vertrauen des Bürgers. Das Gesetzlichkeitsprinzip<sup>121</sup> und die Grundsätze zur Rückwirkung von Urteilen<sup>122</sup> konkretisieren dieses schützenswerte Vertrauen.

## 3. Folgerungen für die juristische Ausbildung und auch die Praxis – Die Methoden-Zitrone

Sicherlich ist die genaue Grenze zulässiger Rechtsfortbildung nicht immer leicht zu bestimmen. Aber Rechtsfortbildung findet nicht nur bei Überschreitung der Wortlautgrenze, sondern nach einer Ansicht im Grunde täglich bei der Konkretisierung von Recht statt.<sup>123</sup> Damit wäre jede Auslegung auch Rechtsfortbildung; eine Abgrenzung wäre mithin überflüssig. Daher soll für die Bereiche der Konkretisierung der Begriff der Rechtsfortbildung grundsätzlich nicht verwendet werden, weil sich der Jurist noch innerhalb des Wortlauts bewegt. Konkretisierung von Recht findet im Rahmen des Wortlauts statt, wenn dieser selbst noch zu unbestimmt ist. Im Rahmen der Konkretisierung ist der Begriff Rechtsfortbildung aber ausnahmsweise zu benutzen,

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94) 112

wenn der Jurist kreativ wird<sup>124</sup> und neue Fallgruppen, Zwischenschritte oder Rechtsprinzipien entwickelt. Rechtsfortbildung kann damit auch innerhalb der Wortlautgrenze stattfinden.<sup>125</sup> Je komplizierter und weniger eindeutig die Rechtslage ist, desto umfangreicher wird der Jurist den ganzen Kanon juristischer Methoden anwenden müssen; und je umstrittener, aber auch je unerforschter die zu entscheidende Frage ist, desto höher ist auch der erforderliche Begründungsaufwand. Der Jurist muss lernen, mit den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung

umgehen zu können, wie die Frage zulässiger richtlinienkonformer Rechtsfortbildung oder die primärrechtskonforme Rechtsfortbildung zeigen.

Es ist erstaunlich, dass „der Palandt“ mit dem obigen Zitat eine solche Beliebigkeit zur Rolle der Rechtsfortbildung vertritt. In der Schweiz<sup>126</sup> und in Österreich<sup>127</sup> gibt es in den großen Kodifikationen explizite Normen, die den Richtern die grundsätzliche Kompetenz zur Rechtsfortbildung zusprechen.<sup>128</sup> Und dies hat erfreulicherweise zu umfangreichen Ausführungen in den einschlägigen Kommentaren geführt. In Deutschland sind dagegen die Ausführungen zur Juristischen Methodenlehre selbst in Großkommentaren nicht immer aktuell und oft nur unzureichend. Die Ausführungen im Palandt, die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung wäre eigentlich egal<sup>129</sup>, würden kaum vor dem BVerfG oder dem EuGH standhalten, widersprechen sie doch den eingangs genannten Grundsätzen zur verfassungsrechtlich abgesicherten Begründungspflicht des Richters.<sup>130</sup> Weil der Standardkommentar zum BGB jegliches Methodenbewusstsein vermissen lässt, verdient er sich eine „Methoden-Zitrone“.<sup>131</sup> Nach meiner Erfahrungen werden die Grenzen zwischen *de lege lata* und *de lege ferenda* hauptsächlich in fortgeschrittenen wissenschaftlichen Arbeiten, nämlich bei Dissertationen thematisiert. Aus den gerade genannten Gründen sollten die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung aber viel früher in der Ausbildung am Fall aufgezeigt und eingeübt werden. Dass der Student mit anfänglichen Lücken im geschriebenen Recht umgehen muss, zeigt etwa der Anspruch des Eigentümers, der einen Eingriff erdulden muss. Der Gesetzgeber hat nämlich nicht geklärt, ob sich der Schadensersatzanspruch aus § 904 S. 2 BGB gegen den Verhaltens- oder den Zustandsstörer richtet.<sup>132</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

113

## V. Zur Komplexität des europäischen Rechts

### 1. Der Richter als europäischer Richter

Vor mehr als 60 Jahren wurde in Europa durch Verträge eine eigene Rechtsordnung mit supranationaler Wirkung geschaffen. Das Recht in Deutschland wird in immer stärkerem Maße durch europäisches Recht unmittelbar und mittelbar beeinflusst. Das gilt für den EGV (heute: EUV und AEUV) und europäische Grundrechte ebenso wie für Verordnungen und Richtlinien als sekundäres Gemeinschaftsrecht. Inzwischen entspringen schon mehr als 50% aller nationalen Gesetze dem europäischen Recht, im Wirtschaftsrecht sind es sogar 80%.<sup>133</sup> Das BGB ist durch zahlreiche Verbraucherschutz-Richtlinien europäisiert worden.<sup>134</sup> Nach Art. 4 Abs. 3 S. 2 EUV treffen die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus dem europäischen Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Die Pflicht wird als Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit oder Prinzip der Unionstreue bezeichnet.<sup>135</sup> Der nationale Richter ist immer auch zugleich europäischer Richter bzw. Unionsrichter.<sup>136</sup> Der EuGH formuliert deutlich: „Insoweit ist es Sache der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus diesem Recht erwachsen.“<sup>137</sup> Verstößt ein Gericht gegen Unionsrecht, ist eine Staatshaftung für judikatives Unrecht aufgrund des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs denkbar.<sup>138</sup>

### 2. Komplexität europäischen Rechts

#### a) Die Prüfungsfolge als Wechselspiel von nationalem und europäischem Recht

Die europäische Einigung hat damit auch für den Juristen seinen Preis: Das Mehrebenensystem des europäischen Rechts<sup>139</sup> zwingt zu einer komplexen mehrstufigen Prüfung, was die Quelle-

Entscheidung mit der Prüfung des Verbrauchsgüterkaufs verdeutlicht:<sup>140</sup> In einem ersten Schritt stößt der Rechtsanwender auf die nationale Norm und muss fragen, ob sie einen Europarechtsbezug aufweist. Dann gilt es zweitens das europäische Recht auszulegen. Dazu ist die Verbrauchsgüterkauf-RL auszulegen. Gegebenenfalls ist dann drittens das Sekundärrecht im Lichte des Primärrechts

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

114

auszulegen. Dann ist viertens das nationale Recht, also die deutschen Normen, zu prüfen. Besteht nach den aus den ersten beiden Schritten gewonnenen Erkenntnissen eine Kollision zwischen nationalem und europäischem Recht und damit ein Anwendungsvorrang? Kann das nationale Recht gegen den Wortlaut richtlinienkonform interpretiert werden? Und schließlich fünftens: Was gilt, wenn man sich überschießend außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie bewegt?<sup>141</sup> All dies ist gut machbar, wenn der nationale Gesetzgeber die Vorgaben des EuGH wieder in Gesetzesform gießt, wie er es im Fliesen-Fall mit § 439 BGB n.F. getan hat.<sup>142</sup> Bis dies geschieht, ist der Rechtsanwender aber auf sich gestellt.

