

Johann Braun
Deduktion und Invention



Johann Braun

Deduktion und Invention

Gesetzesauslegung im Widerstreit von Gehorsamskunst,
Rechtsgefühl und Wahrheitssuche

Mohr Siebeck

Johann Braun, geboren 1946; 1979 Promotion; 1982 Habilitation; 1983 ord. Professor in Trier; 1988–2011 ord. Professor für Zivilprozeßrecht, Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Passau; seit Oktober 2011 im Ruhestand.

ISBN 978-3-16-155090-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Ursprünglich sollte diese Abhandlung ein Essay werden, der sich mit der Frage befaßt, welche Bedeutung dem kritischen Rationalismus für die Rechtsdogmatik und die juristische Methodenlehre zukommt. Schon bald stellte sich jedoch heraus, daß in einem Aufsatz vieles von dem, was bei einem solchen Thema unvermeidlich mit hereinspielt, nur angedeutet werden könnte. Der Leser wäre daher mehr als vertretbar darauf angewiesen gewesen, solche Hinweise selbst auszuformulieren und auf eigene Faust zu erproben. Das hat mich dazu bewogen, das Ganze zu einem Buch zu erweitern, in dem manches davon eingehender erörtert werden kann. Gleichwohl tut man gut daran, dieses Buch wie einen Essay zu lesen, also nicht als Monographie im deutschen Sinn dieses Wortes, die den Gegenstand von Grund auf erschöpfen will, sondern als einen Text, der vor allem zum Denken anregen und den Leser herausfordern soll, Stellung zu beziehen und sich über das eigene Tun Rechenschaft abzulegen. Denn dies allein ist es, was eine Wissenschaft voranbringt, und nicht die Zitate oder die Fußnoten, so wichtig sie auch sein mögen.

Jetzt, da das Manuskript fertig vor mir liegt, möchte ich am liebsten alles noch einmal in essayistischer Form behandeln, dieses Mal jedoch mit dem Ziel, die anwendungsbezogenen Aussagen dieser Arbeit für den schnellen und vorwiegend an den praktischen Ergebnissen interessierten Leser kurz und übersichtlich zusammenzustellen. Denn ein Jurist erwartet von einer methodischen Schrift zu Recht knappe, leicht faßliche Handlungsanweisungen und weniger ausgedehnte Reflexionen rein theoretischer Natur. Das bringt sein Geschäft mit sich, das ihm primär nicht Worte, sondern Entscheidungen abverlangt. Allein die Befürchtung, daß allen Vorsätzen zum Trotz abermals ein Buch daraus würde – wer kann sich bei einer solchen Thematik schon zurücknehmen? –, hält mich davon ab. Vielleicht finden sich andere, die für diese Aufgabe mehr Geschick mitbringen. Bis dahin mag die in § 16 versuchte Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse als Notbehelf dienen. Um den Leser auf das, was ihn erwartet, vorzubereiten, möchte ich indessen gleich hier auf drei Punkte hinweisen, in denen sich das vorliegende Werk von ähnlichen unterscheiden dürfte:

1) Nach traditioneller Vorstellung ist die *Gesetzgebung* ein Akt der *Rechtsetzung* und die *Gesetzesanwendung* ein Vorgang der *Erkenntnis*. Kelsen hat beides nach einem einheitlichen Muster, nämlich nach dem der Rechtsetzung, erklärt. Nach seiner Auffassung setzt der Gesetzgeber das Recht im Großen, der Gesetzesanwender setzt es im Rahmen des Gesetzes im Kleinen. Eine einheitliche Deutung wird auch in dem vorliegenden Buch angestrebt, allerdings in genau dem entgegengesetzten Sinn nach

dem Muster der *Rechtserkenntnis*. Das hat zur Folge, daß hier auch die Gesetzgebung als *Erkenntnisverfahren* verstanden wird und das Gesetz als (organisierte) Erkenntnis.

2) Scheinbar im Widerspruch dazu, daß die Gesetzesanwendung im Wege der Auslegung einen Erkenntnisakt darstellt, steht das *inventorische* Moment der Gesetzesauslegung, das vielfach voluntativ gedeutet wird, im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen. Das macht es erforderlich, *Rechtserkenntnis und rechtliche Invention*, die leicht als Widersprüche verstanden werden könnten, theoretisch *miteinander zu verknüpfen*. Dies ist eine Aufgabe, für die der kritische Rationalismus wie geschaffen erscheint; denn diesem zufolge stellt die freie Invention ein konstitutives Moment jeder weiterführenden Erkenntnis dar. Von daher ist klar, daß der kritische Rationalismus insoweit die Führung unternehmen muß.

3) Ein letztes: Eine bekannte Folge der praktischen Philosophie Kants war es, daß alle älteren Versuche einer *Verknüpfung von Recht und Sein* verworfen wurden und die Bestimmung der rechtlichen *Inhalte* dem freien Ermessen des „Gesetzgebers“ anheim fiel. Die Rechtswissenschaft gab die von dem rationalistischen Natur- und Vernunftrecht erhobenen Ansprüche auf und zog sich auf die *Erkenntnis des förmlichen Gesetzes* – also eines angeblichen Willküraktes – zurück. Wer der Rechtswissenschaft einen Ausweg aus der Sackgasse zeigen will, in die sie damit geraten ist, muß sich mit der praktischen Philosophie Kants anlegen, die in der Reinen Rechtslehre Kelsens eine überspitzte Fortsetzung gefunden hat. Eben dies wird hier versucht.

Aber um den obigen Faden wiederaufzunehmen: noch in anderer Hinsicht haben sich meine ursprünglichen Vorstellungen nicht verwirklichen lassen. Wer sich einer wissenschaftlichen Herausforderung stellt, dabei über die herkömmlichen Fragen hinausfragt und nach neuen Antworten sucht, macht meist die Erfahrung, daß auch über seine eigenen Fragen hinausgefragt werden kann. Gerade Sinnfragen haben es an sich, endlos immer weitere Zusammenhänge zu erschließen, durch die das jeweils Erreichte immer von neuem relativiert wird. Gleichwohl geht es nicht an, die „Arbeit des Begriffs“ zu überspringen und sofort nach dem „letzten und allein wahren Sinn“ zu fragen. Man muß einen Schritt nach dem andern tun und jeden kritisch überprüfen. Dann erst kann das nächst weitere Etappenziel in Angriff genommen werden. Für einen Autor, der sich der Mängel einer in der Ausarbeitung befindlichen Theorie bewußt ist, ist das unbefriedigend. Denn er weiß sehr wohl, daß er allen Anstrengungen zum Trotz nur einen Torso vorlegen kann, der an vielen Stellen der Korrektur und Ergänzung bedarf. Der Vorsatz, irgend etwas von Grund auf zu ändern, reduziert sich auf diese Weise ganz von selbst auf die Hoffnung, daß es wenigstens zu einem Versuch gereicht hat, der andere zu verbesserten Versuchen ermutigt.

Speziell im Hinblick auf die juristische Methodenlehre erscheint aber noch in einer anderen Hinsicht Zurückhaltung angezeigt. Zwischen der juristischen Methode, wie sie nach ihrem eigenen Anspruch *sein sollte* und wie sie *tatsächlich praktiziert* wird, lag wohl immer schon eine Kluft. Wer sich dessen bewußt ist, wird sich daher auch dann keinen überschwenglichen Hoffnungen hingeben, wenn er ansonsten zu

einer optimistischen Sicht der Dinge neigt. Die juristische Methodenlehre ist, wenn sie nicht bewußt rein deskriptiv verfährt, ihrer Natur nach in hohem Maße kontrafaktisch. Sie zeichnet ein Leitbild der Rechtsfindung, das sich in den Niederungen des juristischen Alltags meist nicht wiederfindet und realistisch gesehen wohl auch niemals wiederfinden wird. Wenn man so will, trägt sie daher das Scheitern auf ihrer Stirn geschrieben. Ihr hauptsächlichster Wert besteht darin, daß sie eine Vorstellung davon vermittelt, wie die Rechtsfindung unter optimalen Bedingungen erfolgen sollte. Diese Vorstellung ist es, die uns immer von neuem dazu anspornt, eingeschliffene Denk- und Verhaltensmuster in Frage zu stellen und zu verbessern. Wenn die folgende Untersuchung dazu einen Beitrag leistet, waren die damit verbundenen Anstrengungen nicht umsonst.

