Fünfter Teil: Ausblicke

Man wirft der deutschen Juristenausbildung und den deutschen Juristischen Methodenlehren üblicherweise vor, dass sie sich zu sehr an der Arbeitsweise „des Richters" orientierten: „Hier hast du einen Fall, bitte lös ihn anhand des Gesetzes (in dem das Recht drinsteht)." Richtig an dieser Kritik ist: In der Tat steht das Recht nicht isoliert „im Gesetz" und muss dort per Offenbarung erst erkannt und dann angewendet werden.[1] Das Recht „ist" vielmehr immer schon ein **Zusammenspiel** von autoritativen Texten, die (Rechts-) **Regeln** formulieren,[2] mit **Fällen**, die dazu mehr oder weniger passen, und **Ergebnissen**, die zu Fall *und* Regel passen. Und wenn die Regel nicht passt, wird sie auch einmal passend gemacht. Wir haben dies im Dritten und Vierten Teil ausführlich entfaltet. 1

Man sollte sich daher auch von der dummen Metapher Rechts„anwendung" endlich verabschieden.

Falsch an der Kritik ist allerdings: Das was Richter tun, wenn sie Regel, Fall und Ergebnis aufeinander abstimmen, ist nichts anderes als das, was auch andere Juristen in anderen Situationen und Rollen tun. In den Worten von Felix Somló (1873–1920): 2

> „Wir haben bereits hervorgehoben, daß die Stellung des Richters zum Gesetze nur ein Sonderfall der Stellung des Normadressaten zum Recht ist."[3]

In diesem Sinn wollen wir nun im abschließenden Fünften Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) vier „Ausblicke" wagen, die ganz explizit **nicht-richterliche juristische Perspektiven** auf das Recht einnehmen. Beginnen wollen wir mit der wohl anspruchsvollsten juristischen Tätigkeit, nämlich der Rechtsberatung in der „Peripherie" des Rechts (die Gerichte sind sein Zentrum[4]) – sei es als Rechtsanwalt, als Jurist in einem Unternehmen oder Verband, sei es als Verwaltungsjurist (§§ 37–37c). Anschließend geht es um die Mitwirkung von Juristen bei der Gesetzgebung (§ 38), insbesondere in der Ministerialbürokratie. Noch einen Schritt abstrakter wird es in § 39: Vorgestellt werden dort einige akademisch-juristische „Außenbetrachtungen"[5] des Rechts und seiner Methode – ich werde dies „Meta-Diskurse" nennen (Vorgeschmack: Was ist eigentlich Positivismus? und Dogmatik?). Zum Abschluss will ich mich dann nicht vor der Frage drücken, ob das, was die NJML zur juristischen Methode lehrt – ob diese ihre Doktrin dazu beitragen kann, das Recht als etwas Vernünftiges zu begreifen (§ 40). 3

Das kann ich natürlich nur hoffen.

---

1 Falsch daher, dass *Hans Albert*, Traktat über rationale Praxis, Tübingen 1978, S. 66 f., der Jurisprudenz ein „Offenbarungsmodell der Erkenntnis" unterstellt.

2 … also in diesem Sinn „Gesetze" sind.

3 *Felix Somló*, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, § 122 (S. 427).

4 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 320–325 (321). Begründet wird dies mit dem Entscheidungszwang, dem nur die Gerichte unterliegen, nicht aber Vertragsgestaltung und Gesetzgebung.

5 Natürlich sind es „Außenbetrachtungen von innen", also aus der Sicht von Juristen. „Außenbetrachtungen von außen", also aus der Sicht etwa von Politologen oder Fachphilosophen, wären ein eigenes Buch wert.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 37 Rechtsberatung

1 In vielerlei Hinsicht ist Rechtsberatung, und hier zuvörderst die anwaltliche Rechtsberatung, die anspruchsvollste juristische Tätigkeit. Sie fragt nicht nur, wie die Arbeit des Richters, danach, was „rechtlich richtig" ist (§ 30) – mit dem schönen Gefühl, dabei das letzte Wort zu haben (sieht man einmal vom Instanzenzug ab). Sie fragt auch nicht nur, so die Arbeit an der Gesetzgebung, ob eine gefundene Regel die betroffenen wirtschaftlichen und politischen Interessen einigermaßen sinnvoll aufeinander abstimmt – wieder mit dem schönen Gefühl des letzten Wortes (sieht man einmal vom Bundesverfassungsgericht ab).

Demgegenüber muss die Rechtsberatung, sei es als Anwalt, sei es als Verbands-, Unternehmens- oder Verwaltungsjurist, gelegentlich mit einer großen kognitiven Unsicherheit leben: „Vor Gericht und auf hoher See sind wir allein in Gottes Hand".[1] Anders gewendet: Wer einen Rechtsunterworfenen rechtlich berät, muss oft prognostizieren, wie *andere* Instanzen – nicht also er selbst – den Fall beurteilen und letztlich entscheiden werden. Es ist klar, dass dies nie mit Sicherheit, sondern nur mit einer mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit möglich ist.

Daher muss man der vielzitierten Formel von Oliver Wendell Holmes, jr. – „*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*"[2] – wohl einen guten Schuss guter Ironie (§ 30 Rn. 16–18) zubilligen: Wie kann man an ein Recht gebunden sein (*rule of law*!), das man erraten muss?

2 Hinzu kommen wirtschaftliche Risiken. Zum einen hat der Mandant (des Anwalts) oder der Arbeitgeber (des Unternehmens-, Verbands- oder Verwaltungsjuristen) nur begrenzte Ressourcen für die Rechtsberatung und ggf. Rechtsverfolgung zur Verfügung. Was man ihm also anbietet und vorschlägt, muss am Ende einen Ertrag bringen, der den Aufwand übersteigt. Zum anderen gilt das Gleiche für den Rechtsberater selbst, und hier vor allem für Anwälte: Sie müssen von der Rechtsberatung leben, können daher oft nicht jeder Rechtsfrage bis ins letzte auf den Grund gehen und nicht jeden Vertrag bis ins letzte Detail durchdenken. Insofern sind Nutzen/Kosten-Überlegungen legitim (auch Richter müssen überlegen, wie viel Zeit sie einem Fall widmen können, um die gewünschten Erledigungszahlen zu erreichen). Jedenfalls muss aber das, was der Anwalt dem Mandanten rät, vertretbar sein (§ 33 II).

Dass dies keine theoretische Frage ist, liegt auf der Hand: Bei fehlerhafter Rechtsberatung haftet der Anwalt auf Schadensersatz, hiergegen muss er sich versichern.[3] Höchst problematisch ist allerdings, dass nach herrschender Rechtsprechung die Rechtsanwälte auch für Fehler des Gerichts haften sollen (s.o. § 14 Rn. 67).

3 Man sieht: Das, was die rechtsberatenden Berufe „auf dem Schirm" haben müssen, *bevor* sie rechtlich handeln, ist erheblich mehr als das, was Richter beachten müssen. Wir haben dies bei der „Aufbereitung des Falls" schon angedeutet (§ 24b), müssen es hier also nicht wiederholen. Wohl aber wollen wir uns zwei Bereiche genauer anschauen,

1 Sprichwort, offenbar schon im Lateinischen.

2 *Oliver Wendell Holmes, jr.,* The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (994).

3 § 51 BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung –.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die für die Rechtsberatung typisch sind: zum einen die sogenannte Kautelarjurisprudenz, das ist vor allem Vertragsgestaltung; zum anderen die forensische[4] Tätigkeit, man kann sie wohl am treffendsten als „Litigation" bezeichnen – abgeleitet nicht nur aus dem Englischen (wo es ein fester Begriff ist), sondern aus dem Lateinischen: Im römischen Recht war die *litis contestatio* der Akt, mit dem ein Streit zu einem Rechtsstreit wurde, also vor ein Gericht getragen wurde (wir sagen heute: durch den er „rechtshängig" wurde).[5]

Im Überblick kann man die Gesamtheit der rechtsberatenden Tätigkeiten – also nicht nur der Anwälte, sondern auch der Unternehmens-, Verbands- oder Verwaltungsjuristen – wie folgt beschreiben: (I) Forensische Tätigkeit, (II) Verhandlungen, (III) Kautelarjurisprudenz, (IV) gutachterliche Tätigkeit, (V) allgemeine strategische Beratung.[6]

§ 37a Kautelarjurisprudenz, insbesondere Vertragsgestaltung

Das Wort Kautelarjurisprudenz ist abgeleitet vom lateinischen Wort *cavere*, das bedeutet: „sich hüten, sich in Acht nehmen, Vorsorge treffen, Vorsicht walten lassen" (ein bekanntes Mosaik aus Pompeji zeigt einen Hund und die Aufschrift *cave canem* – Vorsicht Hund!). 1

Foto: Wikimedia Commons

4 Von lateinisch *forum* = das Gericht (aber auch der Markt und der Ort öffentlicher Diskussion, man denke an das Forum Romanum).

5 Standardwerk: *Steffen Schlinker*, Litis contestatio. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2008. Die *litis contestatio* geriet in Deutschland zur Bedeutungslosigkeit, nachdem Bernhard Windscheid (1817–1992) die römische *actio* neu interpretiert hatte: als (materiellrechtlichen) Anspruch (S. 547 f.).

6 *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42 (27). Auch Hingst nimmt Bezug auf Oliver Wendell Holmes und kommt am Ende zu dem Fazit (Hervorhebung im Original): „Ein Rechtsanwalt ist ein *Vorhersagekünstler* (…)".

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Demgemäß sind Kautelen (Betonung auf der zweiten Silbe, langes „e") Regelungen, die etwas absichern sollen oder sich etwas vorbehalten: Ich zahle unter dem Vorbehalt, dass die Ware meines Erachtens Mängel hat und ich mein Geld zurückfordern werde – aber ich will zunächst eine Mahnung des Verkäufers vermeiden.

2 Kautelarjurisprudenz schließlich ist, wörtlich genommen („sich hüten"), die Gesamtheit aller juristischen Tätigkeiten, die darauf abzielen, mögliche Fehlentwicklungen und Konflikte vorherzusehen, zu vermeiden und, falls sie doch eintreten, nach einer zuvor getroffenen Regelung zu lösen. Dies deckt sich nicht vollständig mit dem Begriff Vertragsgestaltung: Verträge enthalten nicht nur Regelungen über mögliche Konflikte, sondern auch die sogenannten *Essentialia negotii*, d.h. die Angabe, „wer was von wem woraus"[1] verlangen darf (Beispiel: A gewährt B ein Darlehen von 2000 Euro: B kann das Geld verlangen, A die Rückzahlung). Und vermutete Konflikte oder Fehlentwicklungen können auch anders als durch Vertrag bekämpft werden, etwa durch die bekannte einseitige Willenserklärung namens Testament (Beispiel: A setzt B zum Vorerben von C und D ein, damit B sein Erbe nicht verprasst und für die Nacherben, also C und D, etwas übrig bleibt[2]). Für unsere Zwecke mag als gemeinsamer Nenner genügen:

3 Kautelarjurisprudenz ist alles, was auf eine rechtliche Regelung ohne Inanspruchnahme von Gerichten zielt – sei es mit Hilfe von Verträgen oder in anderer Weise. Am besten nennt man es wohl: **vorsorgende Rechtspflege**.[3]

Wir haben bereits betont, dass auch in diesem Kontext *autoritative Rechtstexte* entstehen (§ 14 Rn. 22), an die die Beteiligten rechtlich gebunden sind. Anders gewendet: Auch hier sprudeln die sogenannten „Rechtsquellen" (wirklich keine gute Metapher), nicht etwa erst dort, wo es (staatliche) Gesetze gibt.

I. Zum Stand der Lehre

1. Kein methodologisches „Allgemeingut"

4 Man kann ohne Übertreibung sagen: Eine auch nur einigermaßen einheitliche Methodenlehre für die Kautelarjurisprudenz und die Vertragsgestaltung gibt es nicht. Es gibt keinen „Kanon" wie bei der Auslegung von Gesetzen (§ 15d), es gibt auch keine mehr oder weniger konsentierten Argumentationsschritte wie Justizsyllogismus und Subsumtion (§ 3 Rn. 5–10, §§ 8 und 9). In einem Wort: Es fehlt an einem methodologischen Allgemeingut.

Klassiker ist immer noch **Eckard Rehbinder** (geb. 1936) mit dem Pionierwerk „Vertragsgestaltung" (1982, 2. Aufl. 1993)[4] – erstaunlicherweise erschienen in der Reihe „Juristische Lernbücher"[5]. Rehbinder beginnt mit einem umfassenden Über-

1 Dazu sogleich Rn. 17.
2 Zu Vor- und Nacherbschaft siehe §§ 2100–2146 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch.
3 So denn auch § 1 BNotO - Bundesnotarordnung.
4 Erscheinungsort: Frankfurt a.M.
5 Also gerade nicht „Lehrbücher" – obwohl es wahrlich, mehr als manch anderes Lehrbuch, eine eigene, innovative „Lehre" (Doktrin) entwickelt. Der Auftritt als „Lernbuch" war daher wohl ein bewusstes und leicht provokantes Understatement, vergleichbar mit Klaus Adomeits (1935–2019) „Rechtstheorie

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

blick über die „Probleme der Vertragsgestaltung", eingeschlossen das Verhältnis des Vertragsjuristen zum Auftraggeber und die Vertragsverhandlungen. Zur Methode heißt es dann knapp, dass es „keine allgemeingültigen Regeln" gibt – bevor dann doch ein grober Dreischritt folgt.[6] Mehr als die Hälfte des Buches machen sodann die Musterlösungen von 6 Fällen und weitere 15 Fälle einer Aufgabensammlung aus.

Einen durchaus ambitionierten Versuch hat sodann Anfang der 1990er Gerrit **Langenfeld** unternommen: Sein Lehrbuch zur Vertragsgestaltung begann mit einem 1. Teil, in dem Langenfeld unter Bezug auf die damalige Methodendiskussionen (Topik, Rhetorik, Lehre vom Typus, sogar Legitimation durch Verfahren[7]) die „Methode der Kautelarjurisprudenz" vorstellte, bevor im 2. Teil die „kautelarjuristischen Vertragstypen" vorgestellt wurden.[8] Jedoch wurde dieser 1. Teil schon in der zweiten Auflage (vielleicht auf Wunsch des Verlags?) stark gekürzt[9] und lief dadurch bequemer auf ein „typologisches Denken" hinaus (zur Kritik daran § 15c Rn. 31–33), das als Grundlage einer „Vertragsgestaltung nach Fallgruppen und Vertragstypen" diente.[10]

Auch die heutigen Anleitungen verfahren im Hinblick auf Methode jedenfalls nicht einheitlich. Das Lehrbuch von Christoph **Moes** (geb. 1973) erschienen in der Schriftenreihe der Ausbildungszeitschrift „Juristische Schulung",[11] ist in seiner methodischen Grundlegung (1. Teil) ebenfalls recht ambitioniert, indem es Verträge – unter Rückgriff auf ökonomische Lehren – als Transaktionen begreift (wir kommen darauf zurück) und sodann wie in einem Allgemeinen Teil (§ 11 Rn. 40–41) Folgendes „vor die Klammer zieht": Vertragsfreiheit und Vertragstypen, Vertragsfreiheit und zwingendes Recht, Techniken der Vertragsgestaltung. Danach konzentriert sich das Werk sehr stark auf die Anbahnung und Gestaltung von Austauschverträgen (124 von verbleibenden 200 Seiten), also auf das, was für Studenten besonders examensrelevant ist (und deshalb auch ein bisschen langweilig). 5

Demgegenüber ist das Lehrbuch von Sudabeh **Kamanabrou** (geb. 1970) und Anne Christin **Wietfeld** (geb. 1982) „breiter aufgestellt".[12] Nach einer kurzen Einführung (mit „Denkschritte"-Liste) und einem zweiten Kapitel über Vertragsverhandlungen (dazu gleich mehr) geht es in den folgenden Kapiteln einigermaßen gleichberechtigt zur Sache zu den Themen: „Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen", „Erwerb beweglicher Sachen", „Sicherung von Forderungen", „Erwerb unbeweglicher Sachen", „Vertragsgestaltung bei Schenkungen", „Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht", „Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht". Alle Kapitel schließen mit einem ausformulierten Ver-

für Studenten" (1979). – Eckard Rehbinder ist nicht zu verwechseln mit dem Arbeitsrechtler und Rechtssoziologen Manfred Rehbinder (geb. 1935).

6 *Eckard Rehbinder*, Vertragsgestaltung, Frankfurt a.M. 1982, S. 67, 71 f.; in der 2. Aufl. S. 107 ff.

7 Damals ein vieldiskutiertes Buch: *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969.

8 *Gerrit Langenfeld*, Vertragsgestaltung. Methode – Verfahren – Vertragstypen, München 1991; der 1. Teil umfasste 90 von 230 Seiten.

9 Genau besehen ist er sogar ganz weggefallen, noch genauer: Es gibt gar keine Aufteilung in zwei Teile mehr, so dass der „1. Teil" nur noch aus Versehen in der Gliederung stehen geblieben ist.

10 *Gerrit Langenfeld*, Vertragsgestaltung. Methode – Verfahren – Vertragstypen, 2. Aufl., München 1997 (43 von 194 Seiten); 3. Aufl. 2004 (22 von 141 Seiten); bei *Gerrit Langenfeld*, Einführung in die Vertragsgestaltung, München 2001, findet sich nur noch ein kurzer Bericht (Rn. 18–19).

11 *Christoph Moes*, Vertragsgestaltung, München 2020.

12 *Sudabeh Kamanabrou/Anne Christin Wietfeld*, Vertragsgestaltung. Ein Studienbuch, 6. Aufl., München 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tragsentwurf (bzw. mit ausformulieren Klauselvorschlägen bei den AGB – Allgemeinen Geschäftsbedingungen).

6 Explizit didaktisch versteht sich das Lehrbuch von Carsten **Kunke**l.[13] Es beansprucht zudem, eine allgemeine Methode der Vertragsgestaltung vorzulegen, hat sich damit aber nicht durchgesetzt. Das Lehrbuch von Lutz **Aderhold**, Raphael **Koch** und Karlheinz **Lenkaitis** untergliedert sich in einen Teil 1 (Methodik und Struktur der Vertragsgestaltung) und einen Teil 2 (Einführung in die Praxis der Vertragsgestaltung), enthält dort aber auch „Allgemeines", etwa eine „Checkliste: Arbeitsschritte der Vertragsgestaltung".[14]

Der Vollständigkeit halber: In den gängigen Juristischen Methodenlehren kommt die Kautelarjurisprudenz bzw. Vertragsgestaltung gar nicht[15] oder nur am Rande[16] vor. Besonders bemerkenswert: In dem schmalen und durchaus genialen Lehrbuch von Joachim **Vogel** (1963–2013) hat am Ende neben der Gesetzgebung („Rechtsetzung") auch die Kautelarjurisprudenz („Rechtliche Gestaltung") noch einen Platz gefunden, zudem mit einem schönen Fall als Beispiel: Ehegattentestament mit Pflichtteils-Strafklausel.[17]

2. Rückblick: Die Antike Gerichtsrhetorik

7 Wie auch immer: Eine allgemein akzeptierte „Methodenlehre der Kautelarjurisprudenz", gar einen „Savigny der Vertragsgestaltung" (vgl. § 15d) gibt es nicht.

Nichtsdestoweniger wird man vielleicht auf den zweiten Blick so etwas wie ein System entdecken, und zwar, wenn man sich an die Antike Gerichtsrhetorik erinnert (§ 2). Dort hatten wir gesehen: Es gab ein erstes Schema, das die Arbeitsschritte des Rhetorikers auflistet – von der Stoffsammlung (*inventio*) bis zum „Auftritt" (*pronuntiatio*). Es gab sodann weitere Prüfschemata, mit denen der Prozessstoff aufbereitet wurde: die Statuslehre in ihren beiden Varianten der *statūs rationales* (Herausarbeiten von Tat- und Rechtsfrage) und der *statūs legales* (Interpretationslehre). Drittens schließlich gab es eine Lehre von den Überzeugungsmitteln (*písteis, argumentatio*), in der die Techniken vorgestellt wurden, mit denen man formal und inhaltlich die Einzelprobleme des Falls bearbeitet und bewältigt (insbesondere mit dem rhetorischen Syllogismus und Argumenten wie dem Erst-recht-Schluss).

In ähnlicher Weise kann man wohl auch das, was die Kautelarjurisprudenz zu leisten hat, in ein System bringen. Ich schlage vor:

Die Arbeitsschritte (I)

Die Schemata (II)

Die Maßarbeit (III).

---

13 *Carsten Kunkel*, Vertragsgestaltung. Eine methodisch-didaktische Einführung, Berlin 2016.

14 *Lutz Aderhold/Raphael Koch/Karlheinz Lenkaitis*, Vertragsgestaltung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 7 Rn. 33.

15 So bei *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991; *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.

16 So bei *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien etc. 1982, als Anhang S. 609–617).

17 *Joachim Vogel*, Juristische Methodik, Berlin etc. 1998, S. 184–196.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Die Arbeitsschritte (Zeitdimension)

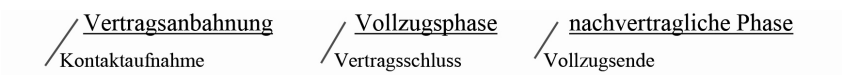
1. Zwei Vorschläge aus der Literatur

Was die Arbeitsschritte bei der Vertragsgestaltung angeht, gibt es in der Literatur verschiedene Vorschläge.[18] So lautet die schon erwähnte „Denkschritte"-Liste bei **Kamanabrou/Wietfeld**: 8

- Informationsgewinnung
- Rohentwurf des Vertrags
- (hypothetische) Rechtsanwendung
- Anwendung von Gestaltungskriterien
- Bewältigung von Zielkonflikten
- Vertragsverhandlungen
- Belehrung und Beratung
- Erstellung der Vertragsurkunde.[19]

Diese Schritte gehen freilich ineinander über, und die einzelnen Schritte spielen auch nicht bei allen Verträgen in gleicher Weise eine Rolle.

Einen anderen Ansatz findet man bei **Moes**.[20] Er versteht Verträge, wie schon erwähnt, als (vor allem wirtschaftliche) Transaktionen, so dass man sie methodisch am besten mit Hilfe der Zeitdimension in den Griff bekommt: 9



Dabei zählt Moes übrigens, anders als Kamanabrou/Wietfeld, die Vertragsverhandlungen (*negotiations*) nicht zu den „Kernaufgaben des Vertragsjuristen". Dies sei Sache des Mandanten, und die Juristen bildeten dabei „mit der Berufung auf angebliche oder tatsächliche rechtliche Zwänge einen Teil der Verhandlungsstrategie ihres Mandanten". Eine solche Sicht verhindert freilich, dass Juristen auch einmal als lösungsorientiert (und nicht als die üblichen Verhinderer) wahrgenommen werden[21] (siehe auch unten Rn. 56, 68, 70).

Demgemäß erörtern Kamanabrou/Wietfeld sehr wohl „Verhandlungstypen" (gemeint: Menschen; im Einzelnen: kompetitiver, kooperativer und individualistischer 10

18 Siehe neben den beiden folgenden auch *Kunkel*, Vertragsgestaltung (Fn. 13), S. 61 (3.5.2), 136 (4.2.3); *Aderhold/Koch/Lenkaitis*, Vertragsgestaltung (Fn. 14), § 7 Rn. 33.

19 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 12.

20 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 15–20.

21 Vielleicht unterliegt Moes hier einem gewissen *Bias*, also einer leicht „verzerrten" Wahrnehmung (§ 35 III und IV): Er ist Notar, also *per definitionem kein* Interessenvertreter. – § 1 Bundesnotarordnung (BNotO) lautet: „Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt." – Zur „**vorsorgenden Rechtspflege**" als Übersetzung von „Kautelarjurisprudenz" schon Fn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Typ), „Verhandlungsfallen" (z.B. die Fuß-in-der-Tür-Technik oder Konsistenzfalle,[22] die Tür-ins-Gesicht-Technik oder Konzessionsfalle[23]) und „Verhandlungsstrategien" (insbesondere die Harvard-Verhandlungsmethode).

Natürlich hat dies viele Berührungspunkte mit den Erkenntnissen der Verhaltensökonomie bzw. Kognitionswissenschaft (§§ 35 und 36).[24]

2. Rückblick: Die Relationstechnik der „Dezisionsjuristen"

11 Wie auch immer: Es gibt offenbar schon bei den Arbeitsschritten der „Vertragsjuristen" – wie sie im Gegensatz zu den „Dezisionsjuristen" gern genannt werden[25] – keine Methodik, die „Allgemeingut" wäre, also (laut Duden) „etwas, das alle geistig besitzen, worüber alle geistig verfügen". Gerade deshalb wollen wir uns kurz in Erinnerung rufen, was bei den sogenannten „Dezisionsjuristen" Allgemeingut ist, wenn sie einen Fall sachlich und zeitlich[26] in den Griff bekommen wollen: die Relationstechnik (§ 22).

In der Relationstechnik fragt man zunächst, was der Kläger an Tatsachen vorgetragen hat und ob dies, rechtlich betrachtet, sein Klagbegehren stützt („Klägerstation", Schlüssigkeitsprüfung). Sodann prüft man, ob das, was der Beklagte an Tatsachen vorgetragen hat, seinen Antrag auf Klagabweisung bei rechtlicher Betrachtung stützt („Beklagtenstation", Erheblichkeitsprüfung). Wenn das, was beide an Tatsachen behaupten, sich widerspricht – „er hat abrupt gebremst"/„hab' ich nicht" –, muss Beweis erhoben werden – was sagen die Beifahrer? kann man ihnen glauben? – („Beweisstation"). Wenn dies kein eindeutiges Ergebnis liefert, muss (und kann!) man trotzdem entscheiden („Tenorierungsstation"), nämlich nach Beweislast.

3. Ein neuer Vorschlag für die Kautelarjurisprudenz („Vertragsjuristen")

12 Es liegt auf der Hand: In der Kautelarjurisprudenz liegen die Dinge ein wenig anders. Nichtsdestoweniger gibt es auch Gemeinsamkeiten: Auch der „Kautelarjurist" muss sich

22 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 15: „Die Konsistenzfalle besteht darin, dass der Manipulator zunächst eine kleine Konzession erstrebt, um auf dieser Basis sein eigentliches Anliegen vorzubringen."

23 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 18: „Die Konzessionsfalle besteht darin, dass der Manipulator zunächst eine große Konzession verlangt, um bei Ablehnung sein eigentliches, kleineres Anliegen vorzubringen."

24 Siehe auch *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 20 f.: „Formulierungsfallen".

25 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 2–4; *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 3, sprechen auch von Dezisions- und Kautelarjurisprudenz. – Da heute Latein unter Juristen nicht mehr Allgemeingut ist: „Dezision" heißt Entscheidung (wie englisch *decision*), deshalb ist die Bezeichnung „Dezisionsjurist" leicht irreführend. Auch die Vertragsgestaltung erfordert Entscheidungen, sehr viel mehr sogar als ein richterliches Urteil, bei dem es idealiter nur um die Alternative geht: Anspruch begründet oder Anspruch unbegründet?

26 Siehe soeben Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwei Seiten vergegenwärtigen[27] – die des Mandanten und die des Kontrahenten[28]. Auch er muss prüfen, welche rechtlichen Möglichkeiten es gibt, um deren Interessen „schlüssig" zu verwirklichen. Auch er hat es mit Ungewissheiten zu tun (Stichwort Beweislast), die allerdings vielfältiger sind (lügt der Kontrahent? oder gar der Mandant?) und sich aus der Sicht *ex ante* als Risiken[29] darstellen oder genauer: als mehr oder weniger „erhebliche" Gefahren, denen man mit Hilfe des Rechts begegnen will. In Anlehnung auch an die Arbeitsschritte der Antiken Gerichtsrhetorik (§ 2 Rn. 6) könnte man das Vorgehen der Kautelarjuristen daher in die folgenden Arbeitsschritte untergliedern:

13

(1) Stoffsammlung (*inventio*)
  (a) Mandantenstation
    tatsächlich zu klären: Ziel, Interessen und Ressourcen
    rechtlich zu klären: mögliche Instrumente, deren Vor- und Nachteile
      Beispiel: Wer für sein Zuhause eine „Kraftstation" erwerben will (ein variables Trainingsgerät), fährt unter 5 Varianten am besten bei einem Kauf mit Umtauschvorbehalt.[30]
  (b) Kontrahentenstation
    tatsächlich zu klären: Ziel, Interessen und Ressourcen (alles mehr oder weniger ungewiss)
    rechtlich zu klären: mögliche Gegenvorschläge des Kontrahenten, Vor- und Nachteile
  (c) Risikostation
    tatsächliche Risiken auf beiden Seiten (z.B. Zahlungsunfähigkeit)
    rechtliche Risiken auf beiden Seiten (z.B. bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen)
(2) Rohentwurf eines autoritativen Textes (oder auch mehrerer; in etwa: *dispositio*)
  also etwa des Testaments, des Vertrags, der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
  nützlich dabei: Schemata (Vertragsmuster, „Formulare")
    wichtig: zunächst nur für den internen Gebrauch![31]
(3) Verhandlung (in etwa: eine erste *pronuntiatio*)
  Vorsicht dabei vor Strategien wie *framing*[32] und *anchoring* (§ 35 Rn. 49, 50)!
  Variante 1: sofortige Einigung
  Variante 2: keine sofortige Einigung, dann zurück auf (1) oder (2)
(4) Endgültiger autoritativer Text (in etwa: *elocutio*)
  insbesondere: Erstellung der Vertragsurkunde

---

27 Dies betont *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 34 f.; mehr noch: Rechtsberatung verlangt häufig einen vielfältigen Perspektivenwechsel.

28 Kontrahent ist, wörtlich genommen, der Vertragspartner (man denken an lateinisch *contrahere* bzw. englisch *contract*), nicht also ein Gegner in einem Nullsummenspiel (oder gar ein Feind).

29 Zu den Begriffen „Risiko" und „Gefahr" schon, in anderem Kontext, § 24 Rn. 20–22.

30 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 27–29.

31 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 30: „Vorgefertigte Lösungen werden von anderen Personen nur ungern angenommen."

32 Beispiel: suggestive Metaphern, etwa von dem großen Sturm, der beide Seiten hinwegfegen wird, wenn man sich im Vertrag nicht auf weniger einigt, als die andere Seite will (natürlich ein völlig frei erfundenes Beispiel). Darauf darf man sich dann mit keinem Wort einlassen. Vielleicht auch mit einer Gegenmetapher kommen: Wenn eine Stütze kaputtgespart wird, bricht auch der Rest zusammen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Belehrungen und Ausfertigung (in etwa: eine zweite *pronuntiatio*)
„Ausfertigung" ist die Erstellung der sog. Urschrift; es gibt in der Regel mehrere Ausfertigungen, z.B. beim Vertrag für beide Parteien je eine. – Belehrungen sind natürlich auch schon zuvor immer wieder nötig.

14 Natürlich passt dieses Schema, wie alle Schemata, niemals perfekt (§ 23). Und natürlich gehen die Schritte ineinander über: Wenn man zur Stoffsammlung und „Informationsgewinnung"[33] mit dem Kontrahenten telefoniert (oder auch hinten herum mit anderen Informanten), dann ist das schon ein Teil der „Verhandlung" und birgt eigene Chancen und Risiken.

III. Die Schemata (Sachdimension)

15 Auch die Schemata in der Sachdimension sind niemals vollkommen. Nichtsdestoweniger sind sie hilfreich, um die Sache in einem ersten Zugriff in den Griff zu bekommen.

1. Ein Grobschema: Das Wichtigste zuerst

16 Das erste Schema ergibt sich – und so sollte es bei Schemata eigentlich immer sein – aus der Sache selbst. Grob gesagt beruht es auf der Maxime *first things first* – das Wichtigste zuerst. Man beginnt daher mit den sogenannten *Essentialia negotii* (das sind die für die Transaktion wesentlichen Dinge, die „Essenz"), gefolgt von Regelungen, wie diese Hauptzwecke erreicht werden sollen, schließlich, wie Störfälle abgewickelt werden sollen:

- *Essentialia negotii* (Gegenstand der Transaktion)
- Vollzug der Transaktion
- Störfälle
- Sonstiges

a) Die Essentialia negotii

17 Die *Essentialia negotii* – wesentliche Bestandteile des Geschäfts – ergeben sich aus der alten, oft persiflierten Juristenfrage (dazu schon § 23 Rn. 42):

„Wer – will was – von wem – woraus?"

Anders gewendet: Bezeichnet werden müssen die Parteien (oder bei einseitigen Geschäften wie einem Testament: der Autor), der Gegenstand des Vertrags (z.B. eine Sache, die verkauft wird, und der Preis, der dafür zu zahlen ist), schließlich der Rechtsgrund, aus dem sich die Verpflichtungen der Parteien ergeben – z.B. ein Kaufvertrag. Das kann ganz schmucklos wie folgt geschehen:

33 So *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darlehensvertrag

1. Heinrich Müller – Darlehensgeber
   Fritz Schulze – Darlehensnehmer
2. Darlehenssumme: 2.000 Euro, 3 Prozent Zinsen

b) Vollzug des Geschäfts

Dies betrifft das „Wie" des Geschäfts, insbesondere, wie und wann die Leistungen zu erbringen sind – in unserem Beispiel etwa: 18

3. Fritz Schulze hat die Darlehenssumme am 01.07.2024 in bar erhalten.
4. Rückzahlung: monatlich 200 Euro ab 01.10.2024, letzte Rate 260 Euro.

Schon an dieser Stelle sind unter Umständen Regelungen am Platz, die der Vorsorge gegen Risiken gelten. Bekanntestes Beispiel: Der Verkäufer behält sich das Eigentum an der Kaufsache, z.B. einem Auto, bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vor (Vereinbarung eines sog. Eigentumsvorbehalts,[34] um das Vorleistungsrisiko zum vermindern[35]).

c) Regelung von Störfällen

Dies ist der Bereich, der das bunteste Bild bietet. Man kann denken an die Regelungen über Leistungsstörungen,[36] etwa an einen Ausschluss der Gewährleistung bei Fahrlässigkeit oder an einen pauschalierten Schadensersatz. Man kann Vertragsstrafen vereinbaren oder Schiedsvereinbarungen treffen.[37] Hinzu kommen u.U. Regelungen für den Fall, dass sich ein Teil der Vereinbarung oder gar ein ganzer Vertrag als unwirksam herausstellt,[38] vielleicht auch, wie man sich vorzeitig aus einem Vertrag lösen kann[39] – und vieles mehr. 19

d) Sonstiges

Sonstige Regelungen betreffen etwa Vereinbarungen über die Form (z.B. Kündigung in Schriftform) oder darüber, wer die Notarkosten zu tragen hat. 20

* * *

Dies ist der sozusagen grobe Vierschritt (*fourstep*) der Vertragsgestaltung. Hinzukommen können weitere Schritte, bei Austauschverträgen etwa ein weiterer Gliederungspunkt zur Regelung von Nebenleistungen und nachvertraglichen Pflichten (z.B. die 21

34 § 449 Abs. 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch –: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt)."

35 Es bleiben Risiken übrig, etwa, dass der Käufer die Kaufsache an einen Dritten veräußert und dieser Dritte sie, wie man sagt, „gutgläubig" erwirbt (§ 932 Abs. 1 BGB).

36 Ausführlich *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 309–331.

37 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 38 f., 43 f.

38 Ausführlich *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 332–343.

39 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 353–373, praktischerweise gleich mit Schema für einen Vergleichsvertrag (Rn. 371).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Pflicht, auf eine bestimmte Zeit Konkurrenz zu unterlassen) oder ein Abschnitt über Vertragsanpassungen.[40] Auch müsste man – in einer ausführlichen Methodenlehre der Kautelarjurisprudenz – innerhalb der vier Hauptgliederungspunkte weiter untergliedern. Für die Zwecke der NJML mag dieses Grobschema aber ausreichen.

2. Das Grobschema ausfüllen: Vertragsarten

22 In einem weiteren „Denkschritt" – er bildet den Ausgangspunkt der *dispositio*, also der Erstellung eines Rohentwurfs – stellt sich in der Kautelarjurisprudenz die Frage, welches Spezialschema auf diesen Fall passt oder auch: am besten passt.[41] Je nachdem kann man, gerade in der Praxis mit ihren vielen Handbüchern zur Vertragsgestaltung,[42] auf ausdifferenzierte Schemata zurückgreifen. Wie man sie in einer allgemeinen Methodenlehre der Kautelarjurisprudenz systematisiert, ist eine Frage der Übersichtlichkeit (wenn man so will: der Ästhetik). Es gibt daher verschiedene Möglichkeiten (unter a bis c).

a) Differenzierung nach dem wirtschaftlichen Zweck

23 Die NJML nimmt als erstes Differenzierungskriterium den wirtschaftlichen Zweck des Vertrags (der Transaktion, des Rechtsgeschäfts).

aa) Austauschverträge

24 Hauptmuster ist insofern der Austauschvertrag: Zwei sogenannte[43] „Leistungen" werden ausgetauscht. Beispiele sind Kaufvertrag (geschuldet wird Kaufsache gegen Kaufpreis), Mietvertrag (Nutzung der Mietsache gegen Mietzins), Dienstvertrag (grob gesagt: Arbeitszeit gegen Arbeitslohn), Werkverträge (Erfolg, z.B. einer Reparatur, gegen Werklohn), Darlehen (Geld gegen Zins und Rückzahlung). All dies bildet in der juristischen Ausbildung den Schwerpunkt des Vertragsrechts.

