

Jura Studienbuch

Jura
Juristische Ausbildung



Studienbuch

herausgegeben von

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, München

Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen, Münster

Prof. Dr. Klaus Geppert, Berlin

Prof. Dr. Philip Kunig, Berlin

Prof. Dr. Dr. h. c. Harro Otto, Bayreuth

Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Juristische Methodik

von

Joachim Vogel



Walter de Gruyter · Berlin · New York · 1998

Dr. iur. *Joachim Vogel*,
wiss. Assistent am Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht
der Universität Freiburg

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Vogel, Joachim:
Juristische Methodik / von Joachim Vogel. – Berlin ;
New York : de Gruyter, 1998
(Jura : Studienbuch)
ISBN 3-11-015727-6

© Copyright 1998 by Walter de Gruyter GmbH & Co., D-10785 Berlin
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist
ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere
für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspei-
cherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Printed in Germany
Druck und Bindearbeiten: Hubert & Co., 73079 Göttingen

Vorwort

Nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 Deutsches Richtergesetz gehören „die rechtswissenschaftlichen Methoden“ zu den Pflichtfächern des Rechtsstudiums, und Landesrechte stellen die „Fähigkeit zu methodischem Arbeiten“ in den Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung in der Ersten juristischen Staatsprüfung¹. Doch fristet Methodenlehre in der Studienpraxis ein Randdasein, und spätestens im Referendariat wird Methodenreflexion seltene Ausnahme. Denn verbreiteter Ansicht zufolge sichern vor allem detaillierte Rechtskenntnis und (klausur- und berufs-) praktische Erfahrung den Studien-, Examens- und Berufserfolg.

Ich halte das für einen gravierenden Irrtum, und meiner Erfahrung nach ist *die Fähigkeit zu methodischem Arbeiten unverzichtbare und maßgebliche Voraussetzung für Studien-, Examens- und Berufserfolg*. Weiterhin meine ich, *daß es einen für die Rechtspraxis gesicherten, im Kern verbindlichen Bestand an juristischen Methoden gibt, der für Studium, Examen und Praxis beherrscht werden muß*. Ihn dem Leser oder der Leserin² nahezubringen, ist Anliegen dieses Buches, das eine Lücke schließen soll, die meinem Eindruck nach zwischen den großen, zuweilen theorielastigen Methodenlehrbüchern und bloßen Anleitungen zur Fallösungstechnik besteht.

Das Buch wendet sich vor allem an Studenten der Rechtswissenschaft, in erster Linie an Studienanfänger, aber auch an höhere Semester, die Methoden wiederholen und üben wollen. Es sollte zudem für Rechtsreferendare nützlich sein, da die Tatsachenebene (§§ 1, 2), das Richterrecht (§§ 6, 10) und rechtliche Gestaltung sowie Rechtsetzung (§§ 12, 13) mitbehandelt werden.

Die Lektüre setzt keine besonderen Rechtskenntnisse, wohl aber voraus, daß dem Leser Grundgesetz, Bürgerliches Gesetzbuch und Strafgesetzbuch³ vorliegen und er im Text zitierte Normen *nachliest*.

¹ Siehe etwa § 4 Abs. 3 Satz 3 baden-württembergische Verordnung über die Ausbildung und Prüfung der Juristen, GBl. 1993 S. 314 ff.

² Um eines flüssigen Stils willen verwende ich im folgenden nur mehr die männliche Form von Personenbezeichnungen, meine aber stets beide Geschlechter.

³ Dessen Neufassung durch das am 1.4.1998 in Kraft tretende Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26.1.1998 (BGBl. 1998 I S. 164 ff.) konnte noch in

Idealleser versuchen, die zur Anschauung und um des Praxisbezugs willen eingefügten Fallbeispiele nach Lektüre des Sachtexts *selbstständig zu bearbeiten*; auch Realleser sollten die Fallbesprechungen immerhin (nicht nur durchlesen, sondern) *durcharbeiten*.

Besonderer Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. KLAUS TIEDEMANN (Freiburg), dessen vielfältige Methodenüberlegungen⁴ Anregung und Ausgangspunkt für dieses Buch gewesen sind; den Herren Rechtsanwälten Professor Dr. ACHIM KRÄMER und Dr. MATTHIAS SIEGMANN (Karlsruhe/Freiburg), die für mich, dessen wissenschaftliche Heimat das (Wirtschafts-) Strafrecht ist, äußerst hilfreiche Anregungen aus Sicht der wissenschaftlichen und methodenbewußten Zivilrechtspraxis beim Bundesgerichtshof gegeben haben; Frau Dr. DOROTHEE WALTHER (Berlin) für die freundliche verlegerische Betreuung; den Freiburger Studenten, die das hier vorgelegte Konzept erprobt und - insbesondere Frau stud. jur. EVA KRAUSE - zu seiner Ausarbeitung beigetragen haben; und schließlich Frau Rechtsreferendarin GUNDULA SCHÄFER, M.Sc. (Freiburg), die vor allen anderen an der Entstehung dieses Buches kritischen Anteil genommen hat und der es deshalb gewidmet ist!

Freiburg, im Januar 1998

Joachim Vogel

die Druckfahnen eingearbeitet werden. *Achtung*: Dieses Gesetz hat teils auch die Paragraphenzählung des Strafgesetzbuchs verändert. Beispielsweise ist die gefährliche Körperverletzung, § 223 a alter Fassung, nunmehr in § 224 geregelt, der bisher die schwere Körperverletzung enthielt. Im *Text* wird bereits die *neue* Zählung verwendet; demgegenüber liegt den *Nachweisen* (insbesondere den Kommentarzitate) naturgemäß noch die *alte* Zählung zugrunde.