Johann Braun, im August 2016

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abgekürzt zitierte Zeitschriften	XV
§ 1 Einleitung	1
I. <i>Offene Gesellschaft und Offenlegung der Rechtsfindung</i>	1
1. Rechtliche Arkana früher und heute	2
2. Die Crux mit der juristischen Methodenlehre	3
II. <i>Juristische Methodenlehre als spezielle Wissenschaftstheorie</i>	6
1. Kritischer Rationalismus als Leitidee	6
2. Verbindung von Deduktion und Invention	7
3. Rechtsdogmatik als Wissenschaft	8
III. <i>Das Spektrum der juristischen Methodenlehre</i>	10
1. Anstoß zur Umorientierung	10
2. Klare Wegweisung, aber nicht Exaktheit um jeden Preis	11
IV. <i>Juristische Methodenlehre als Aufgabe</i>	12
V. <i>Vorblick</i>	13
1. Teil: Rechtsfindung durch Nachvollzug fremder und Entwurf eigener Gedanken	15
§ 2 Entscheidungsfindung im Wege der Rechtserkenntnis	15
I. <i>Zweifache Aufgabe der Rechtsdogmatik</i>	17
1. Systematisierung und Konkretisierung	18
2. Wechselseitiger Bezug	24
II. <i>Bildung von Normprämissen</i>	24
1. Verhältnis von Theorie und Praxis	24
2. Der Justizsyllogismus	29
3. Das Gesetz als Normprämisse	35
III. <i>Der Begriff des „Gesetzes“</i>	37
1. Das positive Gesetz	37
2. Grundlage der Gesetzesbindung der Wissenschaft	39
3. Parlamentarische Gesetze als Erkenntnisakte	44
4. Richtigkeitsvermutung zugunsten des Gesetzes	49
5. Auf der Grundlage des Gesetzes über das Gesetz hinaus	52

§ 3	Gesetzesauslegung als Ermittlung des maßgeblichen „Willens“	52
I.	<i>Der Wille des Gesetzgebers</i>	54
	1. Herkömmliche Methoden der Willensermittlung	55
	2. Denken mit fremdem und eigenem Kopf	58
II.	<i>Der Sinn des Gesetzes</i>	66
	1. Erweiterung des Kontextes	66
	2. Interessen-, Wertungs- und Abwägungsjurisprudenz	70
	3. Rationaler Gehalt gesetzgeberischer Erwägungen	78
III.	<i>Methodensynkretismus</i>	80
§ 4	Regel-averses Denken in Theorie und Praxis	82
I.	<i>Virtuosen überspielen die Regeln bei Bedarf</i>	82
	1. Friedrich Carl von Savigny	82
	2. Rudolf von Jhering	84
	3. Oskar Bülow	86
	4. Hermann Staub	86
	5. Sammler und Jäger	87
II.	<i>Rechtsfindung nach dem Rechtsgefühl</i>	88
	1. Bekenntnisse von Praktikern	88
	2. Intuitive Rechtsfindung als abgekürztes oder eigenständiges Verfahren?	90
III.	<i>Ausbildung zum selbständigen Denken und Argumentieren</i>	90
§ 5	Konstruktive Phantasie bei der Rechtsfindung	92
I.	<i>Poppers kritischer Rationalismus</i>	92
	1. Übergreifende Theorie wissenschaftlicher Erkenntnisgewinnung . .	92
	2. Konstruktion und Kritik	95
II.	<i>Am Anfang der Auslegung steht ihr Ergebnis</i>	98
	1. Wegweisung statt Prognose	99
	2. Hypothesenbildung als Motor der Auslegung	100
	3. Nachträgliche Kritik vorläufiger Hypothesen	105
	4. Der Negativtest im einzelnen	115
	5. Positive Fundierung von Interpretationshypothesen	127
	6. Allgemeine Struktur der Rechtsfindung	131
III.	<i>Exkurs: Gesetze ohne Regelungsgehalt</i>	132
	1. Umgang mit Konditionalprogrammen von geringer Tatbestandsnähe	133
	2. Unausgesprochene Zusammenhänge	139

§ 6	Herkunft und Transformation neuer Rechtsgedanken	140
I.	<i>Das Wie und Woher rechtlicher Einfälle</i>	140
	1. Entstehungs- und Begründungszusammenhang	140
	2. Ein Denkmodell und seine Umsetzung	141
II.	<i>Recht im Vorfeld des Gesetzes</i>	143
	1. Das Gesetz als Positivierung des nicht Positiven	143
	2. Zusammenhang von Sein und Sollen	155
	3. Rückbindung der Auslegung an konsensfähige Wertungen	166
III.	<i>Topik</i>	170
	1. Topikgeleitete Argumentation	171
	2. Topik und System	174
	3. Topik und „klassische“ Jurisprudenz	177
	4. Ergänzendes Nebeneinander von System- und Problemendenken	178
	5. Veränderung des Outputs nur durch Veränderung des Inputs	180
III.	<i>Innovation und System</i>	182
§ 7	Methodik für „first floor“ und „second floor“	185
I.	<i>Ausbildung durch Argumentationsverbote</i>	185
II.	<i>Disziplinierung der „Zweitbesten“</i>	186
III.	<i>Niedere und höhere Jurisprudenz</i>	188
IV.	<i>Gesetzesflut und Rechtsdogmatik</i>	190
V.	<i>Innere Verfassung der Kommunikationsgemeinschaft</i>	191
2. Teil: Anwendungsbeispiele aus dem Zivil- und Zivilprozeßrecht		193
§ 8	Verpflichtungs- und Verfügungsverbote für Vermögen und Hausrat	194
I.	<i>Unstimmige Regelung</i>	194
	1. Sinn des § 1365 BGB	194
	2. Sinn des § 1369 BGB	195
	3. Ein innerer Widerspruch	196
II.	<i>Lösung</i>	197
	1. § 566 BGB analog?	197
	2. § 1369 BGB analog!	198
III.	<i>Bewährungstest</i>	198
§ 9	„Taschengeldanspruch“ des Ehegatten	201
I.	<i>Ein Einfall im Geist der Zeit</i>	201
II.	<i>Ideologie und Realität</i>	202
III.	<i>Bewährungstest</i>	203
	1. Ein Gedankenexperiment	203
	2. Abgleich mit dem Gesetz	204

§ 10 Rechtskraftdurchbrechung wegen Urteilserschleichung	209
I. <i>Unstimmige Handhabung des Gesetzes</i>	209
1. Restitutionsklage gem. § 580 Nr. 4 ZPO	209
2. Rechtsbehelf gem. § 826 BGB wegen arglistiger Urteilserschleichung	209
3. Innerer Widerspruch	210
II. <i>Ein juristischer Einfall</i>	211
1. Immanente Mängel der Restitutionsklage	211
2. Verdeckte Fortentwicklung des Restitutionsrechts	212
3. § 581 I ZPO als Ansatzpunkt	214
III. <i>Bewährungstest</i>	215
1. Vereinbarkeit mit dem Gesetz	215
2. Weniger innere Mängel	216
3. Verbesserte Problemlösung im übrigen	217
§ 11 Vollstreckungsbescheid als „Urteil“ in eigener Sache	219
I. <i>Aufriß des Problems</i>	219
1. Ursprünglicher Gleichlauf von Klage- und Mahnverfahren	219
2. Unterschiedliche Voraussetzungen, gleiche Wirkung	220
3. Schadensersatz wegen arglistiger Titelausnutzung	221
II. <i>Lösungsvorschlag</i>	222
1. Volle oder eingeschränkte Rechtskraft	222
2. Der Antragsteller als „Richter“ in eigener Sache	222
III. <i>Bewährungstest</i>	225
1. Vereinbarkeit mit dem Gesetz	225
2. Weniger innere Mängel	227
3. Verbesserte Problemlösung im übrigen	227
§ 12 Gehörverstoß durch Zukunftsrechtskraft	229
I. <i>Härten für Kläger und Beklagte</i>	229
1. Klage auf wiederkehrende Leistungen als historisches Novum	229
2. Rechtskraft für Prognoseentscheidungen	230
II. <i>Lösungsvorschlag</i>	232
1. Klage auf künftig wiederkehrende Leistungen als Gehörverstoß	232
2. Die Abänderungsklage als nachträgliche Gehörgewährung	233
3. Einschränkende Auslegung des § 323 III ZPO	234
III. <i>Bewährungstest</i>	234
1. Der Wortlaut des Gesetzes	235
2. Innere Stimmigkeit	235
3. Verbesserte Problemlösung im übrigen	236
IV. <i>Rechtsdogmatik unter erschwerten Bedingungen</i>	236

§ 13 Räumungsvollstreckung gegen Drittbetroffene	238
I. <i>Das Problem</i>	238
1. Vollstreckung gegen Ehegatten	239
2. Vollstreckung gegen sonstige Drittbeteiligte	241
II. <i>Lösung</i>	242
1. Ähnliche Fallkonstellationen	242
2. Zurück zum Ursprung	245
III. <i>Bewährungstest</i>	246
1. Vereinbarkeit mit dem Gesetz	246
2. Weniger innere Mängel	248
3. Verbesserte Problemlösung im übrigen	249
4. Weitere Entwicklung	249
3. Teil: Immanente Grenzen autonomer Rechtswissenschaft	251
§ 14 Dialog mit der Rechtsprechung	251
I. <i>Funktion der Präjudizien für die wissenschaftliche Rechtskenntnis</i>	251
1. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung	252
2. Rechtsverwirklichung und Gleichbehandlung	254
II. <i>Einbindung der Wissenschaft in die Praxis</i>	256
1. Dialog auf gleicher Augenhöhe	257
2. Neue Formen der Neigung zur Verneigung	259
III. <i>Umgang mit Präjudizien</i>	260
1. Ratio decidendi	260
2. Von Fall zu Fall	263
§ 15 Rechtsfindung im Einflußbereich von Rechtsakten der EU	267
I. <i>Mehrebenenmodell</i>	267
1. Primärrecht	267
2. Sekundärrecht	268
3. Verhältnis zum nationalen Recht	268
II. <i>Rechtsvereinheitlichung</i>	270
1. Annäherung der nationalen Rechte von „unten“ und von „oben“ her	270
2. Gemeinsame Ziele bei verschiedener Sprache und Rechtsordnung	271
3. Erwägungsgründe	274
III. <i>Der Einfluß des EuGH</i>	276
1. Vorlage an den EuGH	276
2. Stellung der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik zum EuGH	277
IV. <i>Rationale Rechtsfindung – aber wie?</i>	278
1. Was der Exeget zu beachten hat	278
2. Beschreibung statt Wegweisung	280

3. Politische Zweckprogramme als Leitlinien	281
4. Beginn einer anderen Rechtskultur	283
§ 16 Zusammenfassung der praktischen Ergebnisse	284
Literaturverzeichnis	289
Sachregister	299

§ 1 Einleitung

Wir haben alle unsere Philosophien, ob wir dessen
gewahr werden oder nicht, und die taugen nicht viel.
Aber ihre Auswirkungen auf unser Handeln und unser Leben
sind oft verheerend. Deshalb ist der Versuch notwendig,
unsere Philosophien durch Kritik zu verbessern.
Popper, Objektive Erkenntnis, 1974, 45