Dabei ist schon das Gesetz – hier das BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) – in der Regel so aufgebaut, dass es dem oben genannten Grobschema entspricht: Zunächst werden die vertraglichen *Hauptpflichten* benannt (§ 433 BGB, § 535 BGB, §§ 611, 611a BGB, § 631 f. BGB, § 488 BGB). Was die *Durchführung* des Vertrags betrifft, ist vieles im Allgemeinen Schuldrecht geregelt, z.B. die Erfüllung des Vertrags durch Austausch der Leistungen „Zug um Zug" (mehr vorausgesetzt als geregelt in § 322 BGB). In den Schuldverhältnissen des Besonderen Teils (Kauf, Miete etc.) folgt dann die Regelung von *Störfällen*, Beispiele: die Haftung für Mängel der Kaufsache (§§ 437 ff. BGB), der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" (§ 566 BGB), die fristlose Kündigung eines Dienstverhältnisses (§§ 626–628 BGB), die Nacherfüllung beim Werkvertrag (§ 635 BGB), besondere Vorschriften für Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff. BGB).

40 Siehe das Schema für Austauschverträge bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 41.
41 Siehe schon bei Fn. 30.
42 Ich verzichte auf Einzelnachweise.
43 Dies als Erläuterung für nicht-juristische Leser.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es liegt auf der Hand, dass auch die Vertragsgestaltung zweckmäßigerweise dieser Grundstruktur folgt – und dass die hierfür zu entwickelnden Schemata bis ins Unendliche verfeinerungsfähig sind.[44]

bb) Gesellschaftsverträge

Zu unterscheiden von Austauschverträgen sind Gesellschaftsverträge. Auf den ersten Blick ist dies nicht schwierig: Man stelle sich auf der einen Seite den vielzitierten Kauf eines Brötchens für 40 Cent vor, auf der anderen Seite die Gründung einer GmbH oder gar einer Aktiengesellschaft. Die Abgrenzung kann aber auch schwieriger sein, etwa in diesem 25

Fall: Musikliebhaber A will ein kleines Konzert mit einem jungen Künstler[45] veranstalten. Es fehlt ihm allerdings das nötige Kapital. B ist bereit, ihm für die Durchführung 10.000 EUR „zu leihen". Als Gegenleistung kann sich B folgende Varianten vorstellen:

(a) A zahlt sechs Wochen nach Durchführung des Konzerts 10.500 EUR zurück.
(b) A zahlt sechs Wochen nach Durchführung des Konzerts 10.000 EUR plus einen
Anteil von 30 % des Reingewinns.
(c) A zahlt keinen festen Betrag zurück, sondern 60 % seines Reingewinns.[46]

Es liegt auf der Hand: Variante (a) ist ein Austauschvertrag in Gestalt eines Darlehens, Variante (c) ein Gesellschaftsvertrag, weil ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird (§ 705 BGB[47]). Bei der Variante (b) handelt es sich hingegen um eine Mischform, und man muss fragen, welcher Vertragscharakter überwiegt. Um dies nicht nur aus dem Bauch heraus zu entscheiden, kann man etwa vorschlagen, die Unterscheidung von Austausch- und Gesellschaftsvertrag korreliere im Wesentlichen mit der Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital.[48] Dann kann man sagen: In Variante (b) überwiegt eindeutig das Fremdkapital, es handelt sich also um ein Darlehen.

Man sieht natürlich unschwer: Hier wird ganz schlicht und einfach subsumiert (§ 9), und man hat dabei zwei Oberbegriffe zur Auswahl (Austausch- und Gesellschaftsvertrag), die mit Hilfe weiterer Kriterien näher bestimmt werden („Definition") – nicht anders als bei der Abgrenzung von, sagen wir, Diebstahl und Betrug (vgl. § 18 Rn. 6).

44 Siehe nochmals das relativ grobe Schema bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 41, und sodann zur Vertiefung die §§ 9 bis 18 des Werks.

45 Wir müssen ihm nicht den Namen „K" geben, denn er spielt für die rechtlichen Fragen keine Rolle.

46 Fall bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 417.

47 Absatz 1 der Vorschrift lautet: „Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern."

48 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 416 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

26 Wenn man dann weiß, *dass* eine Gesellschaft gegründet wird, kann man den Vertrag wieder wie folgt nach dem oben entwickelten Grobschema gliedern:

a) Essentialia negotii

A. Name/Firma und Sitz der Gesellschaft; Gesellschaftszweck
B. Die Gesellschafter und das Maß ihrer Beteiligung

b) Vollzug der Gesellschaft

C. Verwaltung, insbesondere Geschäftsführung und Vertretung
D. Gewinn und Verlust, insbesondere deren Verteilung

c) Sonderfälle („Störfälle")

E. Änderungen des Gesellschaftsvertrags
F. Veränderungen im Gesellschafterbestand
G. Beendigung der Gesellschaft

d) H. Sonstiges

In der Praxis lässt man der Übersichtlichkeit halber die erste Gliederungsebene (das gedankliche Grobschema) weg.[49] In der Sache hat dies keine praktische Konsequenz (dazu § 5 Rn. 14–17), und Methode heißt ja nicht, einen jeden „Denkschritt" explizit darstellen.[50]

cc) Vergleichsverträge

27 Von Austauschverträgen zu unterscheiden sind, und dies vor allem im Verwaltungsrecht, die Vergleichsverträge. Im Verwaltungsrecht wird der Vergleich definiert als ein Vertrag, durch den „eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird" (§ 55 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG).[51]

Der Aufbau solcher Verträge[52] hat seinen Schwerpunkt typischerweise auf den *Essentialia negotii*, das sind neben den (1) Vertragsparteien zunächst (2) die Darstellung[53] der streitigen (und unstreitigen) Punkte und sodann (3) die Art des gegenseitigen Nachgebens. Dabei kann der Streit sowohl Tatsächliches betreffen (wurde schon gezahlt oder nicht?) als auch Rechtliches (bestand das Mietverhältnis fort oder wurde es wirksam gekündigt?). Und das gegenseitige Nachgeben kann etwa im Weg des Anerkennens der

49 Siehe das – detailliertere – Schema bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 437.

50 Auch hier daher ein Hinweis auf *Katharina Sobota* (jetzt *von Schlieffen*), Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt a.M. 1990. Sie expliziert ausführlich das Geflecht aus Schlussfolgerungen, das einen ganz alltäglichen juristischen Text durchwirkt – Logik, Logik, Logik! – und dabei zu 80 bis 90 Prozent latent ist (siehe schon § 32 Rn. 14–18).

51 Demgegenüber ist Austauchvertrag ein Vertrag, „in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet". Er „kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen" (§ 56 Abs. 1 VwVfG).

52 Ein Muster bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 371.

53 Eine kleine Beckmesserei: „Darstellung", nicht wie bei *Moes* (Fn. 11), Rn. 371, „Beschreibung". „Beschreibung" meint nach herkömmlichem Verständnis die Darstellung von Tatsachen, nicht von Rechtsfragen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gegnerischen Rechtsposition bestehen (z.B. des Grenzverlaufs bei zwei Grundstücken) oder auch in einer Geldleistung („500 Euro, und alles ist vergessen").

Demgegenüber treten die Regelungen über den Vollzug und über Störfälle in den Hintergrund. Besonders wichtig ist freilich die sogenannte Abgeltungsklausel,[54] die in ihrer einfachsten Form lautet:

> „Mit dem Vollzug dieses Vergleichs sind alle Ansprüche der Parteien aus dem (z.B. Unfallereignis vom …) umfassend abgegolten."

dd) Unentgeltliche Verträge

28 Einige Besonderheiten ergeben sich bei unentgeltlichen Verträgen (Schenkung, Leihe, Auftrag, zinsloses Darlehen – mehr gibt es nicht[55]). Zum einen fehlt es zwar – definitionsgemäß – an einem eigentlichen Entgelt. Sehr wohl kann aber der Schenker (Leihgeber, Auftraggeber) mit dem unentgeltlichen Geschäft rechtlich relevante Zwecke verbinden, etwa eine bestimmte Verwendung der verliehenen Sache. Dies muss dann vertraglich festgehalten und abgesichert werden.[56]

> Nur am Rande sei erwähnt, dass eine Schenkung bei grobem Undank des Beschenkten vom Schenker kraft Gesetzes widerrufen werden kann (§ 530 BGB). Und es gibt auch Schenkungen unter Auflage (§ 525 BGB).[57]

Zum anderen sind Schenkungen größeren Umfangs – insbesondere die Schenkung von Grundstücken und/oder Schenkungen unter Lebenden, die das Erbrecht vorwegnehmen – rechtlich höchst kompliziert bis delikat. Bei der Schenkung von Grundstücken etwa sind die *Essentialia negotii* sehr schnell abgehandelt, und der Großteil des Vertrags besteht in der sachenrechtlichen Durchführung (Auflassung, evtl. Einräumung eines Nießbrauchs für den Schenker, Belastungs- und Veräußerungsverbote).[58] Zum anderen sind bei vorweggenommener Erbfolge oder bei Schenkungen auf den Todesfall mögliche erbrechtliche Berechtigungen Dritter zu berücksichtigen, insbesondere Pflichtteilsrechte (vgl. etwa § 2325 Abs. 1 BGB[59]) – und das Steuerrecht. All dies macht erbrechtlich relevante Schenkungen „technisch anspruchsvoll".[60]

b) Differenzierung nach Rechtsgebieten

29 Damit zur zweiten kautelarjuristischen Systematisierung von Verträgen und sonstigen Rechtsgeschäften. Sie orientiert sich schlicht und einfach an den betroffenen Rechtsge-

54 Vgl. *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 371.

55 Es sei denn, man zählt auch begünstigende Verfügungen von Todes wegen (z.B. ein Vermächtnis im Testament) in wirtschaftlicher Betrachtung zu den Verträgen, so *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 232.

56 Siehe etwa *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 401.

57 Schöne Darstellung der Vertragsgestaltung bei Schenkungen: *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 7, mit dem Beispiel der Zuwendung von Grundeigentum an die minderjährige Enkelin.

58 Vertragsentwurf bei *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 7 Rn. 60.

59 Die Vorschrift lautet: „Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird."

60 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 371.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bieten, wobei im Vordergrund naturgemäß das Privatrecht steht: Es ist nun einmal die Domäne der Verträge, also der konsensualen Gestaltung von Rechtsverhältnissen unter rechtlich Gleichen durch gemeinsam verantwortete *autoritative Texte* (zum Begriff § 14 Rn. 22).

Im Öffentlichen Recht sind Verträge hingegen die Ausnahme, weil der Staat (im engeren und weiteren Sinn[61]) in der Regel einseitig-hoheitlich handelt. Im Strafrecht hat es sogar ein gewisses Geschmäckle, wenn Staatsanwaltschaft und Gericht mit dem Angeklagten verhandeln (Geständnis gegen Aussetzung zur Bewährung oder gar: mildere Strafe gegen Auskunft, wo die Beute versteckt ist).[62]

aa) Sachenrecht

30 Praktisch besonders bedeutsam ist das Sachenrecht. Dies liegt vor allem daran, dass für sämtliche Geschäfte, die das Eigentum an Grundstücken (Immobilien) betreffen – sei es Veräußerung und Erwerb, sei es Belastung mit einer Hypothek etc. – grundsätzlich[63] eine notarielle Beurkundung erforderlich ist (§ 311b, § 875 Abs. 2 BGB). Die insoweit zu gestaltenden Verträge haben ihre ganz eigene, sehr technische Atmosphäre und sind ohne fundiertes Wissen im Sachenrecht kaum zu verstehen.[64] Nichtsdestoweniger müssen sie den Parteien vorgelesen und von ihnen genehmigt werden (§ 13 Abs. 1 BeurkG – Beurkundungsgesetz).

In der Praxis gibt es, wie schon angedeutet, eine ganze Fülle von Handbüchern mit „Schemata", und natürlich hat auch jeder Notar seine Sammlung eigener Muster (früher nannte man sie auch „Schimmel"[65]).

31 Weniger formgebunden sind Verträge über bewegliche Sachen (Mobilien), also z.B. ein Autokauf. Sie sind sogar formlos möglich, man kann das Auto also mündlich verkaufen und den Vertrag sogleich vollziehen: Schlüssel und Papiere gegen Geld („bar auf die Kralle"). Schriftliche Verträge empfehlen sich schon zu Beweiszwecken (kein Diebesgut!), vor allem aber, wenn die Haftung für Sachmängel besonders geregelt werden

61 Staaten im engeren Sinn sind Bund und Länder, sie verfügen über eine souveräne, unabgeleitete Hoheitsgewalt (auch die Länder! Abgrenzung zum Bund: Art. 30 GG). Staat im weiteren Sinn sind alle Hoheitsträger, die ihre Hoheitsgewalt vom Bund oder von den Ländern ableiten: etwa die Deutsche Rentenversicherung Bund und die Agentur für Arbeit (vom Bund), die Städte, Kreise und Gemeinden, Universitäten, Ärzte- und Handwerkskammern (von den Ländern).

62 Natürlich ist das ein weites Feld. In den USA hat das *plea bargaining* eine gewisse Tradition, in Deutschland ist es umstritten, vgl. jetzt § 257c StPO (Strafprozessordnung). Große Aufmerksamkeit in den Medien hat ein Deal zwischen der Staatsanwaltschaft und den Angeklagten im Fall des Dresdener Juwelenraubes („Grünes Gewölbe") gefunden.

63 Juristisch „grundsätzlich" heißt: im Grundsatz, es gibt also Ausnahmen. Siehe daher § 311b Abs. 1 BGB im Volltext: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."

64 Schöne Darstellung mit Vertragsentwurf am Ende: *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 6.

65 Wohl von lateinisch *simile* = ähnlich; der „Amtsschimmel" – eine veraltende, leicht abschätzige Bezeichnung für zu viel Bürokratie – ist darauf zurückzuführen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

soll.[66] Komplizierter wird es, wenn bei einem Kauf ein Kredit in Anspruch genommen und das Auto deshalb der Bank (also einem Dritten) zur Sicherheit übereignet wird – wir kommen darauf zurück.

bb) Familien- und Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht

Weitere „klassische" Felder der Kautelarjurisprudenz sind das Familien- und Erbrecht, das Gesellschaftsrecht und das Arbeitsrecht. Im Familien- und Erbrecht spielt, wie schon angedeutet, häufig das Immobiliarsachenrecht mit hinein – und auch im Übrigen ist gelegentlich die Mitwirkung eines Notars vorgeschrieben[67] oder möglich[68]. 32

Die Testamente als Besonderheit der „Vertragsgestaltung" (im ökonomischen, nicht rechtlichen Sinn![69]) haben wir in einer Fußnote schon erwähnt.[70]

Das Gesellschaftsrecht ist schon angesichts der vielfältigen Gesellschaftsformen – Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), offene Handelsgesellschaft (OHG), Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft (KG), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), beides auch kombiniert zur GmbH & Co. KG, – ein besonders weites und, wenn man so will, angestammtes Feld der Vertragsjurisprudenz (ohne Vertrag keine Gesellschaft).[71] 33

Notorisch schwierig ist, nebenbei, das Zusammenspiel mit dem Erbrecht.[72]

Auch das Arbeitsrecht ist eine Wissenschaft für sich, demgemäß auch die Vertragsgestaltung in diesem Bereich.[73] Man braucht daher einen weiten Überblick über die Spezialregelungen im BGB (§ 611a, § 619a, § 622) und in vielen Spezialgesetzen (Kündigungsschutz, Urlaub, Mutterschutz und Elternzeit, Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, besonders problematisch im Universitätsbetrieb[74]). Hinzu kommen all die Regelungen im Sozialversicherungsrecht, die an das Arbeitsverhältnis anknüpfen 34

66 Siehe den Entwurf eines Kaufvertrags über ein Rasterkraftmikroskop bei *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 4 Rn. 50.

67 § 1410 BGB: „Der Ehevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden." – § 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB: „Ein Erbvertrag kann nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden."

68 § 2232 Satz 1 BGB: „Zur Niederschrift eines Notars wird ein Testament errichtet, indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte."

69 Man sieht erneut, dass in einem Rechtsfall immer eine Vielfalt von Sinnzusammenhängen zusammenkommt (zu diesem Begriff § 5 I Rn. 40–59; zum Sinnzusammenhang „Dogmatik" § 10 Rn. 32; zum Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen § 24.

70 Siehe Fn. 55.

71 Siehe allgemein und mit dem Beispiel der Errichtung einer GmbH *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 9; allgemein und mit dem Gliederungsmuster eines (Außen-)Gesellschaftsvertrags *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), §§ 20–24 (Rn. 437).

72 Siehe etwa *Sabine Kick*, Die Haftung der Erben eines Personenhandelsgesellschafters, Köln etc.1997.

73 Dazu allgemein und mit dem Beispiel eines Aufhebungsvertrags *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 8.

74 Siehe das Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) von 2007, das gerade wieder geändert werden soll.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Kranken-, Renten- und Unfallversicherung)[75] – außerdem unter Umständen Tarifverträge[76] zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden.

cc) Sonstiges Privatrecht

35 Im Übrigen gilt: Das Feld der Vertragsgestaltung ist so weit wie die Rechtsordnung (grundsätzlich ausgenommen: das Strafrecht, siehe oben). Man denke also im Privatrecht auch an den Versicherungsvertrag, den Verlagsvertrag für ein Buch, Verträge über das sonstige sogenannte geistige Eigentum (Urheberrecht, Patentrecht) und so weiter.

dd) Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsverträge

36 Bereits erwähnt wurde, dass es auch im Öffentlichen Recht Verträge gibt. Terminologisch unglücklich ist dabei, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz einen eigentlich nur Unterfall dieser Verträge mit dem Oberbegriff bezeichnet: Die §§ 54–62 VwVfG sprechen vom „öffentlich-rechtlichen Vertrag".[77] Richtig wäre die Bezeichnung „Verwaltungsvertrag", denn es gibt auch andere öffentlich-rechtliche Verträge, etwa die Staatsverträge der Länder im Bereich von Rundfunk und Telemedien oder die völkerrechtlichen Verträge des Bundes mit ausländischen Staaten.

Eine Besonderheit mit langer Tradition sind Verträge zwischen Staat und Kirche.[78] wobei die sogenannten „Konkordate" noch einmal eine besondere Besonderheit sind: Man bezeichnet damit Verträge des Staates (sei es der Bund, seien es die Länder) mit dem Heiligen Stuhl (unscharf: Papst oder Vatikan). Bei ihnen handelt es sich, weil der Heilige Stuhl ein Völkerrechtssubjekt ist, um völkerrechtliche Verträge.

Was die Verwaltungsverträge angeht, so war es historisch durchaus umstritten, ob sich der Staat dieser Handlungsform *überhaupt* sollte bedienen dürfen („der Staat paktiert nicht"). Mittlerweile ist „der Verwaltungsvertrag" allgemein und eben auch gesetzlich anerkannt.

Verwaltungsverträge können insbesondere an die Stelle eines Verwaltungsaktes treten (§ 54 Satz 2 VwVfG). Die Behörde kann also eine Baugenehmigung durch Vertrag statt durch Verwaltungsakt erteilen. Manches geht aber auch nicht: Insbesondere kann sich eine Gemeinde nicht durch Vertrag verpflichten, einen Bebauungsplan aufzustellen (§ 1 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB – Baugesetzbuch). Wir kommen darauf zurück (Rn. 51).

37 Nichtsdestoweniger kommen Verwaltungsverträge in den gängigen Darstellungen zur Vertragsgestaltung allenfalls am Rande vor.[79] Erst recht nicht findet sich in der akademischen Rechtswissenschaft ein großes Angebot an Vorschlägen zu einer Vertragsge-

---

75 Geregelt im sogenannten Sozialgesetzbuch, das ist eine eher äußerliche Zusammenstellung der einschlägigen Gesetze, hier also SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung –, SGB VI – Gesetzliche Rentenversicherung –, SGBVII – Gesetzliche Unfallversicherung. Im Jurastudium kommt davon vor: nichts. Große Peinlichkeit dann, wenn doppelt geprüfte Juristen vom „SGB Vau" sprechen statt vom „SGB (römisch) fünf".

76 Knapp dazu *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 8 Rn. 14.

77 Es ist mir schleierhaft, warum dies nicht längst geändert wurde.

78 Klassiker: *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M. 1965.

79 Siehe etwa *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), § 31.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staltungslehre: Sie sei, so heißt es, bislang ein frommer Wunsch („Desiderat") geblieben und werde es auch dauerhaft bleiben (ohnehin sei die Rechtserzeugungsdogmatik in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine „Leerstelle").[80]

Auf der anderen Seite haben Verwaltungsverträge in der Praxis eine große Bedeutung. Dies reicht von der sogenannten Eingliederungsvereinbarung im Rahmen von „Hartz IV"[81] bis hin zum Vertrag der Bundesrepublik mit dem Lkw-Maut-Betreiberkonsortium „Toll Collect".

> Der Vertrag umfasste 17.000 Seiten, führte zu einem 14jährigen Streit, der 2018 mit einem milliardenschweren Vergleich beendet wurde (3,2 Mrd. zu Gunsten des Bundes) – bei Anwaltskosten von rund 500 Millionen Euro.[82]

Es wäre daher ein durchaus lohnendes Unterfangen, die Methode öffentlich-rechtlicher Vertragsgestaltung etwas systematischer als bisher anzulegen – letztlich zum Vorteil beider Seiten: „des Bürgers" und „der Behörde". Gemäß dem oben Rn. 7 vorgeschlagenen Raster könnte man etwa die folgenden Schwerpunkte setzen: 38

– Bei den **Arbeitsschritten** ist insbesondere zu beachten: 39

  Die (1) Stoffsammlung muss in der „Risikostation" vor allem darüber Klarheit verschaffen, wie die **Machtverhältnisse** sind, genauer: wie groß die Verhandlungsmacht auf beiden Seiten ist – eine finanziell klamme Stadt ist einem großen Investor nicht zwangsläufig überlegen.[83] Deshalb darf sie ihm auch nicht etwa einen Bebauungsplan „verkaufen" (siehe Rn. 51).

  Die (3) Verhandlungsstation ist, weil eine Seite hoheitlich handelt, stärkeren rechtlichen Beschränkungen unterworfen, besonders strikt etwa bei der Vergabe öffentlicher Aufträge („Vergaberecht") oberhalb der Schwellenwerte.[84] Zudem wird die „Verhandlungsstation" meist schon früh beginnen oder besser: rechtlich gleichsam ihren Schatten vorauswerfen: Im gesamten Verfahren[85] (!) muss es peinlich fair zugehen.

– Bei den **Schemata** ist zu bedenken: 40

  Natürlich gibt es auch für Verwaltungsverträge bereits **Vertragsmuster** und das Bemühen, Verträge nach Vertragstypen zu ordnen.[86] Solche Muster werden sich

80 *Patrick Hilbert*, Der Verwaltungsvertrag im System der Handlungsformen, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band V, Heidelberg 2023, § 147 Rn. 66.

81 § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB II: „Eine erwerbsfähige leistungsberechtigte Person muss aktiv an allen Maßnahmen zu ihrer Eingliederung in Arbeit mitwirken, insbesondere einen Kooperationsplan abschließen."

82 *Hartmut Bauer*, Verwaltungsverträge, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Aufl., München 2022, § 35 Rn. 44 mit Fn. 258.

83 *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 82), Rn. 118.

84 *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 82), Rn. 90, 112, 115, 120 f.

85 Siehe § 9 VwVfG: „Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein."

86 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 133, 138 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber aus zwei Gründen weniger leicht[87] standardisieren lassen: Erstens hat die eine Seite „im Prinzip" die Möglichkeit, „jederzeit" zu einer anderen Handlungsform zu wechseln, also „am Ende" doch hoheitlich zu handeln. Zweitens sind auf beiden Seiten nicht dieselben Juristentypen tätig: Verwaltungsbeamte sind ein anderer Schlag[88] Mensch als Rechtsanwälte. Aus diesen beiden Gründen dürften die Verhandlungsergebnisse stärker divergieren als im reinen Privatrecht.

Im Übrigen sollten die Verträge natürlich gut strukturiert sein, also nicht etwa aus einer Reihe von 23 Positionen – eine nach der anderen – bestehen.[89]

41 – Für die **Maßarbeit** ist insbesondere zu beachten:

Welche hoheitlichen Risiken stehen auf dem Spiel, hoch gegriffen: welche Risiken für das **Gemeinwohl**? Und wie kann man sich gegen sie absichern? Wie wird zum Beispiel bei Privatisierungsvorgängen die Verantwortung der Verwaltung („**Verwaltungsverantwortung**") für ein hoheitlich zu gewährleistendes Ergebnis abgesichert – man denke an die Betreiberverträge mit Privaten bei der Abwasserentsorgung?[90] Müssten insoweit nicht ganz erhebliche Sicherheitsleistungen verlangt werden?

Die gängigen Vertragsmuster scheinen allerdings eher betriebswirtschaftlich als juristisch fundiert zu sein.[91]

42 Nebenbei: Zur Gewährleistungsverantwortung des Bundes bei der Eisenbahn siehe Art. 87 Abs. 5 GG (Grundgesetz):

> „Der Bund gewährleistet, daß dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird."

All dies sind natürlich nur erste Anregungen im Rahmen eines „Ausblicks".

c) Differenzierung nach dem Komplexitätsgrad

43 Zuletzt noch kurz eine weitere, mehr äußerlich-phänotypische als dogmatische Differenzierung: die Differenzierung nach dem Komplexitätsgrad des Vertrags (oder sonstigen Rechtsgeschäfts).

aa) Mehrere Beteiligte („multipolare Rechtsverhältnisse")

44 Erstens wird es kompliziert, wenn an einem Rechtsgeschäft mehrere Personen beteiligt sind, etwa beim Kauf auf Raten eine Bank als Kreditgeber. Hier stellt sich als erstes die Frage, ob die Regelung in einem einzigen Vertrag oder in zwei (oder noch mehr) Verträgen erfolgen soll. Die Grundregel lautet dann „stehen und fallen": Wenn zwei Vorgänge, insbesondere Austauschvorgänge, nach dem Willen der Parteien miteinander

87 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 134, mahnt denn auch zur Vorsicht.
88 Altgriechisch *týpos* bedeutet „Schlag, Hieb".
89 Siehe die Liste möglicher Regelungen in Betreiberverträgen bei *Bauer* (Fn. 82), Rn. 133.
90 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 130, 136.
91 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 134.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stehen und fallen sollen, dann sind sie in einem Vertrag zu verbinden; andernfalls sind sie in zwei Verträge (oder noch mehr) Verträge aufzuspalten.[92] Im Übrigen *müssen* manche Verträge kraft Gesetzes miteinander verbunden werden, so etwa ein Verbrauchervertrag über die Lieferung einer Ware mit einem Darlehensvertrag, der dies finanzieren soll (§ 358 Abs. 3 BGB). Dies und sonstiges zwingendes Recht (dazu gleich mehr) muss die Vertragsgestaltung natürlich berücksichtigen.[93]

bb) Mehrere Vertragsarten, Rechtsgebiete, Rechtsordnungen

Zweitens steigert sich die Komplexität eines Rechtsgeschäfts/einer Transaktion, wenn mehrere Vertragsarten und/oder mehrere Rechtsgebiete zusammenkommen (beides schon erwähnt). Ganz besonders gilt dies zudem, wenn es um internationale Sachverhalte geht und man sich zunächst einmal über das anwendbare Recht einigen muss.[94] 45

Zu insoweit einschlägigen europarechtlichen Regelungen ein Fall unter § 18 Rn. 74.

d) Schlussgag: das deutsche Steuerrecht

Zu guter Letzt ist als Komplexitätsbeschleuniger eigener Art das deutsche Steuerrecht zu nennen. Es spielt bei nahezu allen wirtschaftlichen Transaktionen eine Rolle, vor allem in Gestalt der Lohn- und Einkommensteuer und bei fast jedem Kauf und Verkauf als Umsatzsteuer („Mehrwertsteuer"), aber auch z.B. als Grundsteuer, Erbschafts- und Schenkungssteuer und so fort. Vertragsjuristen müssen auch dies immer „auf dem Schirm haben" (zu WYSIATI – *what you see is all there is* – schon § 35 Rn. 34–35), und es hat sich in den rechts- und steuerberatenden Berufen geradezu eine Steuervermeidungsindustrie etabliert. 46

> Simpelstes Beispiel: A will seinem Sohn S 800.000 Euro schenken. Schenkungen unter Angehörigen sind bis zu einer Höhe von 400.000 Euro steuerfrei. Bei einer Direktschenkung von 800.000 Euro würde ein Steuerbetrag von 60.000 Euro fällig. A kann dies vermeiden, indem er dem Sohn 400.000 Euro schenkt. Die übrigen 400.000 Euro schenkt er seiner Frau F, und diese schenkt sie an S weiter (sog. Kettenschenkung).[95]

Insgesamt muss man dem deutschen Steuerrecht wohl bescheinigen, dass es hyperkomplex und dadurch missbrauchsanfällig ist – die größten Schlagzeilen hat in letzter Zeit der sog. Cum-Ex-Skandal gemacht.[96] Auf der anderen Seite kommt man, so die Aus-

92 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 376.

93 Weiteres zu multiplen und mehrpoligen Rechtsverhältnissen bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 374–397.

94 Überblick: *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 503–512.

95 Beispiel bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 515 f. mit Nachweis, dass der Bundesfinanzhof dies billigt.

96 beckonline-Link 2029710: „Bei Cum-Ex-Deals, die ihre Hochphase zwischen 2006 und 2011 hatten, ließen sich Investoren nie gezahlte Kapitalertragsteuern erstatten und prellten den Staat geschätzt um mindestens zehn Milliarden [!] Euro. Dabei nutzten sie eine Gesetzeslücke. Erst im Jahr 2012 wurde das Schlupfloch geschlossen. 2021 entschied der Bundesgerichtshof, dass Cum-Ex-Geschäfte als Steuerhinterziehung zu werten sind."

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kunft eines Fachanwalts[97], in Deutschland für kaum etwas so schnell ins Gefängnis wie für einen Verstoß gegen das Umsatzsteuergesetz (wir haben es schon einmal erwähnt).

47 Wie auch immer: Aus Sicht der NJML müssen die rechtsberatenden Berufe in so gut wie jedem größeren Fall die steuerrechtlichen Konsequenzen mitbedenken – sie gehören zu den „Kollateralfolgen" (§ 26 I) der rechtlich zu erwägenden Lösungen. Dabei ist vor allem auch zu bedenken, was rechtlich *nicht mehr geht*, zumal Umgehungsgeschäfte gemäß § 42 AO (Abgabenordnung) verboten sind[98] – und dann als Steuerhinterziehung strafbar (§ 370 AO).

Fazit eines Notars: „Mit den hierzu ergangenen Gerichtsentscheidungen und der einschlägigen Literatur lassen sich ganze Bibliotheken füllen."[99]

Nach allem ist kaum nachvollziehbar, dass die meisten Bundesländer in ihrer Juristenausbildung das Steuerrecht als Pflichtfach völlig aussparen.[100] „Fertige" Juristen müssen dort vom Steuerrecht, mit anderen Worten, nicht einmal die Grundzüge kennen. Wenn sie dann Anwalt geworden sind, müssen sie es trotzdem ständig auf dem Schirm haben.

IV. Die Maßarbeit (Sozialdimension)

48 Nachdem wir nun das Feld der „Schemata" durchgemustert haben, wollen wir kurz auf die „Arbeitsschritte" (unter II) zurückblicken und können insoweit bestätigen: Sie lassen sich nicht strikt, sondern nur idealtypisch[101] voneinander abgrenzen. Die Hauptarbeit steckt im Inhaltlichen, in der „Maßarbeit", die fast jeder Fall verlangt.

Zur juristischen Arbeit als Maßkonfektion schon § 23 Rn. 39–40.

Insofern kann man sich von den folgenden Gesichtspunkten leiten lassen.

---

97 Es ist der hochgeschätzte Kollege *Olaf Hohmann*.

98 Wortlaut: „§ 42 Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. (…)

(2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind."

Alles klar?

99 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 517 mit Hinweis auf *Klaus Tipke/Joachim Lang* (Hrsg.), Steuerrecht, (jetzt) 24. Aufl., Köln 2021, Kapitel 5.116 – 134 („knapp und überblicksartig").

100 Ausnahme: Allein in Bayern gehören die Abgabenordnung und Grundzüge des Einkommensteuerrechts zum Pflichtstoff im Zweiten Examen (§ 58 JAPO – Justizausbildungs- und Prüfungsordnung). – Nebenbei: Der Zugang zu den „JAPOs" der Länder im Internet ist teilweise katastrophal, und ich habe bei einigen Ländern trotz gründlicher Recherche nicht herausfinden können, was Prüfungsstoff im Zweiten Examen ist!

101 Zum Begriff Idealtypus siehe *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § 1 I 6, auch 3 und 11.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Hauptziel: Die Absicherung gegen Risiken

Hauptziel der Kautelarjurisprudenz ist, wie der Name schon sagt (*cavere*!), die Absicherung gegen Risiken.[102] Diese Risiken können, wie schon erwähnt, im Tatsächlichen liegen – wie ist die Bonität des Kreditnehmers zu bewerten? –, aber auch im Rechtlichen: Wird der BGH bei seiner Rechtsprechung zu bestimmten Steuerstraftaten bleiben? Wie wird er ein neues Steuerschlupfloch bewerten? 49

2. Grenzen der Gestaltungsfreiheit: Zwingendes und dispositives Recht

Bei dieser Absicherung von Risiken ist im Kautelarrecht zuvörderst die Unterscheidung von zwingendem Recht und dispositivem Recht zu beachten.[103] Es gibt schlicht und einfach vertragliche Gestaltungen, die rechtlich nicht zulässig sind. Über derart zwingendes Recht kann man, anders gewendet, nicht disponieren. 50

Praktisch wichtigstes Beispiel ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das sind vorformulierte Vertragsbedingungen, die ein – vermutet wirtschaftlich überlegener – sog. Verwender seinen – üblicherweise schwächeren – Kunden „diktiert".[104] Dies war ehedem eines der Gebiete, auf denen das klassische BGB durch ein Spezialgesetz ergänzt wurde: das AGB-Gesetz von 1976.[105] Mittlerweile sind die Vorschriften in das BGB eingefügt worden (§§ 305–310 BGB), sie verbieten z.B. überraschende und mehrdeutige Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) und enthalten insoweit sogar eine methodische Direktive für die Rechtsanwendung (**§ 305c Abs. 2 BGB**):

> „Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders."
>
> Weiteres Beispiel: Ein Hausmeisterservice bietet seine Leistungen zu deutlich günstigeren Preisen als die Konkurrenz an. In den AGB weist er deutlich darauf hin, dass er dies allein deshalb bieten kann, weil er die Gewährleistung für Sachmängel nur für ein halbes Jahr übernimmt (statt nach § 634 Abs. 1 Nr. 1 BGB für zwei Jahre). Das mag wirtschaftlich adäquat erscheinen, ist aber nach § 309 Nr. 8 b ff BGB unwirksam.[106]

Urbild zwingenden Rechts ist das Wucherverbot des § 138 Abs. 2 BGB: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile 51

102 Genauer müsste man sagen: Die Absicherung *von* Risiken *gegen* Gefahren, die das eigene Handeln eben zu einem bestimmbaren Risiko (= Handeln angesichts einer Gefahr) machen.

103 Siehe etwa *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 26 f., 98–130 (zum zwingenden Recht).

104 Schöne Darstellung: *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 3, am Ende mit einem Klauselvorschlag für einen Eigentumsvorbehalt.

105 Bundesgesetzblatt (BGBl.) I S. 3317. – Nebenbei: Das älteste dieser Spezialgesetze trat sogar schon vor dem BGB in Kraft: Das Abzahlungsgesetz von 1894 (RGBl. [Reichsgesetzblatt] S. 450). Anlass waren Nähmaschinen, die die Firma Singer für Heimarbeit verkauft hatte. Konnten die Käuferinnen die Raten nicht rechtzeitig zurückzahlen, mussten sie die Maschine zurückgeben, und die Firma behielt die schon gezahlten Raten.

106 Beispiel von *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 226–228.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen."