### b) Argumentationsfiguren der juristischen Methodik auf europäischer Ebene

Dann wird es richtig schwierig und jetzt zeigt sich, dass eine zutreffende Lösung des Falles ohne die einschlägigen europäischen Auslegungsfiguren gar nicht mehr funktionieren kann. Noch ungeklärt ist die Durchschlagskraft des europäischen Primärrechts, der europäischen Grundrechte und der Grundfreiheiten sowie europäischer Verordnungen. Der Anwendungsvorrang zwingt hier, die nationale Vorschrift zu ignorieren. Bevor aber eine Norm als mit dem höherrangigem europäischen Recht unvereinbar und infolge des Anwendungsvorrangs für unanwendbar erklärt werden kann, muss die nationale Norm primärrechtskonform ausgelegt werden, wobei der EuGH unter „interprétation“ nicht nur Auslegung, sondern auch Rechtsfortbildung versteht.<sup>143</sup> Die Grenze zulässiger primärrechtskonformer Rechtsfortbildung ist aber noch ungeklärt. So wird der europäische Amtshaftungsanspruch teilweise aus dem Europarecht<sup>144</sup>, teilweise aus § 839 BGB hergeleitet<sup>145</sup>; Vergleichbares gilt für den Rückforderungsanspruch bei unberechtigt gezahlter Beihilfe gem. Art. 48 BayVwVfG. Hier hat der EuGH die nationale Norm in weiten Teilen „zurechtgestutzt“, gilt es doch gleich mehrere Tatbestandsmerkmale zu ignorieren: Die Vorschrift des Art. 48 BayVwVfG wird nicht nur hinsichtlich der Ausschlussfrist nach Absatz 4 modifiziert. Auch die Einwände, die Beihilfe sei bereits verbraucht (Art. 48 Abs. 2 S. 1 und S. 2 BayVwVfG) bzw. der Empfänger sei entreichert (Art. 49a Abs. 2 BayVwVfG) werden vom europäischen Grundsatz des *effet utile* überlagert und gelten daher nicht.<sup>146</sup>

In diesem Rahmen hat viele irritiert, dass es auch im europäischen Recht nicht nur die richtlinienorientierte Auslegung und die richtlinienkonforme Auslegung, sondern

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

115

auch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung gibt, die gegen den Wortlaut der nationalen Norm den Zweck der europäischen Richtlinie zur Anwendung bringen kann. Die Quelle-Entscheidung hat sehr klar verdeutlicht, dass entgegen der §§ 346 Abs. 1, 2 Nr. 1 i.V.m. 439 Abs. 5 BGB der Verbraucher keine Nutzungsentschädigung zahlen muss, sondern der Quelle AG den benutzten Kühlschrank unentgeltlich zurückgeben darf.<sup>147</sup> Hierbei ist die contra-*legem*-Grenze zu beachten, wobei Einzelheiten sehr umstritten sind.<sup>148</sup> Unzulässige Rechtsfortbildung contra *legem* liegt wohl vor, wenn der diskriminierte Bewerber um einen Arbeitsplatz einen Schmerzensgeldanspruch wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung auch ohne Verschulden des Arbeitgebers auf § 823 Abs. 1 BGB stützen möchte. Weil dies zu einem Systembruch mit dem deliktsrechtlichen

Verschuldensprinzip führen würde, sind hier die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten.<sup>149</sup>

### 3. Folgerungen für die Ausbildung

Im Bereich der europäischen Rechtsmethodik besteht noch am meisten Nachholbedarf in der juristischen Ausbildung. Kaum ein Student ist geübt, mit der autonomen Auslegung umzugehen, die nicht nur für das Primärrecht, sondern das gesamte europäische Recht, also auch für Richtlinien und Verordnungen gilt. Sie verlangt, dass der europäische Begriff unabhängig vom Verständnis des nationalen Anwenders ausgelegt wird.<sup>150</sup> Wechselt der europäische Gesetzgeber von der Richtlinie zur Verordnung, ändert dies auch grundlegend die Auslegungsgrundsätze, weil dann nicht das nationale Gesetz, sondern die europäische Verordnung unmittelbar gilt und damit Maßstab zulässiger Auslegung ist.<sup>151</sup> Wenn der EuGH die rechtsvergleichende Arbeit einfordert,<sup>152</sup> fehlen aber auch den Universitäten noch die Arbeitsmittel, etwa die Möglichkeit, auch umfassend mit entsprechenden Datenbanken rechtsvergleichend arbeiten zu können.<sup>153</sup> Examensklausuren im Bereich des Zivilrechts beginnen erst, das Europarecht zu entdecken. Gerade weil hier noch viel im Fluss ist, sollten sich eigentlich auch die Praktiker regelmäßig durch Fortbildungsmaßnahmen schulen.<sup>154</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

116

## VI. Juristische Methodenlehre – ein "Mehr" an Rechtsicherheit

### 1. Eine Prüfungsreihenfolge

Die Juristische Methodenlehre hat Berührungspunkte zur Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtstheorie, Staatstheorie und Rechtsdogmatik. Schließlich zielt die Juristische Methodenlehre auf ein gerechtes Ergebnis, dem Ziel der Rechtsphilosophie.<sup>155</sup> Dem Rationalitätsanspruch der Juristischen Methodenlehre kommt somit zugute, dass sie zahlreiche Interpretationsfiguren nutzen kann, die sich aus verschiedenen Geistesströmungen und den Grundlagenfächern als Nachbardisziplinen entwickelt haben. Sie erhalten damit ein zusätzliches Gewicht. Will man aus allen diesen Teildisziplinen Argumentationsfiguren zusammentragen, verpflichtet dies zur Disziplinierung. Dazu kann eine Prüfungsreihenfolge (1.) und eine Gewichtung der Argumentationsfiguren (2.) helfen. Mit einer sechsstufigen Prüfungsreihenfolge lässt sich die Prüfung juristischer Fälle rationalisieren.

Schritt 1: Die Arbeit mit dem Sachverhalt muss am Anfang der Prüfung stehen, denn nur wenn der Sachverhalt vollständig ist, kann die Rechtslösung entwickelt werden. Die Sachverhaltshermeneutik verlangt ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Sachverhalt und Norm.<sup>156</sup>

Schritt 2: Klassischerweise beginnt man die Rechtsfindung mit dem Auslegungskanon von *Savigny*, wenn der Wortlaut zumindest bestimmbar ist.<sup>157</sup> Mit der Auslegung des Wortlauts zu beginnen, ist naheliegend, weil angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber die Worte in dem Sinne gebraucht, in dem sie gemeinhin verstanden werden.<sup>158</sup> Sie ist deshalb der Ausgangspunkt der Sinnermittlung.<sup>159</sup>

Schritt 3: Gerade wenn die vier klassischen Auslegungsfiguren zu keinem klaren Ergebnis führen, gilt es, verschiedene Ziel- und Wertströmungen aufzudecken, zu entwirren, zu selektieren und zu gewichten.<sup>160</sup> Dazu bedarf es Zwischenschritte zur Konkretisierung „offener“ Normen.<sup>161</sup> Hier hilft etwa die bisherige Rechtsprechung mit ihren Präjudizien und der Vergleichsfallmethode. Die Konstruktion entwickelt Zwischenschritte und neue Rechtsinstitute durch Innovation, Deduktion und Induktion.

Schritt 4: Der Stufenbau hat gelehrt, dass höherrangiges Recht in die Prüfung einzubeziehen ist und gegebenenfalls auch vorgehen kann. Dieses kann die bereits vorgefundenen Ergebnisse bestätigen, aber auch korrigieren. Die Verfassung und das Europarecht sind hier die wichtigsten Rechtsquellen.

Schritt 5: Damit sind auch die Grenzen der Rechtsfortbildung zu thematisieren. Die Rechtslösung will eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem verhindern; dieses Interpretationsziel muss deshalb naturgemäß am Ende der Prüfung stehen. Eine

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94) 117

Rechtsfortbildung contra legem ist ausnahmslos unzulässig; diese Grenze ist eine absolute.<sup>162</sup>

Schritt 6: Gerade wegen der Missbrauchsmöglichkeit juristischer Methoden, wie sie das Unrechtsregime des Dritten Reichs deutlich vor Augen geführt hat, ist es erforderlich, dass die Methodenlehre auf Richtigkeit und Gerechtigkeit abzielt.<sup>163</sup> Am Ende der Prüfung steht daher eine Richtigkeitskontrolle.<sup>164</sup> Die Entscheidung des Richters steht unter einer „normativen Richtigkeitsersparnis“. <sup>165</sup> Das geht einher mit der Erkenntnis, dass juristische Entscheidungen nicht immer restlos abgesichert, sondern nur „flankierend methodisch eingerahmt“ werden können.<sup>166</sup> Das ist zu akzeptieren, wenn die Entscheidung begründet wird.<sup>167</sup> Je unbestimmter oder unklarer die Norm für die Lösung des konkreten Falls ist, desto aufwendiger muss die Begründung sein. In der Literatur werden Mindeststandards einer rationalen Begründung verlangt, eine völlige Offenlegung der Deduktion bis hin zur Letztbegründung, die Plausibilität der Schlussfolgerung und die Vereinbarkeit mit normativ abgesicherten Präferenzen.<sup>168</sup> An dieser Stelle kommt auch das Rechtsgefühl, das geschulte Judiz,<sup>169</sup> zum Einsatz. Gerechtigkeitsfragen müssen mit der Juristischen Methodenlehre rational abgesichert und damit „juristisch operational“ gemacht werden.<sup>170</sup> Damit bleibt ein Grenzbereich: Wertungsjurisprudenz und andere methodische Ansätze müssen letztlich anerkennen, dass ganz am Ende der Prüfung in einem Restbereich auch auf außergesetzliche Wertmaßstäbe zurückgegriffen werden muss.<sup>171</sup>