I. Offene Gesellschaft und Offenlegung der Rechtsfindung

Wie die Rechtsfindung vonstatten geht, die der Entscheidung konkreter Rechtsfälle vorgeschaltet ist, ist primär von fachjuristischem Interesse. Jeder Jurist muß sich Rechenschaft darüber ablegen, was er tut, wenn er solche Entscheidungen trifft. Aber die Bedeutung der Frage reicht darüber hinaus. Ebenso wie das Recht alle angeht und nicht nur seine professionellen Verwalter, hat auch die Methode der Rechtsfindung Einfluß auf die Regulierung rechtlicher Konflikte, in die jeder verwickelt werden kann und oft genug auch wird. In einer offenen, auf rationale Problemlösung abzielenden Gesellschaft darf man erwarten, daß die dafür erforderlichen Operationen weder in einer Arkansprache verborgen noch auf sonstige Weise dem Blick entzogen werden. Was Recht ist und wie es im Streitfall ermittelt wird, sollte vielmehr ebenfalls offen sein – im Idealfall gegenüber einem universalen Publikum, mindestens jedoch gegenüber den betroffenen Bürgern selbst. Denn gelingt es, wie man gesagt hat, den gelehrten Juristen nicht, „ihre professionellen Erkenntnisse und Techniken so zu formulieren und zu vermitteln, daß sie den beteiligten Laien ...verständlich werden,... so werden die Laien von der Rechtserkenntnis und damit vom Recht ausgeschlossen“, sie sind dann „nur noch ‚Objekte‘ des Verfahrens, nicht aber – aktiv – Beteiligte“.¹ Wenn auch die Forderung nach allgemeiner Verständlichkeit aller juristischen Details utopischer Natur sein mag – die Forderung nach größtmöglicher Verständlichkeit ist für das real gelebte Recht unabdingbar. Es sind daher goldene Worte, wenn ein neuerer Autor schreibt: „Da juristische Entscheidungen unmittelbar im Leben fühlbare Effekte haben, ist ihre Herleitung den Betroffenen zu erläutern...Wiewohl Wissenschaft,

¹ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 21. Wie Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, 27 ff. darlegt, ist diese Ansicht in Frankreich (noch) nicht durchgedrungen. Indem die Cour de cassation ihre Entscheidungen dem Bürger gegenüber nicht rechtfertigt, verkenne sie „die grundsätzlich gleichberechtigte Stellung des mündigen Bürgers in einer demokratischen Gesellschaft“ und beanspruche „für sich eine Sonderrolle, die ihr in einem modernen Rechtsstaat nicht zukommen k[önne]“ (34).

darf die Jurisprudenz also die Rückbindung an das vorwissenschaftliche, allgemeingellschaftliche Rechtsbewußtsein nicht verlieren: Das wissenschaftliche Recht bleibt, wenn es effektives Recht der bürgerlichen Gemeinschaft bleiben soll, auf eine wenigstens potentielle Beteiligung der Normadressaten angewiesen, auch wenn diese weder aktuell noch lückenlos für jedes rechtstechnische Detail gegeben sein muß.“²

Dem Postulat größtmöglicher Offenheit wird das geltende deutsche Recht nicht in jeder Beziehung gerecht. Obgleich es die Geheimniskrämerei früherer Epochen hinter sich gelassen hat, liegt nach wie vor manches wie hinter einem Schleier verborgen. Das hat freilich andere Gründe als ehemals.

1. Rechtliche Arkana früher und heute

Vom älteren römischen Recht wird berichtet, daß die zuständigen Sakralbeamten (Pontifices) die Liste der Klageformeln geheim verwahrten. Erst nachdem Gnaeus Flavius durch den wohl ersten Datendiebstahl der Weltgeschichte dieses Rechtsgeheimnis offengelegt hatte, konnte jedermann sehen, was es damit auf sich hatte. Mag diese Geschichte wahr sein oder nicht – sie macht deutlich, daß das Recht ursprünglich als ein Arkanum behandelt wurde, in das nur wenige eingeweiht waren. Die Hüter dieses Geheimnisses zeigten nur geringe Neigung, ihr Wissen mit anderen zu teilen – war es doch Herrschaftswissen, auf dem ein Gutteil ihrer Macht beruhte! Wer an diesem Zustand etwas ändern wollte, mußte einen Bruch mit dem Überkommenen und seinen Bewahrern riskieren.

Im Unterschied dazu stehen die Bibliotheken des Rechts heute jedermann offen.³ Von dieser Seite her besteht also kein Hindernis mehr, sich über das Recht kundig zu machen. Allerdings ist die Gesetzessprache nach wie vor vielen unverständlich und die Methode des Umgangs mit den Gesetzen nicht minder. Verglichen mit der Zeit, als man im Gefolge der Rezeption des römischen Rechts häufig mit lateinisch geschriebenen Rechtsquellen konfrontiert war, hat sich zwar vieles zum Guten verändert. Nachdem das römische Recht durch nationalsprachliche Kodifikationen abgelöst worden war, wurde indessen ein Sprachstil entwickelt, der dem juristischen Laien ebenfalls fremd blieb. Ein abgehobener Jargon, gespickt mit ungeläufigen Begriffen und Wendungen, bemächtigte sich der Gesetzes- und der juristischen Fachsprache, so daß der Bürger nach wie vor unmündig gehalten wurde. Heute, im Zuge der Europäisierung des nationalen Rechts, sind wir erneut damit konfrontiert, daß maßgebende Rechtstexte teilweise in fremden Sprachen verfaßt sind und der Übersetzung bedürfen. Ganz davon abgesehen sind diese Texte zum Teil so formuliert, daß selbst Juristen

² Ernst, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 3 (13 f).

³ Verschiedentlich allerdings noch nicht gar so lange: In der DDR wurde das Recht z. T. nach wie vor geheimgehalten. Brisante Steuergesetze waren im Gesetzblatt an der angegebenen Stelle nicht abgedruckt, sondern existierten nur als nicht im Handel erhältliche Sonderdrucke, vgl. die im GBl DDR 1970 I, 362 eingeklebten Einlagen. Ebenso durften keine steuerrechtlichen Lehrbücher veröffentlicht werden. Eine Sammlung der DDR-Steuergesetze wurde erst nach der 1990 erfolgten Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten veranstaltet: Schulz/Hauschild (Hrsg.), DDR-Steuergesetze, 1990.

nicht froh damit werden können. Daß die Gesetze als solche dank Buchdruck und Internet frei zugänglich sind, ist zweifellos ein Fortschritt, der nicht gering zu veranschlagen ist. Aber dies ist im Grunde nur der erste Schritt, um die Rechtsfindung für jeden zum Denken befähigten Bürger zu einem rational nachvollziehbaren Vorgang zu machen. Auch wenn alle Gesetze in der Landessprache verfaßt, verständlich formuliert und jedem bekannt wären, würde dies nichts daran ändern, daß der Schlüssel zur Rechtsfindung, ohne den alles Normwissen häufig nichts nützt, tief in der *juristischen Methodenlehre* verborgen liegt. Zu dieser aber haben Außenstehende auch heute noch kaum Zugang. Im Hinblick darauf, daß das Recht in gewissem Sinn auf die Teilnahme aller angewiesen ist, ist das ein mißlicher Zustand: „In der Rechtsfrage als solcher ist niemand Laie“;⁴ er sollte daher auch nicht mittels einer für ihn unzugänglichen Methodenlehre vom Diskurs über das, was Recht ist, ausgeschlossen werden.

2. Die Crux mit der juristischen Methodenlehre

Die Bedeutung, die der juristischen Methodenlehre für die Rechtsfindung zukommt, könnte bei Kritikern dieses Befundes leicht den Wunsch entstehen lassen, daß deren Regeln und Argumentationsmuster in ähnlicher Weise öffentlich festgestellt würden wie der Text eines Gesetzes bei seiner Verkündung. Dann, so möchte man meinen, könnten sich alle vorab darüber informieren, mit welchen Argumentationsmustern sie im Falle eines Falles zu rechnen haben. Wie historisch versierten Juristen bekannt ist, hat Valentinian III. durch sein 426 n.Chr. erlassenes Zitiergesetz, mit dem er eine formalistische Rangordnung der künftig für allein maßgebend erklärten rechtlichen Autoritäten dekretierte, einen solchen Versuch in der Tat unternommen. Allerdings wissen wir heute auch, daß gesetzliche Auslegungsregeln dieser Art „Denkmäler gesetzgeberischer Naivität“ sind.⁵ Man stellt sich die Rechtsanwendung zu einfach vor, wenn man glaubt, sie auf solche Weise einhegen zu können.⁶ Daran ändert auch der Umstand nichts, daß es kodifizierte Interpretationsregeln im kontinentaleuropäischen Ausland nach wie vor gibt.⁷

⁴ *Jakobs*, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht, 42 f.

⁵ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 117.