Schließlich noch ein Beispiel aus dem Öffentlichen Recht (s.o. Rn. 36) „Auf die Aufstellung von Bauleitplänen und städtebaulichen Satzungen besteht kein Anspruch; ein Anspruch kann auch nicht durch Vertrag begründet werden" (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB).

3. Gestaltungsvarianten: von der Rechtsfolge her denken

52 Wie verfährt man nun aber im Bereich des dispositiven Rechts methodisch? Man kann sagen: auch nicht anders als sonst im Juristischen. Nämlich: logisch, logisch, logisch.

a) Eine Vielzahl von VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismen)

53 Vertragsgestaltung läuft, logisch betrachtet, letztlich hinaus auf **Regeln** – sei es die Setzung eigener Regeln oder auch die Unterwerfung unter gesetzliche Regeln, sagen wir: unter die §§ 433 ff. BGB, wenn ich eine Sache „kaufe" oder „miete" – manchmal habe ich ja die Wahl! Regeln sind nun, wie wir gesehen haben, vor allem dadurch *Regeln*, dass man unter sie „subsumieren" kann, anders gewendet: dass man sie in einem künftigen *Fall* anwenden kann – mit einem bestimmten *Resultat*, das eben aus der Regel *folgt*. Kurz: Regeln „setzen", auch: sich ihnen unterwerfen, ist durch und durch eine Sache der Logik.

Logik ist nun einmal die Lehre von der Folgerichtigkeit, und dies nicht nur des Denkens, sondern auch und letztlich des Handelns (§ 4 Rn. 8–9).

54 Eben deshalb ist nun auch das, was bei der Vertragsgestaltung geschieht, durch und durch logisch: Man muss alle Regeln, die für die Gestaltung der Zukunft in Betracht kommen, gleichsam „durchrechnen" und schauen, was am Ende dabei herauskommt. Oft macht man das ganz routiniert und denkt nicht weiter darüber nach (System 1![107]). Aber auch dann stehen alle Regeln, die man treffen könnte, *immer schon* (latent) in Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS), bestehend aus Regel, Fall und Resultat. Und Resultat ist in einem Rechtsfall natürlich die Rechtsfolge.

Kamanabrou und Wietfeld bezeichnen dieses „Durchrechnen" der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten als „hypothetische Rechtsanwendung".[108] – Eine gewisse Parallele besteht auch zur „umgekehrten Subsumtion" bei der Gesetzgebung.[109]

Das Besondere an der Kautelarjurisprudenz gegenüber der richterlichen Rechtsanwendung ist daher zum einen die Menge an VJS, mit denen man jonglieren kann und sollte: Es ist eine Vielzahl, und man muss schauen, welcher VJS am attraktivsten ist. Dabei liegt auf der Hand: Es wird der sein, bei dem „am Ende" für den Mandanten die günstigste Rechtsfolge „herauskommt".

Als Beispiel hatten wir oben schon genannt: Beim Kauf einer „Kraftstation" (häusliches Trainingsgerät) kann sich ein Kauf mit Umtauschvorbehalt als günstigste Variante erweisen.

---

107 Dazu § 35 II.
108 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 26.
109 Dazu § 38 Rn. 40–42.

https://doi.org/10.5771/9783748962870-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beachten muss man freilich, dass ein und dieselbe Regel – genauer: ihr Tatbestand – nicht nur eine, sondern mehrere Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Im eingangs erwähnten Beispiel der Vor- und Nacherbschaft etwa ist die Rechtsfolge nicht nur, dass nach dem Vorerben ganz bestimmte Nacherben zum Zug kommen. Vielmehr ist der Vorerbe zudem stark darin beschränkt, was er mit seinem Erbe anfangen kann, anders gewendet: Er ist in seiner Befugnis, über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen, ganz erheblich eingeschränkt (§§ 2113–2115 BGB) und eigentlich kaum mehr als ein Vermögensverwalter des Nacherben (siehe §§ 2116–2135 BGB) – wenn man ihn nicht (kautelarjuristisch!) davon befreit (siehe § 2136 BGB). Das Gesetz hilft ganz grob mit einer Auslegungsregel: 55

> **§ 2137 BGB** (1) Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird, so gilt die Befreiung von allen in § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet.
> (2) Das Gleiche ist im Zweifel anzunehmen, wenn der Erblasser bestimmt hat, dass der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll.

b) Logik, Logik, Logik – und Kreativität

Die zweite Besonderheit der Kautelarjurisprudenz besteht darin, beim Hantieren mit dem VJS erheblich freier zu sein als die „Dezisionsjurisprudenz". Man darf, ja man soll immer wieder Regeln nicht nur anwenden, sondern *erfinden*. 56

> Insbesondere können immer wieder neue Vertragstypen erfunden werden – klassisch etwa die Leasing- und Franchise-Verträge, aktuell vieles, was sich im Zug der Digitalisierung entwickelt, etwa Verträge über digitale Produkte.[110]

Oder man nimmt eine bestehende Regel und wendet sie auf einen Fall an, für den sie bis dato sicher nicht gedacht war. 57

> So in den 1970er Jahren die Anwendung der §§ 705 ff. BGB – Gesellschaft bürgerlichen Rechts – auf die nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften (die ja eigentlich „rechtsfrei" sein wollten[111]).[112] Oder man leitet aus dem Wahlrecht zum Bundestag die Beschwerdebefugnis für eine Verfassungsbeschwerde gegen den Vertrag von Maastricht ab.[113]
>
> Zudem kann man unter Umständen überlegen, ob denn alles, was das Recht zwingend verbietet, wirksam verboten wurde. Vielleicht ist es irgendwann nicht mehr zu rechtfertigen, dass ein Apotheker nur drei Filialen betreiben darf (§ 1 Abs. 2 Apothekengesetz – ApoG)?

All dies bleibt aber, wie wir schon im Rahmen der „dezisionsjuristischen" Tätigkeit gesehen haben, immer eingebunden in Logik, Logik, Logik (genauer: in Deduktionen, Induktionen, Abduktionen, siehe § 6, § 17 und § 25). 58

---

110 Jetzt Gesetz geworden in §§ 327–327u BGB.

111 Als eines von vielen Phänomenen der 1968er-Bewegung.

112 Zur Entwicklung und heutigen Einschätzung, dabei weiterhin zustimmend *Carsten Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 9. Aufl., München 2024, Vor § 705 Rn. 87 f.

113 BVerfGE 89, 155 – Maastricht (1993) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); dazu schon oben § 24b Rn. 40–42. – Mit dem Vertrag von Maastricht wurde die Europäische Union gegründet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Gestaltungsvarianten: vom (Gesamt-) Ergebnis her denken

5 Wir haben gesagt: Kautelarjuristisch muss man von den Rechtsfolgen her denken. Das ist aber nicht alles.

a) Der Vorrang der Interessen

60 Die dritte Besonderheit der Kautelarjurisprudenz besteht nämlich darin: Man muss nicht nur von der Rechtsfolge her denken, sondern auch von den „Realfolgen" oder, allgemeiner gesagt, vom Außerrechtlichen her (§ 26). Wir haben zwar gesehen, dass Dezisionsjuristen dies auch tun und es auch nicht gänzlich vermeiden können.[114] Bei Kautelarjuristen ist dies aber die Hauptleistungspflicht: die Interessen des Mandanten vertreten.

Diese Interessen können wirtschaftlicher Art sein, aber auch sonstiger sozialer Art – insbesondere im Familien- und Erbrecht.

Kautelarjuristen müssen sich daher in vielen Welten (Sinnzusammenhängen, § 5 Rn. 40–59) gut auskennen. Wobei sie die Interessen der Mandanten natürlich nur so weit vertreten dürfen, wie sich dies mit dem Berufsethos vereinbaren lässt.

61 Daraus folgt nicht nur, dass Anwälte und sonstige Rechtsberater keine illegalen Geschäfte machen dürfen (das ist mehr als trivial, nämlich banal[115]). Es folgt auch, dass man als Rechtsberater nur so agieren und argumentieren sollte, dass die rechtlichen Ausführungen „vertretbar" sind. (Vertretbar ist alles, was sich mit der juristischen Methode ohne Scham begründen lässt, § 33 Rn. 17.)

Nochmals daher: Es ist nicht alles vertretbar! Anders gewendet: Ein guter Rechtsanwalt kann nicht „alles" vertreten; wer „alles" zu vertreten bereit ist, der ist kein guter Rechtsanwalt.[116]

b) Orientierung an „Werten"?

62 Wenigstens nebenbei sollte man die Frage stellen (man hat sie früher ganz unbefangen gestellt[117], und man weiß ja nie, wann etwas wieder in Mode kommt):

Kommen nicht an dieser Stelle die „eigentlichen", nämlich die „außerrechtlichen" und jedenfalls „außerlogischen" Wertungen in das Recht hinein? Die NJML kann dazu knapp sagen: ja und nein. Wertungen ja, wenn man „Wertung" ebenso wertfrei versteht wie „Interessen": als das, von dem jemand meint, dass es ihm berechtigterweise („von

114 Am Ende der Dienstzeit ein offenes Bekenntnis: *Kurt Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl., Heidelberg 2019, Rn. 55, mit dem Beispiel einer jungen Kindergärtnerin, die „ihrem früheren Freund, einem Maul- und Frauenhelden, ihre ganzen Ersparnisse von 40.000 EUR gegeben hat, damit er sich einen Porsche kaufe". Da neigt der Richter doch sehr dazu, dies nicht als Geschenk, sondern als Darlehen zu qualifizieren. – Schellhammer (geb. 1935) ist einer der Päpste der Ausbildungsliteratur für die Referendarausbildung.

115 Zu diesen Begriffen § 2 Rn. 34 mit Fn. 82.

116 *Hingst*, Anwaltliche Erkenntnis (Fn. 27), S. 30.

117 *Langenfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 8), hat im Jahr 1991 die „Wertfrage" noch als das „zentrale methodologische Problem" bezeichnet (Rn. 12–14); ebenso die 2. Aufl. 1997 und die 3. Aufl. 2004 (Fn. 10), jeweils Rn. 17–19.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechts wegen") zusteht, genauer: zustehen sollte. In diesem Sinn sind „Wertungen" in rechtlichen Aussagen die ersten Prädikate (§ 5 Rn. 34–36) – mehr aber auch nicht.

Versteht man den Begriff „Wertung" hingegen wertend in dem Sinn, dass es die *richtigen* „Werte" sind, die an dieser Stelle in das Recht hineingeraten, muss die Antwort lauten: Nein. Das Recht kann keine höheren Werte anerkennen als die, die das Recht anerkennen kann – mit seiner Methode. (Ich bin versucht zu sagen: System 2-Methode.[118]) Zudem produziert das Recht seine eigenen Werte (siehe Rn. 70), darin besteht sein Eigenwert. Dass es dabei Werte, die sich aus anderen Sinnzusammenhängen ergeben, aufeinander abstimmen muss – oft genanntes Beispiel: Freiheit versus Sicherheit[119] – ist geradezu seine Aufgabe und seine Kunst. Und man muss zugeben: Dies kann mehr oder weniger gut gelingen (zur juristischen Gelungenheit §§ 33 und 34).

5. Auswahlkriterien

Wie soll man sich aber nun unter den verschiedenen Varianten, die sich bei der Vertragsgestaltung rechtlich und außerrechtlich anbieten, entscheiden? Man wird sich u.a. von den folgenden Maximen leiten lassen können: 63

a) Im Zweifel für die sicherste Lösung

Die erste Maxime folgt aus dem Hauptziel der Kautelarjurisprudenz: der Absicherung von Risiken (s.o. Rn. 49). Im Zweifel sollte man daher die sichere Variante wählen[120] – es sei denn, sie ist zu teuer. 64

Dies gilt vor allem für die Auswahl der Mittel zur Kreditsicherung. Insofern unterscheidet man Personalsicherheiten (Bürgschaft, Garantie, Schuldbeitritt) von Realsicherheiten (lateinisch *res* = die Sache). Bei den Realsicherheiten wiederum gibt es dreierlei: Sicherheiten an Immobilien (Hypothek, Grundschuld), an Mobilien ([Besitz-]Pfandrecht, Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt), schließlich auch an Rechten (Verpfändung, Sicherungsabtretung).[121] All dies ist kautelarjuristische Routine, am sichersten und teuersten sind Sicherheiten an Immobilien.

Die vier Methoden der Vorleistungssicherung sind: Konstruktion der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustauschs, Stückelung des Leistungsaustauschs, Stellung von Sicherheiten (dazu gehört vor allem die Vormerkung im Grundbuch), Einschaltung von Treuhändern.[122]

---

118 Siehe § 35 II. „System 2" ist der Teil unseres Denkapparates, in dem Probleme rational „durchgerechnet" werden; demgegenüber ist „System 1" der Bereich des Bauchgefühls, der schnellen Routinen und spontanen „Wertungen".

119 Dazu etwa: *Kay Waechter*, Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie. Tübingen 2016.

120 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 32–35, 57 mit dem Beispiel einer Standortwahl.

121 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 5 mit Übersicht und Vertragsentwurf für eine Sicherungsübereignung; *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 297–299, auch 288.

122 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 285–303.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Ökonomische Kriterien („Je-desto-Formeln")

65 Mit dem „es sei denn, es ist zu teuer" (Rn. 64) ist die ökonomische Komponente der Kautelarjurisprudenz angesprochen. Sowohl der Vertrag (oder der sonstige autoritative Text, den es zu produzieren gilt) als auch die Dienstleistung der Kautelarjuristen sind Waren, die der Mandant (oder Arbeitgeber) bezahlen muss. In der Ökonomie geht es nun immer um das Verhältnis von Aufwand und Ertrag, von Kosten und Nutzen. Methodisch läuft dies, etwas holzschnittartig formuliert, immer auf ein Je-desto hinaus: Je höher der Aufwand bzw. die Kosten, desto höher sollte der Ertrag bzw. der Nutzen sein; und je geringer der Nutzen, desto weniger will man dafür bezahlen.

Vor diesem Hintergrund kann man nun auch für die Kautelarjurisprudenz Je-desto-Formeln[123] aufstellen. Die beiden wichtigsten sind wohl diese:

Je höher die Sicherheit, desto höher die Transaktionskosten; je niedriger die Sicherheit, desto niedriger[124] die Transaktionskosten.[125]

Je besser das Vertrauensverhältnis unter den Kontrahenten, desto geringer das Interesse an einer detaillierten vertraglichen Regelung.[126]

Es reicht dann ein Darlehensvertrag auf dem Bierdeckel (s.o. Rn. 17 f.).

c) Fairness-Kriterien: Konfliktvermeidung und Umgang mit Unsicherheiten

66 Mit dem Begriff Vertrauen ist ein weiteres Kriterium angesprochen, es ist für langfristige rechtliche Beziehungen wohl das Wichtigste: Fairness. Fairness bedeutet, grob gesagt, dass man sich an die Regeln hält, sie nur ausnahmsweise und in Maßen bricht (also keine groben Fouls) und auch nicht bis ins letzte ausreizt.

Für die Kautelarjurisprudenz folgt daraus u.a. ein Postulat der Konfliktvermeidung und der ex-ante-Konfliktbewältigung: Ihm dienen neben den schon erwähnten Sicherungsmitteln etwa die Vereinbarung von Vertragsstrafen oder – im *big business* von größter Bedeutung – die gemeinsame Unterwerfung unter ein Schiedsgericht.

Auskunft einer Wirtschaftsanwältin: Die großen Sachen lassen wir nicht vor Gericht kommen.

67 Speziell beim Umgang mit Unsicherheiten gibt es, wenn die Unsicherheit beiden Seiten bekannt ist – z.B. dass ein Grundstück möglicherweise von Altlasten betroffen ist – nur zwei Möglichkeiten: Entweder wird das Risiko bei der Preisbildung eingerechnet, oder es wird ein Rücktrittsrecht vereinbart (Einpreisung oder Lösungsrecht). Etwas Drittes gibt es nicht, und beides ist gleich fair. Die Grenze der Fairness ist überschritten, wenn eine Partei das Risiko verschweigt. Dies mag rechtlich u.U. gerade noch durchgehen – fair ist es nicht.

Vertragsjuristen sollten sich zur Vermeidung eigener Haftung bestätigen lassen, dass sie eine andere Gestaltung empfohlen haben.[127]

---

123 Dazu insbesondere *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 3. Aufl. (Fn. 10), Rn. 43, 92–95; *Langenfeld*, Einführung (Fn. 10), Rn. 67–70.

124 Plakativ gesagt: Man holt sich den Vertrag aus dem Internet.

125 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 304.

126 In Anlehnung an *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 305.

127 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 351.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Primat des beiderseitigen Vorteils

Noch ein wenig mehr als Fairness ist schließlich eine weitere Maxime, die ihren Platz im Rahmen der sogenannten Harvard-Verhandlungsmethode hat: Das (oder auch: der) Primat des beiderseitigen Vorteils. Gute Verträge sollen beiden Seiten zum Vorteil gereichen („*win-win*-Situation"), und Juristen sollten, wenn sie eine solche Regelung (er-)finden, dies auch offensiv herausstellen. 68

Beispiel: Der Verkäufer eines Hauses wohnt noch zwei Monate beim Käufer zur Miete, wenn der Käufer so lange auf die Eigennutzung verzichten kann und dem Verkäufer damit gedient ist.[128]

V. Recht als Instrument: Schlussbemerkungen

Das Stichwort „Fairness" mag schließlich überleiten zu drei Schlussbemerkungen. Sie betreffen das Recht als solches, seinen Anspruch auf Richtigkeit und Folgerungen für die Juristenausbildung. 69

1. „Wir produzieren Vertrauen"

Die Kautelarjurisprudenz zeigt exemplarisch – und zugleich deutlicher als die „Dezisionsjurisprudenz" –: Recht ist nicht (nur) ein Zweck an sich selbst, sondern auch ein Mittel zum Zweck, ein Instrument. Insofern ist es nun eine ganz wesentliche Leistung der Kautelarjurisprudenz: mit Hilfe von Recht Vertrauen schaffen. Ohne Recht gibt es keine Rechtssicherheit, ohne Rechtssicherheit keine Absicherung von Risiken, ohne Absicherung von Risiken kein Vertrauen. In Anlehnung an einen alten Werbeslogan für die Bundeswehr[129] kann man daher sagen: „Wir produzieren Vertrauen." 70

Auf der anderen Seite zeigt die Kautelarjurisprudenz aber auch – das ist ein gewisses Paradox –: Ein Zuviel an Recht erzeugt kein Vertrauen, im Gegenteil. Das Misstrauen gegen Juristen[130] ist daher häufig groß (schon bei Knigge kann man das nachlesen[131]), dies wird sich wohl auch nicht ändern. Zudem muss man zugeben: Recht ist immer nur die zweitbeste Lösung, besser sind Liebe und mitmenschliche Solidarität – oder auch, aus Sicht des Stärkeren, Gewalt. Deshalb spricht dann doch einiges für das Recht – wenn es gut gemacht ist.

128 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 36.

129 Er lautete: „Wir produzieren Sicherheit."

130 … und insbesondere die Vorurteile gegen Rechtsanwälte, siehe *Hingst*, Anwaltliche Erkenntnis (Fn. 27), S. 28–31.

131 *Adolph Freiherr Knigge*, Über den Umgang mit Menschen (4. Aufl., Hannover 1792), Dritter Teil, Sechstes Kapitel, Abschnitt 2, zitiert nach der 5. Aufl., Leipzig 1989, S. 273–277 (274): „Einen bessern Rat weiß ich nicht zu geben wie den: man hüte sich, mit seinem Vermögen oder seiner Person in die Hände der Justiz zu fallen!"

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Rechtliche Richtigkeit?

71 Damit zur Frage, ob es auch im Bereich der Kautelarjurisprudenz das gibt, was die NJML rechtliche Richtigkeit nennt. Da lautet ja ein naheliegender Einwand: Wo es viele Möglichkeiten der Gestaltung gibt, welche davon ist dann die „richtige"? Die NJML kann darauf relativ gelassen antworten: In der Kautelarjurisprudenz schulden wir dem Mandanten, **erstens**, nur *juristische* Richtigkeit (§ 33 Rn. 11–12, 15). Die Lösungen, die wir vorschlagen, müssen rechtlich „vertretbar" sein, und immer dann sind sie juristisch richtig.

> „Vertretbar" ist, wie schon gesagt, alles, was sich mit Hilfe der juristischen Methode ohne Scham begründen lässt.

Demgegenüber ist *rechtliche* Richtigkeit das Ideal, das die juristische Methode (es gibt nur eine) insgesamt konstituiert (§ 30). Würden wir nicht voraus-setzen, dass es rechtliche Richtigkeit „gibt", hätte es keinen Sinn, über die „richtige" Auslegung eines Gesetzes oder Vertrags zu streiten – es wäre *fake*, wäre ein reines Machtspiel. Das kann man so sehen, ich würde das dann aber als böse Ironie bezeichnen (§ 30 Rn. 13–15). Gute Ironie sagt hingegen: Wir wissen zwar nicht, was am Ende ganz objektiv „rechtlich richtig" ist – aber wir kämpfen dafür.[132]

72 Eben deshalb schulden wir dem Mandanten aber auch, **zweitens**, eine Prognose zu den *Erfolgsaussichten* dessen, was wir „juristisch richtig" vertreten können. Insofern gibt es eine ganze Fülle von Abstufungen, von „keine (oder starke) rechtlichen Bedenken" über „die besseren Argumente" bis zu „kaum vorhersehbar, wie das Gericht entscheiden wird".[133]

3. Die Juristenausbildung breiter aufstellen!

73 Eine letzte Bemerkung betrifft die Juristenausbildung. Sie ist derzeit so konzipiert, dass im Studium und auch im Referendariat weite Teile der Gesamtrechtsordnung ausgespart werden – Teile, die praktisch höchst relevant sind, insbesondere das Sozialrecht, das Steuerrecht, das Wirtschaftsrecht. Auf der anderen Seite wird zu immer weniger Stoff immer mehr an Detailwissen verlangt. Gerade die Kautelarjurisprudenz zeigt, dass dies ein Irrweg ist:

> Man muss in der Praxis nicht die siebte und achte Meinung zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme kennen (oder zum Anwartschaftsrecht, zur Anfechtung von Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt).

Stattdessen wäre es nötig, den Studenten einen fundierten Grundüberblick über die gesamte Rechtsordnung zu vermitteln (in früheren Zeiten gab es ein Fach namens „Juristische Enzyklopädie"[134]). Vielleicht könnte eine solche Breitbandbildung sogar dazu

132 Zu Ironie und Pathos § 30 II.

133 *Hingst*, Anwaltliche Erkenntnis (Fn. 27), S. 40 f.

134 *Adolf Merkel*, Juristische Enzyklopädie, 7. Aufl., Berlin etc. 1922, beginnend allerdings ziemlich abstrakt mit: „Allgemeine Rechtslehre" (S. 17–173).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

führen, dass angebliche Nischen (in Wahrheit sind es Dschungel) wie das Sozialrecht und das Steuerrecht kritischer beäugt werden.[135]

Das ist ja die eigentliche Aufgabe von Wissenschaft: Sinn von Unsinn zu trennen.

135 Anders gewendet: Was im Zentrum des Wissenschaftssystems, also an den Universitäten, nicht etabliert ist, kann auch nicht Gegenstand fundierter wissenschaftlicher Kritik werden. Folglich können die Experten der „Praxis" ihr Spezialgebiet ganz unbeaufsichtigt immer weiter ausdifferenzieren. Man stelle sich einmal vor, in der Medizin würden praktisch bedeutende Alltagsdisziplinen wie Anästhesie oder Radiologie an den Universitäten gar nicht oder nur wahlweise gelehrt! – Zu den Universitäten als Zentrum des Wissenschaftssystems: *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 37b Forensische Tätigkeit (Litigation)

1 Ein Caveat vorweg: Unter „Rechtsberatung" versteht die NJML nicht nur die Tätigkeit von Rechtsanwälten und vielleicht noch Notaren, sondern auch die Rechtsberatung durch Juristen in Unternehmen der „Wirtschaft", in Vereinen und Verbänden, in der öffentlichen Verwaltung einschließlich der Ministerialbürokratie.

> Die öffentliche Verwaltung, also grob gesagt: die „Behörden"[1], gehören nicht etwa, wie manche meinen, zum Funktionssystem „Recht" (da sind die Gerichte das Zentrum), sondern zum Funktionssystem „Politik" (da ist der Staat – mit seinen Behörden – das Zentrum).[2]

Auf der anderen Seite ist das, was jetzt folgt, geradezu ein Spezifikum des „Anwaltsberufs": die Vertretung von Mandanten vor Gericht – man sagt auch: die forensische Tätigkeit (von lateinisch *forum*: eigentlich Markt, aber auch Gericht) oder neuerdings in Anlehnung an den englischen Sprachgebrauch: Litigation (von lateinisch *lis*, Genitiv *litis*: der Rechtsstreit). Gewiss: Parteien müssen sich vor Gericht nicht immer „überhaupt" vertreten lassen und auch nicht immer von Rechtsanwälten.[3] Im Zivilprozess besteht allerdings in Deutschland vor den Landgerichten und den höheren[4] Instanzen (Oberlandesgericht, Bundesgerichtshof) Anwaltszwang (§ 78 ZPO – Zivilprozessordnung).

> Zivilprozess: wenn ein Privater gegen einen Privaten klagt, z.B. der Vermieter gegen den Mieter, der Unfallgeschädigte gegen den Schädiger.

I. Zivilprozess

2 Über die Tätigkeit der Rechtsanwälte im Zivilprozess müssen wir wenig sagen, denn wir haben die Methode des *Richters* im Zivilprozess schon ausführlich dargestellt (§ 22): Sie unterteilt sich in Prozessstation (Zulässigkeitsstation), Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung), Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung), Beweisstation, Tenorierungsstation.

---

1 Kleine Falle im Jurastudium: § 1 Abs. 4 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz) definiert zwar, was eine Behörde „im Sinn dieses Gesetzes" ist: „Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt." Dadurch weiß man aber noch lange nicht, was eine Behörde wirklich ist und dass man sogar zwei „Arten" unterscheiden muss. Behörde im *organisatorischen* Sinn ist dasjenige Organ eines Verwaltungsträgers, das dessen Kompetenzen *mit Außenwirkung* (also gegenüber den „Bürgern") wahrnimmt: in Städten und Gemeinden der Bürgermeister, in Landkreisen der Landrat, in Universitäten der Rektor. Behörde im *funktionalen* Sinn werden durch ihre Aufgaben definiert, z.B. als Natur- oder Denkmalschutzbehörde, als Straßen- oder Straßenverkehrsbehörde. Der z.B. Bürgermeister setzt sich also immer wieder einen neuen Hut auf und handelt dann „als" Straßenverkehrsbehörde, „als" Denkmalbehörde und so weiter.

2 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 321; *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2000 (posthum), S. 244 (dort zudem: Zentrum der Wirtschaft sind die Banken, S. 250); siehe auch *Joachim Lege*, „Markt oder Staat?" Über eine schiefe, ideologische Alternative, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2015, S. 339-350 (344 f.).

3 Siehe etwa § 138 Strafprozessordnung (StPO), § 78 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO).

4 Niedrigere Instanz sind die Amtsgerichte.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aufgabe der Anwälte auf beiden Seiten ist nun vor allem: dem Gericht für die Klägerstation bzw. für die Beklagtenstation die *Tatsachen* vorzutragen, die den Anspruch des Klägers begründen bzw. scheitern lassen …

Beispiel: „Der Beklagte hat abrupt gebremst." „Hat er nicht."

… und dafür zur Not „Beweis anzutreten", z.B. durch die Benennung von Zeugen (zu den sogenannten Beweismitteln und zur Verwertung der Beweise schon oben § 24a III und IV). *Rechtsausführungen* (im Gegensatz zu Tatsachen) muss der Anwalt hingegen – das frappiert immer wieder sehr – „eigentlich" gar nicht vortragen: *iura novit curia* – das Recht wird das Gericht schon kennen. Es empfiehlt sich trotzdem, wenigstens die Anspruchsgrundlage (z.B. Kaufvertrag) zu benennen, sogenannte Einreden müssen sogar ausdrücklich erhoben werden, z.B. die Einrede der Verjährung (vgl. § 214 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch). Das Gericht berücksichtigt sie nicht „von Amts wegen".

Damit ist zugleich der wichtigste Grundsatz des Zivilprozesses angesprochen: der sogenannte **Beibringungsgrundsatz**. „Im Prinzip" muss der gesamte Prozessstoff, was die Tatsachen angeht, dem Gericht von den Parteien präsentiert werden – einschließlich der nötigen Beweise (und dem Risiko, sie nicht erbringen zu können und deshalb nach Beweislast verurteilt zu werden, s.o. § 22 Rn. 12–14). Wir haben allerdings gesehen, dass dieser Grundsatz durch die richterliche Hinweispflicht (§ 139 ZPO[5]) stark relativiert wird (§ 22 Rn. 4, 20). 3

Wie auch immer: Im Grundsatz gilt im Zivilprozess nach wie vor der Beibringungsgrundsatz. Im Strafprozess und im Verwaltungsprozess herrscht hingegen das Amtsermittlungsprinzip: Das Gericht hat den Sachverhalt selbst, also „von Amts wegen", aufzuklären.

II. Ein Kapitel für sich: Strafverteidigung

Man wird sagen dürfen: Unter den Rechtsanwälten sind die Strafverteidiger eine Spezies für sich – wie unter den Justizjuristen die Staatsanwälte und unter den Medizinern die Chirurgen. Sie entsprechen am ehesten dem Bild des Anwalts, der beherzt für seinen Mandanten kämpft, mit Scharfsinn, Mut und gelegentlich List – manchmal an der Grenze des Erlaubten. Strafverteidiger sind auch am nächsten dran an Milieus, mit denen „zivile" Juristen weniger zu tun haben: mit professioneller Kriminalität. Allerdings darf man sich insoweit keinem *bias* hingeben: Jeder kann in die Mühlen der Strafjustiz geraten, vor allem im Steuerstrafrecht – man denke an Uli Hoeneß (geb. 1952). 4

5 Wortlaut: „(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (…) (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. (…)"

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Der methodische Kernbereich: die StPO (Strafprozessordnung)

5 Was die **Methode** der Strafverteidigung angeht, so orientiert sie sich im Kern am Aufbau[6] der Strafprozessordnung (StPO), das ist das Gesetz, das die gerichtlichen Verfahren in Strafsachen regelt (so wie die ZPO – Zivilprozessordnung – die Verfahren in Zivilsachen). Die einzelnen Arbeitsabschnitte sind insoweit: das Ermittlungsverfahren (hier spricht man vom „Beschuldigten"[7]), das Zwischenverfahren (nach Zugang der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft beim „Angeschuldigten"[8]), das Hauptverfahren vor Gericht (mit dessen Eröffnung wird der Beschuldigte oder Angeschuldigte zum „Angeklagten"[9]), gefolgt unter Umständen von Rechtsmittelverfahren (Berufung und Revision).

Nebenbei: Die StPO ist uralt, sie stammt noch aus dem Kaiserreich (1877). Entsprechend reichhaltig ist die Literatur.[10]

6 In diesen Verfahrensabschnitten gibt es für die Praxis je spezielle Empfehlungen. Im **Ermittlungsverfahren** wird dem Beschuldigten aus Anwaltssicht z.B. empfohlen, besser zu schweigen[11] – nicht zuletzt, weil der Strafrichter, wenn er eine Anklage einmal zugelassen hat, zwangsläufig in Richtung Verurteilung voreingenommen ist.[12] Hauptziel des Anwalts im Ermittlungsverfahren muss daher sein, eine Hauptverhandlung zu vermeiden.[13]

Zu den *biases* der Wahrnehmung siehe schon § 35 III-V.

Dass bei Vernehmungen durch die Polizei besondere Vorsicht geboten ist und man Vernehmungsprotokolle niemals unterschreiben oder gar handschriftlich korrigieren

---

6 Die Bezeichnung „Aufbau" ist für das Erste Buch der StPO ein wenig zu viel der Ehre, denn dort findet sich unter dem Titel „Allgemeine Vorschriften" eher ein Sammelsurium als eine Struktur. Den Anfang bilden Vorschriften über die Zuständigkeit und Arbeitsweise des Gerichts, sodann Vorschriften über die Beweisaufnahme (Zeugen, Sachverständige und Augenschein, siehe schon oben § 24a Rn. 15–25). Das geht dann unvermittelt über in fünf Abschnitte zum Ermittlungsverfahren aus Sicht der Strafverfolger: Ermittlungsmaßnahmen, Verhaftung und vorläufige Festnahme, weitere Maßnahmen zur Sicherung der Strafverfolgung und Strafvollstreckung, vorläufiges Berufsverbot (neu). Ganz zum Schluss kommen dann zwei Abschnitte zur Vernehmung des Beschuldigten aus dessen Sicht (fünf schlanke Paragraphen) und zur Verteidigung.

Zur Belehrung des Beschuldigten darüber, „welche Tat ihm zu Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen", über sein Recht zu schweigen und auf einen Verteidiger siehe §§ 136, 163a Abs. 3 Satz 2 StPO (Vernehmung durch Richter oder Staatsanwalt) und § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO (Vernehmung durch die Polizei; dort muss „das Juristische" noch nicht mitgeteilt werden).

7 Z.B. § 136 StPO.

8 § 201 StPO; die Mitteilung erfolgt durch das Gericht.

9 Zur Terminologie zusammenfassend § 157 StPO.

10 Kommentare: *Wolfgang Joecks/Christian Jäger*, Strafprozessordnung, 5. Aufl., München 2022; *Henning Radtke/Olaf Hohmann*, Strafprozessordnung, 2. Aufl., München 2024; *Ewald Löwe/Werner Rosenberg* (Begründer), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 27. Aufl., Berlin 2016 etc. (geplant sind 12 Bände).

11 *Olaf Klemke/Hansjörg Elbs*, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, 4. Aufl., Heidelberg 2019, Rn. 471–477, auch 358 f., 338, 674 und öfter.

12 § 203 StPO: „Das Gericht beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint." Darin liegt, psychologisch gesehen, eine Vorverurteilung (*Klemke/Elbs*, Einführung [Fn. 11], Rn. 674).

13 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 435 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sollte, haben wir schon erwähnt.[14] Ein beliebter Trick ist auch, einen Tatverdächtigen zunächst als Zeugen zu laden und erst allmählich damit herauszurücken, dass er selbst im Visier der Kriminalpolizei steht.[15]

Im **Zwischenverfahren** sollte man sich sehr zurückhalten und das Gericht insbesondere nicht mit Einwänden gegen die Subsumtion des Sachverhaltes unter das Strafgesetz nerven, wenn dies für das Strafmaß keine Rolle spielt.[16] 7

Im **Hauptverfahren** liegt der Schwerpunkt auf der Beweisaufnahme. Sie wird kommunikationspraktisch vom sogenannten Untersuchungsgrundsatz beherrscht, das heißt: Das Gericht selbst hat den Sachverhalt umfassend aufzuklären: 8

> **§ 244 Abs. 2 StPO** Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

Im Gegensatz dazu gilt im Zivilprozess, wie wir gesehen haben (unter I), der Beibringungsgrundsatz, insbesondere müssen die Parteien selbst „Beweis antreten".

Allerdings kann die Verteidigung weitere Beweisanträge stellen, denen das Gericht stattgeben, die es aber auch ablehnen kann (§ 244 Abs. 2 bis 6 StPO). Das Ganze ist eine Wissenschaft für sich, und Klassiker ist noch heute ein von Max Alsberg begründetes Handbuch.[17]

Max Alsberg (1877–1933) war ein „Staranwalt" in der Zeit der Weimarer Republik – er verteidigte vor allem auch in „politischen" Prozessen. Wegen seiner jüdischen Herkunft musste er den Beruf aufgeben. Er konnte in die Schweiz emigrieren, erschoss sich dort aber nach kurzer Zeit.[18]

Neu ist die Möglichkeit, dass der Angeklagte mit Gericht und Staatsanwalt einen „Deal" trifft – das Gesetz nennt es beschönigend eine „Verständigung" des Gerichts (!) mit den Verfahrensbeteiligten. Das ist überaus problematisch,[19] vom Bundesverfassungsgericht aber im Grundsatz gebilligt worden.[20] 9

Auch die Verteidigung in den Rechtsmittelinstanzen ist eine Wissenschaft für sich, insbesondere die Lehre von den Revisionsgründen, insbesondere von den sogenannten 10

14 § 24b Rn. 19 mit Hinweis auf *Ulrich Sommer*, Signatur-Renitenz. Von der richterlichen Faszination polizeilicher Vernehmungsprotokolle und wie Verteidigung sie trüben kann, in: StraFo [Strafverteidiger-Forum] 2018, 451–458.

15 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 318; *Ulrich Sommer*, Effektive Strafverteidigung. Recht – Psychologie – Überzeugungsarbeit der Verteidigung, 5. Aufl., Heymanns 2023, Kapitel 3 Rn. 60–62.