⁴ Siehe etwa KLAUS TIEDEMANN: Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 54 ff.; DERS.: Die Anfängerübung im Strafrecht, 3. Aufl. 1997, S. 76 ff.

Inhaltsverzeichnis

Allgemeine Literatur	XI
Einführung: Juristische Methodik	1
I. Gegenstand, Grundansätze und Grenzen dieses Buchs	1
II. Nutzen und Grenzen der juristischen Methodik	6
1. Kapitel: Tatsachen und Recht	11
§ 1. <i>Tat- und Rechtsfragen</i>	13
I. Gegenstand und Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen.....	13
II. Verschränkung von Tat- und Rechtsfragen.....	18
III. Fall 1 - Tatfragen bei Kaufgewährleistung.....	22
§ 2. <i>Tatsachenfeststellung</i>	25
I. Recht der Tatsachenfeststellung.....	25
II. Methodik der Tatsachenfeststellung.....	27
III. Sonderfälle: Kausalität, Prognose, innere und normative Tatsachen.....	30
<i>Anhang: Tatsachen im universitären Rechtsfall</i>	33
2. Kapitel: Positives Recht.....	36
§ 3. <i>Rechtsquellen</i>	38
I. Herkömmliche Rechtsquellenlehre.....	38
II. Erweiterungen	41
III. Natur, Vernunft oder Gerechtigkeit als „limitative Rechtsquellen“	43
IV. Fall 2 - sog. Serbien-Embargo (BGHSt 41, 127 ff.).....	45
§ 4. <i>Stufenbau und Einheit der Rechtsordnung</i>	50
I. Stufenbau der Rechtsordnung.....	50
II. Fall 3 - Regelfahrverbot nach der BKatV (BGHSt 38, 106 ff. und 125 ff.; BVerfG NJW 1996, 1809 ff.)	54
III. Einheit der Rechtsordnung - Normwidersprüche und Normkonkurrenzen	58
IV. Fall 4 - Kaufgewährleistung und Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturn.....	64
§ 5. <i>Rechtssätze und Rechtsgrundsätze</i>	67
I. Regeln und Prinzipien oder Rechtssätze und Rechtsgrundsätze?	67
II. Rechtssätze.....	68

III. Rechtsgrundsätze	77
IV. Fall 5 - Anscheinsvollmacht.....	80
§ 6. <i>Richterrecht</i>	83
I. Rechtsprechung als Rechtsquelle von Richterrecht	83
II. „Stufenbau“ und „Einheit“ des Richterrechts	88
III. Rechts(grund)sätze des Richterrechts.....	91
IV. Fall 6 - Kind als Schaden? (BVerfGE 88, 203 [295 f.] und BGHZ 124, 128 ff.).....	92
3. Kapitel: Umgang mit dem Recht.....	95
§ 7. <i>Evidenzen, Autoritäten und Methode</i>	101
I. Evidenzen und Methode	101
II. Autoritäten und Methode.....	106
III. Rechtstheoretischer Exkurs: Diskurs und Methode	109
§ 8. <i>Umgang mit Gesetzesrecht (I): Die herkömmliche „Methodentrias“</i>	112
I. Gesetzesauslegung	112
II. Fall 7 - Auslegung des Begriffs „Eisenbahn“ (RGZ 1, 247 ff.).....	130
III. Gesetzesergänzung	133
IV. Fall 8 - Analogie und teleologische Reduktion bei der sog. „actio libera in causa“ (BGHSt 42, 235 ff.)	136
V. Gesetzesberichtigung	138
VI. Fall 9 - Ersatz für Immaterialschäden bei Persönlichkeits- verletzungen durch Medien (BGHZ 128, 1 ff.; BGH NJW 1996, 984 ff.)	139
§ 9. <i>Umgang mit Gesetzesrecht (II): Notwendige Ergänzungen</i>	143
I. Falldenken - insbesondere Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen durch Fallvergleich und Typenbildung.....	143
II. Fall 10 - Bürgschaften naher Angehöriger (BVerfGE 89, 214 ff.)	148
III. Abwägung, Ermessen.....	150
IV. Fall 11 - Kontrahierungszwang aus § 26 Abs. 2 GWB (BGH WuW/E BGH 2990 ff. „Importarzneimittel“).....	156
§ 10. <i>Umgang mit Richterrecht</i>	160
I. Ermittlung des Richterrechts.....	160
II. Anwendung des Richterrechts, insbesondere „distinguishing“	165
III. Fortbildung und Berichtigung des Richterrechts	167
IV. Fall 12 - „distinguishing“ (BGH NJW 1988, 2608 ff. und 1995, 3381 ff.).....	168

4. Kapitel: Juristische Funktionen.....	171
§ 11. <i>Rechtsanwendung</i>	173
I. „Juristischer Syllogismus“ und „Subsumtion“	173
II. Gutachten und „Urteil“	177
III. Fall 13 - beschränkte Geschäftsfähigkeit (Gutachten- und Urteilsstil).....	180
§ 12. <i>Rechtliche Gestaltung</i>	184
I. „Kautelar-“ und „Dezisionsjurisprudenz“	184
II. Methodik rechtlicher Gestaltung	186
III. Fall 14 - Ehegattentestament mit Pflichtteils- Strafklausel	193
§ 13. <i>Rechtsetzung</i>	197
I. „Gesetzgebungslehre“	197
II. Gesetzgebungsmethodik	199
III. Gesetzestechnik.....	202
IV. Fall 15 - mögliche gesetzliche Regelung der sog. „actio libera in causa“	206
Sachregister	211