⁶ Lebensklug demgegenüber die Verfasser des BGB, Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1888, 15: „In dem Entwurfe ist von jeder einschlagenden Vorschrift Abstand genommen... Der Gesetzgeber, welcher den Versuch macht, Regeln dieser Art in Gesetzesparagrafen einzukleiden, disponiert nicht, sondern unterweist. Dazu kommt, daß die richtige Fassung allgemeiner rechtswissenschaftlicher Sätze in der knappen Form des Gesetzes mit schwer zu überwindenden Schwierigkeiten zu kämpfen hat; statt die Auslegung zu fördern, können solche Sätze leicht zu Problemen für die Auslegung werden.“

⁷ *Grabau*, Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation, 80 ff, 189 ff; *Wendehorst*, *RabelsZ* 75 (2011), 730 (735 ff), zusammenfassen 761: „Die praktische Bedeutung der Methodennormen für den Prozeß der Rechtsfindung ist überwiegend gering. Ein Blick auf ihre geschichtliche Entwicklung zeigt, daß es sich in erster Linie um politische Normen handelt, die den staatlichen Herrschaftsanspruch untermauern, Gewaltenteilung zwischen Judikative und Legislative sichern, historische Mißstände beseitigen, ein Bekenntnis zu naturrechtlichen Anschauungen liefern oder die Kodifikationsidee stärken sollten.“

Verglichen mit der Regelung Valentinians, käme erschwerend hinzu, daß sich heute nicht allein diverse Meinungen einzelner Koryphäen, sondern außerdem höchst unterschiedliche methodische Denkansätze gegenüberstehen, die erst einmal verstanden und bewertet sein müssen, bevor man daran gehen kann, hier Ordnung und Übersicht zu schaffen. Angefangen von dem bekannten Bonmot „Methode studiert man nicht, Methode hat man“ bis hin zu formal hochgezüchteten und daher meist praxisuntauglichen Theorien findet man im Angebot der modernen juristischen Methodenlehre eine überreiche Palette von Möglichkeiten. In der Juristenausbildung werden leicht faßliche „Daumenregeln“ vermittelt, die im Ernstfall freilich nicht das halten, was sie versprechen; aber mit Anspruchsvollerem glaubt man das Reflexions- und Erfahrungsniveau dieser Alterskohorte zu verfehlen. Praktiker in den unteren Chargen schwören auf eine „Praxis“, die ihnen im Laufe ihrer Tätigkeit zugewachsen sei, letztlich also auf judizielle Erfahrung, mit deren Hilfe es möglich sein soll, das Ergebnis eines methodischen Diskurses intuitiv vorwegzunehmen.⁸ An den Obergerichten dominiert eine gehobene Schuldoktrin, der erkennbar Darstellungsfunktion zukommt und die daher nicht immer Einblick in die eigentliche Gedankenwerkstatt gibt. In der Rechtswissenschaft dagegen entwickeln hochspezialisierte Theoretiker um so ausgefeiltere Rechtsfindungs- und Argumentationsmodelle, die wie geschaffen erscheinen, um auch triviale Denkopoperationen exorbitant zu erschweren, und von denen man daher nicht weiß, was davon im forensischen Alltag Widerhall findet oder auch nur finden kann.⁹ So gut wie alle jedoch vergewissern sich, wenn es ernst – und das heißt für gewöhnlich: konkret – wird, vorsichtshalber zunächst einmal anhand der einschlägigen Gesetzeskommentare darüber, was die „herrschende Meinung“ – im Klartext: der Troß der Bundesgerichte und ihrer Claqueure – zu einem Problem sagt, die meisten, um sich dieser Meinung, soweit sie ermittelt werden kann, mehr oder weniger bereitwillig anzuschließen, einige aber doch auch, um die Suche nach dem „wahren“ Inhalt des Gesetzes auf je eigene Weise fortzusetzen. Im Ergebnis jedenfalls steht die Rechtswissenschaft auch heute noch im Ruf, eine Disziplin eigener Art zu sein, von Juristen gemacht und für Juristen bestimmt, ein Hort sprachlicher und handwerklicher Traditionen, zu dem ein Außenstehender schwerer Zugang findet als zu jeder anderen Wissenschaft. Vor Zeiten hat Hermann Kantorowicz von einer nur dem Juristen verständlichen „Geheimtechnik“ gesprochen.¹⁰ Dieses Verdikt hat – *mutatis mutandis* – auch heute noch seine Berechtigung.¹¹

⁸ Zum *Judiz Gröschner*, JZ 1987, 903.

⁹ Dazu *Esser*, *Studium Generale* 12 (1959), 97: „Von dem, was die Hochschule vermittelt, geht fast nur die technische Argumentations- und Begründungsweise in den Besitz des künftigen Praktikers über...“ Ernüchternd auch die Äußerung des Schweizer Bundesrichters *Seiler*, *Praktische Rechtsanwendung*, 2: „Es scheint, daß man als Rechtspraktiker vermeiden sollte, seine knappe Zeit mit der ohnehin unnützen Lektüre von Werken über Rechtstheorie und juristische Methodenlehre zu verschwenden.“

¹⁰ *Kantorowicz*, in: *Gnaeus Flavius*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 7.

¹¹ Vgl. *Kilian*, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, 57.

Daß Juristen in der Lage zu sein scheinen, mit all dem professionell umzugehen und kluge, wenn auch nur ihnen verständliche Bücher darüber zu schreiben, kann im disziplinenübergreifenden Diskurs nicht genügen. Hier kommt es, wie man zutreffend konstatiert hat, nicht darauf an, „daß eine respektable, ihren eigenen Standards entsprechende Forschung betrieben wird, sondern *wie* sie im allgemeinen Wissenschaftsverständnis präsentiert ist und sich an den Prozessen seines Wandels beteiligt“.¹² Das läßt sich letztlich nur dadurch dartun, daß man durch diese Meinungsvielfalt einen auch für interessierte Laien nachvollziehbaren Weg bahnt und in unpräntiöser Sprache darlegt, wie eine *rationale Rechtsfindung* im Prinzip vor sich geht oder nach Maßgabe bestimmter Kriterien jedenfalls vor sich gehen sollte.¹³

Diese Aufgabe ist auch für denjenigen nicht leicht, der eine klare Diktion liebt und Vereinfachungen nicht scheut. Denn Hindernisse gibt es in Fülle und keineswegs nur solche, die aus der Vielfalt der Meinungen resultieren, sondern auch andere, die mit dem Gegenstand selbst zusammenhängen. Wer als Wissenschaftstheoretiker dem rechtsdogmatischen und justiziellen Betrieb, den jede juristische Methodenlehre im Blick haben muß, selbst fernsteht, muß damit rechnen, daß er die realen Probleme und Nöte dieses Genres nur partiell versteht, die dort vorausgesetzten Erfahrungen und Usancen nicht kennt, die kursierenden Selbstdarstellungen und Immunisierungsstrategien nur unzureichend durchschaut und bei all dem auch damit zu kämpfen hat, daß er mangels eigener Vertrautheit mit der Materie eine praktikable Alternative kaum aufzeigen kann. Bloße Kritik indessen, und sei sie auch noch so fundiert, kann auf diesem Feld nicht genügen. Denn zumindest der praktisch tätige Richter steht unausweichlich unter Entscheidungszwang, und die an seinem Vorgehen geübte Kritik nützt ihm solange nichts, wie ihm nicht ein besserer Weg gewiesen wird. Wer die Rechtsdogmatik dagegen als sein eigentliches Geschäft betreibt, ist auf das herkömmliche Verfahren der Rechtsfindung vielleicht gerade zu gut eingespielt, zu gut nämlich, um sich des Besonderen daran, was anderen als problematisch erscheint, hinreichend bewußt zu werden und ihm mit der gebotenen Distanz begegnen zu können. Sowohl eine zu geringe wie auch eine zu große Vertrautheit mit dem realen Betrieb kann sich für eine fruchtbare Methodenkritik und ebenso auch für die Ausformulierung eines brauchbaren Gegenmodells als Hindernis erweisen. Das eine kann zu einer weiteren abgehobenen Theorie verleiten, die in den Niederungen des Alltags „nicht greift“, das andere zu einer unbedachten Überhöhung dessen, was man womöglich selbst betreibt und was sich daher, wie man vielleicht meint, „bewährt habe“.

¹² Schmidt-Assmann, JZ 1995, 2 (4).

¹³ Treffend zur Abgehobenheit vieler akademischer Theorien Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 14: „Die Übersetzung in die gehobene Alltagssprache des Normaljuristen führt meistens zur Ernüchterung.“

II. Juristische Methodenlehre als spezielle Wissenschaftstheorie

Um beiden Gefahren zu entgehen, bietet sich im Grunde nur an, daß die Rechtsdogmatik sich fremder Hilfe bedient und die rechtliche Sachkunde mit dem theoretischen „know how“ einer etablierten Wissenschaftstheorie zu kombinieren versucht. Die Beteiligung juristischer Erfahrung läßt bei einem solchen Vorgehen erwarten, daß die Ergebnisse sich in einem für Juristen akzeptablen Rahmen bewegen, anders ausgedrückt: daß sie „praktikabel“ erscheinen, auch wenn sie von der überkommenen Auffassung abweichen. Auf der anderen Seite darf man so am ehesten auf belastbare Vorgaben bei der Beantwortung der Frage hoffen, was methodisch verantwortbar gesagt werden kann und was nicht. Die folgenden Erörterungen unternehmen gleichsam die Probe aufs Exempel, indem sie sich an den *kritischen Rationalismus* anlehnen, wie er von Karl Popper entworfen und von Hans Albert und anderen weiter ausgearbeitet wurde. Dabei handelt es sich um eine Erkenntnis-, Wissenschafts- und Handlungstheorie, die sich wie keine andere Produkt und Werkzeug einer offenen Gesellschaft versteht und von der daher vermutet werden darf, daß sie auch der Theorie der Rechtsfindung einer solchen Gesellschaft weiterführende Impulse vermitteln kann. An dieser Stelle müssen dazu einige Andeutungen genügen. Eine ausführlichere Darstellung findet sich in § 5 dieser Abhandlung.

1. Kritischer Rationalismus als Leitidee

Ursprünglich war der kritische Rationalismus, ähnlich wie die moderne Wissenschaftstheorie überhaupt,¹⁴ nur zur Erklärung empirischer, namentlich naturwissenschaftlicher Erkenntnis bestimmt¹⁵ und hat erst in der Folge auch andere Wissenschaften beeinflusst. Der Jurisprudenz ist er, von vereinzelt Ansätzen abgesehen,¹⁶ bisher fremd geblieben. Für jeden, der weiß, welchen Göttern die Rechtswissenschaft in den Jahren seit dem Aufkommen des kritischen Rationalismus (1934) stattdessen gehuldigt hat, dürfte das nicht weiter verwunderlich sein. Die bisherige Abstinenz kann daher nicht als Grund angeführt werden, der es hindern könnte, einmal genauer auszutesten, was der kritische Rationalismus für die Theorie der Rechtsfindung zu leisten vermag.