Damit lässt sich auch der Vorwurf, dass nach dem Vorverständnis entschieden würde und ein unkontrollierter Methodenpluralismus herrsche, entkräften. Alle Prüfungsschritte sind zumindest gedanklich durchzuprüfen, ohne sie aber zwingend zu Papier bringen zu müssen. Nur eine solche Gesamtbetrachtung der einschlägigen Argumente führt zu einem richtigen Normverständnis.<sup>172</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94) 118

## 2. Gewichtung von Argumentationsfiguren

Die juristische Argumentation lässt sich schließlich weiter rationalisieren, indem man versucht, die verschiedenen Argumentationsfiguren zu gewichten. Vier verschiedene Regeln lassen sich differenzieren:

Der Rechtsanwender hat immer zwingende Vorrangregeln zu berücksichtigen. Vorrangregeln setzen sich in allen Konfliktfällen durch und führen zu einer eindeutigen Rechtsfolge, sie bedingen ein bestimmtes Ergebnis. Es gilt dann ausnahmsweise die „one right answer thesis“: nur eine Antwort ist richtig – eine Gegenauffassung wäre falsch und nicht vertretbar. Ein typisches Beispiel einer zwingenden unzulässigen Rechtsfortbildung contra legem bildet das Gesetzlichkeitsprinzip, also die Wortlautgrenze im Strafrecht aufgrund des Rechtssatzes „nulla crimen sine lege scripta“.<sup>173</sup> Eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem liegt auch vor, wenn die Rechtsfortbildung zu einer schweren Grundrechtsbeeinträchtigung des Betroffenen führen würde.<sup>174</sup> Umgekehrt kann eine Vorrangregel die Rechtsfortbildung auch erzwingen. Dies ist der Fall bei der primärrechtskonformen



Rechtsfortbildung durch das Europarecht. Sie führt entweder zu einer Derogierung, also Missachtung einzelner Tatbestandsmerkmale, oder zu einem unmittelbaren Anwendungsvorrang für das europäische Primärrecht, welches das nationale Recht insoweit verdrängt.<sup>175</sup>

Der Jurist wird feststellen, dass bestimmte Argumente gewichtiger sind und zu einer Vermutungswirkung führen. Die Vermutungsregel spricht dem ersten Anschein nach, prima facie, für eine bestimmte Rechtslösung. Will der Rechtsanwender von der Gewichtung abweichen, muss er dies begründen. Er trägt die Argumentations- oder Begründungslast. Man kann insoweit von einer subsidiären Befolgungspflicht sprechen. Grundsätzlich spricht für die Vermutung, dass der Wortlaut der Norm auch den Willen des Gesetzgebers wiedergibt.<sup>176</sup> Allerdings verlangt dies, dass der Wortlaut eindeutig und klar ist, was nur selten der Fall ist.<sup>177</sup> Eine Vermutungsregel haben schließlich die richtlinienkonforme Auslegung und die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung. Sie führen aber gerade nicht zu einem zwingenden Vorrang, weil die Figuren durch Grenzen der nationalen Rechtsfortbildung beschränkt werden.<sup>178</sup> Nicht zu unterschätzen ist die bisherige Rechtsprechung, d.h. Präjudizen, die zu einer Vermutungswirkung führen. Die eingangs begründete subsidiäre Befolgungspflicht ist Teil der sekundären Rechtsquellen. Hintergrund ist die Überlegung der Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>179</sup> Ein unwidersprochenes Präjudiz ist „starting point“ zumindest für den Bereich der Konkretisierung, oft auch in der Praxis.<sup>180</sup>

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung – (ZfPW 2019, 94)

119

Umgekehrt gibt es andere Auslegungsfiguren, die eine Argumentationslast auslösen. Will der Rechtsanwender etwas ändern, trägt er die Argumentationslast für den Änderungsvorschlag.<sup>181</sup> Wer sich für ein Abweichen von einem eindeutigen Wortlaut und damit für die Rechtsfortbildung ausspricht, trägt die Darlegungslast.<sup>182</sup> Oben wurde gezeigt, dass die teleologische Auslegung mehr als ein eigener Auslegungsschritt ist. Sie ist Auslegungsziel und insoweit grundsätzlich der übergeordnete Schritt der Rechtsfindung. Sie ist gewichtig, weil sie bisherige Auslegungsfiguren entkräftet, wenn sich mit dem Sinn und Zweck der Norm ein anderes Ergebnis überzeugender begründen lässt. Für die Herleitung des Telos besteht für den Rechtsanwender die Darlegungslast. Gelingt es dem Rechtsanwender, den Telos nachzuweisen, kann er andere Argumentationsfiguren als Formalargumente entkräften. Zu nennen sind insbesondere die Eindeutigkeitsregel, die Einheit der Rechtsordnung, das Gebot, Ausnahmen eng auszulegen, Kollisionsregeln, „droit constant“ sowie der subjektive Wille. Die Einzelanalogie und teleologische Reduktion sind letztlich Beispiele, dass sich der Telos gegenüber dem Wortlaut durchsetzt.

Am schwächsten sind Argumentationsfiguren ohne jegliches Gewicht. Dann existieren oft gleichgewichtige Gegenargumente. Das hat zur Folge, dass der Überzeugungsgrad dieser Argumente relativ gering ist. Man spricht deshalb durchaus passend von reinen Formalargumenten.<sup>183</sup> So können selbst vermeintlich logische Argumente jeglicher Überzeugungskraft beraubt werden, wenn ihre Bezugsgröße nicht stimmt. Das gilt etwa für die gleichrangigen Rechtsfiguren des Erst-Recht-Schlusses und des Umkehrschlusses.<sup>184</sup> Weitere Argumentationsfiguren ohne teleologischen Bezug sind die Einheit der Rechtsordnung und Ausnahmen dürfen weit ausgelegt werden, die gespaltene Auslegung, die Relativierung der *Lex-specialis-*, *Lex-posterior-* oder *Lex-superior-Regel*, die Perplexität des historischen Willens oder das Redaktionsversehen. Somit ist auch die These, es gäbe keine Ranghierarchie juristischer Argumente<sup>185</sup>, in dieser Allgemeinheit unzutreffend.

### 3. Statt eines Schlusswortes – Zur Stärkung der Grundlagenfächer

Was zeichnet den guten Juristen aus und was verlangt ein Juristisches Studium?

Rechtsanwaltskanzleien, aber auch die Justiz suchen händierend gute und sehr gute Juristen.

Ziel muss es sein, die Anzahl der sehr guten Juristen zu erhöhen. Dazu benötigt man gute Abiturienten. Aber auch in der juristischen Ausbildung lässt sich das *Juristische Denken* noch stärker schulen. *Hassemer* und *Kübler* schrieben schon vor knapp 30 Jahren: „Nicht im Wissen erschöpft sich das Lernziel; das Können muß angezielt werden. Ein guter Jurist überblickt sein Gebiet nicht nur; er kann mit ihm umgehen, sich auf ihm bewegen, er kann «juristisch denken» (und handeln).[...] Juristisches Denken verlangt nicht nur, daß man ein rechtsdogmatisches Institut oder

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

120

eine rechtspraktische Institution (von innen her) kennt; man muß sie auch in ihren historischen, theoretischen und realen Bedingungen (von außen her) betrachten, relativieren und in größere Zusammenhänge einordnen können.“<sup>186</sup>