16 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 648.

17 *Max Alsberg* (Begründer), Der Beweisantrag im Strafprozess, bearbeitet von Jens Dallmeyer, Georg-Friedrich Güntge, Michael Tsambikakis, 8. Aufl., Hürth 2022.

18 *Alexander Ignor*, Neues über Max Alsberg, in: Leon Kruse/Yves Georg/Sabine Rückert (Hrsg.), Verteidigung. Festschrift für Johann Schwenn, Baden-Baden 2024, S. 173–194.

19 Scharfe Kritik bei *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 851–875 (852): „ein Gift, das den Strafprozess systematisch zersetzt". – Zumindest ungeschickt am Ende die Empfehlung, der Verteidiger solle sich auf eine Verständigung nur einlassen, wenn er von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist.

20 BVerfGE 133, 168 (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite) – Verständigungsgesetz (2013).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfahrensrügen (Juristen lieben „Formalkram"). Sie wird auch in der Nichtpraktiker-Literatur ausgiebig betrieben.[21]

In der Revisionsinstanz schlägt, wenn der Fall es verlangt, die große Stunde der materiell-rechtlichen Strafrechtsdogmatik, indem sich das Revisionsgericht mit der „Auslegung und Anwendung"[22] der Straftatbestände auseinandersetzt. Die Tür dazu öffnet sich aus Verteidigersicht sehr leicht in Gestalt der sogenannten Sachrüge („Ich rüge die Verletzung sachlichen Rechts").[23]

2. Die Peripherie: Biases

11 Um diesen Kernbereich herum gibt es bei der Strafverteidigung einige Besonderheiten zu beachten.[24] So muss man etwa zwischen Wahlverteidigung und Pflichtverteidigung unterscheiden und sich als Anwalt vor dem Verdacht der Strafvereitelung (§ 258 StGB) oder gar der Geldwäsche hüten. Gelegentlich wird man sich sogar fragen, ob man die Verteidigung mit seinem Gewissen vereinbaren kann, andernfalls man das Mandat niederlegen muss. Natürlich spielt auch dies bei der Aufbereitung des Falls in seinen vielen Sinnzusammenhängen (§§ 24 bis 25) eine Rolle.

Methodisch muss man im Strafprozess in besonderem Maß bedenken, wie stark menschliches Denken und Handeln von Emotionen und *Biases* (§ 35 IV und V) beeinflusst, wenn nicht beherrscht wird. Umso mehr ist auch im Strafprozess zu betonen: Die juristische Methode dient letztlich der Begrenzung von Willkür, der „Minimalisierung von Urteilsheuristiken".[25] Die Rechtsunterworfenen müssen gerade im Strafrecht nicht nur nachvollziehen, sondern *vor*vollziehen können, wie das Gericht vermutlich entscheiden wird (*what the courts will do in fact*).

3. Der Strafprozess: Nur noch etwas für „Praktiker"?

12 Die Entwicklung des deutschen Strafprozessrechts scheint in den letzten Jahren immer stärker in Richtung „Wahrnehmung aus Sicht der Kriminalpolizei" gegangen zu sein – nicht zuletzt durch eine hektische Gesetzgebung. Auf der anderen Seite hat die organisierte Kriminalität neue Dimensionen erreicht, und es sind durch die Digitalisierung

21 Zum Beispiel *Urs Kindhäuser/Kay H. Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. Baden-Baden 2023, § 31 Rn. 13–54; knapper *Werner Beulke/Sabine Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 851–855.

22 Klassische Formel, insbesondere, wenn höhere Instanzen die „Auslegung und Anwendung" des Rechts durch niedrigere Instanzen überprüfen. Aber eigentlich lassen sich „Auslegung und Anwendung" gar nicht voneinander trennen: Jede Auslegung eines Wortes („Gewalt ist auch das Bereiten eines Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung") führt zur Anwendung des dadurch bestimmten Begriffs, jede Anwendung des Begriffs – eine Sitzblockade ist Gewalt – ist zugleich Auslegung des Wortes „Gewalt". Daher: „Auslegung und Anwendung" ist eine Art *Hendiadyoín*, also die Bezeichnung eines einheitlichen Begriffs durch zwei Wörter (wie Art und Weise, Treu und Glauben, Krethi und Plethi, Hinz und Kunz).

23 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 1343–1348 (1347).

24 Sehr praxisbezogen: *Jana Ferber/Wolfgang Staudinger*, Handbuch Sachbearbeitung Strafrecht, Hürth 2023, z.B. mit einem Extra-Kapitel „Der Mandant ist unter 21 Jahre alt".

25 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung (Fn. 15), Kapitel 2 Rn. 200–201.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

völlig neue Möglichkeiten strafwürdigen Verhaltens entstanden – vom Hass in den sog. sozialen Netzwerken bis zur Wirtschaftskriminalität.

Gerade deshalb sollte man sich wohl verstärkt der Grundlagen des Strafprozesses versichern, etwa in Form von „**13 Essentials**", die dazu dienen, die „Verfahrensbalance" zu bewahren (Beispiel: alle Vernehmungen sollten von Anfang an per Video aufgezeichnet werden).[26] Es ist wenig ermutigend, dass das Bundesjustizministerium kürzlich in eine Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der Hauptverhandlung 23 Mitglieder aus dem Bereich der Justiz und 4 Rechtsanwälte berufen hat, aber keinen einzigen Vertreter der akademischen Rechtswissenschaft, wie sie an Universitäten gelehrt wird.[27] Nicht dass ich glaube, es gäbe „Wissenschaft" nur an den Universitäten. Aber die Universitäten sind nun einmal das Zentrum der Wissenschaft, und dies vor allem deshalb, weil sie in Gestalt der Studenten den aktuellen Stand der Wissenschaft mit der Gesamtgesellschaft „verkoppeln".[28] 13

Und dabei hoffentlich die Hauptaufgabe der Wissenschaft erfüllen: Sinn von Unsinn zu unterscheiden.

III. Verwaltungsprozess

Für Verfahren vor den Verwaltungsgerichten lässt sich methodisch wenig hinzufügen. Auch hier gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, nichtsdestoweniger besteht die Hauptarbeit der Anwälte auch hier oft darin, den Streitstoff im Tatsächlichen aufzubereiten. 14

Ich denke an „Großverfahren" bei „Großprojekten" wie einer ICE-Trasse, bei „Stuttgart 21", bei der Elbvertiefung und so weiter. Da füllen die Akten für die Anfechtung des sogenannten Planfeststellungsbeschlusses[29] schon mal ein ganzes Büro für sich allein.

---

26 Siehe den kritischen Epilog von *Claus Roxin/Bernd Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., München 2022, § 71.

27 Der Abschlussbericht ist abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2021_Abschlussbericht_Hauptverhandlung_Anlagenband.pdf?__blob=publicationFile&v=3 <31.07.2024>.

28 Ein Begriff aus der Luhmannschen Systemtheorie: Strukturelle Kopplungen sind Sinneinheiten, die notwendig für zwei (oder noch mehr?) Systeme zugleich eine Bedeutung haben, zum Beispiel Eigentum und Vertrag für die Systeme „Recht" und „Wirtschaft", die Verfassung des Staates für die Systeme „Recht" und „Politik" (*Luhmann*, Recht der Gesellschaft [Fn. 2], Kapitel 10). – Siehe auch *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4.

29 In den sogenannten Fachgesetzen einzeln geregelt: §§ 18 bis 18g AEG (Allgemeines Eisenbahngesetz), §§ 17 bis 17k FStrG (Bundesfernstraßengesetz), §§ 14 bis 14f WaStrG (Bundeswasserstraßengesetz); hinzu kommen im sozusagen allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz die §§ 74 und 75 VwVfG. – Die §§ 74,75 VwVfG waren der schlanke Urzustand des Planfeststellungsrechts. Und ich glaube nicht, dass die vielen Ergänzungen in den Fachgesetzen dazu geführt haben, die Dinge zu vereinfachen oder zu beschleunigen, im Gegenteil: Je mehr Regeln, desto mehr Vollzugsaufwand, desto mehr Bürokratie. – Blamabel: Weil die Verwaltung dies alles nicht mehr selbst stemmen kann, wird sie ermächtigt, fremde „Projektmanager" einzuschalten (§ 17h FStrG, § 14f WaStrG und, ganz verschämt, § 17a AEG). Natürlich kosten die dann extra.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Seltsam: Auch dass es Planfeststellungsbeschlüsse gibt und welche Rechtswirkungen sie haben (Konzentrationswirkung! enteignungsrechtliche Vorwirkung!), müssen Studenten heute nicht mehr wissen[30] (siehe auch § 37a Rn. 73).

15 Im Übrigen gelten auch im Verwaltungsprozess „materiell" die Regeln der Beweislast, kurz gesagt: Wer etwas will, muss die Umstände beweisen, aus denen es folgt. Weil das Gericht aber von Amts wegen ermittelt, wird den Rechtsanwälten insoweit Verantwortung abgenommen. (Ob ihnen das immer recht ist, ist eine zweite Frage.)

IV. Verfassungsgerichtliche Verfahren

16 Zur Rechtsberatung bei Verfahren vor den Verfassungsgerichten werden neben den Rechtsanwälten sehr häufig auch Professoren der Rechtswissenschaft hinzugezogen. In diesen Verfahren geht es denn auch meist mehr um Rechtsfragen – also die Klärung von Begriffen im Sinnzusammenhang „Recht" – als um die Zusammenstellung von Tatsachen.

Ausnahme etwa: das NPD-Verbotsverfahren. Da erfährt man wirklich alles über deren Aktivitäten in Jamel, Anklam und Lübtheen.[31]

Bei Verfassungsbeschwerden, mit denen sich Bürger gegen die Verletzung ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte wenden (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4a GG – Grundgesetz), gibt es aus Sicht der Rechtsberatung **zwei große Nebelbänke**, und es ist schwer vorherzusagen, ob man sie im jeweiligen Verfahren heil durchqueren wird oder zurückgewiesen wird.

17 Der erste Nebel ist die Unterscheidung von „**spezifischem Verfassungsrecht**" und „einfachem Recht": Das Bundesverfassungsrecht ist nur befugt (!), die „Auslegung und Anwendung" von *Verfassungs*recht zu überprüfen, also z.B.: ob bei einer Planfeststellung der Grundsatz rechtlichen Gehörs (Art. 19 Abs. 4 GG) oder das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) verletzt wurden. Es ist nicht befugt zu prüfen, ob „einfaches Recht" verletzt wurde, ob z.B. die geplante Autobahnstrecke wirklich geeignet ist, „einem weiträumigen Verkehr [zu] dienen" (§ 1 Abs. 1 FStrG – Bundesfernstraßengesetz). Dies zu prüfen ist Sache der, wie man sie nennt, Fachgerichte. Das Problem ist nur: Art. 2 Abs. 1 GG[32] wird seit jeher so *ausgelegt*, dass er die „allgemeine Handlungsfreiheit" schützt („jeder kann tun und lassen, was er will"). Dies bedeutet dann in der *Anwendung* eigentlich: Jeder rechtswidrige Akt der öffentlichen Gewalt, der an einen Bürger adressiert ist, verletzt zugleich dessen Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Das will man aber auch nicht, und deshalb ist bis heute unklar (Nebel …), was „spezifisches Verfassungsrecht" eigentlich ist.[33]

18 Die zweite Nebelbank ist noch schwerer zu durchschauen: die Erfordernisse der **Substantiierung** und der **Subsidiarität** der Verfassungsbeschwerde. Ausgangspunkt ist

30 Z.B. § 11 Abs. 2 Nr. 3 c JAPO M-V (Justizausbildungs- und Prüfungsordnung Mecklenburg-Vorpommern); ebenso in weiteren Ländern.

31 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017), Rn. 936–949 und auch schon zuvor.

32 Wortlaut: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."

33 Zum Einstieg: *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 39. Aufl., Heidelberg 2023, Rn. 1509–1526.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

insofern die Vorschrift des § 90 Abs. 2 BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), die anordnet, dass „die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden kann" (m.a.W.: erst wenn zuvor die Fachgerichte ihren Senf dazu gegeben haben). Das BVerfG hat insofern eine ganze Reihe an Verfeinerungen vorgenommen, die man in der Rechtsberatung tunlichst[34] zu beachten hat. Es darf einem Anwalt, salopp gesagt, nicht erst nach dem Scheitern seiner Klage in der letzten Fachinstanz einfallen, dass – hoppla – auch noch ein Grundrecht verletzt sein könnte. Die Einzelheiten dieser Rechtsprechung sind allerdings so komplex geworden,[35] dass man nur bedingt voraussehen kann, *what the court will do in fact*.[36]

34 Zu diesem Begriff *Alexander Hollerbach*, Tunlichst!, in: Juristenzeitung (JZ) 2020, S. 950–951.

35 Siehe die Kommentierung von *André Niesler*, in: BeckOK (online-Kommentar) BVerfGG, Stand 01.06.2024, § 90 Abs. 2 Rn. 44–65.1, 105–141, 203–205; kritisch die Richterin des Bundesverfassungsgerichts *Gertrude Lübbe-Wolff*, Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ) 2004, S. 669–682 (676): Das BVerfG stellt an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde inzwischen Anforderungen, denen „nicht selten … auch Spitzenanwälte und Rechtsprofessoren nicht mehr gewachsen sind".

36 Siehe § 37 Fn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 37c Die Logik und die Ästhetik der Rechtsberatung

1 Wir können kurz resümieren: Rechtsberatung ist letztlich *Vorhersagekunst*.[1] Gerade deshalb ist sie noch viel weniger eine Sache von Bauchgefühl, von „Judiz" und nicht hintergehbarer „Wertung", als es die Entscheidungen von „Dezisionsjuristen" sind – wenn man denn genau hinschaut (und das tut die NJML). Die Rechtsberatung muss eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten „durchrechnen" (im „System 2", § 35 II) – sowohl rechtlich mit Hilfe der juristischen „Logik, Logik, Logik" (Deduktion, Induktion und Abduktion, zusammengeschlossen in Vollständigen Juristischen Syllogismen – VJS) als auch in den betroffenen nicht-rechtlichen Sinnzusammenhängen nach deren jeweiliger Logik. Die Rechtsberatung muss zudem antizipieren, welche Schlussfolgerungen die „andere Seite" ziehen könnte – sei dies nun der Vertragspartner, der Gegner im Prozess oder das Gericht. All dies ist ein durch und durch rationales Vorgehen – auch wenn es beim Mandanten am Ende um ganz Irrationales gehen kann („ich will ihm ordentlich eins auswischen").

2 Was man als Rechtsberater dann am Ende rät und wie man es durchsetzen kann, ist, auch wenn es platt klingen mag, letztlich eine Frage der Ästhetik – Ästhetik im doppelten Sinn als Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aísthēsis*) und als Lehre von der „Schönheit" oder allgemeiner: von der Gelungenheit. Eine gelungene rechtliche Lösung hat alles Relevante wahrgenommen – und, das ist nicht minder wichtig, das Nicht-Relevante ausgeschieden („es ist völlig egal, ob Sie ihm eins auswischen wollen"). Die gelungene Lösung – ein Vertrag, ein Gutachten, eine Klagschrift – muss sodann aber auch von denjenigen, auf deren Akzeptanz es ankommt (Vertragspartner, Politiker, Gericht), als richtig oder passend oder eben „gelungen" wahrgenommen werden. Rechtsberatung ist also *nicht nur* Vorhersagekunst, es ist auch Gestaltungs- und Darstellungskunst.

Und dass es Verkaufstricks gibt, auch unseriöse – je nu.

1 *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42 (27, Hervorhebung dort): „Ein Rechtsanwalt ist ein *Vorhersagekünstler* (…)."

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 38 Gesetzgebungslehre (Legistik)

Das Wichtigste zuerst: „Ziel" der Gesetzgebung sind **Regeln** – gute Regeln. Ziel ist also nicht – jedenfalls nicht unmittelbar –, bestimmte politische Ziele zu erreichen. Regeln sollen dazu führen, dass diejenigen, die sie zu befolgen haben, *ihre* Ziele auf eine Art und Weise verfolgen, die zumindest vorhersehbar ist, idealerweise zudem fair („respektvoll") und im Ergebnis tragbar für alle Beteiligten („gerecht"). Das sind, wie man leicht sieht, keine geringen Anforderungen an diejenigen, die sich Regeln ausdenken müssen. 1

Ich denke gerade an eine der wichtigsten Regeln für die Entstehung dessen, was wir die westliche Welt nennen: die sogenannte Benediktinerregel.[1] Sie regelt seit ca. 540 das Leben in den Klöstern und hat dafür gesorgt, dass jungen Männern und Frauen immer wieder die Chance geboten wurde, in einem geschützten Raum (*safe space*) gewaltfrei ihren Lebensunterhalt zu verdienen – sie gewissermaßen „von der Straße zu holen". Der Preis dafür war und ist allerdings große Disziplin – an die vielen täglichen Gebete muss man sich erst einmal gewöhnen. Und das Ziel? Gott und Christus dienen (das gilt für alle) und dadurch relativ sicher in den Himmel statt in die Hölle kommen (für die Einzelnen).

Nebenfolge jener strengen Disziplin – Kurzformel: *ora et labora* („bete und arbeite", in der Regel selbst so nicht formuliert) – war übrigens häufig: Die Klöster waren wirtschaftlich überaus erfolgreich (man denke an Benediktiner Bräu) und kamen dadurch in Konflikt mit dem Armutsgelübde der Mönche. – Nebenbei: Die deutschen Benediktiner sind, neben den Dominikanern, auch Übersetzer der Werke des Thomas von Aquin (ca. 1225–1274); zu dessen Lehre vom Gesetz schon § 31 Rn. 66.

Zurück zu den Regeln: Es ist bemerkenswert, dass schon Aristoteles (384–322 v. Chr.) als erste Form der **Gerechtigkeit** die „gesetzliche Gerechtigkeit" nennt (lateinisch *iustitia legalis*, griechisch *tó díkaion nómimon*).[2] Denn ganz abstrakt gesehen gilt: Gerechtigkeit ist Gleichheit (*tó íson*). Gleichheit verwirklicht man im Handeln aber *konkret* am besten, wenn man ein „Gesetz" aufstellt und sodann befolgt („anwendet"). Und mit „Gesetz" ist gemeint: eine *Regel*, die für jeden *Fall* in gleicher Weise gilt und dadurch das gleiche *Ergebnis* liefert. Man sieht, dahinter steht schon damals der klassische juristische Syllogismus (dazu § 3 Rn. 6, vertieft in § 8 und §§ 13 bis 29). Logik, Logik, Logik. 2

Man kann diese Form der Gerechtigkeit daher gut **Regelgerechtigkeit** nennen.

Daher nochmals: „Ziel" von Regeln sind nicht konkrete Ziele wie ein bestimmtes Bruttosozialprodukt oder bestimmte „Klimawerte" (die erreicht man mit Plänen[3]).

---

1 Auch „Benediktsregel"; gleichsam offizielle deutsche Ausgabe: *Die Benediktsregel*, lateinisch-deutsch, mit der Übersetzung der Salzburger Äbtekonferenz hrsg. von Ulrich Faust, Stuttgart 2009.

2 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (ca. 335–323 v. Chr.), Buch V, 1129a am Ende; dazu schon § 11 Rn. 35–39. – Die Werke des Aristoteles werden einheitlich nach der sog. Bekker-Ausgabe zitiert, darauf verweisen auch, mehr oder weniger genau, die meisten Übersetzungen, sei es in Marginalien (Randtext), sei es in Kopfzeilen. 1129a bedeutet daher: Seite 1129 Abschnitt a.

3 … die man natürlich auch in der Form eines Gesetzes („Gesetz im formellen Sinn") beschließen kann. Beispiel: das Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSWAG). – Beim Klimaschutz beschließt die Bundesregierung die Pläne, siehe § 9 Klimaschutzgesetz (KSG), dazu *Sabine Schlacke*, Bundes-Klima-

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ziel von Regeln ist lediglich ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen – sei es das Zusammenleben im Kloster, im Fußball oder auch, um ein aktuelleres Beispiel zu wählen, von Cis- und Trans-Menschen (mehr dazu Rn. 12 und 19).

3 Umso merkwürdiger ist daher, dass es in der (akademischen) Rechtswissenschaft traditionell und bis heute kaum Ansätze zu einer „Regelsetzungslehre" gibt.[4] Wenn Juristen Regeln erfinden (§ 17), dann geschieht dies – wie es scheint – meist ganz spontan und dort, wo es Gesetze gerade nicht gibt (oder sie uns nicht genügen, Stichwort „Lücke"). Die groß angelegte autoritative Regelsetzung wird hingegen einer „Praxis" überlassen, die ihre eigenen Regeln hat.

Heute scheint der Einfluss der Juristen bei der Gesetzgebung mehr und mehr zu schwinden – zudem werden sie nur noch als Bedenkenträger und Verhinderer wahrgenommen. Wahrscheinlich liegt das an einer falschen Vorstellung von Gesetzgebung – auf Seiten der Politik und der Gesellschaft überhaupt.

Dabei wurden gerade die großen und bleibenden Gesetzeswerke von Juristen verfasst: Corpus Iuris Civilis, Code Civil, österreichisches ABGB, deutsches BGB. Offenbar nicht zum Schaden.

Geradezu ein Skandal ist es, wenn Bedenken aus der juristischen Praxis schlicht ignoriert werden, so bei der ursprünglichen Fassung des § 184b StGB – Strafgesetzbuch – Verbreitung kinderpornographischer Inhalte. Hier hatten sich Anwaltschaft, Richterschaft und der Deutsche Juristinnenbund ganz klar gegen die viel zu undifferenzierte Regelung und insbesondere gegen die generelle Erhöhung der Mindeststrafe auf ein Jahr ausgesprochen (diese verhindert, dass in minder schweren Fällen das Verfahren – auch etwa aus Gründen des Opferschutzes! – eingestellt werden kann).[5] Dem Gesetzgeber war dies, wohl aus Populismus, völlig egal – mittlerweile hat er immerhin die Mindeststrafen auf sechs und drei Monate herabgesetzt.[6]

I. Zum Stand der Lehre

4 Zur Gesetzgebungslehre gibt es in der Rechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland kein Standardwerk – so wie es für die herkömmliche Juristische Metho-

schutzgesetz: Klimaschutzziele und -pläne als Herausforderung des Verwaltungsrechts, in: Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (EurUP) 2020, 338–345.

4 Zu Zeiten von Philipp Heck (1858–1943) galten Überlegungen *de lege ferenda* (das heißt: über künftige Gesetzgebung) sogar als unwissenschaftlich, siehe *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebens-aufgabe, Tübingen 2001, S. 24 f.

5 *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme Nr. 23/2020, insb. S. 6–8; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 9/2020, insb. S. 8 f.; Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme vom 04.12.2020, insb. S. 6 f.

6 Gesetz vom 24.06.2024, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I Nr. 213.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

denlehre früher „der Larenz“[7] war oder wie es heute das Dreigestirn aus Franz Reimer[8], Thomas M. J. Möllers[9] und Hans-Joachim Strauch[10] ist.

> Deren erstes ist ein klassisches Lehrbuch, weil es eine eigene „Lehre“ (Doktrin) entfaltet, das zweite ein Handbuch (im Sinn von Waffenarsenal), das dritte eine Erkenntnistheorie (aus der Feder eines ehemaligen Richters, also Praktikers).

Etwas anders ist es in Österreich. Dort wird das Fach „Gesetzgebungslehre“ auch juristisch gepflegt, es heißt dann „Legistik“ (von lateinisch *lex* = das Gesetz). Auch dort gibt es aber, soweit ersichtlich, keinen „Klassiker“ der akademischen Rechtswissenschaft.[11] Vielmehr wird das Fach, wie soll man sagen, halbamtlich gelehrt: mit Hilfe von Leitfäden des Bundeskanzleramtes[12] und auch einiger Landesregierungen.[13]

> „Legistik“ wird dort auch mit „Rechtsförmlichkeit“ übersetzt.

In der Schweiz gibt es, herausgegeben von der Bundeskanzlei, „Gesetzestechnische Richtlinien GTR“ für den Bund,[14] außerdem Entsprechendes in den Kantonen. Akademischer Leuchtturm ist das Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR, mit einem „s“) an der Universität Zürich. Von dort stammt auch ein seit langem eingeführtes Lehrbuch von Georg Müller (geb. 1942), gemeinsam mit ihm fortgeführt von Felix Uhlmann (geb. 1969) und David Hofstetter (geb. 1981): „Elemente einer Rechts*s*etzungslehre“ (mit zwei „s“).[15] Es ist in Deutschland wenig verbreitet.

1. Das epochale Werk: Peter Noll, Gesetzgebungslehre (1973)

Man kommt daher in Deutschland, aber auch im gesamten deutschsprachigen Raum, letztlich an einem Klassiker nicht vorbei. Gemeint ist die „Gesetzgebungslehre“ von Peter Noll (1926–1982), erschienen 1973 im Rowohlt Taschenbuch Verlag und dort in der Reihe „rororo Studium“, Abteilung Rechtswissenschaften.[16] Es war dies eine Zeit, in der man sehr ernsthaft über eine neue Ausrichtung der Rechtswissenschaft 5

7 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960, 6. Aufl. 1991.

8 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.

9 *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. München 2019; 5. Aufl. München 2023.

10 *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage Baden-Baden 2022.

11 Angekündigt war für 2022 ein „Handbuch Legistik“ von *Stephan Breidenbach* (geb. 1955, übrigens ein Deutscher). Es soll jetzt offenbar unter dem Titel „Was Gesetze sein könnten. Mit Methode zum guten Gesetz“ erscheinen (München 2025, 150 Seiten).

12 *Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst*, Österreichisches Handbuch „Bessere Rechtsetzung“, Wien 2008 (95 Seiten).

13 Z.B. Niederösterreich (2015): Legistische Richtlinien (2015, 131 Seiten).

14 Stand 2024, mit Index 421 Seiten.

15 *Georg Müller/Felix Uhlmann/David Hofstetter*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich 2024 (1. Aufl. 1999, 2. Aufl. 2006; seit der 3. Aufl. 2013 mit Uhlmann, seit der vierten mit Hofstetter). – Die Methodenkapitel finden sich in §§ 8 bis 11; interessant S. 142–153 zu Art. 164 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung: „Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen.“ Aus deutscher Sicht möchte man hinzufügen: aber auch *nur* die wichtigen.

16 *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973; *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre. Neu herausgegeben nach der Fassung letzter Hand von Dominik Kawa und Johannes Liebrecht, Baden-Baden 2023; zitiert wird nach der Ausgabe 1973.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nachdachte (einschließlich einer reformierten Juristenausbildung[17]): Die Jurisprudenz solle zugleich mehr praxis- und mehr grundlagenorientiert sein, weniger fokussiert auf einerseits akademische Höhenflüge, andererseits eine sture „Rechtsanwendung", wie sie von den Vorfahren auch in der Nazizeit praktiziert worden war. Kurz: Die 1968er-Bewegung hatte die Rechtswissenschaft erreicht.

Vor diesem Hintergrund ist auch Nolls epochales[18] Werk zugleich grundlagen- und praxisorientiert: Es will interdisziplinär anschlussfähig sein, zugleich aber auch juristisch-praktisch das Verfahren und die Inhalte der Gesetzgebung verbessern. Kurz, es reiht sich einerseits eher demütig-bescheiden in die Reihe der anderen Sozialwissenschaften ein, dies aber, andererseits, mit einem gehörigen juristischen Selbstbewusstsein: Wir als Juristen haben zu dieser gesellschaftlich nicht ganz unwichtigen Materie „Gesetzgebung" durchaus Sinn-volles[19] beizutragen.

> Anders gewendet: Noll will als Jurist, wie es damals mit Recht verlangt wurde, „sozialwissenschaftlich informiert" sein. Er beklagt aber auch, dass die anderen Sozialwissenschaften sich nicht wirklich für die Praxis des Rechts interessieren, sondern in großer Selbstgenügsamkeit „Theorien über Theorien über Theorien" liefern.[20]
>
> > Nebenbei: Vielleicht lag Nolls Courage auch daran, dass er im doppelten Sinn ein Außenseiter war. Er war nicht Staatsrechtler, sondern Strafrechtler, zudem nicht Deutscher, sondern Schweizer.

6 In der Sache unterscheidet Noll, nach einigem Vorgeplänkel, in der Gesetzgebungslehre zwei große Bereiche: die „Methode der Gesetzgebung" und die „Technik der Gesetzgebung". Beides wird man am besten so abgrenzen können: Die „**Methode**" der Gesetzgebung ist die Methode der inhaltlichen Auseinandersetzung mit allen sozialen Sinnzusammenhängen, die rechtlich geregelt (ge-*regel*-t!) werden sollen. Kurz: Wo ist das Problem, und wie könnte man es lösen? Die „**Technik**" der Gesetzgebung betrifft die juristisch-handwerkliche Umsetzung: von der Frage nach dem richtigen Adressaten (idealerweise: wer als Rechtsunterworfener häufig mit der Regel zu tun hat) über die Systematik (was sind die Vorteile von Kodifikationen?) bis zur Frage der richtigen Abstraktionshöhe (Generalisierung oder Kasuistik?).

> Wir werden in ähnlicher Weise unterscheiden: Arbeitsschritte (II), Schemata (III), Maßarbeit (IV).

---

17 Zur „einphasigen" Juristenausbildung aus damaliger Zeit: *Alfred Rinken*, Der neue Jurist. Materialien zur reformierten Juristenausbildung in Bremen, Darmstadt etc. 1973.

18 Eine Epoche ist, wörtlich übersetzt, ein Innehalten (altgriechisch *epí* = an, bei, *échein* = haben, halten).

19 Zum Begriff Sinnzusammenhang siehe § 5 I Rn. 40–59, zum Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen § 24.

20 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 38–43 (41). – In die gleiche Richtung übrigens *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Spalte 758: „Man wird freilich in anderer Stoßrichtung fordern dürfen, dass die benachbarten Sozialwissenschaften sich ihrerseits als rechtswissenschaftlich informiert erweisen." (Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 95.)

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die weitere Entwicklung

Im Anschluss an Nolls Werk kam es zu einer kurzen Blütezeit der Gesetzgebungslehre. Von Hermann Hill (geb. 1951) erschien 1982 eine kurze „Einführung“[21], von Hans Schneider im selben Jahr ein großes Lehrbuch[22]. Waldemar Schreckenberger (1929–2017), Klaus König (geb. 1934) und Wolfgang Zeh (geb. 1942) gaben 1986 einen Sammelband heraus.[23] „Vorstudien“ und „Studien“ zu einer Theorie der Gesetzgebung waren schon zuvor im Umkreis von Jürgen Rödig (1942–1975) verfasst und herausgegeben worden (1975 und 1976).[24] Nach dessen frühem Tod gab Harald Kindermann (geb. 1949) im Jahr 1986 einen weiteren Sammelband heraus.[25] 7

Hill, König, Schreckenberger und Zeh sind bzw. waren Professoren an der Hochschule – nicht Fachhochschule![26] – für Verwaltungswissenschaften Speyer (heute: Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer), also einer politisch sehr bewussten Ausbildungsstätte. Schreckenberger war zudem seit Schulzeiten ein enger Freund Helmut Kohls (1930–2017) (siehe schon § 32 Rn. 10). Zeh war von 2002 bis 2006 Direktor beim Deutschen Bundestag (also Chef der Bundestagsverwaltung), die Schriftstellerin Juli Zeh (geb. 1974) ist seine Tochter.

Im Übrigen erschienen einige Dissertationen, hervorzuheben dabei die Untersuchung von Burkard Krems (geb. 1943).[27] Im Jahr 1988 folgte die Habilitationsschrift von Helmuth Schulze-Fielitz (geb. 1947).[28] Seit 1987 gibt es eine Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung, sie gibt eine „Zeitschrift für Gesetzgebung“ heraus.[29] Allerdings ist Ende der 1980er Jahre das Interesse am Thema stark abgeflacht – vielleicht, weil man seit 1989/1990 mit der deutschen Einigung genug Neues zu tun hatte (und weniger Anlass zur Selbstkritik?).

---

21 *Hermann Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982 (133 Seiten plus zwei Anhänge).

22 *Hans Schneider*, Gesetzgebung, Heidelberg 1982 (422 Seiten); schön § 13 zu Stil und Sprache der Gesetze.

23 *Waldemar Schreckenberger/Klaus König/Wolfgang Zeh* (Hrsg.), Gesetzgebungslehre. Grundlagen, Zugänge, Anwendung, Stuttgart etc. 1986; besonders aufschlussreich darin *Erk Volkmar Heyen*, Historische und philosophische Grundfragen der Gesetzgebungslehre, S. 11–20.

24 *Jürgen Roedig/Eberhard Baden/Harald Kindermann*, Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Gießen 1975; *Jürgen Rödig* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1976 (763 Seiten!).

25 *Harald Kindermann* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1986 (362 Seiten).

26 Vorbild war angeblich die ENA (École nationale d’administration) in Paris, das ist die Ausbildungsstätte für die französische Verwaltungselite.

27 *Burkhard Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre. Erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben, insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts, Berlin 1979.

28 *Helmuth Schulze Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983) –, Berlin 1988.

29 Zu einer Art Zwischenbilanz siehe *Ulrich Karpen* (Hrsg.), Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland. Zehn Jahre „Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung“. Zehn Jahre „Zeitschrift für Gesetzgebung“, Heidelberg 1998. Der Band dokumentierte die Tagungen und einige weitere Veranstaltungen des Vereins; besonders schön: die Tagung zum 200-jährigen Jubiläum des preußischen Allgemeinen Landrechts im Jahr 1994 (S. 247–275).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wohl auch deshalb ein wenig untergegangen: Axel Burghart, „Die Pflicht zum guten Gesetz“ (1995).[30]

Ein erneutes Interesse an der Gesetzgebungslehre besteht offenbar seit Beginn der 2000er Jahre, es ist allerdings eher historisch und grundlagenorientiert.[31] Zu nennen ist als erstes die Habilitationsschrift von Bernd Mertens (geb. 1967) – eine auch rechtsvergleichende Studie, die neben Deutschland die Schweiz, England und Indien in den Blick nimmt.[32] Die Dissertation von Sigrid Emmenegger (geb. 1976) erschließt eine hochkarätige, aber weitgehend vergessene Diskussion aus der Zeit um die Wende zum 20. Jahrhundert,[33] die Dissertation von Vanessa Heinz misst die Gesetzgebung an der Philosophie von John Rawls.[34] Auch die Habilitationsschrift von Armin Steinbach (geb. 1978) ist stark grundlagenorientiert, sie fragt insbesondere nach politischer und ökonomischer Rationalität, bevor sie ganz konkret das NABEG von 2011 (Netzausbaubeschleunigungsgesetz) mit Hilfe dieser Maßstäbe überprüft.[35]

Ein besonderes Monument ist schließlich der über tausendseitige Sammelband mit dem schlichten Titel „Gesetzgebung“ aus dem Jahr 2014.[36]

3. Resümee und Überleitung

8 Insgesamt darf man wiederholen: Es gibt in Deutschland kein juristisches Standardwerk zur Gesetzgebungslehre. Dies gilt insbesondere auch für das Lehrbuch von Hans Schneider. Es hat zwar zwei weitere Auflagen erlebt,[37] ist aber ganz einfach zu unübersichtlich. So bleibt denn das Schweizer Standardwerk von Georg Müller[38] ein Geheimtipp.

---

30 Erscheinungsort: Berlin (auch dies eine Dissertation). Letzter Satz: „Demokratie erlaubt die Herrschaft der Dummen, verlangt sie aber nicht“ (S. 205).

31 Siehe aber auch etwa *Jörg Ennuschat*, Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2004, 986–994.

32 *Bernd Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, Tübingen 2004.

33 *Sigrid Emmenegger*, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenlehre in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tübingen 2006. Aus methodologischer Sicht besonders interessant die §§ 5 und 6: Entgegensetzung von induktiven und deduktiven Methoden „zur Bestimmung des richtigen Regelungsziels“.

34 *Vanessa Heinz*, Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, Baden-Baden 2009.

35 *Armin Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, Tübingen 2017.

36 *Winfried Kluth/Günter Krings*, Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg etc. 2014. Auf Ästhetik verweist dort *Otto Depenheuer* (S. 148–150, 157 f.); zur Gesetzgebung „zwischen Objektivität und Befangenheit“ *Heinrich Lang* (S. 123–135).

37 *Hans Schneider*, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1991; 3. Aufl. 2002.