Entsprechend dem doppelten Anliegen dieser Untersuchung geht es dabei um ein zweifaches Ziel: Einmal darum, daß der rationale Gehalt der Rechtsfindung den Vertretern anderer Wissenschaften und sonst interessierten Kreisen nahegebracht wird, die sich unter „Rechtsfindung“ häufig wenig vorstellen können. Wenn man will, könnte man auch sagen: den legitimen Standort der praktischen Rechtswissenschaft im Kreis der modernen Wissenschaften zu bestimmen. Das andere Ziel besteht dar-

¹⁴ Vgl. Lauth/Sareiter, *Wissenschaftliche Erkenntnis*, 11 und 13: „Gegenstand der Wissenschaftstheorie sind die logischen, methodologischen und erkenntnistheoretischen Grundlagen der empirischen Wissenschaften.“

¹⁵ Popper, *Logik der Forschung*, 3 ff.

¹⁶ Vgl. unten § 5 Fn. 15.

in, auch den Rechtsanwendern selbst zu einem geläuterten Verständnis ihrer Tätigkeit zu verhelfen und sie bei ihrem Bemühen um eine methodisch sowohl fundierte wie auch limitierte Praxis zu unterstützen. Das erste ist mit dem zweiten eng verknüpft; denn wer sich anderen verständlich machen will, muß sich zunächst einmal selbst mit deren Augen sehen. Das geht nicht ab, ohne sich anders und besser zu verstehen als zuvor. Mit diesen beiden Zielen ist der Zweck der vorliegenden Untersuchung umrissen. Alles, was damit nicht unmittelbar zusammenhängt, dient nur der Vor- oder Nachbereitung, der weiteren Ausführung oder der Illustration der Hauptuntersuchungspunkte und der zentralen Aussagen.

2. *Verbindung von Deduktion und Invention*

Eine Orientierung von Rechtsdogmatik und juristischer Methodenlehre an den Grundsätzen des kritischen Rationalismus zeigt manches in einem veränderten Licht. Das heißt nicht, daß es auch in der Sache neu wäre; einiges davon wird sich vielmehr als in anderer Form durchaus bekannt erweisen. Das ist eine Erfahrung, die man auch anderwärts machen kann: Wer sich entschließt, einen Weg abseits der allgemeinen Heeresstraße einzuschlagen, stößt nicht selten auf Vorläufer, die bisher anders verbucht wurden, im Rahmen des eigenen Unternehmens aber erst ihre wahre Bedeutung zu entfalten scheinen. So ist auch vieles von dem, was hier mit Hilfe des kritischen Rationalismus zu einem neuen Bild zusammengefügt wird, im Grunde seit langem bekannt und nur anders beschrieben oder eingeordnet worden. Um nur das Wichtigste davon anzudeuten: Nach der traditionellen Schuldoktrin müßten die im Zuge der Rechtsfindung getroffenen Entscheidungen *deduktiv* aus normativen Vorgaben abgeleitet werden. In der Vergangenheit hat sich die Kritik jedoch immer wieder daran entzündet, daß sich die Rechtsfindung häufig anders vollzieht, als es *de lege artis* der Fall sein müßte. Angefangen von Oskar Bülow über die Freirechtsschule bis hin zur Neubelebung der Topik durch Theodor Viehweg haben Kritiker auf die Bedeutung der *produktiven Invention* bei der Rechtsfindung hingewiesen. Dies ist daher kein Novum. Nur ist es bisher nicht gelungen, den wissenschaftlich legitimen Ort und Stellenwert dieser Invention im Rahmen der Gesetzesauslegung überzeugend zu bestimmen und sie in eine lehrbare „Technik“ der Rechtsfindung einzubauen. Es blieb bei Betrachtungen und Bemerkungen, die sich nie zu einer elaborierten und zugleich praktikablen Theorie verdichten konnten. Infolgedessen stand man stets in der Versuchung, unter Berufung auf intuitive Eingebungen den Nutzen deduktiver Argumentation überhaupt zu leugnen und die vermeintlich „voluntativen“ Aspekte der Rechtsfindung zu verabsolutieren. Das aber war der falsche Weg. Denn ebenso wie es zuwenig ist, die Rechtsfindung ausschließlich mit dem Denkmuster einer objektiven, formalen Deduktion zu erklären, ist es auf der anderen Seite zuviel, ausnahmslos alles auf eine subjektive „Dezision“, „Wertung“ oder „Abwägung“ zurückzuführen. Hier stellt der kritische Rationalismus eine andere Perspektive zur Verfügung; denn er eröffnet die Möglichkeit, *Deduktion und Invention* auf theoretisch wie praktisch annehmbare Weise *miteinander zu verbinden*. Bei der Ausfüh-

zung dieses Unternehmens wird sich zeigen, daß eine Reihe von Einzelerkenntnissen, die bisher isoliert voneinander standen, nach einem durch den kritischen Rationalismus inspirierten Bauplan zu einem rechtsmethodischen Gesamtbild zusammengefügt werden kann. Altbekanntes erscheint dadurch in neuem Licht.

Nur der Vollständigkeit halber möchte ich an dieser Stelle einen Vorbehalt einschleichen, der sich eigentlich von selbst versteht: Wenn das hier in Angriff genommene Unternehmen nicht zur Überzeugung des Lesers ausfallen sollte, so darf dies nicht der Theorie des kritischen Rationalismus angelastet werden. Denn diese wird hier durch einen „Nur-Juristen“ gewissermaßen improvisierend herangezogen und ohne daß ihre kompetenten Fachvertreter dabei unterstützend oder korrigierend eingreifen könnten. Vielmehr wäre ein solcher Mißerfolg allein dem Verfasser selbst anzulasten, sei es, weil er den Versuch mit unzureichenden Mitteln unternommen oder ihn sonst fehlerhaft ausgeführt hat. In diesem Fall schiene es mir jedoch wünschenswert, daß ihn Berufene unter günstigeren Voraussetzungen wiederholen. Denn die Sache dürfte es wert sein, daß man sie nicht vorschnell aufgibt.

3. Rechtsdogmatik als Wissenschaft

Wie bereits angedeutet, wurde der kritische Rationalismus für die juristische Methodenlehre und Dogmatik nicht konzipiert und bedarf daher einiger Modifikationen, um darauf anwendbar zu sein. Aber das allein genügt nicht. Gelingen kann eine solche Übertragung nur dann, wenn die Rechtsdogmatik, ungeachtet aller Zweifel, die daran geäußert wurden, bereits jetzt auf dem Weg zu einer Wissenschaft begriffen ist oder wenigstens so beschaffen ist, daß sie mit geeigneten Mitteln zu einer Wissenschaft gemacht werden kann.¹⁷ Denn wo es auf methodisch gesicherte Weise nichts zu wissen gibt, vermag auch die Wissenschaftstheorie daran nichts zu ändern. Über die Wissenschaftlichkeit oder auch nur Wissenschaftsfähigkeit der Rechtsdogmatik besteht indessen nicht überall Konsens. In den USA etwa ist die Rechtsfindung weitgehend den Praktikern überlassen, für angehende Rechtswissenschaftler gelten, wie berichtet wird, dogmatische Arbeiten als karriereschädlich, einen Dialog zwischen wissenschaftlicher Rechtsdogmatik und Rechtspraxis gibt es dementsprechend nicht.¹⁸ Über den Wissenschaftscharakter der Rechtsdogmatik ließe sich daher leicht eine Endlosdebatte führen.¹⁹ Wir werden in späterem Zusammenhang darauf zurückkommen. Einstweilen mag die Feststellung genügen, daß die Rechtsdogmatik als eine der drei höheren Wissenschaften (Theologie, Jurisprudenz und Medizin) lange Zeit einmal prägend für das Bild von Wissenschaft überhaupt war, daß sich die deutsche Rechtsdogmatik seit dem 19. Jahrhundert erneut dezidiert als Wissenschaft verstanden hat,²⁰ aufgrund ihrer universitären Organisation auch institutionell als

¹⁷ Vgl. dazu *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 353–366.

¹⁸ *Dedek*, JZ 2009, 540; *Somek*, JZ 2016, 481.

¹⁹ Vgl. nur § 2 Fn. 81.

²⁰ Zu den geisteswissenschaftlichen Aspekten dieses Anspruchs vgl. *Rothacker*, Einleitung in die Geisteswissenschaften, 37 ff; *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 307 ff.

Wissenschaft anerkannt wird und nicht zuletzt auch unter den Wissenschaftsbegriff i.S. von Art. 5 III 1 GG fällt. Mit dem Verweis hierauf tut man im Grunde nichts anderes, als daß man den Anspruch ernstnimmt, mit dem die Rechtsdogmatik hierzulande aufgetreten ist und nach wie vor auftritt und dem sie zugleich ihr bisheriges Renommée verdankt. Man sollte daher meinen, daß die Rechtsdogmatik nicht gänzlich auf anderen Grundlagen beruhen kann als andere Disziplinen, deren Wissenschaftscharakter unangefochten ist, sondern mit diesen Gemeinsamkeiten aufweisen muß. Mögen diese auch im Bereich des Allgemeinen und Grundsätzlichen liegen – entscheidend ist, daß es sie gibt und auch geben soll. Dies genügt, um von der Rechtswissenschaft eine ähnliche Disziplinierung des Denkens und Argumentierens zu erwarten, wie sie in anderen Wissenschaften gefordert wird.