Der Wissenschaftsrat hatte 2012 mit seinem Vorschlag zur Verbesserung des juristischen Studiums, der und unter anderem eine *Stärkung der Grundlagenfächer* vorsah, eine intensive Diskussion ausgelöst.<sup>187</sup> Die Vorlesung Juristischen Methodenlehre besuchen an der Juristischen Fakultät Augsburg Drittsemester aus dem klassischen Studiengang und Neuntsemester als Masterstudenten aus dem Studiengang Rechts- und Wirtschaftswissenschaften und man merkt sehr wohl den Unterschied. Studenten des klassischen Studienganges sind mit dem juristischen Wissen von zwei Semestern eher überfordert, etwa die Regeln der verfassungskonformen Auslegung, der richtlinienkonforme Rechtsfortbildung oder die Arbeit mit Prinzipien zu verstehen als die Studenten, die sich vier Jahre mit dem Recht beschäftigt haben. Interessant erscheint das Bayreuther Modell: Kollegen aus allen drei Disziplinen unterrichten im ersten Semester „Bausteine“ des Rechts, wie etwa Verbindlichkeit des Rechts, Rechtserzeugung, supranationales Recht. Im sechsten Semester kommt dann die eigentliche Methodenvorlesung, die wiederum intradisziplinär vorgetragen wird. Beide Veranstaltungen sind verpflichtend, werden mit einer Klausur abgeprüft und sind Voraussetzung für die Übung und dann für die Teilnahme am Schwerpunkt.<sup>188</sup> Man sollte dagegen nicht, wie der Wissenschaftsrat fordert<sup>189</sup>, Lehrstühle einrichten, die ausschließlich Grundlagenfächer lesen. Denn die Juristischen Fakultäten sollten keine abgehobene Theorienausbildung betreiben, sondern für die Praxis ausbilden. Juristische Methodenlehre und Rechtsdogmatik arbeiten und leben am konkreten Fall, sie haben eine dienende Funktion für das einzelne Rechtsgebiet. Im Idealfall pflegt und unterrichtet also jeder Professor sein jeweiliges Rechtsgebiet im rechtsdogmatischen und rechtsmethodischen Kontext.<sup>190</sup>

Der juristische Alltag wird sicherlich auch von Routinearbeiten geprägt; zur anspruchsvollen juristischen Arbeit gehört aber auch, auf unbekannte Fragen des zwischenmenschlichen Lebens Antworten zu geben, die sich u.a. in Politik und Wirtschaft stellen. Dabei sind Argumente und Interessen abzuwägen, Streitstände zu erörtern. Die Juristische Methodenlehre ist mehr als juristische Arbeits- oder Falltechnik; sie dringt in immer tiefere Schichten vor, wenn das Gesetz keine (einfachen) Antworten bereithält. Wenn man der Juristischen Methodenlehre vertraut, lässt sich bei der Lösung unbekannter Fälle doch eine relative Sicherheit gewinnen<sup>191</sup> – im Idealfall abgewogen, wohlbegründet, überzeugend und für alle Betroffenen zufriedenstellend.

Möllers: Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung –(ZfPW 2019, 94)

121

Mit ihrem Rationalitätsanspruch<sup>192</sup> schafft die Juristische Methodenlehre Vertrauen in die juristische Entscheidung und dient damit den drei Rechtsideen: Zweckmäßigkeit, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit.<sup>193</sup>

\*\* Schriftliche Fassung eines Vortrages vor der Juristischen Gesellschaft Augsburg. Der Beitrag führt Überlegungen aus meinem Werk, *Juristische Methodenlehre*, 2017 fort und verbindet diese mit Vorschlägen für die juristische Ausbildung. Ich danke Frau Ministerialdirigentin Dr. *Schmidt*, Leiterin des bayerischen Landesjustizprüfungsamtes und Herrn Ltd. Ministerialrat *Tiesel*, für zahlreiche Anregungen. Alle Internetadressen waren bei Drucklegung abrufbar.

\* Prof. Dr. Thomas M. J. Möllers ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg und Inhaber eines Ad personam Jean-Monet-Lehrstuhls.

<sup>1</sup> *Hillendorf*, in FG Knemeyer, 2012, 559 (561).

<sup>2</sup> Zur Diskussion s. etwa *Roth-Mingram*, in Bu, *Juristische Methodenlehre in China und Ostasien*, 2016, 223 (232 ff.) m.w.Nachw.

<sup>3</sup> S. die historischen Überblicke verschiedener Gutachten des DJT, etwa *Oehler*, 48. DJT 1970, E 17 ff.; *Hensen/Kramer*, 58. DJT 1990, F 19 ff. sowie die Fn. 8 und Fn. 57.

<sup>4</sup> *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, abrufbar unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>.

<sup>5</sup> *Hobe/Dauner-Lieb*, *Zukunftsfähig? Die Juristenausbildung in Deutschland*, *Forschung&Lehre* 4/18, 314 ff.

<sup>6</sup> Unschwer ließen sich Argumente finden, warum etwa das Verfassungsrecht, das Europarecht oder auch das Steuerrecht in den Vordergrund einer thematischen Auseinandersetzung gerückt werden sollte.

<sup>7</sup> Aus den letzten Jahren zu nennen sind etwa die Streichung von Kenntnissen über das Erbscheinverfahren nach dem FamFG oder auch das Kommunalabgabenrecht und damit gleichzeitig das in anderen Bundesländern gängige behördliche Widerspruchsverfahren.

<sup>8</sup> Die Versuche, die Stofffülle zu reduzieren, sind Legion: s. bereits den Vorschlag der 11 nichtpreußischen Rechtsfakultäten des Deutschen Reichs, DJZ 1930, Sp. 952; *Großfeld*, JZ 1986, 357 ff.; *Hassemer/Kübler*, 58. DJT 1990, E 26; jüngst etwa Beschluss der 88. Konferenz der Justizminister v. 9.11.2017 unter TOP I.1 (2.), abrufbar unter [https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht\\_ausschuss/index.php](https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht_ausschuss/index.php) und prägnant zusammenfassend: *Hensen/Kramer*, 58. DJT 1990, F 37: „Die Erkenntnis, daß die Hauptursache für die zu lange Studiendauer in der Stofffülle liegt, zieht sich wie ein roter Faden durch die Reformdiskussion.“

<sup>9</sup> § 16 Abs. 2 S. 2 Bayer. JAPO v. 13.10.2003, GVBl. 1990, 397. Ähnlich auch § 7 Abs. 2 S. 2 JAPRO BW v. 8.10.2002, GBl. 2002, 391 (Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung für Baden-Württemberg); § 2 Abs. 2 JAG NRW v. 11.3.2003, GV. NRW 2003, 310 (Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen).

<sup>10</sup> *Simon*, Über die Wertlosigkeit der Methodenlehre, 1, 9, Vortrag vor der Juristischen Fakultät Potsdam v. 23.6.2016, abrufbar unter <https://mediaup.uni-potsdam.de/Player/5256>; Manuskript: <http://docplayer.org/28590820-Herr-dekan-liebe-kolleginnen-und-kollegen-meine-damen-und-herren.html>; vorher die Autoren in *Krawietz/Morlok (Hrsg.)*, Sonderheft Rechtstheorie 32 (2003), 135–371. Nicht von ungefähr orientierte er sich an dem Titel von *Kirchmann*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848.

<sup>11</sup> So *Rüthers*, JZ 2006, 53 (54).

<sup>12</sup> *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 6. Aufl. 1990, 281 ff., 296 ff.; *Hassemer*, *Tatbestand und Typus*, 1968, 107 f.; *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, 139 ff., 149 ff.

<sup>13</sup> *Feyerabend*, *Against Method*, 1975, 23 ff.

<sup>14</sup> *Esser* (Fn. 12) 126.

<sup>15</sup> Etwa schweiz. Bundesgericht: BGer 7.9.2012 – BGE 138 II 440, 453. Ganz ähnlich formuliert das BVerfG, dass bei der Auslegung „alle herkömmlichen Auslegungsmethoden in abgestimmter

Berechtigung [helfen]. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen“ *BVerfG* 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135 (157).

16 Im Original lautet das Zitat in der Abkürzungssprache des Kurzkomentars Palandt: „Der vor neue Fragen gestellte Richter *weiß häuf nicht u braucht auch nicht zu wissen*, ob das Problem dch Auslegg od dch RFortbildg zu lösen ist. [...] Der Richter darf das Gesetz iR der ratio legis u der WertEntsch des GG auch ohne konkreten Nachw einer Lücke ausdifferenzieren u ergänzen“, s. *Grüneberg* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, Einl. Rn. 56 f.