Allgemeine Literatur*

- KLAUS ADOMEIT: Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl. 1990
ROBERT ALEXY: Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991
FRANZ BYDLINSKI: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991
HELMUT COING: Juristische Methodenlehre, 1972
KARL ENGISCH: Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997 (hrsg. von
THOMAS WÜRTEMBERGER und DIRK OTTO)
WOLFGANG FIKENTSCHER: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung,
Bd. I-IV, 1975-1977
MAXIMILIAN HERBERGER/DIETER SIMON: Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980
ERNST HÖHN: Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, 1993
HANS KELSEN: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960
ULRICH KLUG: Juristische Logik, 4. Aufl. 1982
HANS-JOACHIM KOCH/HELMUT RÜBMANN: Juristische Begründungslehre, 1982
KARL LARENZ: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991
DERS./CLAUS-WILHELM CANARIS: Methodenlehre der Rechtswissenschaft
(Studienausgabe), 3. Aufl. 1995
FRIEDRICH MÜLLER: Juristische Methodik, 7. Aufl. 1997
HANS-MARTIN PAWLOWSKI: Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991
PETER RAISCH: Juristische Methoden: vom antiken Rom bis zur Gegenwart, 1995
DIETER SCHMALZ: Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl. 1992
REINHOLD ZIPPELIUS: Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994

* Die aufgeführten Titel - eine Kurzauswahl neuerer Lern-, Lehr- und Handbücher zur juristischen Methodik - werden im folgenden nur mit Autorennamen zitiert. Weitere Literatur ist in den Fußnoten zum Text nachgewiesen.

Einführung: Juristische Methodik

I. *Gegenstand, Grundansätze und Grenzen dieses Buchs*

1. *Juristische Methodik* behandelt den Inbegriff der juristischen Methoden, das heißt der nicht willkürlich, sondern folgerichtig und zielstrebig angewendeten Verfahrensweisen für Denkprozesse oder Handlungsabläufe¹, welche Juristen beim Umgang mit dem Recht haben. Sie bringt gleichsam die alltägliche Arbeit von Juristen auf den Begriff. Beispielsweise besteht ein bedeutsamer Teil juristischer Arbeit darin, die Bedeutung unklarer Gesetzesbegriffe - etwa: „Beleidigung“ (lies § 185 StGB) - zu klären; dies geschieht nach klassischer methodischer Analyse im Wege der Auslegung; und deshalb ist die Auslegungslehre ein klassischer Teil der juristischen Methodenlehre (unten § 8).

2. Juristische Methodik betrifft die Rechtspraxis und stellt eine Art „*Theorie der Praxis*“ dar².

a) Dies bedeutet freilich *nicht*, daß Gegenstand juristischer Methodik die von Juristen *faktisch* angewendeten (oder auch nicht angewendeten³) Methoden sind, die im Forschungsbereich der Rechtssoziologie liegen. Vielmehr geht es um das *normative* Problem „richtiger“ Methoden beim Umgang mit dem Recht. Beispielsweise zählt es zu den klassischen Fragen der Auslegungslehre, ob es rich-

¹ FRIEDRICH RAPP, in: (Hrsg.) HERMANN KRINGS/HANS BAUMGARTNER/CHRISTOPH WILD, Handbuch philosophischer Grundbegriffe, Bd. IV, 1973, S. 913 (ff. - Stichwort „Methode“).

² Zum Problem einer „Theorie der Praxis“ JOSEF ESSER: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972, S. 7 ff.; FRIEDRICH MÜLLER, in: Archiv des öffentlichen Rechts 95 (1970), 154 ff.

³ Hierzu ESSER (Fn. 2), S. 7: „Die Judikatur ... zeigte Fälle von systematischer und objektiver Interpretation wie auch von historischer Interpretation, die durch nichts erkennen ließen, warum man gerade diese und keine anderen Auslegungsgesichtspunkte herangezogen hatte. ... So erschien schließlich das vereinzelt anzutreffende undogmatische Argumentieren aus der ‚Vernünftigkeit‘, der Rückgriff auf unmittelbar evidente Notwendigkeiten ‚aus der Natur der Sache‘ oder aus allgemein einsichtigen Unzuträglichkeiten einer gegenteiligen Lösung in seiner Aufrichtigkeit durchaus legitim, trotz der Hinwegsetzung über jede Schulmethode.“

tig sei, sich über den Willen des historischen Gesetzgebers hinwegzusetzen; oder es wird darüber gestritten, ob unklare Gesetzesbegriffe richtigerweise durch Auslegung oder nicht vielmehr durch Konkretisierung oder Argumentation aufgeklärt werden.

b) Diese Normativierung liegt in der Natur der Sache. Denn wenn das Gegenteil von Methode Willkür ist und eine Willkür keine Rechtsordnung sein kann, dann sind Methodenstandards in den Rechtsbegriff eingeschrieben⁴. Mit der neueren philosophischen Pragmatik kann dies auch dahingehend formuliert werden, daß normative Richtigkeit oder Gerechtigkeit nicht an Inhalten, sondern nur an (richtigen) Verfahren gemessen werden kann⁵.

c) Gleichwohl bleibt juristische Methodik *pragmatisch* und unterscheidet sich so von Rechtstheorie und -philosophie: Es geht darum, die Praxis in ihr methodisches Recht zu setzen. Freilich greift Methodenliteratur nicht selten weit in den Bereich der Rechtstheorie und -philosophie über und wird dann (vielbeklagterweise) in der Praxis nicht mehr rezipiert⁶. Demgegenüber ist es die bewußte Entscheidung des Verfassers und ein Grundansatz dieses Buchs, *Rechtstheorie und -philosophie so weit wie irgend möglich auszuklammern und stattdessen den für die Rechtspraxis gesicherten, im Kern verbindlichen Bestand juristischer Methoden zu vermitteln*.