Für das Gelingen des hier in Angriff genommenen Unternehmens reicht es freilich nicht aus, solche Gemeinsamkeiten nur zu behaupten oder zu vermuten und sich dafür auf die Urteile vermeintlicher Autoritäten zu berufen; sie müssen tatsächlich vorhanden sein. Denn nur dann ist zu erwarten, daß die Rechtsdogmatik anerkannten wissenschaftstheoretischen Anforderungen zu genügen vermag. Das ist nicht für jede Tätigkeit der Fall, die darauf abzielt, das Recht für die Bedürfnisse der Praxis aufzubereiten. So wie die Dinge liegen, setzt die Rechtsfindung heute am staatlichen Gesetz an. Versteht man dieses als Ausdruck einer im Grunde irrationalen Dezision, so lassen sich daraus – nimmt man diese Qualifikation ernst – nur schwer weiterführende rechtliche Erkenntnisse gewinnen. Näher kommt man diesem Ziel indessen dann, wenn man das Gesetz, das sich im ersten Zugriff als bloßes Faktum darstellen mag, gedanklich modelliert und dabei als eine originär rechtliche Erscheinung interpretiert. Eine wichtige Weichenstellung auf diesem Weg besteht darin, daß man die *Gesetzgebung* als ein *Rechtserkenntnisverfahren* begreift und im Gefolge hiervon die *Gesetzesauslegung* als Suche nach einer ebenfalls den *Bedingungen einer Erkenntnis* entsprechenden Problemlösung. Das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren macht es leicht, diesen Schritt zu vollziehen, weil es der darin liegenden Idealisierung entgegenkommt. Wir werden an späterer Stelle ausführlich darauf zurückkommen.²¹

Mit diesem Schritt ist unausweichlich ein zweiter verknüpft, dessen Bedeutung eher noch weiterreicht. Dient das Gesetzgebungsverfahren der Erkenntnis des Rechts, so ist das Gesetz entgegen positivistischer Auffassung nicht *Entstehungs-*, sondern bloß *Erkenntnisquelle* des Rechts. Die Spannung zwischen Gesetz und Recht ist dann kein bloßer Ausnahmefall, sondern dem Gesetz von vornherein eingeschrieben. Sie äußert sich in allen Versuchen, das Gesetz „sinnvoll“ – nämlich rechtlich stimmig – auszulegen und als Mosaikstein eines die einzelnen Gesetze transzendierenden ideellen Ganzen, nämlich des *Rechts*, zu begreifen. Dieses Recht kommt nach gängiger Auffassung nur bei der „Lückenfüllung“, der Analogie und der teleologischen Reduktion zum Vorschein, wo es die Rechtsfindung auch dann noch leiten soll,

²¹ Vgl. unten § 2 III 3.

wenn die Steuerungsfunktion des Gesetzes versagt. In Wahrheit ist es als der Gedanke der Rechtsrichtigkeit auch bei allen anderen rechtlichen Operationen gegenwärtig. Aber auch davon später mehr.

III. Das Spektrum der juristischen Methodenlehre

1. Anstoß zur Umorientierung

Die Orientierung an der Theorie des kritischen Rationalismus kann keine Patentlösung für alle Fragen verbürgen, welche die Gesetzesauslegung betreffen. Dazu sind diese zu vielgestaltig und weitgespannt. Angefangen von den verschiedenen Dimensionen der Rechtsquellenlehre und deren Bedeutung für die Auslegungsziele sowie die herkömmlichen Auslegungsregeln und -techniken, den Problemen der rechtlichen „Wertung“ und der normativen Abwägungsgebote, dem Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Prinzipien und Generalklauseln bis hin zu den bereichsspezifischen Besonderheiten des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts umfaßt die Gesetzesauslegung ein breites Spektrum von Fragen, das nicht nur eng mit der Rechtsdogmatik verknüpft ist, sondern auch Grundlagen- und Nachbarwissenschaften miteinbezieht. Eine Stellungnahme zu all dem zusammen würde ein methodisches Handbuch erforderlich machen. Vorstehend ist allein die Einführung und Erprobung eines veränderten wissenschaftstheoretischen Leitbildes anhand ausgewählter Problembereiche beabsichtigt, also nicht die Ausarbeitung einer juristischen Methodenlehre im vollen Sinn dieses Wortes, sondern lediglich ein Beitrag zu einer solchen oder genauer: der Anstoß zu einer Umorientierung oder vielleicht auch nur Umakzentuierung, der weiterer Ausführung sowohl fähig als auch bedürftig ist. Dabei orientieren wir uns grundsätzlich am Beispiel eines *Gesetzes im klassischen Sinn* dieses Wortes, also an einem sachverhalts- und rechtsfolgenah formulierten *Konditionalprogramm*, wie es die Rechtsdogmatik nach wie vor dominiert, und lassen Gesetze, die eine materielle Gesetzesbindung des Rechtsanwenders im Grunde gar nicht anstreben, prinzipiell beiseite.²² Diese werfen andere Probleme auf, weil sie weniger zur Rechtsfindung nach Maßgabe des Gesetzes anleiten als vielmehr zur außergesetzlichen Rechtsfindung legitimieren wollen und daher die Wissenschaft nicht so sehr auf die Erforschung der gesetzesgebundenen Subsumtion als vielmehr auf die Auseinandersetzung mit der unter solchen Vorzeichen entstandenen Praxis verweisen.

Ungeachtet dieser Beschränkung wird es sich nicht vermeiden lassen, bei manchen Punkten weiter auszuholen und Fragen zu erörtern, die mit dem eigentlichen Gegenstand dieser Untersuchung nicht unmittelbar zusammenhängen, aber gleichwohl angesprochen werden müssen, weil unabhängig hiervon die Erörterung einer Rechtsfindung durch „Konstruktion und Kritik“, durch vorgreifende Invention und nachträglich kontrollierende Ratio schwer möglich ist. Desweiteren müssen Vorläufer und verwandte Bestrebungen in den rechten Kontext gestellt und mit den gebotenen

²² Vgl. jedoch unten § 5 III.

Änderungen in das modifizierte Rechtsfindungsmodell eingeordnet werden. Dagegen kann der argumentative Fundus, der sich in den dogmatisch gut erschlossenen Gebieten namentlich des Zivil- und des Zivilprozeßrechts angesammelt hat, hier allenfalls stichprobenweise auf den Prüfstand genommen werden; denn niemand wird glauben, daß man eine vielfach durchgearbeitete Materie durch eine veränderte Methode gleichsam im Handumdrehen ebenfalls verändern könne. Realistisch ist allein die Annahme, daß wissenschaftstheoretische Weichenstellungen dazu anregen können, alte Fragen in veränderter Form neu aufzunehmen. Ob und wie sich dies auf die Antworten auswirkt, ist dabei schwer abzusehen. Wenn die Rechnung stimmt, geht langfristig mit einer rationalisierten Methode jedoch auch im Ergebnis ein Rationalitätsgewinn einher.

2. Klare Wegweisung, aber nicht Exaktheit um jeden Preis

Kausalgesetzlich gesehen gehen rechtliche Entscheidungen aus einem Bündel sehr unterschiedlicher Faktoren und Erwägungen hervor. Daran können sich die verschiedensten nomologischen Wissenschaften abarbeiten und das Wirken dieser Faktoren erklären oder kategorial strukturieren, ohne das Recht als solches – d. h. als Versuch, so etwas wie Gerechtigkeit zu realisieren – in den Blick zu nehmen. Im Unterschied dazu besteht die Aufgabe der juristischen Methodenlehre darin, einen Weg der Entscheidungs*findung* aufzuzeigen, der sich *juristisch rechtfertigen* läßt. Indem der Interpret eines Gesetzes diesem Weg folgt, sollen – so die Hoffnung – nicht-rechtliche Faktoren rechtlich überformt oder ausgefiltert werden. Wo die Rechtsfindung zwingend auf ein Gesetz gestützt werden muß, werden etwa Überlegungen ausgeschieden, die den gesetzlichen Filter nicht zu passieren vermögen; wo der objektiven Gesetzesauslegung der Vorrang vor der subjektiven eingeräumt wird, wird der unmittelbare Einfluß der Politik auf die Rechtsfindung reduziert; wo die historische Auslegung vom Thron gestoßen wird, wird die Macht der Vergangenheit über die Gegenwart gebrochen usw. Die gesuchte Entscheidung wird dabei in dem Maße eingegrenzt, wie den zu solchen Positionen vorhandenen Alternativen eine Absage erteilt wird. Wo man dagegen einem „Sowohl – als auch“ den Vorzug gibt und die Gegensätze (wie z. B. subjektive und objektive Auslegung, historische und problembezogene Auslegung) miteinander zu vermischen sucht, entsteht eine zwielfichtige Situation, welche die mit der Ausdifferenzierung an sich verbundene Wegweisung zunichte macht.