17 Ausführlich *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, 2. Aufl. 1982; *F. Müller*, Normstruktur und Normativität, 1966, 94 ff.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, 100.

18 *Hegenbarth*, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982, 195 und 199: „Ausgangspunkt einer erneuerten Methodologie muß die Erkenntnis sein, daß die Begründung der richterlichen Entscheidung durch textwissenschaftliche Interpretationsmethoden erheblich seltener möglich ist, als gemeinhin geglaubt wird.“ Ebenso *Neumann*, Rechtstheorie 32 (2001), 239 (242). Teilweise wird von postmoderner Theorie (*Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 327 ff.), teilweise von „postmoderner“ Methodenlehre (*Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, Rn. 228 ff.) gesprochen.

19 Lat. *decidere*: wörtlich übersetzt abschneiden, sinngemäß übersetzt Entscheidung.

20 *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 1931, 45 f.; zustimmend *Fischer-Lescano/Christensen*, Der Staat 44 (2005), 213 ff.

21 *Locke*, The Second Treatise of Government, 1689, 7. Kap. § 93; plastisch *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 1748, 11. Buch, 6. Kap.: „Alles wäre verloren, wenn ein und derselbe Mann oder dieselbe Körperschaft der Fürsten, des Adels oder des Volkes diese drei Gewalten ausübte: Gesetze zu erlassen, sie in die Tat umzusetzen und über Verbrechen und private Streitigkeiten zu richten.“

22 *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 101 m.w.Nachw.

23 *BVerfG* 11.11.1999 – 2 BvF 2/98 u.a., BVerfGE 101, 158 (217 f.); *Hermes*, VVDStR 61 (2002), 119, 129.

24 *Flume*, Richter und Recht, 46. DJT, 1967, K 18.

25 *Wacke*, in FS Waldstein 1993, 369 ff.

26 *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I, Rn. 20, 60 ff.

27 *BVerfG* Beschl. v. 17.5.1983 – 2 BvR 731/80, BVerfGE, 64, 135 (143 ff.); *BVerfG* 15.2.1992 – 2 BvR 207/92, InfAuslR 1992, 300 Ls. 1.

28 *Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974, S. 265; *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 103 I, Rn. 12.

29 *Hassemer/Kübler*, 58. DJT 1990, E 33: „Blinde Reproduktion juristischer Regeln und Begriffe ist ein Feind juristischen Denkens und belastet deshalb alle Fächer und Juristenprofessionen.“

30 *Esser*, AcP 172 (1972), 97 (113). Zu einer weiteren Facette des juristischen Denkens s. unten VI.3.

31 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl. 2012, 326 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 651; *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234 (235); *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, 13.

32 *BVerfG* 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya: „seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen.“ S. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 13 Rn. 19.

33 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 271; abweichend: *Engisch*, Hrsg. Otto/Würtenberger, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, 104 ff., 123 f.

34 So bereits *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, zitiert nach der Akademie Ausgabe, Bd. III, 1911, S. 131: „Wenn der Verstand überhaupt als das Vermögen der Regeln erklärt wird, so ist Urteilskraft das Vermögen, unter Regel zu *subsumieren*, d.i. zu unterscheiden, ob etwas unter einer gegebenen Regel (*casus datae legis*) stehe, oder nicht.“

35 Kritisch bereits *Hassemer/Kübler*, 58. DJT 1990, E 30 f.

36 Dieses Beispiel verdanke ich Herrn Kollegen *Klaus Weber*.

37 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, 15; zustimmend etwa *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, 197; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 2. Aufl. 1972, 79; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 421 f.; *Pavčnik*, Rechtstheorie 39 (2006), 557 ff.; *Mastronardi*, Juristisches Denken, 2. Aufl. 2003, Rn. 677 ff.

38 *Larenz* (Fn. 33) 206.

39 *Larenz* (Fn. 33) 279 ff.; aufgenommen auch von *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 93 ff. Der Sachverhalt von *Larenz* ist hier noch weiter ergänzt.

40 ° *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 31) 217.

41 Dies im Unterschied zum sogenannten Subsumtionsteil der Entscheidungsbegründung.

42 Den sog. Normbereich bilden nach *Friedrich Müller* diejenigen konkreten *tatsächlichen* Umstände (Realdaten), die für die Subsumtion unter eine *bereits durch Auslegung oder Konkretisierung präzisierte* Rechtsvorschrift (Normprogramm) nötig sind und die damit zu Recht zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden. S. dazu ausführlich *F.Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 16, 235a, 281.

43 *Jaestadt*, in *Jaestadt/Lepsius/Ch. Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, 110 ff., 135 ff.

44 *Bryde*, in FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 (536 f.) Typischerweise werden die einschlägigen Rechtsnormen (unter A.I.), die Prozessgeschichte (A.II.), die Rechtsausführungen der Beteiligten (A.III.) und ggf. auch die Ergebnisse der Beweisaufnahme und anderer Äußerungsberechtigter (A.IV.) genannt, s. *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 362; beispielhaft etwa *BVerfG* 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., *BVerfGE* 138, 296 – Kopftuch II.

45 S. unten III.2.c).

46 Koran, 3. Vers 24:30–31.

47 Wie *Hidschab*, *Al-Amira*, *Chimar*, *Tschador* bis hin zu vollständig auch das Gesicht verdeckende Ganzkörperschleiern, die nur die Augen frei lassen (*Nikab*) oder auch hier noch ein Gitter vorsehen (*Burka*).

48 S. *Möllers* (Fn. 32) § 14 Fn. 46 f.

49 *EGMR* 1.7.2014 – 43835/11, CE:ECHR:2014:0701JUD00438 3111 – S.A.S. v. France.

50 Hierzu *Weber*, JuS 1989, 678 ff.; *Juristische Fakultät Augsburg*, Die Augsburger Juristenausbildung, 1980.

51 Kritisch etwa *R. Schmidt/Braun/Mögele*, JZ 1984, 364 m.w.Nachw.

52 Sehr kritisch zur einseitigen Ausbildung etwa *J. Wolf*, in FS Schnapp, 2008, 873 ff.

53 Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien der Justiz und des Inneren v. 28.4.2005, PA 2220-1587/2004 unter 1.7.1.4, abrufbar unter: [https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/ljpa/vd\\_fuer\\_rref/bekanntmachung\\_stmj\\_stmi\\_bayrak\\_zuletzt\\_geändert\\_2017.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/ljpa/vd_fuer_rref/bekanntmachung_stmj_stmi_bayrak_zuletzt_geändert_2017.pdf).

54 Im Unterschied zum Ersten Staatsexamen (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 2 BayJAPO) sollen im Zweiten Staatsexamen mindestens 4 Klausuren rechtsberatende und rechtsgestaltende Fragen zum Gegenstand haben (§ 62 Abs. 3 Satz 3 BayJAPO).

55 Vgl. § 5a DRiG, § 25 BayJAPO. Interner Leitfaden des Bayerischen Staatsministerium der Justiz v. April 2014 unter III.2.c): „Ihm [dem Studenten] soll vielmehr ein vertiefter Einblick in die von der Rechtspraxis zu bewältigenden Streitigkeiten und deren Aufbereitung durch Schriftsätze und anderer Aktenstücke gegeben werden. Er soll vor allen erkennen, dass, insbesondere vom Zivilrichter, häufig erst ein unstrukturiert und redundant vorgetragener Sachverhalt zu ordnen und auf seine rechtliche Relevanz zu prüfen ist, bevor Fragen der Beweisführung und rechtliche Fragen in den Vordergrund treten.“

56 S. gerade Fn.53.

57 *Zitelmann*, DJZ 1909, 505; ebenso *Oehler*, 48. DJT 1970, E 46 f.; *Hassemer/Kübler*, 58. DJT 1990, E 84 sowie die Autoren in den Fn. 35 und Fn.51.

58 *Barton/Jost/Lindemann/Schumacher*, *Anwaltsorientierung im rechtswissenschaftlichen Studium*, 2000; *Matheus/Teichmann*, JuS 2003, 633 ff.