Darin liegt freilich eine wesentliche Grenze dieses Buchs: Die klassischen Methodentheorien - die „Begriffsjurisprudenz“ des vorigen, die „Interessenjurisprudenz“ dieses Jahrhunderts und ihre Weiterentwicklung zur derzeit die Praxis beherrschenden „Wertungsjurisprudenz“ - werden *als solche* nicht dargestellt⁷. Auch neuere Theoriekonzeptionen - Topik, phänomenologische, (post-)

⁴ Dies ist der bedeutende Grundgedanke des Buchs von BYDLINSKI, *passim*. - Auch wer annimmt, Recht könne willkürliche (insbesondere auch ungerechte) Inhalte haben (so insbesondere KELSEN, S. 50 f.), kann nicht gut willkürliche Methoden zulassen, derer auch das Recht der Räuberbande bedarf, etwa in Gestalt der Regel, daß der Wille des Führers höchstes Gesetz sei.

⁵ Grundlegend JÜRGEN HABERMAS: *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981 (vor allem Band 1, Kapitel 3).

⁶ Vergleiche etwa das harte (und nicht gerechte) Urteil von KLAUS ADOMEIT, in: *Jura* 1983, 220: „Die ‘Theorie der juristischen Argumentation’ von Robert Alexy ... ist garantiert unanwendbar auf jede denkbare Praxis ...“.

⁷ Hierzu der historisch-kritische Teil bei LARENZ, S. 11 ff.

hermeneutische und diskurstheoretische Konzepte - werden nur ausschnitthaft und nur zu bestimmten Methodenfragen erwähnt; dies gilt erst recht für derzeit Diskutiertes und Ungesichertes wie das ökonomische Paradigma, die feministische Rechtskritik oder die Methode der Dekonstruktion.

Aber andererseits eröffnet der pragmatische Ansatz Perspektiven, die in der Methodenliteratur nicht selten vernachlässigt werden. Juristische Praxis wird hier umfassend - unter Einschluß der Tatsachenproblematik (unten §§ 1, 2) sowie der juristischen Funktionen der rechtlichen Gestaltung und der Rechtsetzung (unten §§ 12, 13) - verstanden. Der maßstäblichen Bedeutung der Rechtsprechung für die Rechtspraxis wird hier - jenseits des Theoriestreits um ihren *Status* - durch eine Methodik des *Umganges* mit ihr Rechnung getragen (unten §§ 6, 10). Wenn Rechtspraxis im Normalfall von unhinterfragt Hingenommenem und im Zweifels- und Streitfall von Autoritäten („herrschender Meinung“) beherrscht wird, dann können Evidenz und Autorität nicht als methodische Randphänomene abgetan werden (unten § 7). Und nicht zuletzt muß sich Methodik am Fall bewähren (deshalb die durchweg eingefügten Fallbeispiele).

3. Der Vorwurf theorielosen Pragmatismus' liegt auf der Hand. Ihm sei nicht nur der Gegenvorwurf pragmatisch fruchtloser Theorie entgegengehalten: Wenn beispielsweise in einem *ersten* Schritt das klassische methodische Leitbild der Gesetzesanwendung mit-samt der traditionellen Auslegungsmethodik zugunsten neuer Theoriekonzepte - etwa topischen Problemdenkens, hermeneutischer Konkretisierung oder diskursiver Argumentation - verworfen wird; wenn dann aber in einem *zweiten* Schritt die traditionellen Auslegungsmethoden (nach Wortlaut, Geschichte, System und Zweck) sachlich unverändert - und nur theoretisch, etwa als Topoi, Konkretisierungselemente⁸ oder Argumentformen⁹, umetikettiert - wieder eingeführt werden: *Was ist gewonnen?* Vielmehr beruhen die folgenden Ausführungen auf einem bestimmten (freilich *nicht* rechtstheoretischen, sondern rechtsdogmatischen) Grundansatz:

⁸ Vergleiche MÜLLER, Rdn. 304 ff., 350 ff., 375 f.

⁹ Vergleiche ALEXY, S. 288 ff.

Das Recht selbst bestimmt die Methode des Umganges mit sich, und Methodenregeln gehören weithin zum positiven Recht, insbesondere zum Verfassungsrecht¹⁰.

a) Juristische Methodik ist hiernach (weithin) Lehre vom Methodenrecht, und Methodenfehler sind hiernach (weithin) Rechtsfehler. Wendet beispielsweise ein Gericht eine Rechtsnorm analog an, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen¹¹, so ist dies ein Rechtsfehler; das Revisionsgericht wird das Urteil aufheben, weil „eine Rechtsnorm ... nicht richtig angewendet“ (§§ 550 ZPO, 337 Abs. 2 StPO) worden ist; und es ist Verfassungsrecht berührt, weil Gesetzesbindung und Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in Frage stehen¹². Zugespißt formuliert: Was in diesem Buch behandelt wird, müssen Juristen von Rechts wegen kennen und beachten!

b) Diese Idee einer *positivistischen* juristischen Methodik ist freilich alles andere als anerkannt¹³. Vielmehr werden Methoden- vielfach als *außerrechtliche* „Kunstregeln“ mit „Hilfsfunktion“ abgetan¹⁴. Dies ist nicht nur der praktischen Wirkung der Methodik wenig förderlich, sondern überzeugt auch in der Sache nicht:

Daß das Recht aus logischen Gründen nicht die Methode des Umganges mit sich festlegen könne, ist unrichtig, wenn und soweit

¹⁰ Diese *dogmatische* Aussage kann und will nicht die *erkenntnis- und wissenschaftstheoretische* Frage suspendieren, welches die Bedingungen für Rechtserkenntnis oder -findung sind. Diese Frage ist legitimer Gegenstand der Rechtstheorie oder -philosophie; sie treibt die neuere wissenschaftliche Methodendiskussion um; und sie kann nur von einem wissenschaftlichen - und das heißt: *nicht positivrechtlichen* - Standpunkt aus beantwortet werden. Umgekehrt trägt aber Erkenntnistheorie positiv-rechtlich nichts aus. Denn das positive Recht ist eine autonome Ordnung oder (rechtsoziologisch gesprochen) ein autopoietisches System. - Siehe noch unten Fn. 16.