Ein Mißverständnis wäre es freilich, die Rationalität einer methodisch geleiteten Rechtsfindung ausschließlich in deren *formaler Exaktheit* erblicken zu wollen. Vielen scheint zwar aus wissenschaftsimmanenten Gründen die Entwicklung einer allen Wissenschaften gemeinsamen Fachsprache unverzichtbar zu sein.²³ Das Juristen-deutsch ist jedoch, wie man zu Recht konstatiert hat, „keine bewußt durchkonstruierte Fachsprache, sondern eher eine historisch gewachsene subkulturelle Variante

²³ Lorenzen, Theorie der technischen und politischen Vernunft, 116 f, 156 f.

der Alltagsprache“. ²⁴ Es gibt gute Gründe, daran auch künftig festzuhalten. Das ideale Ziel, die Rechtsfindung möglichst allen Bürgern verständlich zu machen, ist in einer Demokratie nicht verhandelbar. Ganz davon abgesehen, würde eine „exakte Rechtsfindung“ den Erlaß von möglichst unelastischen Rechtsnormen erforderlich machen, von Normen also, die statische Anwendungsbedingungen voraussetzen und die Möglichkeit sozialen Wandels ignorieren. ²⁵ In einer in steter Veränderung begriffenen Welt, in der auch die geregelten Sachverhalte dem Wandel unterliegen, würde dies das unaufgebbare Ziel rechtlicher Normativität, nämlich Gleiches gleich und Ungleiches je nach dem Maß seiner Ungleichheit verschieden zu behandeln, erheblich erschweren und den Versuch, den Rigor der Macht durch den Gedanken des Rechts zu begrenzen, ebenso. Wie man sarkastisch bemerkt hat, würde ein Rechtsprechungscomputer, der „nur ein einziges Mal per saecula saeculorum programmiert wird, ...auch den unerschütterlichsten Positivisten das Gruseln lehren“. ²⁶ Im Verlauf dieser Untersuchung wird sich zeigen, daß es der kritische Rationalismus erlaubt, die Rechtsfindung in anderer Weise als durch die Maximierung einer vermeintlichen Exaktheit zu rationalisieren, nämlich durch das Verfahren der prinzipiell unbegrenzten Kritik an ihren Resultaten. Nicht Festschreibung durch kritikimmunisierte Begründungen ist hierbei das Ziel, sondern Verbesserung durch freie Invention und anschließende Kritik. Die hauptsächliche Überzeugungskraft rechtlicher Entscheidungen beruht nach dieser Auffassung nicht darauf, daß sie auf eine unerschütterliche Basis gegründet wären, sondern bescheidener darauf, daß eine vorzuzugswürdige Alternative einstweilen nicht zur Verfügung steht.

IV. Juristische Methodenlehre als Aufgabe

Ein Projekt, das auf die methodische Verbesserung der Rechtsfindung abzielt, ist für einen theoretisch interessierten Juristen nicht ohne Reiz. Ob es ratsam ist, sich ihm zu unterziehen, steht auf einem anderen Blatt. Die Einwände, mit denen dabei zu rechnen ist, dürften ähnliche sein wie diejenigen, die auch einer Rechtsphilosophie für den juristischen Hausgebrauch häufig entgegengesetzt werden. Nach einer Bemerkung Franz Wieackers läßt „der Rechtslehrer sich auf ein mißliches Beginnen ein [...], wenn er die Bedingungen seines Fachs in der Sprache der allgemeinen Wissenschaftslehre fassen will. Am besten schwiege er darüber ganz und zwänge, wie einst der römische Jurist, dem Zeitgeist durch die guten Früchte seines Tuns Autorität ab.“ ²⁷ An dieser Mahnung eines Altmeisters ist gewiß etwas Wahres. Was ihr entgegensteht, ist freilich der veränderte Stil öffentlicher Rationalität. Die Alternative, das, was vorzeiten einmal als „Kunst“ der Rechtsfindung begonnen hat und in manchen Rechtskulturen noch immer auf diesem Niveau verharret, in eine wissenschaftlich

²⁴ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 42.

²⁵ Kilian (Fn. 11), 10 f.

²⁶ Kaufmann, FS Larenz, 29 (37 f).

²⁷ Wieacker, Rudolph von Jhering, 10.

akzeptable Form zu bringen oder es bei einer Kunstlehre für geübte Rechtsfinder zu belassen,²⁸ stellt sich heute kaum noch. Denn unsere wissenschaftshörige Zeit drängt unaufhaltsam dahin, die Rechtsfindung aus dem scholastischen und obrigkeitlichen Korsett, in das man sie seit der Wiederentdeckung des Corpus Juris Civilis geschnürt hat,²⁹ zu befreien und sie in dem Maß zu rationalisieren, wie ihr Gegenstand dies zuläßt – oder aber sie aus dem Kreis der geistig anspruchsvolleren Tätigkeiten zu entlassen. Der Ansehensverlust, von dem die juristischen Professionen immer wieder bedroht sind, zeigt, daß das letztere eine ernstzunehmende Gefahr darstellt. An dem Versuch einer Rationalisierung nach allgemein anerkannten Maßstäben führt daher kein Weg vorbei. Wenn dieses Geschäft nicht in unberufene Hände geraten soll – die von manchen herbeigesehnte Kalkülisierung weiter Rechtsgebiete,³⁰ die Politisierung der Richterbestellung u. a. m. lassen ahnen, womit hier zu rechnen wäre –, dürfen methodisch interessierte Rechtsdogmatiker dabei nicht abseits stehen. Sie müssen ihre juristischen Erfahrungen und ihren Sachverstand miteinbringen und beitragen, was in ihren Kräften steht, mag auch ihre eigentliche Aufgabe eine andere sein. In diesem Sinn war bereits der Wegbereiter der neueren Methodenlehre, Philipp Heck, davon überzeugt, daß es das Verfahren der Rechtsfindung sichere, „wenn wir die Ergebnisse der allgemeinen Erkenntnistheorie heranziehen und bei unserer eigenen Methode als Kontrollmaterial verwerten“.³¹ Ohne die Hoffnung, daß sich zwischen Scylla und Charybdis immer aufs Neue ein Durchkommen finden läßt, sind die rechtsmethodischen Herausforderungen nicht zu bestehen.

V. Vorblick

Der *erste Teil* dieser Abhandlung (§§ 2–7) ist dem Versuch gewidmet, die im Wege der Gesetzesauslegung stattfindende Rechtsfindung, soweit dies zugänglich ist, nach den Maßgaben des kritischen Rationalismus zu reformulieren. Dabei orientieren sich die Ausführungen, wie bereits erwähnt, an dem Fall eines Gesetzes im klassischen

²⁸ Zu dem letzteren *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 17 ff; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 294 ff.

²⁹ Nach *Henke*, JZ 1987, 685, ist die Jurisprudenz „scholastisch geblieben und das bis heute“ – was von ihm aber keineswegs als Tadel gemeint ist. Vgl. auch *Sohm*, Institutionen, 170: „Unsere deutsche Rechtswissenschaft von heute stellt in sehr bedeutendem Maße ein Erbe der Scholastik des Mittelalters dar.“

³⁰ Gelassen insoweit *Ryffel*, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, 480. Nach dessen Auffassung könnte es „in einem rationalen Klima künftiger Zeiten ... als vertretbar angesehen werden, daß man bestimmte Unvollkommenheiten ... in Kauf nimmt, um damit die Masse der Fälle zeitgerecht, einfach und billig zu entscheiden“. Dem modernen Menschen der Zukunft werde „die ‚Entscheidung von der Stange‘, heute für die meisten ein unvollziehbarer Gedanke, vielleicht so selbstverständlich sein wie andere praktikable Vereinfachungen, Entlastungen und Typisierungen“. Was dem „modernen Menschen der Zukunft“ vielleicht einmal selbstverständlich sein wird, davon gehen die sog. negativen Utopien allerdings noch ganz andere Beispiele.

³¹ *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 132.

Sinn und klammern vor allem die sog. Generalklauseln, die andere Probleme aufwerfen, grundsätzlich aus.³²

Der *zweite Teil* (§§ 8–13) bringt einige Beispiele aus dem Zivil- und Zivilprozeßrecht, an denen exemplarisch aufgezeigt wird, was kritisch-rationale Rechtsfindung bedeutet und welche Hürden ihr in der Rechtswirklichkeit entgegenstehen.

Im *dritten Teil* (§§ 14, 15) werden, gewissermaßen im Nachgang, zwei in den bisherigen Erörterungen aus Vereinfachungsgründen ausgeblendete Probleme behandelt: einmal das Zusammenspiel der Rechtswissenschaft mit der Rechtsprechung, die teilweise anderen Regeln verpflichtet ist, und zum andern die Rechtsfindung im Geltungsbereich von Rechtsakten der Europäischen Union. Diese Akte haben eine andere Bedeutung und einen anderen Stil als die nationalstaatlichen Gesetze, anhand deren die überkommenen Auslegungsmodi entwickelt wurden. Was für den einen Fall gilt, läßt sich daher nicht ohne weiteres auf den anderen übertragen.

Eine *Zusammenfassung* der wesentlichen Ergebnisse (§ 16) beschließt die Abhandlung.

³² Vgl. aber doch die Andeutungen in § 5 III 1.