38 Siehe Fn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Siehe zu Geschichte und Stand der Gesetzgebungslehre vertiefend die Darstellung von Klaus Meßerschmidt (1953–2024).[39] Meßerschmidt hatte sich mit einer dogmatischen Arbeit zur Gesetzgebung habilitiert.[40]

Für die NJML ist diese Lücke nicht nur bedauerlich. Vielmehr eröffnet sie einen gewissen Freiraum für Vorschläge, wie die juristische Methode – es gibt nur eine – sich im Rahmen der Gesetzgebung, dabei vor allem: der staatlichen Gesetzgebung, ein wenig breiter machen könnte. Insofern können wir anknüpfen an die Arbeitsschritte der Antiken Gerichtsrhetorik (§ 2, dazu unter II), an die juristischen „Schemata" (§ 23, dazu unter III) und an die Kriterien rechtlicher Gelungenheit bei der juristischen Maßarbeit (§§ 33 und 34, dazu unter IV). 9

Diese Vorschläge sollen natürlich nicht nur für das deutsche Recht gelten, sondern für Gesetzgebung überhaupt. Es gibt auch international nur *eine* juristische Methode, und sie besteht aus Logik, Logik, Logik – plus Interpretation.

II. Die Arbeitsschritte

Die Antike Gerichtsrhetorik, wir erinnern uns, hat dem Redner fünf Arbeitsschritte empfohlen: (1) *inventio*, das ist die Stoffsammlung; (2) *dispositio* – Erstellen einer Gliederung; (3) *elocutio* – Ausformulieren; (4) *memoratio* – Auswendiglernen; (5) *pronuntiatio* – der Vortrag, die Aufführung, der Ernstfall. Dies lässt sich nicht unmittelbar auf die Gesetzgebung übertragen, wohl aber kann man auch hier ein Fünf-Schritte-Programm entwerfen. (Fünf Schritte sind offenbar immer ein gutes *framing*.[41]) 10

Die Schritte lauten:

(1) Materialsammlung (*inventio*)
(2) Entwurf von „Alternativen" (Lösungsvarianten, Optionen) (*dispositio*)
(3) Verhandlung und Beratung („Basarstation")
(4) Endgültiger Entwurf (*elocutio*)
(5) Entscheidung und Verfahrensabschluss

Sie gehen natürlich häufig ineinander über. (Entsprechendes gilt, wie wir gesehen haben, bei der Vertragsgestaltung, § 37a).

1. Materialsammlung (inventio)

Der erste Schritt, die Materialsammlung, entspricht der *inventio* in der Antiken Rhetorik. Allerdings ist bei der Gesetzgebung noch zuvor ein allererster Schritt besonders wichtig: die Klärung, wer das Verfahren „**federführend**" betreibt. 11

39 *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik. Entwicklungstendenzen der Legisprudenz, Teil 1 und Teil 2, in: Zeitschrift für das Juristischen Studium (ZjS) 2008, 111–122, 224–232. – Die ZjS ist eine Online-Zeitschrift mit *open access*: www.zjs-online.com.

40 *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000.

41 Man denke an den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) mit seine fünf Gliedern (§ 8).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bei der Gesetzgebung des Bundes sind dies in der Regel die Ministerien, die der Sache am nächsten stehen.[42]

Wenn dies geklärt ist, besteht die Besonderheit der Gesetzgebung darin, dass die Materien, die zu berücksichtigen sind, im Prinzip an Zahl unendlich sind. Wie man das Feld begrenzt, dafür gibt es kaum eine allgemeine Formel. Rein äußerlich wird man idealtypisch[43] vier „Stationen" unterscheiden können: Problemstation, Sachverhaltsstation, Interessen- und Risikostation, Gewichtungsstation.

a) Problemstation: Wo liegt der Konflikt?

12 Die erste „Station"[44] besteht darin, das Problem möglichst klar zu definieren – und „klar" meint hier wie auch sonst (§ 5 Rn. 14–21): Welche praktischen Konsequenzen sind zu bedenken? Wollen wir wirklich gesetzgeberisch handeln? Sollten wir es, müssen wir es? Und vor allem: Wo liegen die **Konflikte** (Streitpunkte), die wir mit Hilfe von **Regeln** entscheiden wollen?

Heute „denkt" der Gesetzgeber offenbar anders: Die erste Frage ist die nach den **Zielen** des Gesetzes. Das ist ein gewisser **Bias** (§ 35 III bis V), denn dies gewährt bestimmten Interessen von vornherein den Vorrang. Es ist ein Unterschied, ob man formuliert:

> „**Ziel** dieses Gesetzgebungsvorhabens ist es, die Regelungen zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen [im Personenstandsregister und Personalausweis] bei Auseinanderfallen des Geschlechtseintrags und der Geschlechtsidentität zu vereinheitlichen, zu entbürokratisieren und eine selbstbestimmte Änderung zur Wahrung und zum Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Geschlechtsidentität zu regeln."[45]

Oder ob man formuliert:

> Der **Konflikt**, den dieses Gesetz regeln soll, besteht zwischen dem Interesse von trans-, intergeschlechtlichen und nicht-binären Menschen auf Achtung und respektvolle Behandlung in Bezug auf die Geschlechtsidentität[46] und entgegenstehenden Interessen von Cis-Menschen in verschiedenen Lebensbereichen (Toiletten, Sauna, Sport, Strafvollzug etc.). Hauptregelungsgegenstand ist dabei das Personenstandsrecht.

Dies würde beide Seiten in gleicher Weise respektieren. Zudem würde es das Problem präziser fassen und damit weniger anfällig für pauschal-weltanschauliche „Wertungen" und Vorurteile machen (bist du für oder gegen queere Menschen?).

b) Sachverhaltsstation (Tatsachen- und Rechtsfragen)

13 In einer zweiten „Station" muss sodann jede Menge fremder Sachverstand eingeholt werden – sei es durch eigene Recherche, sei es durch Anhörungen in Ausschüssen,

---

42 Wenn es zwei sind, darf man vermuten, dass es politisch heikel war, siehe Fn. 65.

43 Zum Begriff des Idealtypus: *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § 1 I 6, auch 3 und 11.

44 Zu den Stationen im Zivilprozess siehe § 22.

45 So der Referentenentwurf vom 08.05.2023 (https://www.bmfsfj.de/resource/blob/224548/4d24ff0698216058eb758ada5c84bd90/entwurf-selbstbestimmungsgesetz-data.pdf) und des Gesetzentwurf der Bundesregierung

46 Die Formulierung „auf Achtung und respektvolle Behandlung in Bezug auf die Geschlechtsidentität" stammt aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 des schließlich Gesetz gewordenen Entwurfs.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sei es durch das Einholen von Gutachten. Dies kann Sachfragen und Rechtsfragen betreffen – das ist banal.

> Weniger banal ist, dass man trotz der Vielfalt an Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40–59) eine gemeinsame Sprache finden muss; oder anders gewendet: dass man wirklich *versteht*, was die anderen meinen, vielleicht sogar im Schilde führen. Im Grunde sind Juristen für diese Übersetzungsleistung am besten qualifiziert.[47]

Der spezifisch juristische Sachverstand sollte daher gerade nicht darin bestehen, den übrigen Beteiligten klarzumachen, was rechtlich *nicht* möglich ist (Juristen als notorische „Verhinderer"). **Juristen** sind vielmehr – wie Peter Noll eher beiläufig gesagt hat – **Sachverständige für streitige Rechtsfragen**.[48] Als solche können sie zum einen besser als andere prognostizieren, welche gesetzliche Regel welche rechtliche Streitfrage aufwerfen wird – und welche Argumente man auf beiden Seiten hätte. Allerdings können sie ebendeshalb, zum anderen, auch besser als andere **Regeln** entwerfen, gar erfinden, mit denen Streitfragen geklärt werden oder bei denen Streitfragen gar nicht erst auftauchen. Vor allem sind sie es aber gewohnt, unparteiisch herauszuarbeiten, welche **Interessen** hinter einer geplanten Regelung stehen – und welche Interessen dem entgegenstehen (*audiatur et altera pars*). Das erleichtert die „Bewertung" ganz ungemein (siehe auch unten Rn. 46–47).

Zur juristischen Kreativität schon § 17 („Regeln erfinden").

c) Interessen- und Risikostation (Gesetzesfolgenabschätzung)

Ohnehin empfiehlt es sich, in einem dritten Schritt nach der deskriptiven Analyse der „Fakten" (einschließlich der geltenden Rechtsregeln) die Interessen der beteiligten Kreise herauszuarbeiten, in Anlehnung an eine der juristischen Kernfragen: 14

> Wer – will was – von wem – mit welcher Regel?

Nehmen wir ein heikles Beispiel: das neue Sexualstrafrecht in § 177 StGB. Darin wird, wie schon erwähnt, die Vergewaltigung nur noch als einer von mehreren „besonders schweren Fällen"[49] genannt (Absatz 6). Zudem wird sie so definiert, dass unter den Begriff nicht nur die Vergewaltigung im herkömmlichen Sinn fällt – also Beischlaf mit Hilfe von Gewalt –, sondern alles „Erniedrigende", „insbesondere" wenn es mit dem Eindringen in den Körper verbunden ist (Oralverkehr, Zungenkuss, Stealthing). Das ist alles sehr unklar, so dass man zunächst herausarbeiten sollte, um welche Interessen es geht. Man wird dann sagen dürfen:

---

47 Mit *Ronald Dworkin*, Law, Philosophy and Interpretation, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 80 (1994), S. 463–475: „I said earlier that philosophers have insufficiently studied the phenomenon of interpretation. (...) Indeed, I go so far as to suggest that lawyers are better equipped than members of those other disciplines [sc. art and literature] self-consciously to reflect on the nature and character of interpretation. But you will now be saying, 'How like an American professor of jurisprudence to claim that this subject is at the center of the universe!'" – Auch *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 697–699, betont die Übersetzungsleistung der juristischen Methode. – Zur Interpretation in diesem Buch § 10.

48 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 185.

49 Nebenbei: Fälle *wovon*? Es fehlt, wenn ich es richtig sehe, in § 177 StGB ein einheitlicher Oberbegriff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Alle Menschen – und vor allem Frauen als die physisch meist schwächeren[50] – haben ein überragendes Interesse daran, durch das Strafrecht vor sexuellem Missbrauch geschützt zu werden. Alle Menschen haben aber auch ein Interesse daran, nicht unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft darüber zu rätseln, wie sie ihre Sexualität ausleben dürfen – auch das ist ein Aspekt sexueller Selbstbestimmung.[51] Es besteht zudem die Gefahr, dass wieder einmal die „Kleinen" übermäßig bestraft werden und man an die „Großen" (Menschenhandel, schwere Gewalt) nicht herankommt.

Ein schlechtes Gesetz ist nun einmal kein gutes Mittel, um Konflikte zu lösen.

Wie man gute gesetzliche Tatbestände formuliert – und dass dies eine Sache der Logik ist („umgekehrte Subsumtion") –: dazu unten Rn. 40–42.

15 Eng verbunden mit der Interessenanalyse ist schließlich die Abschätzung der „Gesetzesfolgen" in positiver und negativer Hinsicht (vgl. § 26) – man kann dies die (Chancen- und) Risikostation nennen. Dabei sollte man vor allem auch prüfen, ob das Gesetz die Möglichkeit zum Missbrauch[52] bietet und ob man es leicht umgehen[53] kann.

d) Gewichtungsstation

16 Die letzte Station der Materialsammlung will ich Gewichtungsstation nennen. Hier geht es darum, die offengelegten und die verheimlichten Interessen zu bewerten – sowohl subjektiv mit Empathie für die Betroffenen („wie sehr hängen sie daran?") als auch objektiv im Hinblick auf die Sicht anderer („was wird das den Steuerzahler kosten? was bringt es für das Klima?").

Man beachte: Dies ist keineswegs die Station einer „Wertung" von der Art, dass sie sich der Logik und damit der Kritik entzöge (und gerade deshalb das letztlich Entscheidende wäre). Die NJML hält eine solche Vorstellung ohnehin für falsche juristische Metaphysik (siehe auch sogleich Rn. 46–48).

2. Erste Entwürfe (dispositio)

17 Der zweite große Arbeitsschritt entspricht der *dispositio* der Antiken Gerichtsrhetorik, nur dass hier statt eines einzigen ersten Entwurfs oft mehrere, miteinander konkurrierende Entwürfe zu erstellen sind. Man nennt dies im Deutschen gemeinhin „Alterna-

50 Man bedenke aber, dass auch die Vergewaltigung von Männern weit verbreitet ist, besonders in Gefängnissen. Die Dunkelziffer ist offenbar hoch.

51 Der 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs ist überschrieben mit „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung".

52 Aktuelles Beispiel für Missbrauch: die Scheinvaterschaft deutscher Männer für die Kinder ausländischer Mütter, um dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit zu verschaffen, der Mutter eine Bleiberecht und beiden den Anspruch auf Sozialleistungen; siehe dazu schon BVerfGE 135, 48 – „Behördenanfechtung" (2013) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite): Für-nichtig-Erklärung des damaligen § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB (methodisch nicht unbedenklich).

53 Ein aktuelles Beispiel ist der sog. Cum-ex-Skandal, knapp dazu beckonline-Link 2029710: „Bei Cum-Ex-Deals, die ihre Hochphase zwischen 2006 und 2011 hatten, ließen sich Investoren nie gezahlte Kapitalertragsteuern erstatten und prellten den Staat geschätzt um mindestens zehn Milliarden [!] Euro. Dabei nutzten sie eine Gesetzeslücke. Erst im Jahr 2012 wurde das Schlupfloch geschlossen. 2021 entschied der Bundesgerichtshof, dass Cum-Ex-Geschäfte als Steuerhinterziehung zu werten sind."

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiven", ich will aus sprachlichen[54], aber auch psychologischen[55] Gründen lieber von Varianten oder Optionen sprechen.

Dabei darf man auch die „Null-Variante" nicht vergessen.

Die Entwurfsvarianten können von einer Stelle allein formuliert werden (etwa vom federführenden Ausschuss) oder von mehreren Beteiligten. Anders als bei Vertragsverhandlungen (dazu § 37a Rn. 13 mit Fn. 31) sind sie nicht nur für den internen Gebrauch gefertigt, sondern müssen für den nächsten Schritt „auf den Tisch".

Allerdings kann „man" (gemeint sind alle Beteiligten) insgeheim schon einen Kompromissvorschlag „in petto"[56] haben.

Suboptimal dürfte es sein, wenn alles von vornherein auf einen einzigen ersten Entwurf hinausläuft[57] – in den deutschen Ministerien scheint dies in Gestalt des Referentenentwurfs (vgl. § 45 Abs. 4 GGO[58]) der Fall zu sein. Denn Recht „zielt" auf die Kontrolle von Macht – das Privatrecht auf die Kontrolle von wirtschaftlicher Macht, das Öffentliche Recht auf die Kontrolle politischer Macht. Und Macht wird geringer, wenn die andere Seite eine „Alternative" hat.[59]

Es mag natürlich sein, dass „im Hause" (also im Ministerium) zuvor Varianten kursierten. Ohnehin spricht einiges dafür, dass schon dort die „Basarstation" stattfindet.

3. „Beratung" und Verhandlung der Varianten („Basarstation")

Der dritte große Arbeitsschritt ist die „Beratung"[60] oder besser Verhandlung des Entwurfs bzw. der Entwurfsvarianten. Dies kann schon sehr frühzeitig und halb-informatorisch geschehen, entscheidend sind aber die Verhandlungen auf der Regierungsebene, also unter Beteiligung der betroffenen Ministerien und des Kanzleramts. Was dort genau geschieht – auch: welche Lobby da am besten mitmischt und wie weit die Medien-Öffentlichkeit Einfluss hat –, ist für Außenstehende schwer zu beurteilen. Man hat dies daher aus Sicht der Staatsrechtslehre und in Anlehnung an die „Stationen" im Zivilprozess (§ 22) einmal als „Basarstation" bezeichnet.[61] Wir kommen darauf zurück. 18

Wie groß die Unterschiede zwischen Entwürfen sein können, zeigt die – atypische – Geschichte des Gesetzes über die geschlechtliche Selbstbestimmung (s. schon § 34 19

54 Lateinisch „alter" heißt: „der eine – der andere"; eine Alternative ist also immer die Auswahl aus nur zwei Möglichkeiten.

55 Im Wort „Alternative" kann so etwas wie „Plan B" mitschwingen, etwa in dieser Art: Eigentlich haben wir uns schon für Variante 1 entschieden, die Alternative B war nur eine Alternativüberlegung.

56 Italienisch *in petto* heißt wörtlich: in der Brust (vgl. auch lateinisch *pectus*, die Brust), gemeint: versteckt unter der Jacke. Auf Deutsch sagt man am besten: etwas „im Ärmel haben".

57 So *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 107 f. und öfter.

58 Gemeinsame Geschäftsordnung der Ministerien des Bundes.

59 Mir fällt erst jetzt auf, dass man dies auch ganz aktuell politisch verstehen kann: Die „Alternative für Deutschland" war eine Trotzreaktion gegen die Regierung Merkel.

60 So die Formulierung in der GOBT (Geschäftsordnung des Bundestages), siehe sogleich Rn. 22.

61 *Friedrich Gottlob Nagelmann*, Gesetzgebung zwischen deliberativer Demokratie und politischer Ökonomie, in: Zeitschrift für Gesetzgebungskunst (ZfGesK) 2001, 1–13. – Allgemein zu Nagelmann (1889–1959): *Dieter C. Umbach* (Hrsg.), Das wahre Verfassungsrecht. Zwischen Lust und Leistung. Gedächtnisschrift für F. G. Nagelmann, Baden-Baden 1984, S. 513–517.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rn. 44). Insoweit hatte in der Legislaturperiode des 19. Deutschen Bundestags[62] (2017–2021) die FDP-Fraktion[63] den Entwurf eines „Gesetzes zur Selbstbestimmung über die Geschlechtsidentität (Geschlechtsidentitätsgesetz – GiG)" in den Bundestag eingebracht. Er wurde abgelehnt, wohl weil er in den Rechtsfolgen sehr weit ging (§ 5):

> „Ab dem Zeitpunkt der Entgegennahme der Erklärung durch das Standesamt, dass die erklärende Person als einem anderen oder keinem Geschlecht im Sinne des § 22 Absatz 3 des Personenstandsgesetzes zugehörig anzusehen ist, (…) richten sich ihre vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist."

Allerdings wurde das Thema im 20. Deutschen Bundestag (2021–2025)[64] wieder aufgegriffen. Wohl auf Betreiben der FDP, nun an der Regierung beteiligt, wurde ein Entwurf erarbeitet,[65] der erstens auf den albernen Namen „GiG"[66] verzichtete und zweitens eine Reihe von Einschränkungen enthielt.[67] Dieser Entwurf ist dann als „Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG)" tatsächlich Gesetz geworden, sein § 6 lautet:

> § 6
>
> Wirkungen der Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen
>
> (1) Der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag und die jeweils aktuellen Vornamen sind im Rechtsverkehr maßgeblich, soweit auf die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung oder die Vornamen Bezug genommen wird und durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.
>
> (2) Betreffend den Zugang zu Einrichtungen und Räumen sowie die Teilnahme an Veranstaltungen bleiben die Vertragsfreiheit und das Hausrecht des jeweiligen Eigentümers oder Besitzers sowie das Recht juristischer Personen, ihre Angelegenheiten durch Satzung zu regeln,[68] unberührt.
>
> (3) Die Bewertung sportlicher Leistungen kann unabhängig von dem aktuellen Geschlechtseintrag geregelt werden.
>
> (4) Auf den aktuellen Geschlechtseintrag kommt es bei allen gesundheitsbezogenen Maßnahmen oder Leistungen nicht an, sofern diese im Zusammenhang mit körperlichen, insbesondere organischen Gegebenheiten stehen.

62 Die realen Bundestage seit Beginn der Bundesrepublik werden schlicht durchgezählt. Der 19. Bundestag ist also der Bundestag der neunzehnten „Wahlperiode" (Art. 39 Abs. 1 Satz 2 GG).

63 Damals in der Opposition. Kanzlerin: Angela Merkel.

64 Kanzler: Olaf Scholz.

65 Federführend: das Bundesministerium der Justiz (FDP), aber auch das Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend (Bündnis 90/Die Grünen). Kritisch dazu *Boris Schinkels*, Zum Geschlechtsbegriff nach dem Referentenentwurf für ein Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG-E), in: Ad Legendum 2023, 181-189.

66 Ein „Gig" ist in Musikerkreisen die Bezeichnung für einen bezahlten Auftritt. Dem damaligen Geschäftsführer der FDP-Fraktion und späteren Justizminister (2021–2024) Marco Buschmann dürfte dies bekannt gewesen sein (er macht halbprofessionell Musik).

67 So etwa § 9 SBGG: Wenn der Verteidigungsfall eintritt, dürfen sich Männer nicht mehr rechtsverbindlich vor dem Standesamt umdefinieren. Man muss dies mindestens zwei Monate zuvor getan haben.

68 Konkret gemeint sind etwa städtische Schwimmbäder.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Referentenentwurf hatte übrigens im Wesentlichen schon genauso gelautet (es fehlte nur die Vertragsfreiheit, und Absatz 4 war schlanker). Offenbar hatte der Basar bereits bei der Materialsammlung stattgefunden.

4. Endgültiger Entwurf (dispositio)

Am Ende dieses Prozesses steht dann der Entwurf, so wie er in den förmlichen Gesetzgebungsprozess einzubringen ist. 20

Wenn der Entwurf von der Regierung in den Bundestag eingebracht wird, spricht man von einem „Regierungsentwurf". Gesetzentwürfe können aber auch vom Bundesrat oder „aus der Mitte des Bundestags" – praktisch meist: von einer Oppositionsfraktion – eingebracht werden (Art. 76 Abs. 1 GG). Auch dort wird es zuvor einen internen Basar gegeben haben.

Wie auch immer: Es ist dringend dazu zu raten, den letzten Entwurf von fachlich guten und trotzdem sprachbewussten Juristen durchredigieren zu lassen. Vielleicht sollte man dazu sogar einen unabhängigen „Juristischen Normenkontrollrat" errichten (auch als Gegengewicht zum sogenannten Nationalen Normenkontrollrat[69]).

Ehedem (seit 2009) gab es einen externen[70] „Redaktionsstab Rechtssprache", der ausschließlich aus Sprachwissenschaftlern bestand (sieben an der Zahl). Stattdessen gibt es nunmehr sechs neue Stellen im Referat D A 1 des BMJ (Bundesministerium der Justiz), davon sollen vier mit Linguisten und zwei mit Juristen besetzt werden.[71]

69 Der sogenannte Nationale Normenkontrollrat (NKR) besteht aus zehn ehrenamtlichen Mitgliedern, er residiert beim Bundesministerium der Justiz und wurde durch Gesetz vom 14.08.2006 eingerichtet. Seine Aufgabe: Die „Bundesregierung bei der Umsetzung ihrer Maßnahmen [!] auf den Gebieten des Bürokratieabbaus und der besseren Rechtsetzung zu unterstützen" (§ 1 Abs. 2). Vor allem soll er die Bürokratiekosten, die ein Gesetz verursachen wird, und den sonstigen „Erfüllungsaufwand" neuer Regeln zu ermitteln.

Der NKR hat ein rein instrumentalistisches Verständnis von Recht, siehe das Gutachten „Erst der Inhalt, dann die Paragrafen" (Oktober 2019), zu dem es auch ein Video gibt. Aufschlussreich dort unter ab Minute 2:35: Der Legist oder die Legistin solle nach der Informationsermittlung ein Eckpunktepapier verfassen, das noch keine juristischen Formulierungen enthält. „Deshalb können auch Betroffene ohne juristisches Vorwissen darauf reagieren", also die Normadressaten und die „Normvollzieher" (Behörden). Erst danach wird ein juristischer Gesetzentwurf fabriziert, sogar mit Hilfe von E-Gesetzgebung (was immer das sein mag). Wie soll aber dann am Ende ein Gesetz herauskommen, das „adressatenfreundlich" ist? Adressaten, denen man die juristische Fachsprache gerade vorenthalten hatte? Es hat etwas von Realsatire.

Nebenbei: Am nervigsten ist die Hintergrundmusik: https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/DE/veroeffentlichungen/gutachten/_documents/2019-10-erst-der-inhalt-dann-die-paragraphen.html?nn=145318 <15.09.2024>

Natürlich enthält das Gutachten auch Richtiges, etwa, dass eilig durchgepeitschte Gesetze keine guten Gesetze sind. – Und jetzt falle ich doch noch vom Hocker: Das Gutachten ist erstellt von – Trommelwirbel –: McKinsey & Company! (McKinsey ist eine der weltweit größten Unternehmensberatungsfirmen.)

70 Zuletzt angesiedelt bei der Lex Lingua Gesellschaft für Rechts- und Fachsprache mbH.

71 Siehe die Schriftlichen Anfragen Nr. 58–60 und die Antworten des BMJ vom 1. und 4. August 2023 („Insourcing des Redaktionsstabs Rechtssprache"), BT-Drs. 20/7945 vom 04.08.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Entscheidung und Verabschiedung (pronuntiatio)

21 Der letzte Arbeitsschritt ist dann die Entscheidung für die Letztfassung und ihre Verkündung als Gesetz – dies entspricht der *pronuntiatio* der Antiken Rhetorik und auch der Tenorierungsstation in der Relationstechnik (§ 22 Rn. 15). Beide Schritte können im Prinzip relativ einfach verwirklicht werden: Ein absoluter Herrscher konnte das Allgemeine Landrecht kraft eigener Autorität durch Bekanntmachung in Kraft setzen. Oder auch: Ein Minister setzt eine Rechtsverordnung dadurch in Kraft, dass er sie im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht.

Rechtsverordnungen sind „Gesetze im materiellen Sinn", das heißt, es sind Regeln und als solche „abstrakt-generell" formuliert. Zur Erläuterung: Sie gelten für „abstrakt" beschriebene Fälle („Vorfahrt rechts vor links") und „generell" für alle Rechtsunterworfenen (außer für Polizei und Rettungsdienst, wenn sie mit Blaulicht unterwegs sind).

Die Straßenverkehrsordnung (StVO), eine Rechtsverordnung des Bundesministers für Verkehr, wurde sogar im Bundesgesetzblatt verkündet – wie alle Rechtsverordnungen des Bundes.[72]

Komplizierter geregelt ist das Verfahren bei „Gesetzen im formellen Sinn" – grob gesagt: Parlamentsgesetzen. Grob, weil in Deutschland zwei Organe an der Gesetzgebung beteiligt sind, von denen nur eines – der Bundestag – ein Parlament ist und das andere – der Bundesrat – gerade nicht. Wie auch immer: Gesetze im formellen Sinn werden von den zuständigen gesetzgebenden Organen im dafür vorgesehenen Verfahren beschlossen. In Deutschland ist das Verfahren in den Art. 76–78 Grundgesetz (GG) geregelt, ergänzt durch die Geschäftsordnungen von Bundestag und Bundesrat.

Hinzu kommt Art. 82 Abs. 1 GG: Ausfertigung[73] durch den Bundespräsidenten und Verkündung im Bundesgesetzblatt.

22 Von Interesse für die Methodik ist vor allem die Geschäftsordnung des Bundestages, sie regelt in §§ 78–85 GOBT die – so bezeichnete – „Beratung" der Gesetzentwürfe. Auf Details kommt es nicht an, als Stichwort mag genügen:

Grundsätzlich durchläuft ein Gesetzentwurf drei sogenannte „Lesungen", zwischendrin geht es unter Umständen an einen oder mehrere Ausschüsse, es gibt aber auch Abkürzungen. Sie dürfen allerdings nicht zu brutal sein, siehe die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sogenannten Heizungsgesetz (Gebäudeenergiegesetz).[74]

Es ist klar, dass es in diesem Prozess, wenn die Beteiligten wollen, „noch einmal von vorne losgehen kann", insbesondere mit neuer Materialsammlung in den Ausschüssen,

72 § 1 des Gesetzes über die Verkündung von Gesetzen und Verordnungen und über Bekanntmachungen (VkBkmG).

73 „Ausfertigung" ist die Erstellung einer sogenannten Urschrift des autoritativen Textes (§ 14 Rn. 22). Es gibt also häufig mehrere Ausfertigungen z.B. einer Urkunde, eines Vertrags, eines Urteils.

74 BVerfGE 166, 304 – Gebäudeenergiegesetz (2023): Einstweilige Anordnung, mit der dem Bundestag untersagt wurde, die zweite und dritte Lesung so kurzfristig wie geplant durchzuführen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neuen Entwürfen, neuem Kuhhandel. Dann wird sich der federführende Ausschuss an den hier skizzierten Arbeitsschritten orientieren.

Auf den Vermittlungsausschuss kommen wir noch zu sprechen.

III. Die Schemata

Wir haben bei der Methode, wie man einen Fall rechtlich durchprüft, ziemlich ausführlich dargestellt, dass und wie Juristen dabei „Schemata" verwenden (§ 23). Diese Schemata sind einerseits „geronnene Dogmatik"[75], andererseits nicht schon das geltende Recht, sie verdienen daher „ebenso geachtet wie verachtet zu werden". Wir haben zudem gesehen, dass es auch in der Rechtsberatung, genauer: bei der Vertragsgestaltung, gewisse „Schemata" gibt – und dass sie mitgeprägt sind von der Materie, die sie jeweils regeln (§ 37a III). Für die Gesetzgebung scheint es derartige Schemata kaum zu geben – und wenn, dann sind sie entweder unübersichtlich oder rein formal. 23

1. Drei Checklisten aus der Praxis

Warum ist Unübersichtlichkeit schlecht? Nun, der menschliche Denkapparat ist offenbar nicht in der Lage, gleichzeitig mehr als sieben *items* „auf dem Schirm zu haben" – plus oder minus zwei.[76] Bei langen Listen wird es daher wahrscheinlich, dass wichtige Punkte untergehen oder ganz vergessen werden. Folglich sollte man Schemata so untergliedern, dass sich nicht mehr als sieben, besser noch fünf oder vier oder drei Punkte pro Gliederungsebene ergeben. Sonst wird es, wie gesagt, wahrscheinlicher, wichtige Punkte „zu übersehen". 24

Als Beispiel für Un-übersichtlichkeit mögen zunächst zwei Checklisten aus der Praxis dienen, die sich vielleicht an den Zehn Geboten der Bibel orientiert haben. Die erste wurde lange Zeit von den Bundesministerien angewendet („Blaue Prüffragen")[77] und lautete:

1. Muss überhaupt etwas geschehen?
2. Welche Alternativen gibt es?
3. Muss der Bund handeln?
4. Muss ein Gesetz gemacht werden?
5. Muss jetzt gehandelt werden?
6. Ist der Regelungsumfang erforderlich?
7. Kann die Geltungsdauer beschränkt werden?
8. Ist die Regelung bürgernah und verständlich?
9. Ist die Regelung praktikabel?
10. [Stehen] Kosten und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis?

75 Eine Formulierung meines Greifswalder Kollegen *Uwe Kischel*.

76 *George A. Miller*, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two. Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: Psychological Review. 63 (1956), 81–97 (wo das so klar gar nicht gesagt wird).

77 Gemeinsames Ministerialblatt 1990, S. 42; mitgeteilt von *Meßerschmidt*, in: Zeitschrift für das juristische Studium (ZJS) 2008, 224 (229).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine weitere Checkliste stammt von der OECD (Fettdruck von mir)[78]:

1. Ist das **Problem** richtig erfasst?
2. Ist ein Eingreifen auf Regierungsebene gerechtfertigt?
3. Ist Rechtsetzung die beste Form staatlichen Handelns?
4. Gibt es eine rechtliche Grundlage für die geplante Rechtsetzung?
5. Welche staatliche(n) Ebene(n) ist (sind) am besten für die geplante Rechtsetzung geeignet?
6. Rechtfertigen die Vorteile der Rechtsetzung ihre Kosten?
7. Besteht Transparenz hinsichtlich der Frage, wie sich die Wirkung auf die Gesellschaft verteilt?
8. Ist die Rechtsetzung klar, kohärent, verständlich und für die Betroffenen auch zugänglich?
9. Hatten alle betroffenen Parteien Gelegenheit, sich zur geplanten Maßnahme zu äußern?
10. Wie soll die Einhaltung der Bestimmungen gewährleistet werden?

25 Die dritte Checkliste findet sich in der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO). Sie hat die „Blauen Prüffragen" abgelöst und regelt in den §§ 40 bis 50 das Verfahren der „Rechtsetzung". Für die Methodik besonders einschlägig ist § 43 GGO, er bezieht sich auf Gesetzesvorlagen der Bundesregierung, wird aber auch bei den Referentenentwürfen (§ 45 Abs. 4 GGO) schon zu beachten sein. Die Vorschrift lautet (Fettdruck von mir):

§ 43 Begründung

In der Begründung **sind [!]** darzustellen:

1. die **Zielsetzung** und Notwendigkeit des Gesetzentwurfs und seiner Einzelvorschriften,
2. welcher Sachverhalt dem Gesetzentwurf zugrunde liegt und auf welchen Erkenntnisquellen er beruht,
3. ob andere Lösungsmöglichkeiten bestehen und ob eine Erledigung der Aufgabe durch Private möglich ist, gegebenenfalls welche Erwägungen zu ihrer Ablehnung geführt haben (Anlage 5),
4. ob Mitteilungspflichten, andere administrative Pflichten oder Genehmigungsvorbehalte mit entsprechenden staatlichen Überwachungs- und Genehmigungsverfahren eingeführt oder erweitert werden und welche Gründe dagegen sprechen, sie durch eine rechtliche Selbstverpflichtung des Normadressaten zu ersetzen,
5. die **Gesetzesfolgen** (§ 44),
6. welche Erwägungen der Festlegung zum Inkrafttreten zugrunde liegen, zum Beispiel für den Vollzug in organisatorischer, technischer und haushaltsmäßiger Hinsicht, und ob das Gesetz befristet werden kann,
7. ob der Gesetzentwurf eine Rechts- und Verwaltungsvereinfachung vorsieht, insbesondere ob er geltende Vorschriften vereinfacht oder entbehrlich macht,
8. Bezüge zum und Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union,
9. inwieweit im Falle der Umsetzung einer Richtlinie oder sonstiger Rechtsakte der Europäischen Union über deren Vorgaben hinaus weitere Regelungen getroffen werden,
10. ob der Gesetzentwurf mit völkerrechtlichen Verträgen, die Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar ist,
11. die Änderungen zur geltenden Rechtslage,

78 Zitiert nach *Meßerschmidt*, in: ZjS 2008, 224 (229).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

12. ob Artikel 72 Absatz 3 oder Artikel 84 Absatz 1 Satz 3 des Grundgesetzes Besonderheiten beim Inkrafttreten begründen und wie diesen gegebenenfalls Rechnung getragen worden ist,
13. inwieweit Interessenvertreterinnen und Interessenvertreter sowie beauftragte Dritte wesentlich zum Inhalt des Gesetzentwurfs beigetragen haben („Exekutiver Fußabdruck").

Eine erste Kritik an dieser letzten Checkliste liegt auf der Hand: Sie spricht nicht von einem „Problem", das zu lösen ist (wie die OECD), sondern gleich von einer „Zielsetzung". Aus rechtlicher Sicht verengt das den Blick (*bias*): Es ist von vornherein politisch, nicht rechtlich gedacht (s.o. Rn. 12). 26

Die zweite Kritik betrifft die Unübersichtlichkeit. Sie sorgt dafür, dass der wichtigste Punkt geradezu untergeht: die **Gesetzesfolgen**. Insofern verweist § 43 Nr. 5 zwar auf § 44, aber auch dort findet sich wenig. Denn zwar definiert § 44 Abs. 1 GGO: „Unter Gesetzesfolgen sind die wesentlichen Auswirkungen des Gesetzes zu verstehen. Sie umfassen die beabsichtigten Wirkungen und die unbeabsichtigten Nebenwirkungen." Alles was darauf folgt, bezieht sich aber nur noch auf Haushalt und Finanzen. Als Jurist (der vom Bösen im Menschen ausgeht) vermisst man hingegen schmerzlich vor allem diese Fragen:

14. Gibt es Möglichkeiten des **Missbrauchs** oder der **Umgehung** des Gesetzes?[79]
15. Eröffnet das Gesetz ein Potential für **Korruption**?[80]

2. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit

Beispiel für eine überwiegend **formale** Checkliste ist das „Handbuch der Rechtsförmlichkeit". Es wurde für die Bundesregierung vom Bundesministerium der Justiz (BMJ) verfasst und am 22. Oktober 2008 im Bundesanzeiger bekanntgemacht.[81] Das Buch umfasst 252 Seiten Text, hinzu kommen 14 Seiten mit Anhängen. Als Anhang 3 gibt es dabei eine „Prüfliste für bessere Rechtsetzung" (S. 263–265), sie listet lediglich auf, was sich in den §§ 42–48 der GGO findet (siehe soeben unter 1). 27

> Die übrigen Regeln betreffen etwa die Überschriften, die Zitierweise, die Frage, ob ein neues „Stammgesetz" oder ein Änderungsgesetz angebracht ist, die Gliederung des Gesetzes, Abkürzungen, die Gestaltung von Verweisungen.