59 Der Deutsche Anwaltsverein bot eine 12-monatige Zusatzausbildung an, s. [www.anwaltsausbildung@anwaltsverein.de](http://www.anwaltsausbildung@anwaltsverein.de). Zur Anwaltsorientierten Juristenausbildung an der Universität Hannover, s. *Wolf*, JA 2006, 160.

60 Ebenso bereits *Hensen/Kramer*, 58. DJT 1990, F 37.

61 *von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, 1840, S. 213 ff.; *von Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 2. Aufl. 1884, S. VIII., 435 ff.; hierzu *Müller-Erbach*, JhJ 61 (1912), 343, 377ff.

62 *Bydlinski* (Fn. 37) 437: „Obwohl manche an ihm festhalten wollen, ist der ‚Kanon‘ somit überholt.“ Ähnlich auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 31) Rn. 703: „Erkenntnisfortschritt [...] eher gering“.

63 Für das Verfassungsrecht bereits *Forsthoff*, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961, 39. Generell *Herzberg*, NJW 1990, 2525 ff.; *ders.*, JuS 2005, 1 (3 f.); *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500 (503), wonach der Wert der teleologischen Auslegung gering wäre.

64 *Morlok*, in *Gabriel/Gröschner*, *Subsumtion*, 2012, 179 (191); *Sachs* in *Sachs*, *Grundgesetz Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Einf. Rn. 43.

65 *Morlok* (Fn. 64) 179 (204). Eine Folgerung ist die Rechtsfortbildung durch Analogie oder teleologische Reduktion, um den Normzweck zu verwirklichen.

66 *Lindner*, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, 2005, 160 ff. Vorher schon *Stern*, in *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, 1663.

67 *Morlok* (Fn. 64) 179 (191 f.).

68 Ausführlich zur Rechtanalogie und zur telologischen Reduktion s. *Möllers* (Fn. 32) § 6 Rn. 81 ff.

69 *F. Müller/Christensen* (Fn. 42) Rn. 103; *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, 2013, 457 (461).

70 Ebenso *E. Ott*, *Juristische Methode in der Sackgasse?*, 2006, 62 ff.

71 Umfassend *Möllers* (Fn. 32) § 12; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1 (7 f.), die dies allerdings nicht unter die teleologische Auslegung fassen möchten.

72 Begr RegE 2. FFG, BT-Drucks. 12/6679, 48, *Baums*, ZHR 167 (2003), 129 (150); *Möllers/Leisch* in *Kölner Kommentar zum WpHG*, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, c Rn. 7.

73 *EuGH* 28.6.2012 – C-19/11, EU:C:2012:397, Rn. 38 ff. – *Geltl/Daimler AG*; hierzu *Möllers/Seidenschwann*, NJW 2012, 2762 ff.; vorher schon *Möllers*, NZG 2008, 330 ff.

74 *EuGH* 22.11.2005 – C-384/02, EU:C:2005:708 Rn. 48 – *Grøngaard/Bang*.

75 Z.B. Art. 3 no. 1 Código Civil.

76 *EuGH* 3.10.2013 – C-583/11P, EU:C:2013:625, Rn. 50 – *Inuit Tapiriit Kanatami u.a.*; *EuGH* 27.11.2012 – C-370/12, EU:C:2012:756, Rn. 135 – *Pringle*.

77 S. oben Fn.18.

78 *Möllers* (Fn. 32) § 1 Rn. 42, § 14 Rn. 99.

79 *BGH* 30.9.1963 – III ZR 137/62, BGHZ 40, 345 (348 ff.).

80 *BGH* 12.2.1975 – VIII ZR 131/73, BGHZ 63, 393 (398) – *Pelzmantel*.

81 *BGH* 28.2.1980 – VII ZR 183/79, BGHZ 76, 179 (187) – *Schwimmbad*; s. aber *Möllers* (Fn. 32) § 9 Rn. 53 f.

82 *BGH* 24.1.2013 – III ZR 98/12, BGHZ 196, 101 Rn. 9 ff. – *Internetzugang*.

83 *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II, 1975, 101 spricht von Präzedenzfallketten und einer „choice between two lines of authority“.

84 *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, 164.

85 *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, 162.

86 *BGH* 9.7.1986 – GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 (220 ff.).

87 S. vertiefend *Möllers* (Fn. 32) § 10 Rn. 36 ff.

88 Zur kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung nach § 826 BGB s.

89 Zu dem Begriff der Konstruktion s. bereits *von Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. II/2, 357 ff., *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1., 2. Aufl. 1888, V, XI: „Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts liegt aber in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der sich aus diesen Begriffen ergebenden Folgerungen“.

90 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, §§ 11 und 12; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, 157 ff.

91 S. vertiefend *Möllers* (Fn. 32) § 11 Rn. 2 ff.

92 *Kriele* (Fn. 37) 148.

93 *Topos*, plural: *Topoi*, bedeutet wörtlich „Ortskunde“.

94 So bereits *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, 111: zeitgenössische rhetorische Argumentationstheorie; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 44 ff.

95 So *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 67 ff.; ähnlich *Lindner* (Fn. 66) 165 f.: methodologisch einwandfreies Vorgehen in Abgrenzung zu *Viehweg*.

96 *Mittelstraß* (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 4, 1996, 239 f.

97 S. bereits *Aristoteles*, *Analytica priora et posteriora*, II 24; *Aristoteles*, *Rhetorik* 1. Buch, Rn. 1357b, 25 ff.; *Klug*, *Juristische Logik*, 4. Aufl. 1982, 122; *Engisch* (Fn. 33) 249 (255); *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2016, 218; *Honsell* in *Staudinger*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearb. 2013, Einl. zum BGB Rn. 156; *Kaufmann*, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, 1999, 53 f.; *Martens* (Fn. 69) 320; zur Induktion und Deduktion s. oben § 4 Rn. 2 f.

98 *Busche* in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl. 2018, Vor § 145 Rn. 6; *Wolf/Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 11. Aufl. 2016, § 10 Rn. 30.

99 *Reich*, *JZ* 1997, 609.

100 *Flume*, in *FS 100 Jahre DJT*, Bd. 1, 1960, 135 (143); ebenso *Larenz*, *Schuldrecht*, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 4, S. 41: „freie Selbstbestimmung jedes der beiden Kontrahenten“. Zustimmend *Säcker* in *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 38.

101 Hierzu *Lennartz* (Fn. 90) 160.

102 Ausführlich *Möllers* (Fn. 32) § 12.

103 Klausuren im Staatsexamen könnten sich durchaus öfters auf ein unbekanntes Problem konzentrieren und nicht nur „rennfahrermäßig“ zahllose Anspruchsgrundlagen abprüfen. Dieses Petitum wendet sich an die Hochschullehrer, die regelmäßig die Prüfungsaufgaben erstellen.

104 *Larenz* (Fn. 33) 432; *Picker*, *JZ* 1988, 62 (72 f.); *Köhler*, *JR* 1984, 45 (48).

105 Zu dieser Begrifflichkeit s. *Möllers*, in *FS Buchner*, 2009, 649 ff.

106 So bereits *Bydlinski* (Fn. 37) 510; *Bydlinski*, in *FG 50 Jahre BGH*, 2000, 3 ff.; *Kramer* (Fn. 97) 258; *Canaris*, in *Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, 5, 8: „subsidiäre Rechtsgeltungsquelle“.

107 Unkenntnis entschuldigt nicht; man hat das Recht und damit auch die Rechtsprechung zu kennen, *BGH* Urt. v. 11.1.1984 – VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296 (302 f.) – Ersatzpflicht bei

unberechtigter Kündigung; *BGH* 14.6.1994 – XI ZR 210/93, *NJW* 1994, 2754 (2755); *Grüneberg* in *Palandt*, *BGB*, 78. Aufl. 2019, § 280 Rn. 68.

108 Ständige Rechtsprechung, etwa *BVerfG* 17.12.1953 – 1 BvR 323/51 u.a., *BVerfGE* 3, 162 (182); *BVerfG* 26.3.1980 – 1 BvR 121/76 u.a., *BVerfGE* 54, 11 (26).

109 S. das Zitat von *Rüthers*, *JZ* 2008, 446 (448); *Picker*, *JZ* 1988, 62 (71): „Sozialgestaltung zu betreiben“.

110 *Scholz*, *ZG* 2012, 105 ff.