Sachregister

(Verzeichnis der Hauptfundstellen)

- Abänderungsklage 124ff, 229ff
- absolute Rechtfertigung 110f
- Abwägung 73, 75f
- Als-Ob-Betrachtungsweise 68, 148f, 151
- Albert, Hans 93, 110f
- Analogie 57f, 122
- Anwendungsvorrang 268f
- Antizipation 97, 101f
- Argument 156f
 - Fakten als A. 157ff
- Argumentationslast 26, 118, 169
- Argumentationsverbote 168, 186
- ars inveniendi 149, 170, 285
- Auslegung
 - autonome 273
 - grammatische 56, 115ff
 - historische 55f, 117f
 - logische 56, 119
 - objektive 66ff, 284
 - philologische 69
 - richtlinienkonforme 269
 - subjektive 54ff, 58ff, 274, 275, 279, 284
 - systematische 56, 119
 - teleologische 56, 119f
- Auslegungsmittel 54
- Auslegungsregeln
 - Funktion der A. 122
 - kodifizierte 3
- Auslegungsziel 54
- Ausstrahlung von Grundrechten 72
- Autorität 20, 42, 44, 50, 113, 186, 253, 275

- Begriffe
 - deskriptive 138
 - normative 138
- Begriffsjurisprudenz 21ff
- Bewährung von Hypothesen 96f, 111, 198ff, 203ff, 215ff, 225ff, 234ff, 246ff, 265

- Buchstabenjurisprudenz 135, 187, 190
- Bülow, Oskar 86

- Canones 57, 68, 114, 132
 - Rangordnung 57, 81, 114
 - als Verwerfungsregeln 114
- Corpus Juris 116, 272f, 283

- Deduktion 7, 27, 171, 174, 180, 189
- Denken, selbständiges 63, 91, 100f, 104f, 185f, 222, 283
- Dialog von Theorie und Praxis 28, 251ff, 257f, 278
- Diskurs 47, 49, 157f
- Dogmen 18f, 39, 50
- Drei-Welten-Lehre 145f, 149f

- Entscheidung
 - richtige 100
 - Entscheidungsrahmen 168
 - Entscheidungszwang 5, 180
- Erkenntnistheorie 13
- Erwägungen der Gesetzesverfasser 78
- Erwägungsgründe 273ff
- EuGH 276ff
- Exaktheit 11f

- Fachsprache 11, 272f
- Fallnorm 32f, 177
- Fallrecht 36, 41, 50, 265f
- Falltypen 29, 33f, 98, 109, 135, 139, 141, 177
- Falsifizierung 96f, 109f, 114, 127f, 130
- Finalprogramm 61f, 133, 276, 281

- Gedankenexperiment 107, 124f, 203f
- Gehorsam 58ff, 102
- Generalklausel 126f, 133, 135ff
- Gehör, rechtliches 232f

- Gerechtigkeit 46 f, 73, 126, 138
 – Einzelfallgerechtigkeit 109
 – Gerechtigkeitserwägungen 137
 – Modelle der Gerechtigkeit 77, 165 f
- Gesetz
 – Begriff 37 ff
 – als Befehl, Gebot oder Imperativ 45, 54 f, 67, 81
 – als Erkenntnisakt 44 ff, 52, 78, 284
 – als Normprämisse 35 ff
 – als Rechtsentstehungsquelle 9
 – als Rechtserkenntnisquelle 9, 44, 50, 79
 – als Staatsakt 44
 – klares und unklares G. 52 f, 134, 138, 277
- Gesetzesauslegung, s. Auslegung
- Gesetzesbindung der Wissenschaft 39 ff, 50
- Gesetzesflut 190 f
- Gesetzesfortbildung 71
- Gesetzesmaterialien 56, 65, 67 f, 79 f, 226, 284
- Gesetzessprache 2, 271 f
- Gesetzgeber, vernünftiger 49, 67
- Gesetzgebung
 – als Erkenntnisverfahren 9, 43, 46 f, 49, 68, 79, 138, 144, 279
 – parlamentarische 45 f, 48, 64
- Gewohnheitsrecht 37 f, 40 f, 60, 178
- Gleichbehandlung 12, 21, 35, 67, 81, 112, 116, 118 f, 122, 125, 133, 139, 181, 214, 241, 254 ff, 260, 261, 265, 281, 286
- Hauptnormen 30
- Hilfsnormen 30
- Hin- und Herwandern des Blicks 33, 279
- Historische Rechtsschule 140, 169
- Hypothesen 95 ff, 105, 107 f, 278
 – Hilfhypothesen 98
 – positive Begründung 128 f
 – Präjudiz als Normhypothese 261
- Induktion 95
- Input und Output 181
- Interessen 45, 70 f
- Interessenjurisprudenz 70 f
- Interpretation, s. Auslegung
- Intuition 106
- Invention 7, 12, 82, 123, 174, 182 f
- Jhering 84 f, 105, 154
- Jurisprudenz, höhere und niedere 188 f
- Juristenausbildung 4, 90 f, 185 f
- Justizsylogismus 29 ff, 76
- Kadijustiz 75, 109
- Kommunikationsgemeinschaft 130, 191
- Konditionalprogramm 10, 61 f, 132 f, 281
- Konkretisierung 18 ff, 32 f
- Korrektur von Irrtümern 26 f
- Kritik 12, 97, 156, 286
- kulturelles Umfeld 131, 169
- Logik 31
- Machtspruch 48, 58
- Mahnverfahren 219 ff
- Methodenlehre
 – bereichsspezifische 15
 – als nationale Disziplin 16
 – für „first floor“ und „second floor“ 185 ff
- Methodensynkretismus 80 f
- multikulturelle Gesellschaft 192
- Natur der Sache 165
- Naturrecht 43 f, 139, 143, 160, 165
- Negativtest 113, 115 ff, 132, 182, 215, 218, 284 f, 286
- Neigung zur Verneigung 113, 259 f
- Normen, ungeschriebene 19
- Normprämissen 30 ff
 – Bildung von 24 ff
- One-right-answer-Theorie 54, 153 f, 286
- Phantasie 95, 97, 104 f, 142, 185, 198, 265, 284
- platonische Ideen 145 f, 153
- Plausibilisierung 111 f, 130 ff, 155, 169, 182
- Politik und Recht 61 f, 69, 81, 268, 282
- Popper 92 ff, 145 f
- Positivtest 113, 132, 182, 215, 218, 285
- Präjudizien 35, 251 ff
 – Bindung an Präjudizien 261 f
 – als starting point 263 f
- Problemdenken 178 ff
- Prognosen 99, 230 f, 233
- Prüfprogramm 113, 169

- Prüfverfahren 96, 103, 107, 110 f, 169
 Räumungsvollstreckung 238 ff
 Ratio decidendi 260 f, 265
 Rationalismus, kritischer 6 ff, 92 ff
 Rationalitätsunterstellung 68
 Recht
 – richtiges 10, 54, 62, 78, 142, 152, 164, 167 f
 – vor- bzw. überpositives 9, 18 f, 40, 44, 60, 62 f, 117, 142 ff, 152, 166 ff, 172 f, 175, 177, 184, 187, 266, 285
 – als Erkenntnis bzw. Bekenntnis 49, 155 f, 161
 – Geschichtlichkeit des R. 165, 191
 – als Kulturerscheinung 163 f, 191
 – Verwirklichung des R. 254 f
 Rechtsakte der EU 267 ff, 287
 Rechtsbehelf gem. § 826 BGB 209 ff, 224, 227
 Rechtsdogmatik
 – und Methodenlehre 17 f
 – als Wissenschaft 8 f, 17, 20, 40, 42 f, 50 f, 61 f, 280
 Rechtserkenntnis 15 ff, 40, 102
 Rechtsfindung
 – durch Erkenntnis 15 ff, 29, 41, 102
 – als Kunst 12 f
 – Grundstruktur der R. 131 f
 – Offenlegung der R. 1 ff
 Rechtsfortbildung 58
 Rechtsfrage 29 f
 Rechtsgefühl 77, 88 ff, 105 f, 108
 Rechtskraftdurchbrechung 209 ff
 Rechtskunde 280
 Rechtsphilosophie 17 f, 70, 165 f, 285
 Rechtsprechung, obergerichtliche 26
 Rechtsquellenlehre 44
 Rechtsrealismus 99
 Rechtssicherheit 26, 256
 Rechtsüberzeugung 38, 40, 178, 184
 Rechtsvereinheitlichung 270 f
 Rechtsvergleichung 121, 273
 Rechtsverordnung 46
 Reduktion, teleologische 58, 122 (bzw. Restriktion)
 Restitutionsklage 209 ff
 Rhetorik 171, 180 f
 Richterrecht 251
 Rhizom 22
 Sachverhaltsprämisse 31 f, 34
 Savigny 82 ff, 188
 Schiedsgerichte 26, 73
 Sein und Sollen 155 ff
 Selbstverständlichkeiten 156, 191 f, 243
 Selbsterhaltung als Zweck des Rechts 160 ff
 Selbstentfaltung als Zweck des Rechts 163
 Sprache (s.a. Fachsprache) 271 f, 279
 Staub, Hermann 86 f
 Stimmigkeit 23
 Subjektivität des Rechtsanwenders 68, 77
 Subsumtion 30 ff
 – Nebenschemata der S. 31
 Syllogismus, s. Justizsyllogismus
 System 20 ff, 120, 174 ff, 273
 – offenes 175, 177, 179, 184
 – als Aufgabe 182 ff
 – Systeminseln 175
 Systematisierung 18 ff
 Tabakwerbung 282
 Taschengeldanspruch 201 ff
 Tatfrage 29 f
 Theorie und Praxis 24 ff
 Topik 170 ff, 285
 – und System 174 ff
 Topoikataloge 171 f
 Unabhängigkeit, richterliche 64
 Urteil
 – Aufbau 260 f
 – in eigener Sache 223 f
 Urteilserschleichung 209 ff
 Verdinglichung rechtlicher Vorstellungen 73 f, 147 ff
 Verifizierung 96 f, 109, 127, 129
 Vernunft und Recht 46 f
 Verpflichtungs- u. Verfügungsverbot 194 ff, 262
 Verständlichkeit 1, 2, 12
 Vertretbarkeit 27 f, 53, 153
 Vollstreckungsbescheid 219 ff
 Vorverständnis 30, 33

- Wahrheit 47, 53 f, 145 f
Werte 72 ff, 151
– Leben als Wert an sich 162
Wertordnung 72, 75
Wertphilosophie 74
Wertungen, konsensfähige 166, 176
Wertungsjurisprudenz 72 ff
Widerspruch 111, 119, 121, 162 f, 196 f, 199,
210, 213 f, 215 ff, 248
Widerspruchsfreiheit 23
Wiederaufnahme 209 ff, 228, 230
- Wille
– des Gesetzes 66 ff
– des Gesetzgebers 54 ff
Wissenschaft 94
Wissenschaftstheorie 6, 12
Wortlaut bzw. Wortsinn 57, 115 ff, 215, 235
- Zeit 25, 180, 188 ff
Ziele 267 f, 282
Zitiergesetz 3, 283
Zweckprogramm, s. Finalprogramm