Ausgesprochen **gelungen** – und insofern auch ein bisschen mehr als „rein formal"[82] – sind die Empfehlungen zur „sprachlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverord- 28

79 Da reicht es übrigens nicht zu sagen: „Bisher ist noch nichts passiert." Orcas haben früher noch nie Segelboote attackiert.

80 Unter Korruption verstehe ich nicht nur finanzielle Bestechung, sondern jede Beeinflussung mit sachfremden Mitteln.

81 Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesanzeiger vom 22. Oktober 2008, https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/Handbuch_der_Rechtsfoermlichkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=4; letzter Zugriff 22.08.2024.

82 Siehe Handbuch Teil B unter 1.1: „Klarer Inhalt und gute Sprache gehen Hand in Hand!" Oder wie schon Cato sagte: *rem tene verba sequentur* – hab die Sache im Griff, die Worte werden folgen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungen". Sie gehen mit Recht aus vom **Primat der juristischen Fachsprache** (Rn. 53–61)[83] und enthalten sodann Abschnitte über

- Sprachliche Verständlichkeit (Rn. 62–65)
  z.B. „Hauptsachen in Hauptsätze!"[84]
- Rechtsetzungstechnische Mittel und Verständlichkeit (Rn. 66)
  z.B. Fiktionen
- Allgemeine Hinweise zur Wortwahl (Rn. 68–79)
  mit Hinweis auf Logik (!), Redlichkeit (keine Euphemismen wie „Kleinvoliere" für einen Hühnerkäfig!), Vermeidung von Modewörtern[85]
- Besondere Hinweise zur Wortwahl (Rn. 80–94)
  z.B. „können" und „sollen"
- Hinweise zur Satzlänge und zum Satzbau (Rn. 95–104)
  z.B. „Ein Satz sollte nur eine Aussage enthalten"[86], keine Klemmkonstruktion, Aktiv statt Passiv,
- Hinweise zum Textaufbau (Rn. 105–109)
  z.B. Überflüssiges weglassen,
- Sprachliche Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Rn. 110–123).

Dies deckt sich ganz bemerkenswert mit den Kriterien juristischer Gelungenheit, wie sie von der NJML entworfen wurden (§ 34 II bis IIc).

29 Das BMJ hat zudem eine kürzere „Handreichung für neue Legisten und Legistinnen" von 17 Seiten Umfang herausgegeben.[87] Sie will vor allem jungen Kollegen den Einstieg in das Handwerk (und das Handbuch) erleichtern. Im Wesentlichen entspricht sie den Redigierschemata von Verlagen. Immerhin listet sie aber auch „ausgewählte rechtstechnische Gestaltungsmittel" auf: Begriffsbestimmungen z.B. durch Legaldefinitionen, Regelbeispiele, gesetzliche Vermutungen, Verweisungen, unbestimmte Rechtsbegriffe.

Wie man **inhaltlich** gute Gesetze macht, bleibt hingegen eine offene Frage. Vielleicht ist dies ja wirklich eine „Kunst", bei der es nur *learning by doing* gibt?

IV. Maßarbeit – und die größten Missstände

30 Die NJML geht davon aus, dass man auch Künste lernen kann. Dass dabei die einen mehr, die anderen weniger Talent haben, spricht nicht dagegen. Wir haben zudem

83 Im erwähnten Gutachten von *McKinsey*, das sich der Nationale Normenkontrollrat zu eigen gemacht hat (Fn. 69), heißt es hingegen (S. 11): „Juristische Qualität ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für wirksame und praxistaugliche Regelungen. Neben Juristen sollten Ministerien vermehrt Absolventen anderer Fachrichtungen einstellen, um eine gute Mischung ihrer Gesetzgebungsteams zu erreichen. Nur so kann das vielseitige Methoden- und Vollzugswissen aufgebaut werden, das für eine moderne Gesetzgebung erforderlich ist." Das klingt nach einem Primat von Politik und Bürokratie.

84 Hier liest sich in der Tat manches wie die „Stilfibel" von *Ludwig Reiners* (1951, letzte Auflage 2015); mehr zu ihr § 34 Rn. 12.

85 Auch das klingt nach Ludwig Reiners.

86 Zu den Begriffen „Satz" und „Aussage" § 5 II Rn. 24 f.

87 Stand: Januar 2024 (https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Nav_Service/Einstieg_Gestaltung_Gesetze_barrierefrei.pdf?__blob=publicationFile&v=3 <15.09.2024>).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerade die Jurisprudenz als eine „Kunst" (im Sinn von *téchnē*) definiert, und wie bei jeder „Kunst" liegt auch hier die Kunst letztlich in der Maßarbeit, mit der die Schemata ausgefüllt werden.

Zur Fallbearbeitung als Maßkonfektion siehe § 23 Rn. 39.

Bei der Gesetzgebung bietet sich nun als Grobschema für den *Entwurf* von Gesetzen ganz zwanglos das an, was man auch bei der *Überprüfung* von Gesetzen als Schema verwendet – sagen wir: im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde oder eine Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Dementsprechend wollen wir im Folgenden schauen, wie man in formeller und in materieller (inhaltlicher) Hinsicht zu einem gelungenen oder misslungenen Gesetz kommt. (Zur Kategorie „Gelungenheit" siehe § 31 Rn. 86–101; §§ 33 und 34).

1. Formelles Gelingen und Misslingen (Verfahren und Form)

Zum formellen Gelingen haben wir schon dadurch viel gesagt, dass wir eine Abfolge von Arbeitsschritten entworfen haben. In diesen Schritten kann aber auch einiges misslingen – wir konzentrieren uns insoweit auf die real existierende Gesetzgebung in Deutschland. 31

a) Föderalismus: viele Köche (und die blackbox Vermittlungsausschuss)

Ein erster Misslingensfaktor kann – nicht muss, versteht sich – der Föderalismus sein, also die recht komplizierte Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei der Gesetzgebung des Bundes. Sie kann dazu führen, dass die vielen Köche den Brei auch einmal verderben. 32

Besonders deutlich wird dies, methodologisch gesehen, im Vermittlungsausschuss. Er wird eingesetzt, wenn der Bundesrat gegen ein Gesetz, das der Bundestag beschlossen hat, Bedenken hat (unabhängig davon, ob das Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedarf oder nicht, Art. 77 Abs. 2 und 2a GG). In diesem Vermittlungsausschuss beginnt dann, wenn man so will, der Kuhhandel ein drittes Mal[88] – aber dort ist dann kein Jurist mehr, der für die Endredaktion verantwortlich wäre. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Gesetze herauskommen,[89] die handwerklich misslungen sind.

Aber auch dann, wenn das Verfahren unter Beobachtung von Ministerialjuristen bleibt, kann es merkwürdige „Kompromisse" geben. 33

88 Die Website formuliert: „Hauptaufgabe des Vermittlungsausschusses ist es, die unterschiedlichen Vorstellungen von Bundestag und Bundesrat hinsichtlich eines Gesetzgebungsvorhabens zum Ausgleich zu bringen. Dabei gilt es, im Wege des politischen Vermittelns und des gegenseitigen Nachgebens Lösungen zu finden, die für beide Seiten akzeptabel sind. Der Vermittlungsausschuss stellt somit ein Instrument der politischen Kompromissfindung dar."

89 Der Bundestag kann den Vorschlag des Vermittlungsausschusses nur annehmen oder ablehnen, nicht mehr verändern.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mein Lieblingsbeispiel ist nach wie vor die sogenannte „Angstklausel“[90] des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB (Baugesetzbuch):

> „Mängel, die Gegenstand der Regelung in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 sind, können nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden; im Übrigen sind Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.“

Der zweite Halbsatz geriet nach Stellungnahme des Bundesrates[91] (Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG) in den (neuen) Gesetzentwurf der Bundesregierung, der sodann Gesetz wurde.[92] Es ist immer noch unklar, wie man den Satz dogmatisch zu verstehen hat (s.o. § 28 Rn. 14 mit Fn. 18, Rn. 15 f.).[93]

b) Artikelgesetze („Mantelgesetze“; „Omnibusverfahren“): Gefahr sachwidriger Koppelung

34 Ein großer Missstand sind Artikelgesetze, die Materien miteinander verbinden, die wenig oder gar nichts miteinander zu tun haben.

Artikelgesetze sind Gesetze, die mehrere Einzelgesetze zusammenfassen (das Handbuch nennt sie auch „Mantelgesetze“[94]). Diese Einzelgesetze werden als „Artikel“ aufgelistet, also etwa: „Artikel 1: Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG); Artikel 2: Änderung des Passgesetzes; (…) Artikel 4: Änderung des Personenstandsgesetzes; (…).“

Zwar ist, wie das Beispiel zeigt, gegen Artikelgesetze als solche im Prinzip nichts einzuwenden. Sie haben Sinn, wenn ein „Stammgesetz“[95] – hier das SBGG – Änderungen in weiteren Gesetzen notwendig macht. Anfällig für Unsinn wird das Ganze hingegen, wenn mehrere Stammgesetze verbunden werden, die nichts miteinander zu tun haben, oder ein Stammgesetz mit „weiteren Änderungen“ verbunden wird, die man für so wichtig halten sollte, dass man ihnen ein eigenes Gesetz (und zuvor: Gesetzgebungsverfahren) gönnt.

35 Lieblingsbeispiel: § 5a Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 des Deutschen Richtergesetzes (DRiG), er bezieht sich auf die Inhalte des juristischen Studiums und wurde 2021 eingefügt. Satz 2 lautet nun insgesamt (Hervorhebung J.L.):

> „Pflichtfächer sind die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Verfahrensrechts einschließlich der europarechtlichen Bezüge, der rechtswissenschaftlichen Methoden und der philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen; *die Vermittlung der Pflichtfächer erfolgt auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur*.“

---

90 *Wilfried Erbguth*, Rechtsschutzfragen und Fragen der §§ 214 und 215 BauGB im neuen Städtebaurecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2004, 802–810 (806 Fn. 52 mit weiteren Nachweisen).

91 Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 15/2250 vom 17.12.2003, S. 86 f. – Die Drucksachen des Deutschen Bundestags werden je Wahlperiode durchnummeriert. „15“ ist also der 15. Deutsche Bundestag (2002–2005).

92 BT-Drs. 15/2250 vom 17.12.2003, S. 96 f.; zum Vorentwurf S. 21 f., 64 f.

93 Siehe etwa *Michael Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz, Beck Online-Kommentar BauGB, § 214 Rn. 115–121.

94 Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 81), Rn. 717 ff.

95 So die Bezeichnung im Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 81), Rn. 320 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nun die Pointe: Verabschiedet wurde das Änderungsgesetz als Artikel 4 des „Gesetzes zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften" vom 25. Juni 2021.[96] Die Nazis und die SED unter „ferner liefen"? Das hat ein bisschen was von Realsatire.

Wie auch immer: Die Koppelung mehrerer Gesetze, die miteinander nichts zu tun haben, lädt, das ist der Haupteinwand, letztlich erneut zum Kuhhandel ein. Derartige „Omnibusverfahren"[97] sollte man daher grundsätzlich vermeiden. Im römischen Recht waren Koppelungsgesetze sogar verboten.[98] 36

Ausdrücklich verboten ist eine Koppelung nur im Verwaltungsrecht: In sog. öffentlich-rechtlichen Verträgen muss die „Gegenleistung [des Bürgers] … im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen" (§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz). Tut sie es nicht, ist der Vertrag nichtig (§ 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG).

c) Abarbeiten von Koalitionsverträgen

Stichwort Kuhhandel: Das allergrößte Übel der gegenwärtigen Gesetzgebungspraxis liegt wohl im politischen Bereich – in den Koalitionsverträgen, die von der künftigen Regierung in quälend langwierigen Verhandlungen[99] ausgehandelt werden. In diesen Verträgen schreiben die Koalitionäre fest, was in der Legislaturperiode durchgesetzt werden soll, seien dies nun Gesetze oder sonstige Ziele – man denke etwa an die finanzielle Förderung von sogenannten Wallboxen für Hauseigentümer, die ein Elektroauto schon haben oder verbindlich bestellen.[100] Die Praxis der Gesetzgebung besteht dann 37

96 BGBl. I, 2154–2203 (2172); insgesamt umfasst das Gesetz 25 Artikel.

97 So die gleichsam offizielle Bezeichnung, siehe das Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags vom 17.06.2020 (https://www.bundestag.de/resource/blob/709100/f157335a8ae718298e9fc4019b85c35c/WD-3-149-20-pdf-data.pdf <08.08.2024>.

98 So die *lex Caecilia Didia de modo legum promulgandorum* aus dem Jahr 98 v.Chr. (keine *rogatio per saturam*, d.h. kein Gesetzvorschlag, der diverse Themen enthielt). Für den Hinweis danke ich herzlich der verehrten Kollegin *Tiziana Chiusi*. – Siehe auch in der englischen wikipedia: https://en.wikipedia.org/wiki/Lex_Caecilia_Didia <04.102024>.

Erwähnt wird das Gesetz von *Marcus Tullius Cicero* in seiner „Oratio de domo sua", Abschnitte 41 und 53 („in coniunctis rebus compluribus"); zu dieser Rede – es ging, grob gesagt, um Ciceros Anspruch auf Rückgabe seines Hauses, nachdem dieses von seinem politischen Gegner Clodius Pulcher enteignet worden war – und dabei knapp auch zur Rechtswidrigkeit von „Sammelgesetzen" *Carl Joachim Classen*, Recht – Rhetorik – Politik. Untersuchungen zu Ciceros rhetorischer Strategie, Darmstadt 1985, S. 218–267 (242 f.).

99 Man erinnere sich: Nach der Bundestagswahl 2017 dauerte es mehr als fünf Monate, genauer 151 Tage, bis ein Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD ausgehandelt war (zuvor waren Koalitionsverhandlungen zwischen CDU, FDP und den Grünen – „Jamaica" – gescheitert). Der Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 umfasste 175 Seiten, er geht sehr ins Detail: https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag.pdf.

100 Umfang: Eine halbe Milliarde Euro, verteilt auf zwei Jahre, siehe die Pressemitteilung vom 04.09.2023, https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2023/086-wissing-selbst-erzeugter-stromfuer-elektrofahrzeuge.html. – Die erste Tranche von 300.000 Euro war offenbar in Nullkommanix weg: „Allein in den ersten drei Stunden des Antragsstarts gab es einen Run von über 100.000 Besuchern." Die zweite Tranche wurde schon im Februar 2024 im Zuge einer Haushaltskonsolidierung gestrichen. – Im Koalitionsvertrag 2021 war dies, etwas verschämt, nur angedeutet (S. 40): „Wir setzen

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oft nur noch darin, „den Koalitionsvertrag abzuarbeiten" – statt sich sachlich und „ergebnisoffen" auf die einzelnen Materien (und Konflikte!) zu konzentrieren.

> Man hatte sich doch schon geeinigt: Gibst du mir meine Wallbox, geb' ich dir dein Personenstandsgesetz. (Natürlich ist dies frei erfunden.[101])

Wie auch immer: Wenn der Koalitionsvertrag eine der Gesetzgebung vorgeschaltete „Basarstation" ist, lässt dies kaum auf eine Methode schließen, die zu sachlich gelungenen Gesetzen führt.

38 > Und natürlich widerspricht diese Praxis auch dem Modell einer deliberativen Demokratie, in der die Beteiligten mit dem zwanglosen Zwang des besseren Arguments um den besten Kompromiss ringen.[102]

2. Materiell-inhaltliches Gelingen oder Misslingen

39 Wie kommt man nun aber zu *sachlich* guten Gesetzen? Die NJML sagt: mit Logik, Logik, Logik – und Ästhetik. Beides gemeinsam stimmt die drei Elemente aufeinander ab, die bei jeder rechtlichen Entscheidung zusammenkommen müssen: Regel, Fall und Ergebnis. Oder bei Gesetzen genauer:

Regel – Fälle – Ergebnisse.

Mal mehr, mal weniger gelungen.

a) Die Kernmethode: „umgekehrte Subsumtion"

40 Der erste Schritt der gesetzgeberischen Logik wird gern – und mit Recht – als „umgekehrte Subsumtion" bezeichnet. In der Sache besteht er darin, sich die (Konflikt-) Fälle vorzustellen, die auftauchen könnten, sich dann zu überlegen, welche Rechtsfolgen an sie geknüpft werden sollten (Ergebnisse), und schließlich den Tatbestand begrifflich so zu formulieren, dass er jeden Fall wie gewünscht erfasst – oder gerade nicht erfasst. Ein Beispiel von Peter Noll[103] (auf ihn geht wohl auch die Bezeichnung „umgekehrte Subsumtion" zurück):

> Gegeben sind vier Fälle
> 1. A lässt den wertvollen Papagei des B entfliegen.
> 2. A tauscht eigenmächtig den 100-Mark-Schein des B gegen fünf eigene 20-Mark-Scheine um.
> 3. A nimmt eigenmächtig ein Buch aus B's Bibliothek, liest es und bringt es wieder zurück.
> 4. A nimmt B dessen Computer weg, um sich die Kosten für einen Mietcomputer zu sparen, und bringt ihn nach Gebrauch zurück. In der Zwischenzeit musste B einen anderen Computer mieten.

---

auf die Mobilisierung privater Investitionen." (https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf).

101 … denn hinter beidem stand vermutlich die FDP.

102 Klassiker: *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992, 4. Aufl. 1994, Kapitel VII.

103 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 290 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aufgaben: Man formuliere einen Tatbestand, von dem
a) die Fälle 1 und 4, nicht aber 2 und 3 umfasst[104] sind;
b) nur Fall 2 umfasst ist,
c) nur Fall 4 umfasst ist.

Lösungen:
a) Wer einen anderen dadurch am Vermögen schädigt, dass er ihm eine Sache dauernd oder vorübergehend entzieht, ist … zu bestrafen.
b) Wer eine fremde Sache einem anderen wegnimmt und sich aneignet, …
c) Wer, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, eine fremde Sache einem anderen vorübergehen entzieht und diesen dadurch am Vermögen schädigt, …

Es liegt auf der Hand: Auf diese Weise wird zunächst einmal **Klarheit** geschaffen. Wir haben eine Regel, unter die wir die Fälle subsumieren können – oder gerade auch nicht. Ob das Ergebnis – hier die Strafbarkeit – dann auch wünschenswert ist, ist eine zweite Frage. Wir werden sogleich sehen, ob dabei unhintergehbare „Wertungen" eine Rolle spielen. Hier können wir schon festhalten: 41

Bereits das Zusammenstellen von konkreten Vergleichsfällen erweitert offenbar das „Wertungsspektrum" (*framing*). Man könnte z.B. plädieren: „Fall 1 ist jedenfalls schlimmer als Fall 2. Und man sollte vermeiden, dass Fall 3 von der Regel erfasst wird." Natürlich sind dies „Wertungen", und man wird vielleicht über sie streiten können. Aber man kann sie mit Hilfe der Logik differenziert abarbeiten und begrifflich klar machen: „Was **folgt** aus dem Gesetz?"

Geradezu das Gegenteil findet sich im neuen Sexualstrafrecht. Im Grunde müsste man auch in diesem Bereich wie folgt vorgehen: Welche Fälle sind denkbar? Welche davon wollen wir strafrechtlich erfassen, ggf. in welcher Abstufung? Also etwa (man sehe mir nach, dass es konkret wird): Zungenkuss, Oralverkehr, Anwendung von Gewalt und Drohung, Anwendung von List, Analverkehr, Vaginalverkehr, Penetration mit Werkzeug, ohne Werkzeug etc. Es wird nicht leicht sein, hierzu die passenden Gesetze klar zu formulieren. Höchst **unklar** ist aber das, was nun im Strafgesetzbuch steht: 42

> **§ 177** (1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
> (2 bis 5) …
> (6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn
> 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses **besonders erniedrigen**, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder (…)

Man sieht: Zwar bemüht sich der Gesetzgeber fünf Absätze lag um eine differenzierte Regelung. In Absatz 6, also ausgerechnet beim besonders schweren Fall, folgt dann

104 Ich formuliere bewusst „umfasst" statt „erfasst", um damit auf den Begriffsumfang anzuspielen (§ 9 Rn. 22, § 15a Rn. 5 und 7–11).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber eine Generalklausel[105], wie sie „wertungsoffener" kaum sein kann: „erniedrigen", gar „besonders erniedrigen" (was ist „ein bisschen erniedrigen"?). Auf wessen Sicht soll es da ankommen? Die des Täters, die des Opfers? des Richters? des gesunden Volksempfindens?

Wir kommen darauf zurück.

b) Einzelheiten

43 Was die Einzelheiten guter Gesetzgebung angeht, kann man zunächst den nur mäßig hilfreichen Rat geben: Der Gesetzgeber sollte sich so gut wie möglich in der zu regelnden Materie auskennen, er sollte so viel wie möglich davon *verstehen*. Dazu gehört neben der Kenntnis von Fakten und Normen Empathie für alle Betroffenen (siehe oben).

Nicht nur im Fall, auch bei der Gesetzgebung kommen eben sehr viele Sinnzusammenhänge zusammen (§§ 24–24b; zum Begriff § 5 Rn. 40–59).

aa) Nichts Überflüssiges, nichts Unklares

44 Was sodann die Methode und Technik der Gesetzgebung angeht[106] (beides dürfte sich nicht streng voneinander trennen lassen), kann man an die Kriterien der Gelungenheit anknüpfen, die wir in § 34 skizziert haben. Unter ihnen ist eines der Wichtigsten das Verbot des Überflüssigen. Es gilt – darauf hatten wir uns in § 34 Rn. 47–49 konzentriert – für gerichtliche Entscheidungen (Stichwort: *obiter dictum*, Beispiel Vermögensteuer[107]). Es gilt aber ebenso[108] und vielleicht noch mehr für die Gesetzgebung: Überflüssiges führt zu Unübersichtlichkeit und dazu, dass man als Gesetzesanwender den Gesetzgeber nicht mehr ernst nimmt.

Beispiel: Jüngst wurde § 1 Abs. 3 BauGB um den letzten Halbsatz (ich setze ihn kursiv) ergänzt:

> „Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist; *die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen*."

Das ist doch selbstverständlich! Wollt ihr uns veräppeln?

Die „symbolische Gesetzgebung" ist dann noch ein Kapitel für sich.[109]

---

105 Allgemein zu Generalklauseln § 15a Rn. 54–68.

106 So wie erwähnt die Aufteilung bei Peter Noll.

107 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer I (1995).

108 … und ebenso bei der Vertragsgestaltung, siehe etwa *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42 (36): „Verzicht auf Redundanzen (als unnütze und womöglich sogar widersprüchliche Regelung derselben Materie)".

109 Siehe etwa *Jens Newig,* Symbolische Gesetzgebung. Rechtssoziologische Untersuchungen am Beispiel des Ozongesetzes, des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes sowie der Großfeuerungsanlagenverordnung, Berlin 2003; *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 9 Rn. 20–24.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Die richtige Abstraktionshöhe

Ein besonderes Problem ist schließlich oft: Auf welcher Abstraktionshöhe sollten Gesetze formuliert sein? Insofern hatten wir als ein klassisches Beispiel aus dem Römischen Recht die Cautio Muciana erwähnt – Wiederverheiratungsklausel in einem Testament – und die sehr viel abstraktere Formulierung in § 2075 BGB (siehe § 6 Rn. 38). 45

Ein weiteres Beispiel wäre die sehr abstrakte Formulierung in § 50 VwVfG. Sie betrifft den Vertrauensschutz des Adressaten eines begünstigenden Verwaltungsakts, wenn dieser Verwaltungsakt von einem Dritten angefochten wurde und nun von der Behörde zurückgenommen oder widerrufen werden kann.[110] Hier wäre ein etwas ausführlicheres Gesetz besser handhabbar.[111]

Außerdem ist die Überschrift des jetzigen § 50 VwVfG missverständlich: „Rücknahme und Widerruf im Rechtsbehelfsverfahren." Sie müsste lauten: „Rücknahme und Widerruf bei Drittanfechtung".

Generell wird man sagen können: So abstrakt wie möglich (um Überflüssiges zu vermeiden), so konkret wie nötig (um verständlich zu bleiben). Keinesfalls sollte man aber eine hohe Abstraktionsebene mit großer Wertungsoffenheit wählen, nur weil man im Konkreten nicht so genau hinschauen will.

c) Die Frage der „Wertung" ...

Damit zurück zum Thema „Wertung"! Bereits Peter Noll hat darauf hingewiesen: „In Wirklichkeit bieten sich reine Wertprobleme der Praxis verhältnismäßig selten"[112] – wenn man die richtige Methode anwendet. Denn: „Je genauer ein Problem und die Vorschläge zu seiner Lösung mit allen ihren Auswirkungen bekannt sind, desto leichter fällt die wertende Auswahl zwischen den vorgeschlagenen Alternativen." Wenn man weiß, dass die Todesstrafe bei derjenigen Kriminalität, für die sie in Frage kommt, keine abschreckende Wirkung hat, wenn man andererseits um die Todesangst von Verurteilten weiß, dann fällt die Entscheidung für die Abschaffung der Todesstrafe leicht. Je näher zudem die Alternativen sind, zwischen denen zu entscheiden ist, desto weniger stehen große „Werte" zur Disposition. Schließlich: „Das diskursive Verfahren der Gesetzgebung ist in sich geeignet, Wertungen offenzulegen und abwegige Lösungen zu eliminieren." In Diktaturen darf eben deshalb nicht offen diskutiert werden. 46

Und natürlich sind auch Koalitionsverträge Diskursbremsen (s.o. Rn. 37).

Die NJML hat herausgearbeitet, dass „Wertungen" in Normwissenschaften (Ethik, Jurisprudenz) natürlich unvermeidlich sind: Man muss Stellung beziehen, für wie verwerflich man einen erzwungenen Zungenkuss hält. Aber diese Wertungen sind 47

110 Wortlaut: „§ 48 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 bis 4 sowie § 49 Abs. 2 bis 4 und 6 gelten nicht, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird."

111 *Joachim Lege*, Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten nach Drittanfechtung. Auslegung, Änderung oder Streichung des § 50 VwVfG?, in: Siegfried Reich (Hrsg.), Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts, München 2002, S. 359–384 (382 f.).

112 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 125 f., auch zum Folgenden.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zunächst einmal nicht mehr als erste Prädikate, die wir einer Handlung im rechtlichen Erkenntnisprozess zuschreiben (§ 5 Rn. 34–36). Sie relativieren sich schon dann, wenn wir sie mit anderen „Wertungen" vergleichen, seien es die eigenen Bewertungen anderer Fälle, seien es die Wertungen anderer Menschen. Dies führt dann im Gesetzgebungsprozess zwangsläufig zu Fragen der Interpretation (wie ist das Wort „erniedrigend" verstehen?) und zur Systembildung (z.B. „normale" Fälle – schwere Fälle – minder schwere Fälle). Kurz:

> Bei der Gesetzgebung eliminiert man kontextunabhängige „hohe Werte" durch das, was juristische Dogmatik auch sonst auszeichnet, nur jetzt eben *noch* hypothetischer: durch den Vergleich von *möglichen* Fällen, durch die Formulierung klarer Regeln zu deren Lösung und durch das Aufeinanderabstimmen dieser Regeln in einem widerspruchsfreien System. Kurz: Logik, Logik, Logik – *and nothing more pretentious.*
>
> > Ich möchte warnend hinzufügen: Je mehr die real existierende Gesetzgebung auf derartige Dogmatik verzichtet, desto mehr wird sie auf das rationale „System 2" des Rechts verzichten und sich vom „System 1" spontaner Stimmung beherrschen lassen.[113]

d) … ist eine Frage der besseren Entscheidung

48 Aber um es mit Peter Noll etwas tiefer zu hängen: Man kann „nur über Ergebnisse, nicht über Prinzipien diskutieren".[114]

> Über „Nein heißt nein" (§ 177 Abs. 1 StGB) kann und muss man unter vernünftigen Menschen nicht diskutieren. Streiten kann man darüber, ob ein erzwungener Zungenkuss mit zwei Jahren Gefängnis zu bestrafen ist.

Und: Man kann „nur über Alternativen, nicht über eine einzige Entscheidung allein diskutieren."[115] Das Recht ist nicht dazu da, auf einen Schlag die eine große Gerechtigkeit für alle und auf immer zu verwirklichen. Es soll lediglich von Fall zu Fall die besser[116] begründbare Entscheidung erstreben. *Nothing more prententious.*

> Zur Parallele in der allgemeinen Erkenntnistheorie s.o. § 31 Rn. 60–61: das „Konzept der besten Begründung".

Und wenn man darüber als Gesetzgeber keinen Konsens aller erzielt, muss man eben abstimmen, und es entscheidet die Mehrheit: *stat pro ratione voluntas* – an die Stelle der Vernunft (oder eines letzten Grundes) tritt notwendig und *faute de mieux* deren Wille.[117]

---

113 Zu System 1 und System 2 siehe § 35 II. System 2 ist bekanntlich faul und bestechlich, lässt daher gern System 1 machen.

114 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 126.

115 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 126.

116 Siehe auch *Jürgen Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin 1969.

117 *Reinhold Zippelius*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, in: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1996, S. 66, 129–144 (135), 291. – Lateinisch *ratio* kann auch „Grund" bedeuten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Sonderkonstellationen

Wir haben uns bis hierher mit der sozusagen Routine-Gesetzgebung beschäftigt – wir wollen uns nun mit drei Sonderkonstellationen beschäftigen. 49

1. Einzelfallgesetze

Aufgabe der Routine-Gesetzgebung ist das Aufstellen von Regeln (Wenn-dann-Rechtssätze). Allerdings können im förmlichen Gesetzgebungsverfahren auch Beschlüsse gefasst werden, die sich auf einen einzigen Sachverhalt beziehen – man nennt dies Einzelfallgesetze.[118] Klassisches Beispiel für ein solch „nur-formelles Gesetz" ist das Haushaltsgesetz, mit dem der Bund den Haushalt für das kommende Jahr feststellt (Art. 110 Abs. 2 GG). Es gibt aber auch Einzelfallgesetze, die „nach außen" wirken, sie sind im Grunde ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Deshalb sind sie gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verboten, soweit sie ein Grundrecht „einschränken". 50

Methodisch gesehen, ist es allerdings gar nicht leicht, Einzelfallgesetze von anderen Gesetzen abzugrenzen. Wie etwa, wenn das Gesetz zwar allgemein formuliert ist, es aber auf der großen weiten Welt nur einen einzigen Fall gibt, der dazu passt?[119] Klar dürften jedenfalls zwei Fälle sein:

a) Maßnahmengesetze

Ein klarer Fall von Einzelfallgesetz sind die sogenannten Maßnahmengesetze: Der Gesetzgeber beschließt [= genehmigt] *anstelle* der eigentlich zuständigen Verwaltungsbehörde den rechtsverbindlichen Plan für eine bestimmte Eisenbahnstrecke. Sinn der Aktion: Gegen Gesetze gibt es keinen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten, der das Projekt verzögern könnte, die Sache kommt vielmehr gleich zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Das BVerfG hat dies in einer berühmten Entscheidung einmal durchgehen lassen – es ging darum, in der Anfangszeit des wiedervereinigten Deutschland die Ost-West-Verbindung Berlin-Bonn so schnell wie möglich auszubauen („Südumfahrung Stendal").[120] 51

Eine Art Realsatire war kürzlich das sogenannte Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz (MgvG[121]). Es sollte das Modell Stendal auf zwölf ausgewählte Infrastrukturprojekte (sieben Eisenbahnstrecken, fünf Wasserstraßen) übertragen – frei nach 52

118 Eingehend *Joachim Lege*, Verbot des Einzelfallgesetzes, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg etc. 2009, § 66, S. 439–492.

119 BVerfGE 10, 234 – Lex Platow (1959): Amnestie für Ministerialbeamte, die Interna verraten hatten; BVerfGE 25, 371 – Lex Rheinstahl (1969): Montanmitbestimmung in der Rheinische Stahlwerke AG.

120 BVerfGE 95, 1 (15 ff.) – Südumfahrung Stendal (1996).

121 Nebenbei: Schon diese Abkürzung war nicht kunstgerecht. Gemäß dem Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 81), Rn. 361–380, sollen die Abkürzungen von Gesetzen unverwechselbar sein. Bei einer google-Anfrage mit „MgvG" hat das Bundesamt für Justiz aber schon zu dessen Lebzeiten zuerst ein „Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)" vermeldet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wahl des Bundesverkehrsministers. (In der Basarstation kam als dreizehntes Projekt noch hinzu: „6a. Ausbau der Eisenbahnstrecke von Niebüll über Klanxbüll nach Westerland.")[122] Mittlerweile wurde das Gesetz, vor allem wegen europarechtlicher Bedenken, aufgehoben.[123]

Ganz subversiv könnte man übrigens daran denken, derartige Einzelfallgesetze doch vor die Verwaltungsgerichte – und dies sogar in erster Instanz! – zu bekommen.[124] Gemäß § 40 Abs. 1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung) ist der **Verwaltungsrechtsweg** „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten *nichtverfassungsrechtlicher* Art gegeben". „Verfassungsrechtlicher" Art sind Streitigkeiten bei sog. doppelter Verfassungsunmittelbarkeit, das heißt, „wenn beide Parteien unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt sind und sich die Streitigkeit zugleich auf Rechte oder Pflichten bezieht, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben."[125] Die Rechte und Pflichten bei der Planung von Eisenbahnen ergeben sich nun gerade nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz.

53 Nebenbei: Auf diese subversive Idee zu kommen, ist letztlich eine **Abduktion** – und folglich ein logisches Verfahren (§ 6 III). Man bringt weit auseinanderliegende Begriffe („nichtverfassungsrechtlich", „Einzelfallgesetz") und die daraus resultierenden Schlussfolgerungen zusammen – zur eigenen Überraschung. Wenn dies dann mit der eigenen „Wertung" übereinstimmt (Gesetzgeber, bleib bei deinen Leisten!), kann dies glücklich machen.

b) Subsumtionsgesetze

54 Ein zweiter klarer, aber auch sehr skurriler Fall sind Subsumtionsgesetze – bisher hat es davon wohl nur ein einziges gegeben. Gemeint ist das „Gesetz zum Erhalt und zur Stärkung des Luftfahrtindustriestandortes Hamburg" – inoffiziell genannt: Airbus-Gesetz. Dieses Gesetz sollte zwei Planfeststellungsbeschlüsse absichern, die der Firma Airbus erlaubten, an der Süderelbe ihr Werksgelände zu erweitern und dabei u.U. zwangsweise fremde Grundstücke zu erwerben. Weil es bei „privatnützigen Enteignungen" nun aber fraglich ist, ob und wann sie „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen"[126] (so schreibt es Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG für alle Enteignungen vor), hieß es im Airbus-Gesetz (Hervorhebung J.L.):

> **§ 1** (1) Maßnahmen zum Erhalt und zur Erweiterung der Flugzeugproduktion am Standort Finkenwerder sichern und fördern den Luftfahrtindustriestandort Hamburg. *Sie dienen dem Wohl der Allgemeinheit.*[127]

---

122 Gesetz vom 22.03.2020, BGBl. I, S. 640; Inkrafttreten übrigens am 1. April.

123 Gesetz vom 29.12.2023, BGBl. I Nr. 409, S. 37 (als Artikel 13 des „Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes)." Abschließend *Joachim Lege*, Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz. Epitaph auf eine Realsatire, in: Juristenzeitung (JZ) 2025, 149–150.

124 Die Idee stammt von meiner hochgeschätzten Kollegin *Sabine Schlacke*; umfassend *Helen Wentzien*, Infrastrukturvorhabenzulassung durch Gesetz, Baden-Baden 2024.

125 *Ekkehard Reimer*, in: Posser/Wolff/Decker, Beck Online-Kommentar VwGO, Stand 01.01.2013, § 40 VwGO Rn. 91–98 (97) mit weiteren Nachweisen und eigenem Ansatz.

126 Klassische Entscheidung dazu: BVerfGE 74, 264 – Boxberg (1986).

127 Gesetz vom 18.06.2002, Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt (HmbGVBl.) S. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es liegt auf der Hand, dass mit dieser „Regelung" keine Regel *gesetzt* wird, vielmehr wird unter eine schon vorhandene Regel – hier Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG – subsumiert, und dies auch noch in eigener Sache. Das ist ein klarer Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip in Gestalt des Grundsatzes der Gewaltenteilung.[128]

2. Verfassunggebung

Eine ganz besondere Konstellation von Gesetzgebung ist die Ausarbeitung einer Verfassung für einen Staat. Insofern muss man sich zunächst vergegenwärtigen: Verfassungen, wie wir sie heute verstehen, sind eine neuzeitliche Erfindung. Sie dienen dazu, den Staat selbst an das Recht zu binden (*rule of law*), Prototyp ist die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787. 55

Sie ist aus drei Gründen bemerkenswert. Erstens ist sie klar gegliedert in Regelungen über die drei „Gewalten", besser Kräfte (*powers*): Legislative (Kongress, bestehend aus Senat und Repräsentantenhaus), Exekutive (Präsident), Judikative (Supreme Court). Zweitens ist der Haupttext seit der Verabschiedung unverändert geblieben, er wurde lediglich durch Zusätze erweitert (*amendments*). Drittens schließlich gibt es mit den sog. Federalist Papers ein einzigartiges Dokument zur Entstehung dieser Verfassung: Es ist dies eine Serie von 85 Artikeln, die in verschiedenen (Publikums-) Zeitschriften erschienen, um das Volk des Staates New York davon zu überzeugen, der neuen Verfassung und damit der Gründung des Staates „Vereinigte Staaten von Amerika" zuzustimmen. Es ist unglaublich, wie intensiv und fundiert damals argumentiert wurde.[129]

Mittlerweile gibt es aus den USA ein *sung-and-rapped-through* Musical („Hamilton", 2015), es erzählt die Lebensgeschichte des Hauptautors dieser Artikel: Alexander Hamilton (1755/1757–1804). Man weiß in den USA offenbar immer noch, und dies gerade in der nicht-weißen Bevölkerung[130]: *Constitution matters*.