111 U.S. v. *Butler*, 297 U.S. 1, 79 (1936); sehr anschaulich *Cox*, 47 *Md.L.Rev.* 118 ff. (1987); *Posner*, 100 *Calif.L.Rev.* 519 (2012); *Ribble*, 26 *Va.L.Rev.* 981, 984 (1940).

112 *BVerfG* 31.7.1973 – 2 BvF 1/73, *BVerfGE* 36, 1 (14 f.) und Ls. 2 – Grundlagenvertrag; *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, 125 ff.; *Rupp*, 21 *Ohio St. L.J.* 503 (1960); *Schuppert*, *DVBl.* 1988, 1191 ff.

113 *BVerfG* 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, *BVerfGE* 122, 248 (286) – Rügeverkümmung: „Die Grenzen, die sich aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG für die richterliche Auslegung des einfachen Rechts ergeben, können daher nicht prinzipiell enger oder weiter gesteckt sein je nachdem, ob die jeweilige Auslegung sich zugunsten oder zu Lasten betroffener Einzelner auswirkt.“ Ausführlich *Möllers* (Fn. 32) § 7 Rn. 79 ff.

114 *BVerfG* 24.2.2015 – 1 BvR 472/14, *BVerfGE* 138, 377 Rn. 42 ff. – Aufklärungsanspruch des Scheinvaters.

115 *Löhnig*, *NZ Fam* 2015, 359; *Sachs*, *JuS* 2015, 860 (861); *Rauscher*, *JZ* 2015, 624 (626); *Neuner*, *JZ* 2016, 435 (438).

116 Vertiefend *Möllers* (Fn. 32) § 7 Rn. 80 ff.

117 *BVerfG* 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, *BVerfGE* 34, 269 (281) – Soraya: „die Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts [...] füllt Lücken im Persönlichkeitsschutz aus, die hier trotz Anerkennung einzelner Persönlichkeitsrechte verblieben und im Laufe der Zeit aus verschiedenen Gründen immer fühlbarer geworden waren.“; *BVerfG* 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., *BVerfGE* 65, 1 (42 f.) – Volkszählung; *BVerfG* 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 u.a., *BVerfGE* 120, 274 (303 ff.) – Online-Durchsuchungen.

118 S. oben IV.2.b).

119 § 917 ZPO a.F. lautete: „(1) Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, dass ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. (2) Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müsste.“ Der EuGH bejahte eine versteckte Diskriminierung, s. *EuGH* 10.2.1994 – C-398/92, *EU:C:1994:52*, Rn. 15 ff. – *Mund & Fester*.

120 Ausführlich hierzu *Ehricke*, *EWS* 1994, 259 ff.; *OLG Koblenz* 29.3.1995 – 2 W 105/95, *RIW* 1995, 775 – Österreich; *OLG Hamburg* 4.5.1995 – 5 U 118/93, *NJW* 1995, 2859, 2860 – Schweden; *Leible/Domröse*, in *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 58 m.w.Nachw.

121 *BVerfG* Urt. v. 24.10.1996 – 2 BvR 1851/94 u.a., *BVerfGE* 95, 96 (133) – Mauerschützen.

122 *Möllers* (Fn. 32) § 3 Rn. 33 ff.

123 So wohl *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 247 ff.: Jede Entscheidung, die nicht vom Gesagten geboten ist, sondern entweder freigestellt oder verboten ist. Ebenso *Lindner*, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017, 87: „Da jede Auslegung des Rechts in der Sache eine Rechtsfortbildung ist.“

124 Ausführlich *Möllers* (Fn. 32) § 14 Rn. 39 ff.

125 Zu diesem weiteren Begriff der Rechtsfortbildung s. *Möllers* (Fn. 32) § 13 Rn. 15.

126 Zu Art. 1 ZGB, s. *Meier-Hayoz* in *Berner Kommentar ZGB*, 1966, Art. 1 Rn. 1 ff.



127 Zu §§ 6, 7 ABGB s. etwa *Kerschner/Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB, 3. Aufl. 2014, §§ 6, 7 Rn. 1 ff.; *Kodeck* in Rummel/Lukas, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. Stand 1.7.2015 § 6 Rn. 1 ff.

128 In Deutschland hielt man eine solche Vorschrift für überflüssig, weshalb § 1 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, nicht in das BGB aufgenommen wurde. s. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, S. 8, 16 f.

129 S. oben Fn.16.

130 S. oben I.3.a).

131 Im Jahre 1993 verdiente sich der *Palandt* die „Euro-Zitrone“ als Scherzpreis für diejenige Publikation, welche die Bedeutung des europäischen Rechts am stärksten ignorierte, s. *Basedow*, ZEuP 1993, 656. S. hierzu *Möllers* (Fn. 32) § 13 Fn. 13.

132 Zu verschiedenen Lösungsmöglichkeiten s. etwa *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 25 Rn. 8; *Möllers* (Fn. 32) § 16 Rn. 161 ff.

133 So die Zahlen des *BVerfG* 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 u.a., BVerfGE 89, 155 (173) – Maastricht; es handelte sich ursprünglich um eine Prognose von *Delors*, Bull. EG 1988 Nr. 7/8, 124.

134 *Möllers*, JZ 2002, 121 ff.; *Herresthal*, in Langenbucher, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 35 ff.; *Gebauer/Wiedmann (Hrsg.)*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, insbesondere 143 ff.

135 Art. 4 Abs. 3 Uabs. 1 EUV. *Calliess/Ruffert/Kahl*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV Rn. 34 ff.; *Streinz/Streinz*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 30 ff.

136 *Pernice*, EuR 1996, 27 (33); *Zuleeg*, JZ 1994, 1 (2); *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, 73.

137 *EuGH* 8.3.2011 – C-1/09, EU:C:2011:123, Rn. 66 ff. – Europäisches Patentgericht.

138 *Möllers* (Fn. 32) § 8 Rn. 118 ff.

139 „multilevel system“, s. *Remien*, *RabelsZ* 62 (1998), 627, 630; *Schmid*, *ZfRV* 1999, 213 (214); *Pernice*, 36 *Common Mkt.L.Rev.* 703 ff. (1999); *Wollenschläger* in *Dreier*, *GG*, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 17 m.w.Nachw.

140 Zur Übersicht s. *Möllers* (Fn. 32) § 8 Rn. 102.

141 *Möllers* (Fn. 32) § 8 Rn. 90 m.w.Nachw.

142 Gesetz [...] zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung [...] v. 28.4.2017, BGBl. I, 969 f.

143 *EuGH* 4.7.2006 – C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 110 f. – Adener. S. auch *BGH* 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27, Rn. 21 – Quelle; *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen Zivilrecht, 2007, 137 f.; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 107; *Möllers*, EuR 1998, 20 (44); *Canaris*, in FS Bydlinski, 2002, 47 (81).

144 *EuGH* 19.11.1991 – C-6/90 u.a., EU:C:1991:428, Rn. 43 – Francovich; *EuGH* 5.3.1996 – C-46/93 u.a., EU:C:1996:79, Rn. 67 – Brasserie du Pêcheur; *Ehlers*, JZ 1996, 776 (777 f.); *Papier/Shirvani* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 99, 103; *Sprau* in *Palandt*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 839 Rn. 5, 6a, 8.

145 *BGH* Urt. v. 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30 (37) – Brasserie du Pêcheur; *BGH* 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 153 (158 f.) – Fleischuntersuchungsgebühren; *Wöstmann* in *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2012, § 839 Rn. 524.

146 *BVerwG* 17.2.1993 – 11 C 47/92, BVerwGE 92, 81 (85 f.) – Rückforderung von rechtswidrigen Beihilfen; *BVerfG* 17.2.2000 – 2 BvR 1210/98, NJW 2000, 2015, 2016 – Alcan.

147 *BGH* Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 (36) – Quelle.

148 Ausführlich *Möllers* (Fn. 32) § 8 Rn. 55 ff.

149 *BAG* 5.3.1996 – 1 AZR 590/92, BAGE 82, 211 (230) – Kalanke. Weiterführend *Möllers*, in FS Siekmann, 2019 (im Erscheinen).