¹¹ Näher hierzu unten § 8.

¹² Näher BVerfGE 82, 6 (11 ff.).

¹³ Kritisch BYDLINKSI, S. 78 ff.; wie hier aber eine (bezeichnenderweise im öffentlichen Recht) vordringende Auffassung: ALBERT BLECKMANN, in: JZ 1995, 685 ff.; ALFONS GERN, in: Verwaltungsarchiv 80 (1989), 415 ff.; LOTHAR MICHAEL: Der allgemeinen Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme, 1997, S. 39 ff.; grundlegend RALPH CHRISTENSEN: Was heißt Gesetzesbindung?, 1989.

¹⁴ Nachweise bei BYDLINKSI, S. 79.

(logisch oder rechtliche) Metaebenen eingeführt werden¹⁵. Beispielsweise kann eine Auslegungsregel die Auslegung ihr (logisch oder rechtlich) untergeordneter Normen steuern; und für die Auslegung von Auslegungsregeln kann auf höherrangiges Recht zurückgegriffen werden¹⁶. Und daß mit Blick auf Methoden ein Freiraum für die „Anpassung an neuere und (hoffentlich) bessere Einsicht“¹⁷ besteht, ist, wie jeder Rechtsprechungswechsel zu einer Gesetzesnorm zeigt, kein Einwand gegen die Rechtsqualität der Methodenregeln¹⁸.

Richtig ist allerdings, daß das positive deutsche Recht kein *ausdrücklich kodifiziertes* Methodenrecht kennt¹⁹. Aber auch dies zwingt nicht dazu, Methodenregeln in apokryphen Rechtsquellen wie der Tradition, vorpositiven oder obersten Rechtsprinzipien oder der Rechtsidee als solcher zu gründen. Vielmehr liegt die Verfassungsrechtsrelevanz der wesentlichen traditionellen Methodenfragen (Auslegung, Rechtsfortbildung usf.) mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG auf der Hand²⁰, und neuere Methoden - wie etwa die verfassungskonforme Auslegung - sind überhaupt vom Verfas-

¹⁵ Näher MICHAEL (Fn. 13), S. 41 f.

¹⁶ Hier droht ein *infiniter Regreß*. Aber er wird durch die Positivität des Rechts selbst - bildlich: die Grundnorm - abgeschnitten. Überhaupt ist es die Eigenart des Rechts, daß das berühmte Begründungstrilemma - *infiniter Regreß*; logischer Zirkel; *willkürliche* Setzung - im zuletztgenannten Sinne aufgelöst wird. Deshalb kann aus Sicht des positiven Rechts nicht beliebig über Methoden oder Erkenntnistheorie *räsonniert* werden. - Siehe bereits oben Fn. 10.

¹⁷ BYDLINSKI, S. 79.

¹⁸ Im übrigen (und im Gegenteil) zeigt die aus dem Rückwirkungsverbot folgende Rechtsprechung, wonach DDR-Richtern grundsätzlich nicht angelastet wird, daß sie DDR-Recht nach DDR-Methoden ausgelegt haben (BGHSt 40, 30 [40f.]), *daß* Methodenregeln bindendes Recht sind und nicht ohne weiteres aufgegeben werden können.

¹⁹ Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zeigen, daß positiv-rechtliche Methodennormen wie etwa Auslegungsregeln keineswegs selten sind. Neben Schreckgespensten wie den berühmten Auslegungs- oder Kommentierungsverboten im römischen oder im preußischen Allgemeinen Landrecht gibt es eine Fülle derartiger Normen, die sich bewährt haben, etwa § 1 schweizerisches Zivilgesetzbuch, §§ 6 ff. österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. - Siehe auch PETER HÄBERLE, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 62, 1995, S. 127 ff.

²⁰ Näher MICHAEL (Fn. 13), S. 46 ff.

sungsrecht her bestimmt. Wie vieles Verfassungsrecht haben freilich auch die Methodenregeln nicht selten rechtsgrundsätzlichen Charakter; beispielsweise besteht eine starre Rangfolge der Auslegungskanonnes - etwa eine Regel des Inhalts, daß die teleologische Auslegung die historische schlägt - nicht. Aber fehlende Regelmäßigkeit ist geradezu typisch für (Verfassungs-) Rechtsgrundsätze und gleichfalls kein Einwand gegen deren Rechtsqualität.

c) Eine positivistische juristische Methodik bezieht sich notwendig auf rechtlich Anerkanntes (etwa die reichhaltige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Methodenfragen). In dieser Beschränkung auf „Bekanntes und Bewährtes“ liegt zugegebenermaßen ein gewisser Methodenkonservatismus: Theoriebrillanz oder gar -avantgardismus darf nicht erwartet werden!