Was heutige Verfassunggebung angeht, so knüpf(t)en sich daran häufig große Hoffnungen, insbesondere in Krisengebieten wie Syrien, Äthiopien oder Südafrika. Insoweit gibt es aus erster Hand[131] einige bemerkenswerte methodische Empfehlungen – gerade auch unter dem Aspekt von Ästhetik und Gelingen: 56

128 *Lege*, Einzelfallgesetz (Fn. 118), Rn. 94–98.

129 *Alexander Hamilton/James Madison/John Jay*, Die Federalist Papers (orig. 1787/88), vollständige Ausgabe, übersetzt, eingeleitet und mit Anmerkungen versehen von Barbara Zehnpfennig, München 2007 (563 Seiten).

130 Der Autor der Musicals, *Lin-Manuel Miranda* (geb. 1980), hat puerto-ricanische Eltern. – Mir ist klar, dass „nicht-weiß" eine fragwürdige Bezeichnung ist. Nichtsdestoweniger spricht man in den USA immer noch von *people of colour* und zählt dazu neben den Schwarzen die Bürger mit lateinamerikanischen Wurzeln.

131 *Eva Maria Belser*, Die Befriedung von Krisengebieten durch das Recht. Einige Gedanken zu den Bedingungen gelingender Verfassunggebung in Zeiten des Aufruhrs, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 43–63.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In einem ersten Schritt muss den Beteiligten klar gemacht werden, dass Recht nicht bloß ein Mittel für bestimmte Ziele ist. Sondern: *Law matters, Constitution matters*.[132] Recht ist eine besondere Art (Methode!) der Konfliktregelung, und diese besondere Art müssen die Beteiligten ernst nehmen.

57 In einem zweiten Schritt sind dann drei Faktoren entscheidend, damit Verfassunggebung gelingt: Zeit, Druck und Begegnung.[133]

> Zeit: „Es braucht zweifellos Zeit, rote Linien zu definieren und durchzusetzen, Einigungen zu erzielen und jene Kompromisse zu finden, die für eine friedliche Zukunft nötig sind."
>
> Druck: „Es braucht also Druck, der einen inklusiven Prozess garantiert und sicherstellt, dass der Sieger nicht alles gewinnt, sondern den Staat und seine Macht teilt und Mitwirkungsrechte gewährleistet." Denn: „Von Minderheiten werden oft nicht nur Autokraten und Despoten als Gefahren wahrgenommen, sondern auch Demokratien."
>
> Begegnung: „Wenn Konflikte eskalieren, ist es schwierig, zerstörtes Vertrauen in das Gegenüber und die Rechtsordnung wiederaufzubauen. Das aber ist erforderlich. Die Menschen müssen sich begegnen, einander als gleiche oder verwandte Wesen wahrnehmen und die Gegenseite so gut kennenlernen, dass sie sich in sie einfühlen können. Sie müssen, wie das ein unbekannter Apachenkrieger so schön auf den Punkt gebracht hat, mindestens eine Meile in den Mokassins des anderen laufen." Verfassunggebung findet daher oft an abgelegenen Orten statt, wo man sich nicht aus dem Weg gehen kann – oder gar, wie ein Ministerialbeamter, abends nach Hause fahren.
>
> > Auch bei der Verfassunggebung kommen eben die verschiedensten Sinnzusammenhänge zusammen (vgl. § 5 Rn. 40–59, §§ 24–24b und vorhin Rn. 43).

58 Ein sozusagen abschließender dritter Schritt betrachtet dann das Werk „ästhetisch" in seiner Gesamtheit: Ist es gelungen? Insoweit gilt:

> „Schön im eng verstandenen Sinn der Ästhetik braucht eine Verfassung nicht zu sein. Ein Verfassungsrechtsvergleicher hat einmal geschrieben (…), er würde immer, wenn es ihm schlecht geht und er sich deprimiert fühle, die alte Verfassung der Sowjetunion lesen. Sie sei so schön wie ein Gedicht und berühre ihn so, dass ihm jeweils die Tränen kämen. Verfassungen sind aber keine Gedichte, sie sprechen die Sprache der Macht. Zu dichten oder Plattitüden festzuhalten, schafft keinen Frieden, auch wenn der Text noch so schön und kohärent verfasst ist. Vielmehr muss am Schluss der harterrungene Konsens in der Verfassung stehen, ob er nun gefällt oder nicht."[134]

Zudem gilt: Die Verfassung muss zu den Umständen passen, zu Land und Leuten und ihren Welten. Was nützt es, im Irak demokratische Wahlen und Menschenrechte

---

132 *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 45–48, mit Verweis auf *Alon Harel*, Why Law Matters, Oxford 2014; deutsch: Wozu Recht? Rechte, Staat und Verfassung im Kontext moderner Gesellschaften, Freiburg i.Br. etc. 2018.

133 Zum Folgenden *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 54 ff., 58 f., 60 f.

134 *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 61 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einzuführen, wenn die Interessen der Kurden, der Schiiten und der Sunniten nicht wirklich aufeinander abgestimmt wurden?[135] Man kann sogar sagen:

„Allzu schöne, geradlinige und makellose Texte sind oft verdächtig."

Ein bisschen krumm und schief darf, ja sollte eine Verfassung sein: „verknorkst und verworren, aber robust, erreichbar und nützlich."[136]

3. Outsourcing

Eine dritte Sonderkonstellation der Gesetzgebung betrifft die Arbeitsschritte. Sie kommt in ihrer „starken" Form in Deutschland selten vor, weil Gesetzgebung hier vor allem eine Sache von Politikern und Ministerialbeamten ist (unter denen die Juristen aber, wie es scheint, an Zahl und Bedeutung verlieren). „Outsourcing" von Arbeiten an der Gesetzgebung bedeutet demgemäß: Akteure außerhalb der Ministerien damit zu beauftragen. 59

a) Arten von Outsourcing

Das Outsourcing kann unterschiedlichen Umfang haben. Idealtypisch lassen sich drei Stufen unterscheiden: 60

Stufe 1 ist die punktuelle Heranziehung fremden Sachverstands bei der normalen Gesetzentwurfsarbeit eines Ministeriums.

Stufe 2: Die Zusammenarbeit geht so weit, dass man von der Mitautorschaft Externer am Entwurf sprechen kann. Diese Stufe war anscheinend erreicht bei der Krisengesetzgebung zur Abwendung der Finanzkrise im Jahr 2008.[137]

Stufe 3: Ein Gesetz – oder auch ein Teil eines Gesetzes – wird vollständig außerhalb des Ministeriums konzipiert und formuliert. Dabei könnte man weiter unterscheiden, ob dies im Auftrag des Ministeriums selbst geschieht, im Auftrag anderer Institutionen oder, sozusagen spontan, durch die Betroffenen selbst.

135 Die Verfassung des Irak ist geradezu das Paradebeispiel für misslungene Verfassunggebung, so *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 52–54. Sie wurde von den USA mehr oder weniger oktroyiert, und dies aus amerikanisch-innenpolitischen Gründen.

136 *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 62 f., mit Hinweis auf den südafrikanischen Krüppelbaum (*Kreupelwood*) und *Immanuel Kants* Ausspruch: „aus so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden" (Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht [1784], Sechster Satz, zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band XI, Frankfurt a.M. 1977). – Auf Plattdeutsch darf ich hinzufügen: „'n beetn scheef het Gott leef."

137 Klassisch dazu der Erlebnisbericht des beteiligten Rechtsanwalts *Benedikt Wolfers*, Finanzmarktstabilisierung Oktober 2008: „Gefahrenabwehr" in 48 Stunden, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, Baden-Baden 2011, S. 161–178.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Bedenken gegen und Gründe für Outsourcing („Ministerialdemokratie")

61 Gegen das Outsourcen von Gesetzen hat die h.M. (herrschende Meinung) auf Stufe 1 keine Bedenken, sehr wohl aber auf den Stufen 2 und 3.[138] Schreckbild sind große Rechtsanwaltskanzleien, insbesondere Wirtschaftskanzleien, die in schwer durchschaubaren Materien Gesetze formulieren, auf deren Grundlage ihre Klientel möglichst ungeschoren bleibt. Dagegen bringt man vor allem in Anschlag: in rechtlicher Hinsicht das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG) und das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG), in tatsächlicher Hinsicht die Gefahr des Machtmissbrauchs durch Wissensvorsprung – und den Hinweis auf eine durch Interessen „verzerrte" Sicht der Materie (zu den *biases* der Wahrnehmung § 35 II-V).

62 Der Hinweis auf *biases* kann allerdings gerade ein Argument *für* Outsourcing sein. Auch die Ministerialbürokratie, auch „die Politik" haben ihre „Verzerrungen" (Machterhalt, Karrieredenken), da kann es nicht schaden, eine unbefangenere Sicht einzubinden. Das Demokratieprinzip ist entgegen dem ersten Anschein wenig ergiebig: Zwar gibt es die berühmte Theorie der „Legitimationskette"[139]: Das Volk – gemeint: das Staatsvolk – übt seine Gewalt aus durch die Wahlen zum Bundestag, der Bundestag setzt die Regierung ein, genauer: wählt den Kanzler oder die Kanzlerin, diese kürt die Ministerinnen und Minister, und deren schon recht gefiltert-demokratische Legitimation sickert gleichsam nach unten in den Beamtenapparat der Ministerien. Im Ergebnis ist das ein sehr exekutiv-lastiges Demokratieverständnis – wie überhaupt die sehr enge Verbindung des Legislativorgans Bundestag mit dem Exekutivorgan Bundesregierung – und damit auch mit den Bundesministerien – vielleicht weniger demokratisch ist, als man sich das zu denken angewöhnt hat.

> In dem klassischen Sammelband zum Gesetzgebungsoutsourcing findet sich im Beitrag des damaligen Leiters der Abteilung „Parlament und Abgeordnete" in der Verwaltung des Deutschen Bundestages der klassische Druckfehler: „**Ministerialdemokratie**".[140]

63 Betrachtet man hingegen die Demokratie „von unten", aus Sicht der Leute (*the people*) vor Ort[141], spricht gar nichts dagegen, die dort vorhandene Sachkunde zu nutzen, um Regeln zu entwerfen, die eben dort befolgt werden sollen: Demokratie ist, mit Abraham Lincoln (1809–1865), *government „of the people, by the people, for the people"*. Derartige Regeln hätten von Hause den Vorteil, näher am „Empfängerhorizont"[142] derjenigen zu

---

138 Erste Radikalkritik: *Julian Krüper*, Lawfirms - legibus solutus?, in: JZ 2010, S. 655–662; sodann die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 07.07.2011: https://www.bundestag.de/resource/blob/421918/665b1eac2b378f4030ca1ef5dd245159/wd-3-229-11-pdf-data.pdf.

139 Klassisch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, Heidelberg 1987, § 22 Rn. 11; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, Heidelberg 1987, § 30 Rn. 15; in seiner Zeit als Verfassungsrichter umgesetzt in BVerfGE 83, 60 (72 f.) – Ausländerwahlrecht II/Hamburgische Bezirksversammlungen (1990).

140 *Horst Risse*, Verfassungsrechtliche und politische Grenzen des Gesetzgebungsoutsourcing, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, Baden-Baden 2011, S. 109–122 (110).

141 Klassisch *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis (StWStP) 1994, S. 305–330.

142 Für Nicht-Juristen: Im Zivilrecht sind Willenserklärungen – z.B. ein Vertragsangebot oder eine Kündigung – nach dem Empfängerhorizont des Adressaten auszulegen, also so, wie er sie verstehen musste.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein, die ihnen unterworfen sind. Selbstverständlich müssen sodann die Ministerialdemokratie und die Politik die auswärtigen Entwürfe prüfen und billigen. Dabei können sie sich auch gegen die Gefahr, von fremder Sachkunde überrollt zu werden, wappnen – am besten dadurch, dass sie Alternativ-Entwürfe in Auftrag geben, vielleicht sogar Entwürfe von völlig Unbefangenen, sagen wir: von politisch ungebundenen Jura-Professoren.

Völlig unergiebig ist das Rechtsstaatsprinzip. Dies selbst dann, wenn man aus ihm ein Rationalitätsgebot ableitet, gemäß dem staatliche Entscheidungen „möglichst richtig" getroffen werden sollen, was dann der Fall sei, wenn sie von den Organen getroffen werden, die dazu nach ihrer Organisation, Zusammensetzung und Verfahrensweise am besten geeignet sind.[143] Erstens ist im politischen Prozess das, was „richtig" ist, nicht objektiv festzustellen. Zweitens muss man fragen, ob die hohe Konzentration aller Gesetzgebungsarbeit bei den Ministerien wirklich die beste Gewähr für Richtigkeit bietet, zumal drittens der kurze Draht von oben jederzeit sachlich Richtiges durch politisch Erwünschtes ersetzen kann – mehr und mehr sogar für Abwegiges.[144]

VI. Fazit: Mehr Respekt vor dem Recht!

Nach allem drängt sich folgende Überlegung auf: Gesetze – gemeint: staatliche Gesetze – sind zuvörderst *Recht*stexte – nicht politische Texte oder gar moralische Texte. **Rechtstexte** sollten nun am besten von Menschen geschrieben werden, die professionell am meisten damit zu tun haben – „vor Ort" damit zu tun, nicht in Talk-Shows oder auf der Wahlkampfbühne. Dies gilt nicht nur für das Formale, sondern gerade auch für die Inhalte der Gesetze: Welche Regeln rechtlich richtig sind, das entscheidet man in komplexen Gesellschaften nicht auf dem Basar von Koalitionsverhandlungen, sondern indem auch Fachleute des Rechts die zu regelnde Materie durchdenken, verschiedene Regeln gedanklich durchprobieren, aufeinander abstimmen und sauber formulieren. 64

Und vor allem: das Ganze mit den interessierten Kreisen **von Anfang an auch** in der Sprache des Rechts, also juristisch, diskutieren.[145] Die Vorstellung, man könne erst alle Probleme lösen, und dies müsse nur noch in Paragraphen gegossen werden (Rn. 20 mit Fn. 69), ist schlicht naiv – jedem Sprach- und Kommunikationswissenschaftler dürften sich die Haare sträuben.[146] Kurz, man muss die Problemlösungen von Anfang an so formulieren, wie sie später – als Regel – Gesetz werden könnten. Nur so können auch Nichtjuristen von Anfang an merken, wo etwas „hakt".

Wenn sich dann am Ende (Ende!) trotz aller Mühe kein Konsens darüber einstellt, was „inhaltlich richtig" ist, muss man halt abstimmen – sei es über einen, sei es über

143 Im Anschluss an BVerfGE 68, 1 (86) – Atomwaffenstationierung (1984); dort aber ein *obiter dictum*!

144 Ich wiederhole: Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz, Strafrahmen für Kinderpornographie. (Rn. 3, 52). – Zu Peter Nolls Zeiten war es wohl noch anders, siehe oben im Text Rn. 46.

145 Sonst sitzt man einer Illusion auf, siehe *Bernd Mertens*, Allgemeinverständliche Gesetze – ein Mythos?, in: *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder mehrere Methoden?, Tübingen 2020, S. 111–123.

146 Ein Meilenstein: *Friedemann Vogel/Fabian Deus/Janine Luth/Joline Schmallenbach/Ekkehard Felder*, Gesetzesverständlichkeit aus rechtslinguistischer Perspektive, Berlin 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mehrere Entwürfe. In dieser Weise ist Demokratie, wie Bernd Rüthers gesagt hat, „Ersatz für Wahrheit".

65 Noch einmal anders gewendet: Demokratie darf kein Ersatz für schlechtes Handwerk sein. Daher sollte man im Prozess der Gesetzgebung schon mit dem Arbeitsschritt Nr. 2 – Erster Entwurf/Erste Entwürfe – nicht einen einzigen armen Berufsanfänger betrauen (so liest sich die „Handreichung für neue Legisten und Legistinnen" des BMJ[147]), dem man alles Inhaltliche genau vorgibt.[148] Für den Arbeitsschritt Nr. 4 – Endgültiger Entwurf – sollte man zudem eine „Juristenkommission" einsetzen, die sich in Klausur begibt und anhand der ausgehandelten roten Linien und Kompromissmöglichkeiten einen in sich stimmigen Text entwirft. Diese Juristen wären vor allem gezwungen, sich mehr Gedanken darüber zu machen, was rechtlich *möglich* als was rechtlich nicht möglich ist.

Salopp gesagt: Lasst doch mal die Juristen machen! Gebt ihnen dabei auch die Zeit, die Qualitätsarbeit nun einmal braucht. Und wenn sie dann ihren Entwurf – *ihren* Entwurf – verteidigen müssen, vielleicht sind sie dann gar nicht so schlecht.

VII. Zum Schluss: Machiavelli, Rousseau, Montesquieu

66 Wir haben den „Ausblick" der NJML auf die Gesetzgebungslehre mit einem Klassiker begonnen: Aristoteles und die *iustitia legalis*, kurz: Regelgerechtigkeit. Wir wollen ihn nun mit drei weiteren Klassikern beenden.

Der erste ist, wenn man so will, der Experte für Machtpolitik schlechthin: Niccolò Machiavelli (1469–1527). Er hat in dem posthum (1532) erschienenen Werk *Il Principe* (Der Fürst) mit humanem Spott analysiert, wie man in einem Staat (*lo stato*) die Herrschaft erringt und behauptet – und dabei hervorgehoben: Das Wichtigste in einem Staat sind gute Gesetze und ein gutes Heer.[149] Leider hat er zu den Gesetzen dann nichts mehr gesagt.

Nebenbei: Die Bezeichnung „Staat" für das umfassende Gemeinwesen geht auf Machiavellis *lo stato* zurück. Zuvor sagte man *civitas*, *res publica, regnum, imperium*.

67 Mehr findet sich bei Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) – er ist einer der großen Klassiker zur Idee von Menschenrechten und Demokratie, Hauptwerk insoweit: *Du contrat social; ou, principes du droit politique* (Vom Gesellschaftsvertrag; oder: Prinzipien des Rechts [!] der Politik [!]), erschienen 1762. Das Werk muss man mit einer gewissen Vorsicht genießen, insbesondere die Aussage, dass der sogenannte Gemeinwille nicht irren könne[150] und dass diejenigen, die ihn nicht teilen, zu ihrem Glück gezwungen werden müssen[151] (Gemeinwille -*volonté générale* – ist eben nicht *volonté de tous*: Wille aller[152]).

147 Siehe Rn. 29 mit Fn. 87.

148 Siehe nochmals das unsägliche McKinsey-Video (Fn. 69).

149 *Niccolò Machiavelli*, Il Principe/Der Fürst (1513), italienisch/deutsch, Stuttgart 1991, Kapitel XII.

150 Vielleicht ist dies in etwa dasselbe wie der Spruch von Bernd Rüthers: „Demokratie ist der Ersatz für Wahrheit" – eine absolute Wahrheit, die in Nicht-Demokratien eine einzige Macht für sich in Anspruch nimmt.

151 *Jean-Jacques Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (orig. 1762), Stuttgart 1983, Buch II Kapitel 4, Buch I Kapitel 6.

152 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (Fn. 151), II 3.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das kann man nur ertragen, wenn man den Gemeinwillen als ein regulatives Ideal versteht (§ 30 III), das sich nur unter bestimmten Voraussetzungen verwirklichen lässt. Und dies ist nun bei Gesetzen die *Allgemeinheit* ihres Gegenstands.[153] Gesetze dürfen nicht dazu dienen, spezielle Interessen zu befriedigen, sie müssen eine allgemeine Regel setzen.

Wir haben gesehen, dass sich dies im Grundgesetz wiederfindet als Verbot von Einzelfallgesetzen (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG). Und man kann vielleicht formulieren: Allgemein sind Konflikte, Ziele sind individuell.

Wo dies nicht der Fall ist, wo also keine *allgemeine* Regel gesetzt wird, da wird – 68
hiermit zum dritten Klassiker –, das Gebot der Gewaltenteilung verletzt. Akte der Legislative, die Einzelfälle regeln, sind eben „materiell" keine Gesetze, sondern Akte der Exekutive (Verwaltung und Regierung) oder auch einmal der Jurisdiktion.[154] Wo aber, so Montesquieu (1689–1755), die Trennung von Legislative, Exekutive und Judikative nicht eingehalten wird, da gibt es „keine Freiheit".[155]

Anders gewendet: Wo Gesetzgebung nur der verlängerte Arm der Exekutive ist, da machen die Herrschenden, was sie wollen.

153 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (Fn. 151), II 6, S. 40: „Ich habe schon gesagt, dass es in Bezug auf einen einzelnen Gegenstand keinen Gemeinwillen gibt."

154 Man könnte auch Todesurteile in Gesetzesform erlassen.

155 *[Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et] Montesquieu*, De l'Esprit des Lois (1748), dt. Vom Geist der Gesetze, übersetzt von Ernst Forsthoff, Tübingen 1992, Buch XI Kapitel 6 (überschrieben übrigens mit „Von der Verfassung Englands").

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 39 Juristische Meta-Diskurse

1 Der Fünfte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) enthält nur noch „Ausblicke". Dies betraf zunächst ganz „praktisch" die Gesetzgebungslehre (§ 38) und die Rechtsberatungslehre (§§ 37–37c) – zwei Felder, auf denen die außeruniversitäre Jurisprudenz weitgehend unter sich ist. Im Folgenden soll es nun um ein „theoretisches" Feld gehen, genauer: um ein Feld, das ganz überwiegend von der akademischen Jurisprudenz, kurz: von Universitätsprofessoren (und solchen, die es werden wollen) beherrscht wird. Ich will es nennen: Juristische Meta-Diskurse, und es muss hier wirklich bei einem „Ausblick" bleiben.

* * *

2 Was ist ein Meta-Diskurs? Ein Diskurs ist eine Auseinandersetzung mit Argumenten, und altgriechisch *metá* bedeutet nicht nur „hin … zu" (wie in Met-hode[1]), sondern auch „hinter" (wie in Meta-physik[2]).

Unter juristischen Meta-Diskursen verstehe ich daher rechtswissenschaftliche Auseinandersetzungen, die sich „hinter" (griechisch: *metá*) der juristischen Dogmatik abspielen, die also nicht den Anspruch erheben, bestimmte Rechtsfragen mit dem Anspruch auf Richtigkeit zu klären (was praktisch bedeutet: eine rechtliche Entscheidung zu rechtfertigen oder eben nicht). Meta-Diskurse stellen vielmehr die Frage, ob die Art und Weise, wie man zur Klärung von Rechtsfragen kommt, richtig ist – „richtig" in welcher Hinsicht und aus welchen Gründen auch immer. In gewisser Weise ist daher schon eine ganz handwerkliche Methodenlehre wie die herrschende Lehre zu Auslegung, Subsumtion etc. ein Meta-Diskurs.

Allerdings gibt es dann, einen weiteren Schritt „dahinter", weitere Diskurse über Methode und Methodenlehren – etwa mit der Frage, inwieweit das juristische Handwerk so etwas wie rechtliche Richtigkeit produziert und welche Rolle dabei Logik, Wertung und Ästhetik spielen. In diesen Meta-Diskurs gehört auch die Neue Juristische Methodenlehre (NJML), aber nicht nur: Sie will auch ganz handfest-dogmatische Aussagen darüber treffen, ob eine Entscheidung juristisch falsch ist, weil methodisch nicht vertretbar.

3 Die höchste Stufe von Meta-Diskurs ist erreicht, wenn man die sozusagen Hintergrundvorstellungen aufzudecken versucht, die „hinter" dem Recht und seiner Methode stehen – die „Paradigmen" (§ 20), die *Biases* und *Frames* (§ 35), die „wahren Interessen" und die „wirklichen „Aufgaben" des Rechts und seiner Methode(n). Insoweit gibt es einige klassische Meta-Diskurse (I) und einige aktuelle Strömungen (II).

I. Traditionelle Meta-Diskurse

4 Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) kann den traditionellen Meta-Diskursen in diesem abschließenden Ausblick auch nicht annähernd gerecht werden (siehe dazu schon § 1 Rn. 18–32). Genannt werden müssen sie trotzdem.

1 Übersetzt: der Weg hin zu etwas.
2 Übersetzt: was hinter der Natur (*physis*) ist.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz

Hinter dem klassischen Gegensatz von Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz steht die Vorstellung von einem relativ klaren „Innen" und „Außen" des Rechts. Die Begriffsjurisprudenz[3] ist dann der Auffassung, dass Rechtsfragen allein „intern" mit Hilfe von Rechtsbegriffen entschieden werden sollten – oder sagen wir allgemeiner: mit rechtlichen Kategorien, nicht etwa politischen oder wirtschaftlichen. Die Interessenjurisprudenz[4] meint hingegen, das Recht müsse dazu dienen, die wirklichen Konflikte „da draußen" zu regulieren, und dies seien nun einmal Interessenkonflikte. Natürlich haben beide Seiten Recht, und am schönsten hat das vielleicht Niklas Luhmann (1927–1998) auf dem Punkt gebracht: 5

> „All das heißt schließlich, dass das Verhältnis von Selbstreferenz und Fremdreferenz im Rechtssystem neu geordnet werden muss. Das geschieht Ende des 19. Jahrhunderts in der merkwürdigen Form einer Kontroverse, die, wie der historische Rückblick heute zeigt, gar keine Kontroverse war. Für Selbstreferenz steht ‚Begriffsjurisprudenz'. Für Fremdreferenz steht ‚Interessenjurisprudenz'. Und selbstverständlich arbeiten beide Orientierungen, wenn ihnen der Gesetzgeber Zeit dazu lässt, Hand in Hand. Es handelt sich um zwei Seiten einer Form."[5]

Die NJML würde schlicht sagen: Bei allen rechtlichen Entscheidungen kommen immer zusammen der Sinnzusammenhang des Rechts[6] und all die vielen nicht-rechtlichen Sinnzusammenhänge. Und natürlich die Sinnzusammenhänge „Logik" (§§ 3–12) und „Ästhetik" (§§ 31–34), die beides zusammenbringen. 6

2. Topik und Freirechtsschule

Bereits auseinandergesetzt haben wir uns mit der Topik und ihrer Entgegensetzung von Problemdenken versus Systemdenken (§ 15c Rn. 34–38).[7] Es ist eine Lehre, die in den 1950er Jahren recht kühn skizziert worden war und im Grunde die Zunft der Juristen in ihrer Selbstzufriedenheit ein wenig aufmischen wollte: Macht euch bitte nicht vor, ihr könntet mit „axiomatischer" Rationalität aus dem Gesetz die richtigen Lösungen „ableiten". Das Wahre ist die Einzelfallgerechtigkeit, und da helfen uns, wenn 7

3 Als Hauptvertreter gilt Georg Friedrich Puchta (1798–1846), der sich selbst allerdings nie so bezeichnet hat; zu seiner Verteidigung: *Joachim Bohnert*, Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas, Karlsruhe 1975; *Hans-Peter Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz", Frankfurt a.M. 2004. Den Terminus „Begriffsjurisprudenz" hat erstmals wohl *Rudolf von Jhering* (1818–1892) verwendet: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1884, S. 337.

Auch Bernhard Windscheid wird gelegentlich der Begriffsjurisprudenz zugeordnet, siehe *Ulrich Falk*, Der Gipfel der Pandektistik: Bernhard Windscheid (1817–1892). Windscheid, Jhering und die Begriffsjurisprudenz, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 129–150.

4 Hauptvertreter: Philipp Heck (1858–1943); zu ihm *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001; *Heinrich Schoppmeyer*, Durchreflektierte Methode. Die Interessenjurisprudenz Philipp Hecks, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 189–207. – Knapp und prägnant nach wie vor *Johann Edelmann*, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, Bad Homburg vor der Höhe 1967.

5 *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Zweiter Teilband, Frankfurt a.M. 1997, S. 976.

6 Zum Begriff Sinnzusammenhang § 5 II Rn. 40–59 und öfter.

7 Hauptwerk: *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, München 1953, 5. Aufl. 1974.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Gesetz nicht passt, nur gute Einfälle. Und gute Einfälle liefern uns die „Topoi" – allgemeine Gesichtspunkte wie Vertrauensschutz, „Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen", Verhältnismäßigkeit und so weiter.

In ähnlicher Weise hatte schon die sogenannte Freirechtsschule[8] den Akzent auf die Einzelfallgerechtigkeit gesetzt, im Gegensatz zu einer erbarmungslosen Systemkonsequenz.

8 Für die NJML liegt für das Verhältnis von „Gesetz und Einzelfall" auf der Hand: In jeder rechtlichen Entscheidung – wirklich jeder – kommt es an auf das Zusammenspiel von Regel, Fall und Ergebnis. Es spricht viel dafür, Regeln zu befolgen und sie nicht leichtfertig abzuwandeln oder gar zu konterkarieren. Es spricht auch viel dafür, Regeln zu systematisieren, weil man nur so Wertungswidersprüche vermeiden kann. Manchmal spricht aber auch viel dafür, sich angesichts eines konkreten Falls etwas Neues einfallen zu lassen, um ein besseres, gerechteres, ja schöneres Ergebnis zu erhalten.

All dies haben wir in den §§ 15 bis 29 im Einzelnen entfaltet, zudem in den §§ 33 und 34 näher bestimmt, was man sich in der Jurisprudenz unter „schöner" vorstellen darf: „Gelungenheit".

9 Hinzuzufügen bleibt auch hier: „Sich etwas Neues einfallen zu lassen" ist kein Einfallstor für unhintergehbare, also nicht weiter kritisierbare „Wertungen", die man zu haben hat (und als Jurist schon von Berufs wegen hat). Alle Wertungen kommen vielmehr auf logischem Weg in das juristische Denken hinein, genauer: im Wege der Abduktion – sei es vom Fall her, von der Regel her oder vom Ergebnis her (§ 6 III).[9] Sodann werden sie im juristischen „System 2" (§ 35) so lange kritisch durchgeknetet, bis man einen stimmigen VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismus) beisammen hat – sagen wir ruhig: bis man *seinen persönlichen* VJS beisammen hat: den Syllogismus, der uns besser gefällt.

Von woher dann die Einfälle gekommen sind – griechisch *tópos* heißt wörtlich „Ort[10] –, das spielt keine Rolle.

3. Positivismus – welcher Positivismus?

10 Der wohl traditionellste aller juristischen – und auch einiger nicht-juristischer[11] – Meta-Diskurse ist der Diskurs um den Positivismus („Gesetz ist Gesetz"[12]). Die NJML kann dazu in aller Kürze nur sagen:

---

8 Hauptvertreter: Hermann Kantorowicz (1877–1940) und Ernst Stampe (1856–1942); dazu *Shu Perng Hwang*, Richterliche Bindung und Freirechtsbewegung: Ernst Stampe, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 173–188.

9 Empirische Studie dazu: *Ralf Kölbel/Thorsten Berndt/Peter Stegmaier*, Abduktion in der justiziellen Entscheidungspraxis, in: Rechtstheorie (RTh) 32 (2006), S. 85–108.

10 Eine annähernd gute Übersetzung in diesem Kontext war früher auch „Gemeinplatz". Der Begriff dürfte allerdings heute nicht mehr allgemein geläufig sein.

11 Berühmt *Jürgen Habermas*, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 9 (Hervorhebung im Original): „Dass wir Reflexion verweigern, *ist* der Positivismus."

12 So die Kurzformel von *Gustav Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), wiederabgedruckt in: Rechtsphilosophie. Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 209 f. – Der dahinterstehende Vorwurf, der Positivismus habe den Nationalsozialis-

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Alle Jurisprudenz ist insofern *positivistisch*, als sie von bestimmten „Setzungen" ausgeht (lateinisch *ponere* heißt „legen, setzen, stellen"), die für sie als Recht letztverbindlich[13] sind – wir nennen sie autoritative Rechtstexte (§ 14 Rn. 22). Alle Jurisprudenz ist insofern *nicht-positivistisch*, als autoritative Rechtstexte – wie alle Texte – kritisiert werden dürfen: Sie verstehen und begründen sich nicht von selbst, sie stellen auch nicht selbst den Bezug zu den nicht-rechtlichen Sinnzusammenhängen her, für die sie geschaffen wurden („Lebenswirklichkeit"). Und sie können nicht selbst entscheiden, ob ihr Inhalt (ihre Aussagen) Sinn oder Unsinn ist.

Man denke an das Kamel, das durchs Nadelöhr geht (§ 6 Rn. 55–59).

In Wahrheit geht es bei der Frage „Positivismus ja oder nein" also ganz allein um die Frage, wie ernst man den Urheber eines autoritativen Textes nimmt – insbesondere den Staat als Gesetzgeber.[14] Mit schlechten Gesetzen kann man keine gute Jurisprudenz machen.[15] 11

Im Übrigen habe ich den Studenten immer geraten: Wenn jemand zu Ihnen sagt „Sie sind ein Positivist", dann fragen Sie: „Was meinen Sie damit?" Einen Gesetzespositivismus inklusive Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung? Einen Rechtssprechungspositivismus (derzeit die gängige Praxis)? Einen Positivismus, der auf der Trennung von Recht und Moral besteht (ich bin dabei) und daraus schließt, Gerechtigkeit sei keine Frage des Rechts[16] (ich bin dagegen)?[17]

Mit der NJML im Hintergrund kann man zudem ein Pro und Contra inszenieren. Dann sagt der Positivismus: Es gibt kein höheres Recht als das autoritativ gesetzte Recht; insbesondere keine höheren, dem Recht vorgegebenen Werte. Der Nicht-Positivismus sagt: Das *von wem auch immer* autoritativ gesetzte Recht ist nicht das höchste Recht (*summum ius summa iniuria*) – es kann auch einmal Unrecht haben.[18] Man denke an den Türkischen Onkel (§ 27 Rn. 20–25).

Nebenbei: Dass der Begriff „Rechtsquelle" wirklich keine gute Metapher ist, haben wir erwähnt. Es gibt „autoritative Rechtstexte" – *nothing more pretentious*.

---

mus begünstigt, ist mittlerweile widerlegt. Ganz im Gegenteil haben die Nicht-Positivisten dem NS Vorschub geleistet.

13 Natürlich können sie aber höherrangigem Recht widersprechen.

14 Der klassische „Methodenstreit" der Weimarer Zeit war auf Seiten der Nicht-Positivisten geprägt von Misstrauen gegen die Demokratie.

15 So schon *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, §§ 35–37 (S. 222–240): Unterscheidung von „gesunden" und „mangelhaften" Gesetzen.

16 Klassiker: *H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus) Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral (1957), in: Recht und Moral. Drei Aufsätze, Göttingen 1971, S. 14–57 (51 und öfter): Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte; *H. L. A. Hart*, The Concept of Law, Oxford 1961, deutsch: Der Begriff des Rechts. Mit dem Postskriptum von 1994 und einem Nachwort von Christoph Möllers, Berlin 2011.

17 Siehe auch *Joachim Lege/Philip Rusche*, Staatsrechtlicher Positivismus: Eduard Hubrich (1864–1921), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 253–269 (255–260, 268).

18 Mit Luhmann: Es widerspricht dem Recht, wenn es eine Position gibt, die immer Recht hat.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

12 Eine Sonderform des Positivismus, geradezu ein Hyperpositivismus, ist schließlich die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen (1881–1973).[19] Auch sie besteht mit Recht auf einer klaren Trennung von Aussagen des Rechts und nicht-rechtlichen Aussagen politischer und/oder moralischer Art. Unrecht hat sie insofern, als sie so etwas wie rechtliche Richtigkeit (§ 30) explizit leugnet.[20]

Zu Kelsen und zur Reinen Rechtslehre gibt es ganze Bibliotheken.[21]

4. Recht und Sprache, Rechtslinguistik, Semiotik

13 Weniger kontrovers als die bisher genannten Meta-Diskurse verläuft ein Meta-Diskurs, den man am besten als juristische Sprachphilosophie (oder sprachphilosophische Jurisprudenz) bezeichnen kann. In seinen Umkreis gehört die sogenannte Strukturierende Rechtslehre im Umkreis von Friedrich Müller (geb. 1938) und seinem Schüler Ralph Christensen (geb. 1953), die sich allerdings auch und sogar vornehmlich als Methodenlehre versteht[22] – wir haben sie in § 1 Rn. 26 schon erwähnt.