- 150 *EuGH* 27.1.2005 – C-188/03, EU:C:2005:59, Rn. 29 - Junk.
- 151 Ausführlich zum Wechsel von MAD zur MAR s. *Möllers*, ZEuP 2016, 325 (352 ff.).
- 152 *BGH* 13.11.2001 – X ZR 134/00, BGHZ 149, 165 (173); *EuGH* 5.10.2004 – C-397/01 u.a., EU:C:2004:584, Rn. 114 – Deutsches Rotes Kreuz; *EuGH* 13.3.2008 – C-383/06 u.a., EU:C:2008:165, Rn. 29 Nr. 7.
- 153 So bereits *Lutter*, JZ 1992, 593 (604); *Möllers* (Fn. 136) 74 ff.; *Kötz*, in FG 50 Jahre BGB, Bd. II, 2000, 825, 831; *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, 437 ff.; *Gsell*, AcP 214 (2014), 99 (141 ff.).
- 154 Die Deutsche Richterakademie in Trier tut dies seit Jahren. Vergleichbares gilt für Notare, s. § 14 Ab. 6 BNotO und *Jerschke*, in FS Schippel, 1996, 667 ff.
- 155 Ausführlich *Möllers* (Fn. 32) § 14 Rn. 65 ff.
- 156 S. oben II.
- 157 Zur Relevanz und Bedeutung s. *Möllers* (Fn. 32) § 4 Rn. 39 ff.
- 158 Ähnlich *Larenz* (Fn. 33) 320; ebenso für den angloamerikanischen Rechtskreis *MacCormick*, 6 Ratio Juris (1993), 16, 22.
- 159 *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, 42.
- 160 *Gern*, VerwArch 80 (1989), 415 (419).
- 161 *Möllers* (Fn. 32) § 11 Rn. 25.
- 162 Auch *Schünemann*, in FS Klug, 1983, 169 (185) geht von einer vierten Stufe der Rechtsgewinnung contra legem aus, ohne diese allerdings näher auszuführen.
- 163 Hierzu *Möllers* (Fn. 32) § 14 Rn. 68 ff. *Zippelius* (Fn. 31) 47, 51 fordert bei der Wahl der Auslegungsargumente eine möglichst gerechte Problemlösung. Unschärf verlangt *Bydlinski* (Fn. 37) 565 eine Begleitkontrolle nach den Kriterien der Rechtsidee. A.A. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 31) Rn. 992 f., wonach die Methodenlehre über keine materiellen Kriterien der Gerechtigkeit verfügen würde.
- 164 *Rückert/Seinecke*, in Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Aufl. 2012, Rn. 72 ff.
- 165 Ähnlich *Morlok* (Fn. 64) 189 (207 f.).
- 166 Zu der überzeugenden, aber nicht einzig möglichen Entscheidung, s. *Möllers* (Fn. 32) § 1 Rn. 26 ff. sowie *Laudenklos/Rohls/W. Wolf*, in Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Aufl. 2012, Rn. 1531, 1549.
- 167 S. oben I.3.a). *Fischer-Lescano/Christensen*, Der Staat 44 (2005), 213 (224); ausführlich *Möllers* (Fn. 32) § 1 Rn. 59 ff.
- 168 *Herdegen*, JZ 2004, 873 (877).
- 169 Hierzu *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998, 150.
- 170 So *Esser*, AcP 172 (1972), 97 (113).
- 171 *Laudenklos/Rohls/W. Wolf* (Fn. 166) 1531 (1549).
- 172 So die h.M., u.a. *Larenz* (Fn. 33) 343 ff.; *Looschelders/W. Roth*, Juristische Methodik in der Rechtsanwendung, 1996, 193; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, 126; *BGH* 30.6.1966 – K ZR 5/65, BGHZ 46, 74 (79) – Preisbindung von Schallplatten.
- 173 Als zwingender Vorrang bezeichnet bei *Alexy/R. Dreier*, in Statutory Interpretation, 1991, 73 (95); *Möllers*, in FS Roth, 2011, 473 (487). Allgemein *Möllers* (Fn. 32) § 1 Rn. 74.
- 174 *BVerfG* 11.10.1978 – 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304 (320) – Sachverständigenhaftung.
- 175 S. oben V.2. A.A. aber *Martens* (Fn. 69) 500.
- 176 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, 305; *Canaris*, JZ 1987, 543 (546); *Wolf/Neuner* (Fn. 98) § 4 Rn. 74; *Reimer* (Fn. 39) Rn. 701.
- 177 *Möllers* (Fn. 32) § 6 Rn. 3 ff.

178 Möllers (Fn. 32) § 8 Rn. 76 ff. **A.A.** aber *Canaris*, in FS Kramer, 2004, 141 (145); *Canaris*, in FS Bydlinski, 2002, 47 (66 ff.); zustimmend *Langenbucher* (Fn. 134) § 1 Rn. 92 ff.

179 *BVerfG* 6.10.1981 – 2 BvR 1290/80, BVerfGE 58, 163 (168) – Willkürverbot; *BVerfG* 5.1.1985 – 2 BvR 1434/83, BVerfGE 71, 122 (135 f.); *Bydlinski* (Fn. 37) 81; *Rennert*, NJW 1991, 12.

180 *Braun*, Deduktion und Invention, 2016, 263 spricht vom „starting point“ für andere Regel als die der Gesetzesauslegung.

181 *Braun* (Fn. 180) 169.

182 *Wolf/Neuner* (Fn. 98) § 4 Rn. 74.

183 *Säcker* in MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 115: „Formalargumente“; ähnlich *MacCormick*, 6 Ratio Juris, 16, 22 (1993): „formalistic“ or „legalistic“.

184 Entscheidend ist, welcher Regelungszweck der Norm zugrunde liegt. S. für den Mutter-Kind-Fall, *Möllers* (Fn. 32) § 1 Rn. 28.

185 Ausführlich *Kriele* (Fn. 37) 85 ff.; *Engisch* (Fn. 33) 146 ff.; *Bydlinski* (Fn. 37) 553 ff.; *Zippelius* (Fn. 31) 50; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 3, 1976, 684; *Vogel* (Fn. 84) 120; *Sachs* in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Einf. Rn. 39; *Esser* (Fn. 14) 123; *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1, 8 f., 12 f.

186 *Hassemer/Kübler*, 58. DJT 1990, E 88 f. m.w.Nachw. Zu einer weiteren Facette juristischen Denken s. oben I.3.b).

187 S. etwa die Diskussion von *Grundmann*, JZ 2013, 693 (695); *Gutmann*, JZ 2013, 697 ff.; *Hillgruber*, JZ 2013, 700 (701 ff.); *Lorenz*, JZ 2013, 704 (705 ff.); *Rixen*, JZ 2013, 708 (709 ff.); *Stolleis*, JZ 2013, 712 ff. Vorher bereits *Heinig/Ch. Möllers*, FAZ v. 23.3.2011 und *Canaris/Schmidt*, FAZ. 6.4.2011. Vorher bereits *Wassermann*, JZ 1983, 788 (791); *Hassemer/Kübler*, 58. DJT 1990, E 89.

188 *Rixen*, JZ 2013, 708 (711).

189 *Wissenschaftsrat* (Fn. 4) 36.

190 Kritisch insoweit auch *Rixen*, JZ 2013, 708 (710); in der Sache auch *Lorenz*, JZ 2013, 704 (707).

191 *Röhl* (Fn. 18) 609; ähnlich *Kötz, RabelsZ* 54 (1990), 203 (215): „wo es doch eigentlich in der Juristenausbildung darum gehen müßte, daß es die jungen Leute lernen, sich unter Bedingungen juristischer Unsicherheit wohlzufühlen“.

192 Zur Verobjektivierungs-, Systematisierungs- und Kontrollfunktion der Juristischen Methodenlehre s. oben I.3.c).

193 *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1912, 82 ff.; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 169 ff. Oder in den Worten von *Simon*: Mit der Kenntnis der Methodenlehre wird vielleicht Recht „schwerer werden, aber auch schöner, weil ehrlicher und – wenn es denn in ferner Zukunft weitgehend auf dem zwanglosen Zwang der besseren Argumente ruht – überzeugender und deshalb gerechter.“ *Simon*, Recht als Rhetorik – Rhetorik als Recht, in Grimm/Kemmerer/Ch. Möllers, Gerüchte vom Recht, 2015, 201 (225).