Aber andererseits nimmt eine positivistische Methodik das *gesamte* positive Recht - vor allem auch Verfassungs- und öffentliches Recht - in den Blick. Darin liegt eine perspektivische Erweiterung gegenüber der traditionell aus der Sicht des Zivilrechts betriebenen Methodenlehre²¹. Beispielsweise ist die Lehre von den Rechtsprinzipien (unten § 5) oder von Abwägung und Ermessensausübung (unten § 9) maßgeblich aus der Sicht des Verfassungs- und öffentlichen Rechts entwickelt worden, und wichtige neuere Methodenansätze entstammen der Verfassungsrechtmethodik²².

II. Nutzen und Grenzen der juristischen Methodik

1. Der *Nutzen* juristischer Methodik liegt auf der Hand, wenn und soweit Methoden- zugleich Rechtsregeln sind: Ohne sie kann das Recht nicht richtig angewendet (lies erneut §§ 550 ZPO, 337 Abs. 2 StPO!) werden, und zumindest dramatischer Methodenverfall führt regelmäßig zu Rechtsfehlern²³.

²¹ Näher hierzu HÄBERLE (Fn. 19), S. 128.

²² ROBERT ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, 1985; MARTIN KRIEDEL: *Theorie der Rechtsgewinnung*, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl. 1976; FRIEDRICH MÜLLER: *Normstruktur und Normativität*, 1966. - Vergleiche auch BERNHARD SCHLINK, in: *Der Staat* 19 (1980), 75 ff.

²³ Dies läßt sich am Beispiel des *Anwaltsschriftsatzes im Zivilprozeß* zeigen: Vielfach wird empfohlen (und ist gängige Übung), ihn in die beiden Teile des *Tatsachenvortrages* und der *rechtlichen Würdigung* zu gliedern (statt aller

Aber auch im übrigen gilt einem Diktum des berühmten Rechtsvergleichers ERNST RABEL zufolge²⁴, daß gute Juristen Methode haben. Sie ist insbesondere zur Bewältigung des „neuen“ Falles, der noch nicht in Rechtsprechung und Literatur erörtert oder gelöst ist, erforderlich. Derartige „neue“ Fälle treten gehäuft auf, wenn Recht geändert und/oder neues Recht gesetzt wird, was im modernen Gesetzgebungsstaat immer rascher geschieht: Bereits ab dem Tage des Inkrafttretens eines neuen Gesetzes (oder in der kautelarjuristischen Praxis sogar im Vorgriff hierauf!) *müssen* (zumindest: Neu-) Fälle hiernach beurteilt werden, ohne daß sich gesicherte Rechtsprechung oder Lehre dazu entwickelt haben *kann*, und dann hilft *nur mehr* Methode²⁵. Im übrigen stehen Juristen (etwa Rechtsanwälte) nicht selten vor der Notwendigkeit, (etwa zugunsten eines Mandanten) *gegen* eine gesicherte Rechtsprechung und/oder Lehre argumentieren müssen; auch dies setzt Beherrschung der Methode (etwa zum Nachweis methodischer Fehler in der Rechtsprechung und/oder Lehre) voraus.

NORBERT PANTLE: Die Praxis des Zivilprozesses, 2. Aufl. 1992, Rdn. 89 f.). Gemäß der methodischen Einsicht, daß der Blick des Rechtsanwenders zwischen Tatsachen und Recht hin- und herwandert (unten § 1), ist dagegen nichts einzuwenden, wenn der Tatsachenvortrag vollständig auf die vollständige rechtliche Würdigung abgestimmt ist (treffend PANTLE aaO Rdn. 89: „möglichst so, daß sich dem Richter die gewünschte Subsumtion geradezu aufdrängt“).

Demgegenüber besteht die traurige Rechtswirklichkeit nicht selten darin, daß ein ungeordneter Tatsachenwust (der gelegentlich seine Entstehung dem ad-hoc-Diktat des Mandantenberichts verdankt) voller unerheblicher Tatsachen vorgebracht wird und eine rechtliche Würdigung nicht vorhanden ist oder jeder Beschreibung spottet. Diese „Methode“ überläßt es dem Zufall, ob *sämtliche* dem Mandanten günstige - oder ob gar ihm *ungünstige* - Tatsachen vorgetragen sind, führt also zu möglicherweise vermeidbarer Klagabweisung; auch kann der Mandant in rechtlich aussichtslose Prozesse getrieben werden.

Derartige Anwaltsfehler werden freilich rechtlich durch die Schadensersatzhaftung des Rechtsanwalts sanktioniert. Die Rechtsprechung zur Anwaltschaftung (Nachweise bei HELMUT HEINRICHS, in: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 56. Aufl. 1997, § 276 Rdn. 39 ff.) stellt ein Kompendium methodischer Mindeststandards für die Rechtsanwendung dar. Da es sich zugleich um *Rechts*standards handelt, bestätigt sich erneut die These, daß juristische Methodik im Kern Methoden*recht* ist!

²⁴ Berichtet von FIKENTSCHER, Bd. I, S. 10.

²⁵ Eindrucksvoll HÖHN, S. XXV.

2. Allerdings hat das Diktum RABELS noch einen Nachsatz: daß Juristen nicht über Methode reden. Daran trifft zu, daß *übermäßige Methodenreflexion* weder in der Praxis noch in der Wissenschaft angezeigt ist. Praktiker wenden anerkannte Methoden an; deren Reflexion bedarf es nur, wenn die Methoden- als Rechtsfrage problematisch ist (beispielsweise wenn umstritten ist, ob die ehgattenschützende Vorschrift des § 569 a Abs. 1 Satz 1 BGB [lesen!] auf nichteheliche Lebensgefährten analog angewendet werden darf). Und zwar ist Methodenreflexion eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtswissenschaft; aber wenn sie so intensiv betrieben wird wie seit 1945²⁶, kann durchaus von Anzeichen einer „Krise“ und von „Gewißheitsverlusten“ die Rede sein²⁷.

3. Und so wichtig Methodik sein mag, müssen doch ihre *Grenzen* bedacht werden:

a) Juristische Methodik kann *keine eindeutigen Ergebnisse* gewährleisten. Ein derartiger „juristischer Determinismus“ wäre rechtstheoretisch zweifelhaft und widerspricht der praktischen Erfahrung, wonach in schwierigen Fällen einander zuwiderlaufende Ergebnisse methodisch einwandfrei hergeleitet und begründet werden können. Diese Einsicht zwingt freilich nicht zu rechtstheoretisch überspitzten Gegenpositionen, etwa einem „juristischen Irrationalismus“ oder „Dezisionismus“, wonach alles begründbar und Recht letztlich subjektive Willkür sei. Vielmehr steckt juristische Methodik einen Bereich „vertretbarer“ Entscheidungen ab, der einmal weiter, einmal enger (bis hin zur - dann zwingend - *einen* Entscheidung) sein kann²⁸. Ein derartiger „gemäßigter Indeterminismus“ oder „weicher Determinismus“ wird freilich hinfällig, wenn in der Praxis die Methode beliebig gewählt wird, um ein kraft Vorverständnisses für gerecht gehaltenes Ergebnis zu begründen²⁹.

b) Auch ist *Gerechtigkeit* nicht schon durch Methode garantiert. Die Erfahrung mit totalitärer Justiz zeigt, daß einerseits auch unge-

²⁶ MÜLLER, S. 376 ff., führt in seiner *auswählenden* wissenschaftlichen Bibliographie überschlägig rund 750 nach diesem Zeitpunkt erschienene Titel an!

²⁷ LARENZ/CANARIS, S. 7; PAWLOWSKI, S. IX.

²⁸ Näher ULFRIED NEUMANN: Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 2 f. mit Nachweisen.

²⁹ So die berühmte (aber empirisch mager belegte) These von ESSER (Fn. 2).

rechtes Recht (mit unmenschlicher Sachlichkeit, aber) ohne Methodenfehler angewendet werden kann und daß andererseits gerade methodenbewußte Juristen für willfähige Methoden-anpassung anfällig sein können, so daß an sich unverdächtiges, ja geradezu gerechtes Recht in, methodisch eingelenkt, ungerechter Weise zur Anwendung kommt³⁰.

c) Weiterhin zeichnen den guten Juristen nicht *nur* die Beherrschung der Methode, sondern *zudem* Intuition und Spezialrechtskenntnis aus. *Intuition* (auch: Judiz, Rechtsgefühl), der unmittelbare Zugang zum Rechtsmäßigen, ist maßgeblich in religiösen Rechten und solchen, die auf der Autorität eines Gelehrten- oder Richterspruchs beruhen³¹, spielt aber bis heute für Autorität eine Rolle (unten § 7). Mit der Ausdifferenzierung des modernen Rechts ist *Rechtskenntnis* (Rechtsgelehrsamkeit³²) in den Vordergrund getreten, die nur mehr als Spezialistentum möglich ist, seit wegen der Binnendifferenzierung des Rechts sowie der Verrechtlichung als Erweiterung der Außengrenzen des Rechts die Zeiten, in denen *ein* Jurist *das* Recht im Detail kennen und in den Strukturen und Prinzipien verstehen konnte, unwiderruflich vergangen sind.

4. Die wichtigste Relativierung der Bedeutung juristischer Methodik ergibt sich freilich daraus, daß die Tätigkeit von Juristen zunehmend *entrechtlicht* (*entformalisiert*) wird und juristische Aufgaben dann nicht mehr rechtsmaßstäblich erledigt werden. So werden Zivilrechtsstreitigkeiten außergerichtlich oder gerichtlich verglichen; Strafverfahren werden durch informelle Absprachen erledigt; und Staat und Verwaltung handeln konsensual oder sonst informell³³. Bei diesen Formen der „Mediation“ kommt das Recht

³⁰ Grundlegend BERND RÜTHERS: Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl. 1991; Ideologie und Recht im Systemwechsel, 1992. - Zu „Macht und Ohnmacht der Methode“ siehe auch KLAUS LUIG, in: NJW 1992, 2536 ff.

³¹ Zur Intuition als Methode des römischen Rechts FIKENTSCHER, Bd. I, S. 355 ff.; MAX KASER: Zur Methode der römischen Rechtsfindung, 1962; vgl. auch FRANZ HORAK: Rationes decidendi, 1969.

³² Einen Überblick zur Geschichte des „gelehrten“ Fachjuristen gibt THEO MAYER-MALY: Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1991, S. 9 ff.

³³ Einführungen mit zahlreichen weiterführenden Hinweisen geben OTHMAR JAUERNIG: Zivilprozeßrecht, 24. Aufl. 1993, S. 178; HARTMUT MAURER: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 15 Rdn. 13 ff.; CLAUS ROXIN: Straf-

nur mehr als Handlungsschranke (etwa wenn der Staatsanwalt die Strafbarkeit wegen Strafvereitelung im Amt, § 258 a StGB, bedenken muß) oder als Verhandlungsgegenstand (etwa wenn mit einer Widerklage gedroht wird, die das Prozeß- und Kostenrisiko vervielfacht) in Betracht und ist eine Art Hintergrundordnung, über die - methodisch gesprochen - nichts Bestimmtes ausgesagt wird und auch nicht ausgesagt werden soll³⁴, sondern die in den Kategorien von Rechtswahrscheinlichkeiten bzw. -risiken einschließlich Wahrscheinlichkeiten bzw. Risiken der Rechtsverwirklichung erfaßt wird. Dann aber bedarf es nur mehr einer eingeschränkten *juristischen*, im übrigen einer *anderen* Methodik der Interessenwahrung, -durchsetzung und des Interessenausgleichs. Hier schlägt die wahre Stunde der (juristischen) *Rhetorik*³⁵.

5. Schließlich sei klargestellt, daß juristische Methodik *nicht Anleitung zur Falllösungstechnik* ist³⁶. Diese behandelt das „Aufbauproblem“ und dient allenfalls noch dazu, das „Sachproblem“ zu identifizieren, verhilft aber nicht dazu, das „Sachproblem“ einer methodisch einwandfreien Lösung zuzuführen. Hierzu bedarf es einer „Tiefengrammatik“ oder „Feinstruktur“ des Umganges mit dem Recht, die von der Methodik bereitgestellt wird. Gerade an deren Fehlen scheitern viele Studenten, und gerade hierzu will dieses Buch Hilfestellung geben!

verfahrensrecht, 24. Aufl. 1995, § 15 Rdn. 4 ff. und § 19 Rdn. 73 f. - Nachdem der Gütegedanke im Zivilprozeßrecht gesetzlich verankert worden ist (§ 279 ZPO), ist das Interesse an Alternativen zur streng rechtsmaßstäblichen richterlichen Streitentscheidung („Schlichten statt Richten“) stetig gewachsen; näher und mit umfassenden Nachweisen DIETER LEIPOLD in: STEIN/JONAS, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1993 ff., § 279 Rdn. 3 ff. (Stand 1996).

³⁴ Sogar in an sich rechtsmaßstäblich geführten Verfahren halten sich viele Anwälte mit Rechtsausführungen zurück und begründen dies mit verfahrenspsychologischen und taktischen Erwägungen. Insbesondere solle der Eindruck vermieden werden, man traue den Rechtskenntnissen des Gerichts nicht, und es solle dem Gegner nicht in die Hände gespielt werden, indem Schwachstellen der eigenen (oder gegnerischen) Rechtsposition aufgedeckt werden und der Gegner darauf hin seinen Angriff (oder seine Verteidigung) verbessern könne.

³⁵ Hierzu FRITJOF HAFT: Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 1991; WOLFGANG GAST: Juristische Rhetorik, 2. Aufl. 1992.

³⁶ Vertiefend MÜLLER, Rdn. 458 ff.

1. Kapitel: Tatsachen und Recht

In der Rechtspraxis geht es keineswegs nur um das Recht, sondern auch, vielfach vorrangig, um die Tatsachen. Beispielsweise mag im Vordergrund eines Strafprozesses die Frage stehen, ob der Angeklagte diejenige maskierte und bewaffnete Person ist, welche das Opfer überfallen und zur Übergabe von Geld und Wertsachen gezwungen hat; nur am Rande mag die Frage eine Rolle spielen, ob ein derartiges Verhalten rechtlich als schwerer Raub (lies §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB), schwere räuberische Erpressung (lies §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder (auch) als erpresserischer Menschenraub (lies § 239 a Abs. 1 StGB)¹ zu beurteilen ist.

Aber ist es für eine *juristische* Methodik erforderlich, den Umgang mit den Tatsachen näher zu reflektieren? Die Welt der Tatsachen besteht jenseits und unabhängig von der des Rechts, und die Vorstellung einer spezifisch *juristischen* Tatsachenwahrnehmung ist befremdlich². Daher bedarf es für die Wahrnehmung alltäglicher Tatsachen keiner Juristen³, und bei Tatsachen, deren Wahrnehmung das Alltagswissen überfordert, müssen auch Juristen (und zwar von Rechts wegen⁴) die Hilfe von Sachverständigen in Anspruch nehmen.

¹ Zum Problem BGHSt 40, 350 ff.; ALBIN ESER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 1997, § 239 a Rdn. 13a.

² Beispielsweise wäre es zweifelhaft, Natur- und Kausalgesetze in „geisteswissenschaftlicher“ statt naturwissenschaftlicher Methode festzustellen (näher ARMIN KAUFMANN, in: JZ 1971, 569 [572 ff.]); vergleiche aber auch JOHANNES WESSELS: Strafrecht Allgemeiner Teil, 27. Aufl. 1997, Rdn. 155 mit Nachw. - Näher unten § 2 III 1.

³ Darauf beruht die Möglichkeit von Laienspruchkörpern (Geschworenengerichten, „juries“). Allerdings soll der rechtsunkundige Laie gegen sachfremde Einflußnahmen weniger gefeit sein als der durch seine Ausbildung und lange Erfahrung zur Objektivität erzogene Berufsrichter (CLAUS ROXIN: Strafverfahrensrecht, 24. Aufl. 1995, § 7 Rdn. 15). Dem ist entgegenzuhalten, daß auch die Sachverhaltswahrnehmung von Berufsrichtern durch deren nicht repräsentative Herkunft, Sozialisation und Einstellung beeinflusst sein kann; vergleiche WOLFGANG KAUPEN: Die Hüter von Recht und Ordnung, 1969; KLAUS RÖHL: Rechtssoziologie, 1987, S. 355 ff. mit Nachweisen.

⁴ Näher REINHARD GREGER, in: ZÖLLER, Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1997, § 402 Rdn. 6a, 7 (Zivilprozeß); ROXIN (Fn. 3), § 27 Rdn. 9 (Strafprozeß).