Ursprünglich aus der Mainzer Rhetorikschule (§ 32 Rn. 9–11) kommt Thomas-Michael Seibert (geb. 1949), er hat sich später vor allem von der Semiotik prägen lassen, also der Wissenschaft von den Zeichen.[23] Sehr bemerkenswert sind zudem die Arbeiten von Kent D. Lerch (geb. 1963),[24] insbesondere drei von ihm herausgegebene Bände zur

19 Hauptdokument: *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien 1934; gut erhältlich als Studienausgabe, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008.

20 *Joachim Lege/Zai Wang Yoon*, Recht als Recht und Recht als Politik: Bierling, Heck und Hans Kelsen, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 443–461 (459 f.).

21 Zuvörderst zu nennen: *Hans Kelsen*, Werke, hrsg. von Matthias Jestaedt, Bände 1 bis 8, Tübingen 2007–2022 (längst noch nicht abgeschlossen); sodann: *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, 2. Aufl., Tübingen 2021; außerdem: *Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer*, Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 27.-29. September 2018 in Freiburg im Breisgau, ARSP-Beiheft 163, Stuttgart 2020; schließlich: *Horst Dreier*, Hans Kelsen zur Einführung, Hamburg 2023.

22 *Friedrich Müller*, Juristische Methodik, Berlin 1971; neueste Auflagen: *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013; Band 2: Europarecht, 3. Aufl., Berlin 2012. – Meine Sicht: *Joachim Lege*, Rezension: Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, 8. Aufl. 2002, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 129 (2004), S. 466–469.

23 *Thomas-Michael Seibert*, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, Berlin 1996; *Thomas-Michael Seibert*, Die Lehre vom Rechtszeichen. Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre, Berlin 2017.

24 Gewissermaßen die Summe: *Kent D. Lerch*, Lesarten des Rechts. Sprache und Medien der Jurisprudenz, Berlin 2008. Generalkritik an den herrschenden Methodenlehren auf S. 15: „Da der real existierende Methodensynkretismus nur eine unstrukturierte Sammlung von Instrumenten liefert und fast alle wichtigen Bestandteile der Entscheidungssituation ausklammert, bleibt er gegenüber der Aufgabe einer Entscheidung sozialer Probleme unterkomplex." – Synkretismus: Ideologie des Zusammengemischten, von altgriechisch *syn* und *keránnymi* (daher auch der *kratér* = Mischkrug).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sprache des Rechts.[25] Dies gilt auch für einen von der Germanistin Ulrike Haß-Zumkehr (geb. 1954) herausgegebenen Sammelband.[26]

5. Die Rezeption von Diskurstheorie (Habermas) und Systemtheorie (Luhmann)

Nicht eigentlich ein juristischer Meta-Diskurs über das Recht, sondern gerade eine Infiltration aller juristischen Meta-Diskurse ist schließlich die Rezeption der zwei führenden deutschen, aber auch weit über Deutschland hinaus rezipierten „Gesellschaftstheorien" der zweiten Hälfte des 20. Jahrhundert. Gemeint sind aus der Fachphilosophie die Diskurstheorie von Jürgen Habermas (geb. 1929), aus der Soziologie[27] die Systemtheorie von Niklas Luhmann (1927–1998). 14

Für die Rezeption der Diskurstheorie in der Jurisprudenz steht vor allem Robert Alexy (geb. 1945). Er hat aus ihr eine – normativ zu verstehende – „Theorie der juristischen Argumention" abgeleitet, die heftig diskutiert wurde, und zwar weltweit.[28] Gegen diese Theorie spricht vor allem, dass Rechtsdiskurse gerade nicht, so wie Habermas es entwirft, „herrschaftsfrei" sind. Daher ist sehr fraglich, ob diese Theorie der Praxis gerecht wird.

> Allenfalls, so wird man sagen können, wenn man den idealen Diskurs als ein „Ideal" im Sinn einer *regulativen* Idee versteht (vgl. § 30 III und schon § 5 Rn. 70, 82 f.).

Der Einfluss Luhmanns auf die Jurisprudenz lässt sich nicht an einigen wenigen Namen festmachen – die erste Wahl wären Gunther Teubner (geb. 1944),[29] Udo Di Fabio (geb. 1954)[30], Martin Schulte (geb. 1959)[31] und Thomas Huber (geb. 1971)[32]. Der Einfluss besteht vielmehr ganz immens vor allem in der Breite: Luhmann dürfte ein ganze Juristengeneration (mit-)geprägt haben. Dies liegt nicht zuletzt wohl daran, dass er selbst ein gelernter Jurist und deshalb in drei frühen Werken für die Rechtswissenschaft 15

25 *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts Band 1: Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, Berlin 2004; *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts Band 2: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin 2005; *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts Band 3: Recht vermitteln. Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht, Berlin 2005.

26 *Ulrike Haß-Zumkehr* (Hrsg.), Sprache und Recht, Berlin etc. 2002 – eine Publikation des Instituts für deutsche Sprache –; u.a. mit einem Beitrag von *Hans Hattenhauer* zum sprachlichen Umgang mit dem Begriff „Rechtsstaat", insbesondere von Seiten Roland Freislers.

27 Ehrlich gesagt halte ich Luhmann gar nicht für einen Soziologen, sondern für einen Philosophen. Unstreitig dürfte sein, dass er wirklich empirisch nie gearbeitet hat.

28 *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a.M. 1978.

29 Insbesondere *Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989.

30 Insbesondere *Udo Di Fabio*, Offener Diskurs und geschlossene Systeme. Das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft in argumentations- und systemtheoretischer Perspektive, Berlin 1991 (seine sozialwissenschaftliche Dissertation).

31 Vor allem *Martin Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, Berlin 2011; besonders pointiert schon *Martin Schulte*, Begriff und Funktion des Rechts der Gesellschaft. Eine Selbst- und Fremdbeschreibung des Rechtssystems, in: Manuel Atienza/Enrico Pattaro/Martin Schulte/Boris Topornin/Dieter Wyduckel (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 767–789.

32 *Thomas Huber*, Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, Berlin 2007 – ohne Zweifel die umfassendste Darstellung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sehr „anschlussfähig" war (ein Begriff aus der Systemtheorie): „Grundrechte als Institution" (1965)[33], „Legitimation durch Verfahren" (1969)[34], „Rechtssoziologie" (1972)[35]. Es liegt aber auch daran, dass seine Theorie gerade nicht „nett" und leicht anwendbar sein will, sondern bewusst sperrig den Blick auf das Recht und die Gesellschaft verfremdet – und damit irreversibel verändert. Luhmann kann man nicht lesen, zu Luhmann muss man eine Beziehung aufbauen.[36]

16 Dies gilt besonders im Hinblick auf Luhmanns „dritte Phase", in der er seine Systemtheorie zur Theorie autopoietischer Systeme fortentwickelt – das Werk heißt „Soziale Systeme" (1984).[37] Grob gesagt: Die klassische Systemtheorie unterschied bei Systemen zunächst „Teil und Ganzes" (erste Phase), sodann „System und Umwelt" (zweite Phase), beides sind aber noch Außenperspektiven. Versetzt man sich aber in ein System hinein, das sich selbst (*autós*) immer wieder neu produziert (*poieín*) – ein Organismus, eine Psyche, eine Gesellschaft –, und beschreibt dies dann wieder von außen, dann lautet die Unterscheidung: „Selbstreferenz und Fremdreferenz". Salopp gesagt: Dies bin ich und das da die Außenwelt. In dieser Weise kann man dann auch das Recht als „autopoietisches System" beschreiben; Alles, was das Recht „tut"[38], bezieht sich sowohl auf das Recht selbst als auch auf etwas anderes.

Eben deshalb gibt es ja auch keine „Kluft" zwischen Rechtsnorm und Lebenswirklichkeit (schon § 5 Rn. 47–49).

Nebenbei: Natürlich haben nicht *alle* Juristen zu Luhmann eine „Beziehung" aufgebaut, schon gar nicht zum Luhmann der Phase 3. Aber gehört haben von Luhmann wohl fast alle, zumindest in Stichworten („Final- und Konditionalprogramm", „Funktionssystem", „Legitimation durch Verfahren"). Manche Kollegen – darunter Rechtstheoretiker hohen Rangs! – lehnen Luhmann aber auch sehr vehement ab.

17 Auch die NJML ist durchaus geprägt von Luhmann, mehr aber noch von Charles Sanders Peirce (1939–1949), dem Begründer der Philosophie des Amerikanischen Pragmatismus (oder wie er selbst ihn nennen wollte: Pragmatizismus).[39]

---

33 Erscheinungsort: Berlin.

34 Erscheinungsort: Neuwied.

35 Erscheinungsort: Reinbek bei Hamburg in der Reihe „rororo Studium/Rechtswissenschaften" – dieselbe Reihe, in der auch Peter Nolls „Gesetzgebungslehre" (1973) erschienen ist, siehe § 38 Rn. 5 f. et passim.

36 *Joachim Lege*, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften, Göttingen 2011, S. 33–51; auch schon *Joachim Lege*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man als Jurist Rechtsphilosophie? Ein systemtheoretischer Versuch, in: Rolf Gröschner/Martin Morlok (Hrsg.): Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs (ARSP-Beiheft 71), Stuttgart 1997, S. 83–104.

37 Erscheinungsort: Frankfurt a.M. in der Reihe „suhrkamp taschenbuch wissenschaft", übrigens mit der laufenden Nummer 666.

38 Luhmannianer würden Wert darauf legen, dass Luhmann nur von „Kommunikationen" spricht, im Recht von solchen, die dem binären Code „Recht/Unrecht" folgen. Luhmann hat aber auch zugegeben, dass seine Beschreibung der Welt ein bisschen Handlungstheorie gut vertragen könnte.

39 *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen 1999.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Aktuellere Meta-Diskurse

Die folgende Darstellung aktuellerer Meta-Diskurse erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie erfasst insbesondere nicht alle Meta-Diskurse über das Recht „im Allgemeinen und überhaupt“[40] – also das, was man Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nennt –, sondern nur solche, die starke Berührungspunkte mit der juristischen Methode und ihren Methodenlehren aufweisen. Selbst mit dieser Beschränkung bleibt das Folgende fragmentarisch. 18

1. Dogmatik

Der erste der aktuelleren juristischen Meta-Diskurse ist natürlich nicht völlig neu: Über „Dogmatik“ hat man schon früher nachgedacht, zumal nicht nur die Rechtswissenschaft diese Disziplin kennt, sondern auch die Theologie und sogar die Medizin. 19

Zu einer ersten Annäherung an den Begriff Dogmatik schon § 11 Rn. 7–9.

a) Bestandsaufnahme

Was die Dogmatik von Jurisprudenz und Medizin angeht, ist Klassiker das imposante Werk von Maximilian Herberger (geb. 1946) aus dem Jahr 1981.[41] Es beginnt mit Hippokrates, Platon und Aristoteles, lässt die Antike Rhetorik nicht aus (Cicero, Quintilian), konzentriert sich auf die Lehrschriften des Galenos (berühmter griechischer Arzt, ca. 129–199/216) und verfolgt schließlich das Phänomen Dogmatik durch die gesamte Geschichte der Medizin- und Rechtswissenschaft bis zu Savigny (1779–1861) und Rudolf von Jhering (1818–1892). 20

Hauptthese: Der Begriff „Dogmatik“ stammt gerade nicht aus rein theoretischen Wissenschaften, sondern aus den empirischen Erfahrungswissenschaften („angewandte Vernunftwissenschaften“) – wie eben der Medizin.[42] (In der Antike nannte man dies *téchnai*,[43] siehe § 1 Rn. 33, § 2 Rn. 20). Die „Wende“ zu einem Verständnis von Dogmatik als theoretischem Konstrukt markieren dann Puchta und Savigny.

Nach einer gewissen Ruhephase ist erneutes Interesse an „Dogmatik“ dann seit 2010 erwacht. Dafür stehen zunächst drei Sammelbände, die nach der „Bedeutung“[44] und den „Grenzen“[45] der Rechtsdogmatik fragen, außerdem danach, was Dogmatik eigent- 21

40 Vgl. *Douglas Adams*, The Hitchhiker' Guide to the Galaxy, New York 1980.

41 *Maximilian Herberger*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1981.

42 *Herberger*, Dogmatik (Fn. 41), S. 1–5.

43 In diesem Sinn spricht auch etwa der oströmische Kaiser Justinian (ca. 482–565), Initiator des Corpus Iuris Civilis, von *dogmatiké eutechnía*; siehe *Herberger*, Dogmatik (Fn. 41), S. 133.

44 *Rolf Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung. Ein japanisch-deutsches Symposion, Tübingen 2010 (Beiträge u.a. von Thomas Würtenberger, Wolfgang Kaiser, Friedrich Schoch, Rainer Wahl, Wolfgang Frisch, Alexander Bruns, Uwe Blaurock, Sebastian Krebber, Ursula Köbl – also eine breite Freiburger Phalanx, die nahezu alle Rechtsgebiete abdeckt).

45 *Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok* (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, Tübingen 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich „weiß", insbesondere im Öffentlichen Recht.[46] Hinzu kommt eine auch historische Studie von Christian Bumke (geb. 1963).[47] Bumke kann sich allerdings nicht recht entscheiden: Ist Rechtsdogmatik das, was nur die akademische „Rechtswissenschaft" fabriziert, im Gegensatz zur „Praxis" und doch auf diese „ausgerichtet"?[48] Oder wird Rechtsdogmatik auch von der „Praxis" betrieben?[49]

Durchaus auf Linie der NJML liegt: Dogmatik tritt an mit dem Anspruch auf „Richtigkeit".[50] Und wenn ich es richtig sehe, versteht auch Bumke „Richtigkeit" als ein regulatives Ideal (§ 30 III), und zwar aus der Sicht des Rechts „von innen".[51]

22 Bemerkenswert sodann: Des Themas „Dogmatik" haben sich eine ganze Reihe von Doktorarbeiten angenommen, eine erste schon 1986. In ihr verortet *Jan Harenburg* die Rechtsdogmatik schon im Titel „zwischen Wissenschaft und Praxis"[52] – wir werden sehen, dass sich diese falsche Gegenüberstellung hartnäckig bis heute hält.[53] Eine sehr eigenständige „vollständige Theorie juristischer Dogmatik" hat 1989 Thomas Schlapp vorgelegt.[54]

23 Einen schönen Gegensatz formulieren sodann zwei weitere Dissertationen aus 2006 und 2017. Die erste, stark grundlagengeprägte Arbeit (der Verfasser *Jan C. Schuhr*, geb. 1975, hat neben Jura auch Mathematik studiert) versteht Rechtsdogmatik „als Wissenschaft" – insbesondere als eine solche, die „Modelle" entwickeln sollte.[55] *Jannis Lennartz* (geb. 1986) hingegen versteht Dogmatik „als Methode" und vermisst sodann in den heutigen Methodenlehren vor lauter Interpretationstheorie und Subsumtionsideal zweierlei: erstens die juristische „Konstruktion" (insofern wird vor allem Jhering reaktiviert[56]), zweitens Klarheit darüber, dass externe gesellschaftliche Erwartungen „den Rahmen [bilden], in dem eine Methodendiskussion sinnvoll stattfinden kann"[57]

---

46 *Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts, Tübingen 2012.

47 *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017; zur Würdigung Savignys besonders aufschlussreich die Fußnoten 700 und 782.

48 *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik. Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, in: Juristenzeitung (JZ) 2014, S. 641–650 (646, 650).

49 So ausdrücklich *Bumke*, Rechtsdogmatik, in: JZ 2014, 641 (642).

50 *Bumke* meint, dies sei hinsichtlich des Rechts Konsens und nur im Einzelnen streitig, in: JZ 2014, 641 (647, 648). Ich habe hinsichtlich des Konsenses so meine Bedenken (zu Ironie und Pathos siehe § 30 I).

51 *Bumke*, Rechtsdogmatik, in: JZ 2014, 641 (648)

52 *Jan Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, Stuttgart 1986; zusammenfassend S. 364–370: „Arbeitsteilung".

53 Im Übrigen folgt *Harenburg*, Rechtsdogmatik (Fn. 55), dem Fallibilismus Poppers und setzt sich eingehend mit der Frage auseinander, wie im Recht dogmatische Sätze falsifiziert werden können (S. 280–300).

54 *Thomas Schlapp*, Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht juristischer Theoriebildung, Berlin 1989. Schlusspunkt (S. 215): Nur Rechtsdogmatik, nicht aber Rechtssoziologie und Rechtstheorie oder gar Rechtsphilosophie sind „Wissenschaft[.] in dem hier skizzierten Sinne".

55 *Jan C. Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, Berlin 2006.

56 *Jannis Lennartz*, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, S. 27–36, insbesondere die Unterscheidung von niederer und höherer Jurisprudenz.

57 *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(??). Beide Arbeiten setzen sich, das darf man wohl sagen, weniger mit „realer" Dogmatik auseinander[58] als mit Literatur über Dogmatik.

Wenig weiter führt es für mein Empfinden, wenn Dogmatik als „Bezeichnung dessen, was Juristen machen" oder als „Gesamtheit des juristischen Wissens" definiert wird.[59] Richtig ist allerdings, dass Dogmatik sich durch ihren „Quellenbezug"[60] auszeichnet – auch wenn man statt von „Quellen" besser von „autoritativen Texten" sprechen sollte.

Die Dissertation von *Philipp Sahm* füllt zunächst die Lücke, die Herbergers Werk noch offen gelassen hatte: Sie vergleicht die juristische und die theologische Dogmatik.[61] Darüberhinaus arbeitet *Sahm* gemeinsame „Elemente" von Dogmatik überhaupt heraus: so die mittlere Abstraktionshöhe ihrer Aussagen und Begriffe (zwischen Einzelfall und System, zu bezweifeln) und vor allem die Bindung an einen „Primärtext" (NJML: „autoritative Texte"). 24

Ganz folgerichtig wird Dogmatik dann als „Paratext" bezeichnet (griechisch *pará* = neben; siehe dazu bildlich schon § 11 Rn. 10).

Die Arbeit von *Martin Flohr* geht aus von dem „orthodoxen" Gegensatz „Dogmatik versus Fallrechtsdenken", sie untersucht sodann, inwieweit sich im englischen Recht ein Wandel hin zu mehr Dogmatik in diesem Sinn beobachten lässt.[62] *Alexander Stark* versteht Rechtsdogmatik als „Deliberation über rechtliche und nicht-rechtliche Gründe" und versucht von dort aus zu klären, wo und wie weit Interdisziplinarität sinnvoll ist.[63]

Nebenbei: Von vielen wird „Dogmatik" geradezu als ein Alleinstellungsmerkmal der deutschen Jurisprudenz betrachtet[64] – und in dieser spezifisch deutschen Form abgelehnt.[65] Wenn man mit „Dogmatik" meint: Hypertrophie an juristischer Sekundärliteratur, kann die NJML dem durchaus zustimmen.

---

58 Bei *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 137 ff. und 157 ff., kommen vor: das subjektive öffentliche Recht inklusive Schutznormtheorie und die Grundrechtsdogmatik (vor allem Dreistufentheorie).

59 *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 181, 171; s. auch S. 150: „Mit der Chiffre Dogmatik bezeichnen Juristen also die Welt, die [sie] sich selber bauen."

60 *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 176 f.,181 f.; recht schön auch die daran anknüpfende Definition (letzter Satz des Buches): „Methodenlehre ist im Ergebnis die Technik des Rechtsquellenbezuges durch Interpretation und Konstruktion." Aufschlussreich zuvor S. 116: Juristische Methode sei die „Summe der Regeln, mit denen wir feststellen, was das positive Recht abstrakt oder angewandt auf einen Sachverhalt aussagt."

61 *Philipp Sahm*, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, insb. S. 59–108 mit den Beispielen von Anwartschaftsrecht (dazu in diesem Buch § 17 Rn. 10–15) und Erbsünde. – Das Buch wurde zu einem der juristischen Bücher des Jahres gewählt.

62 *Martin Flohr*, Rechtsdogmatik in England, Tübingen 2017, mit besonderem Augenmerk auf Peter Birks (1941–2004) und dessen Systematisierung des englischen Bereicherungsrechts.

63 *Alexander Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020; kritische Rezension: *Klaus F. Röhl*, in: JZ 2022, 893-895.

64 Selbstironisch, aber doch standfest deutsch: *Peter Windel*, OMG – German Legal Dogmatics! Beiträge zum Internationalen Rechtsdialog, Baden-Baden 2020 [*OMG = Oh my God*].

65 Am prominentesten *Oliver Lepsius*, siehe seinen Diskussionsbeitrag auf der Saarbrücker Staatsrechtslehrertagung 2017, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 77 (2018), S. 328: „orthodoxe Wagenburgmentalität" (als Kritik am sonst „ganz ausgezeichneten" Referat von *Uwe Kischel*); ausführlich: *Oliver Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof/ Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (Fn. 46), S. 39–62. – Lepsius hat einen ganz anderen Begriff von Dogmatik als die NJML.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

25 Ein geradezu Monument zum Thema Dogmatik hat schließlich vor kurzem (2023) Christoph Bezemek (geb. 1981) vorgelegt: „Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven".[66] Der Band dokumentiert eine Tagung in Graz, auf der in 35 Beiträgen die Bedeutung der Dogmatik für die gesamte Rechtsordnung herausgestellt, aber auch kritisch hinterfragt wird. Die Tagung hat freilich gezeigt, was schon angeklungen ist: Was Dogmatik „ist", darüber gibt es ganz unterschiedliche Ansichten.

b) Begriffsbestimmungen und Platzzuweisungen

26 Vielzitiert ist Christian Waldhoff mit seiner Zusammenstellung von nicht weniger als 14 Begriffsbestimmungen, denen er sodann eine eigene „Umschreibung" folgen lässt.[67] Im Öffentlichen Recht greift man nach wie vor gern zurück auf eine Formulierung von Winfried Brohm (1932–2012), vorgetragen auf einer Staatsrechtslehrertagung[68]:

> „Von einem strukturell-funktionalen Ansatz her kann man die Rechtsdogmatik als ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln verstehen, die als Bestandteil der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen."

Salopp gesagt: Dogmatik hat einen gewissen Komplexitätsgrad, und sie ist letztlich genau das, was Juristen tagtäglich tun und als juristische Fachliteratur veröffentlichen. Das ist natürlich nicht falsch, sagt aber wenig darüber aus, wozu das Ganze dient, worin, anders gewendet, der Sinn von Dogmatik besteht.

27 Anna-Bettina Kaiser (geb. 1976) hat die Brohmsche Formel kürzlich sehr schön weitergedacht[69] und zu drei Charakteristika von Rechtsdogmatik entfaltet: (1) Begriffsarbeit auf mittlerer Abstraktionsebene, (2) Systembildung und -nutzung, (3) (Modifizierte) Anwendungsorientierung. Sie hat zudem herausgestellt wie sehr die Begriffe „Juristische Methode", „Dogmatik" und „System" zusammenhängen – und wie verschieden sie seit dem 19. Jahrhundert verstanden wurden.

28 An die Brohmsche Formel schließt auch Christoph Möllers an (übrigens unter Verwendung des Ausdrucks „Sinnzusammenhänge").[70] Allerdings gerät er gleich danach auf ein völlig anderes Gleis. Zwar heißt es zunächst – Lob der Dogmatik! –: „Praktisch hält sie als spezifisches Wissen all das, was die Methodenlehre nur verspricht."

> Das dürfte freilich in allen Wissenschaften so sein: Die richtigen Methoden versprechen (!) nun einmal seriöse Erkenntnis.

Gleich darauf bekommt aber auch die Dogmatik eins darauf: Durch ihre Anwendungsbezogenheit sei sie nur „beschränkt wissenschaftsbezogen". Folglich ergebe

66 *Christoph Bezemek* (Hrsg.), Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven, Wien etc. 2023 – durchaus angeregt von Lepsius' gerade erwähntem Diskussionsbeitrag (S. 1).

67 *Christian Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik. Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (Fn. 46), S. 17–37 (21–28); siehe auch *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 149–154.

68 *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30 (1971), S. 246.

69 *Anna-Bettina Kaiser*, Juristische Methode, Dogmatik und System, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Heidelberg 2021, § 24 Rn. 19–26.

70 *Christoph Möllers*, Methoden, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 3. Aufl., München 2022, § 2 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich ihre Bedeutung „weniger daraus, dass sie im Zentrum der Rechtswissenschaft steht, als vielmehr daraus, dass sie das Gemeinsame – die *Schnittmenge – von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft* bezeichnet" (Hervorhebungen im Original).

> Kurz: Dogmatik ist für praktisches Wissen gar nicht so wichtig, und die eigentliche Wissenschaft spielt eine Liga höher.

Wäre es nicht Christoph Möllers (geb. 1969), also einer der brillantesten deutschen Juristen (wir mögen uns), ich würde sagen: Ist das nicht eine sehr naive Vorstellung von einerseits „praktischer Rechtsanwendung", andererseits theoretischer „Wissenschaft"? Von denen da unten in der Rechtspflege und denen da oben in abgehobener, weil anwendungsenthobener (!) Reflexion des Rechts als solchen? Und wo kommt denn, ganz simpel gefragt, in diesem Modell das Recht her? Die einen wenden es an, die anderen denken darüber nach – aber wer setzt es? Bleibt wohl nur: die Politik – ohne ernsthafte Einbindung in das Recht und seine spezifische „Denke" (= Dogmatik).

> Zudem ist „Rechtsanwendung" eine ganz irreführende Metapher. Es ist nicht zuerst das Recht da, und dann wird es wie ein Kochrezept abgearbeitet. Sondern: Jede rechtlich-praktische Entscheidung ist nicht nur Anwendung, sondern auch *Produktion* rechtlichen Wissens – und eben deshalb Teil der Rechts*wissen*schaft, in deren Kontext[71] sie sich mehr oder weniger gelungen einordnet (sie kann gar nicht anders[72]). Ganz ebenso muss sich jede Idee der theoretischen Rechtswissenschaft (Interpretation, Modifikation, Theorie, „Modell") in rechtlichen Entscheidungen praktisch bewähren. Daher: „Anwendung"? Nein: Gestaltung eines Gemeinschaftswerks – und Dogmatik *ist* die gemeinsame Wissenschaft. 29

c) Zwischenfazit: Was Dogmatik nur oberflächlich ist

Um es zu betonen: Man muss nicht über Worte streiten. Mögen manche mit dem Begriff „Dogmatik" dies verbinden („wenn es viele Fußnoten hat") oder auch jenes („unwissenschaftlich"). Jedenfalls sollte man aber klar machen, was gemeint ist, sonst redet man aneinander vorbei (gelegentlich sogar lautstark[73]). Wir wollen deshalb zunächst schauen, was die NJML *nicht* unter Dogmatik versteht: 30

- Dogmatik (= „Wissenschaft") versus „Praxis"? Das lässt sich wirklich nicht halten: „Praktiker" fabrizieren ganz ebenso dogmatische Literatur wie Universitätsprofessoren, Universitätsprofessoren arbeiten „praktisch" als Gutachter, Prozessvertreter, Bundesverfassungsrichter. Sie geben dafür ihr wissenschaftliches Denken nicht an der Pforte ab.
- Dogmatik hat eine gewisse Komplexität. Aber das ist nicht das Wesen von Dogmatik, sondern eine zufällige Entwicklung: Wenn von 20 Grundgesetzkommentaren genug Leute profitieren, wird es sie geben. Die NJML weiß hingegen: Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall – und der Frage, ob er genauso zu behandeln ist wie der erste.

71 Oder „System" oder „Sinnzusammenhang".

72 In Anlehnung an Watzlawick: Eine rechtliche Entscheidung kann mit der Rechtswissenschaft „nicht nicht" kommunizieren.

73 Schöne Grüße an Oliver Lepsius.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Dogmatik spielt auf einer mittleren Abstraktionsebene – das trifft nur im Hauptfeld zu. Schon die Auslegung eines einzigen Gesetzeswortes ist Dogmatik, konkreter geht es kaum. Das Gebot der Rücksichtnahme und das Anwartschaftsrecht sind Produkte der Dogmatik – aber geht es abstrakter? Kurz: Die Hintergrundvorstellung, Dogmatik sei das, was zwischen „Einzelfall" und „Gesetz" auf mittlerer Höhe vermittelt, wirkt etwas antiquiert.

  Man bedenke auch, wie detailliert heutige Gesetze daherkommen, sagen wir etwa: § 137a SGB V (Sozialgesetzbuch Fünf), betreffend das Institut für Qualitätssicherung und Transparenz im Gesundheitswesen (IQTIG).

– Dogmatik ist „unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung" (*Brohm*). Das ist zwar insofern richtig, als Dogmatik das Gesetz kritisieren und sogar neue Gesetze vorschlagen darf. Missverständlich ist die Wendung aber doch: Kennzeichnend für Dogmatik ist nun einmal die Bindung an autoritative Texte (man kann auch sagen: „Primärtexte").

d) Dogmatik als Lehre von rechtlicher und juristischer Richtigkeit

31 Wie gesagt, um Wörter muss man nicht streiten. Klar werden muss aber, was mit ihnen gemeint ist, welchen *Begriff* sie bezeichnen. Insofern will ich für die NJML gleichsam abschließend festhalten:

Wir haben uns mit dem Begriff „Dogmatik" schon an zwei Stellen beschäftigt: im Kontext der juristischen Interpretation – § 10 Rn. 32 (Bezug auf den gemeinsamen Sinnzusammenhang „Recht") – und im Kontext der Regel- und Systembildung (§ 11 Rn. 7–9, 34). Wir können daher zunächst die beiden wichtigsten Aussagen wiederholen:

Dogma 1. Dogmatik ist die Lehre – genauer die Gesamtheit der Lehren[74] – von der rechtlichen und juristischen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen.

Dogma 2. Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.

32 Sodann können wir uns ein wenig zurücklehnen und auf den Weg zurückschauen, den wir seither gegangen sind. Und können als weitere Dogmen festhalten:

Dogma 3. Unter rechtlicher und juristischer „Richtigkeit" ist das regulative Ideal der Dogmatik zu verstehen.

  Erläuterung: „Rechtliche" Richtigkeit meint die – idealiter! – am besten begründete Entscheidung. „Juristische" Richtigkeit meint den Bereich dessen, was man juristisch (noch) vertreten kann. Juristisch „vertretbar" ist alles, was sich rechtswissenschaftlicher Argumente bedient. „Rechtswissenschaftlich" ist alles, was nach der juristischen Methode vorgeht – es gibt nur eine.[75] Dies führt zu zwei weiteren Dogmen:

Dogma 4. Rechtliche und juristische Richtigkeit sind eine Frage der Methode.

---

74 Diese Präzisierung verdanke ich nach wie vor *Dominik Richers*, Rechtslast. Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifeln in der Rechtsanwendung, Berlin 2017, S. 242.

75 Es ist also kein Gegensatz, wenn man Dogmatik „als Wissenschaft" versteht (*Schuhr*) oder „als Methode" (*Lennartz*). Beides hängt – in gutem Sinne zirkulär – voneinander ab.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dogma 5. Die juristische Methode besteht aus Logik, Logik, Logik (Deduktion, Induktion, Abduktion).

Erläuterung (man achte auf das Kursive): Es beginnt schon beim einzelnen (neuen) Fall: Könnte es sein, dass auf die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft die *Regeln* der Gesellschaft bürgerlichen Rechts[76] passen? Darauf muss man erst einmal kommen (Abduktion)! – Die Logik setzt sich fort beim Vergleich mehrerer Fälle: Die *Regeln* zur Fortsetzungsfeststellungsklage[77] sollten auch dann gelten, wenn sich der Verwaltungsakt schon vor Klagerhebung erledigt hat (Analogie). – Wenn es noch mehr Fälle werden, darf es ein wenig abstrakter werden (Systembildung): Alle Leistungsstörungen, auch das Verschulden bei Vertragsschluss,[78] sollten nach denselben *Regeln* entschieden werden (Induktion). – Dies ist dann auch die Sicht der Gesetzgebung (*Regel*setzung): Alle Fälle von besonders schwerem sexuellen Fehlverhalten sind mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu bestrafen.[79] - Allerdings muss man unter diese *Regel* dann auch wieder subsumieren können: Ja, dies hier ist ein „besonders schwerer Fall" (Deduktion).

Es zeigt sich daher: 33

Dogma 6. Im Zentrum der juristischen Dogmatik stehen *Regeln*. Anders gewendet: Recht ist die Kunst der Regeln, Jurisprudenz (Rechtswissenschaft) ist die Kunst ihrer Kritik.

Die große Frage bleibt dann aber, wie man im konkreten Fall zu der Überzeugung kommt, dass diese Regel (samt Anwendung) und nicht eine andere die „richtige" ist? Insofern gilt:

Dogma 7. Die Überzeugung, dass eine rechtliche Entscheidung „richtig" ist, ist letztlich eine Frage der Ästhetik, das heißt: der Wahrnehmung des Gesamtkunstwerkes aus Regel, Fall und Ergebnis.

Und eine Theorie-Praxis-Lücke (oder auch Anwendung-Wissenschaft-Lücke) *gibt es nicht*. 34

2. Wissenschaftlichkeit

Auch ein zweiter relativ aktueller Meta-Diskurs ist zugleich ein Dauerbrenner: Er betrifft die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Jurisprudenz eine Wissenschaft ist. Das rechtsgeschichtliche Standardwerk ist insoweit nach wie vor die Studie „Recht als Wissenschaft" (2001, 2., erweiterte Aufl. 2012; 3., erweiterte Aufl. 2020) von Jan Schröder (geb. 1943) – allerdings stellt Schröder, wie es sich für ein rechtshistorische Arbeit gehört, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz nicht ernsthaft in Frage, sondern 35

76 §§ 705 ff. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

77 § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung).

78 Zu diesem berühmten Beispiel § 16 Rn. 16–20.

79 § 177 Abs. 6 StGB: „In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder
2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird."

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kommt gleich zur Sache: „Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)".[80]

Dahinter steht natürlich eine Überzeugung, von der auch die NJML ausgeht: Es ist die Methode, die eine Wissenschaft zur Wissenschaft macht – und nicht alle Methoden sind wissenschaftlich (man denke an Magie oder Gewalt).[81]

36 Umso mehr begründet seit 2007 eine Schriftenreihe im Mohr-Verlag eine (neue) Tradition des Infragestellens: „Recht – Wissenschaft – Theorie".[82] Der erste Band trug den Titel „Das Proprium der Rechtswissenschaft" (2007),[83] der zweite schlicht „Rechtswissenschaftstheorie" (2008)[84]. Beides sind Sammelbände, sie bieten daher ein buntes Bild – und offenbar war beide Male die Versuchung groß, das Thema gegen den Strich zu bürsten.

So im ersten Band Mathias Reimann (geb. 1955): Ein Proprium (also: ein Eigenes, ein Alleinstellungsmerkmal) der Rechtswissenschaft gebe es nicht, nur viele Propria[85] – man ist versucht zu sagen: viel Eigenartiges. Im zweiten Band Christoph Möllers (geb. 1969): Das Recht brauche keine eigene Wissenschaftstheorie – könne aber gerade dadurch von „der" Wissenschaftstheorie „neue Perspektiven … bekommen".[86]

Das deckt sich mit dem Geleitwort der Herausgeber der Reihe[87] und mit der Tendenz, die „Theorie" (= Wissenschaft) gegen die „Praxis" (der real existierenden Rechtspflege) auszuspielen.

37 Besonders schön im Übrigen eine Bemerkung von Gertrude Lübbe-Wolff (geb. 1953), im Klartext: Angesichts dessen, was sich heutzutage an den Universitäten herumtreibt, muss man nicht befürchten, die Rechtswissenschaft könnte unwissen-

80 *Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990), 3. Aufl., München 2020 (zwei Bände); die erste Auflage 2001 endete mit der Historischen Schule (1850), die zweite Auflage 2012 mit der Weimarer Republik (1933). – Man darf sagen: Es ist Schröders Lebenswerk und über alle Maßen bewundernswert. – In der Sache analysiert Schröder alle Epochen nach dem Zweierschema „Rechtsquellenlehre – Methodenlehre", in den Unterpunkten gibt es dann Variationen. Dies ist mit dem Ansatz der NJML (autoritative Rechtstexte" statt „Rechtsquellen", Einheit von „Regel – Fall – Ergebnis") nur teilweise kompatibel.

81 Siehe auch *Charles Sanders Peirce*, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 – 387 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraphen 358–387); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. Von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 149–172. – Peirce unterscheidet die Methoden der Beharrlichkeit (*tenacity*), der Autorität (*authority*), des subjektiven Überzeugtseins (*apriori*) und der Wissenschaft (*science*) – die zugleich die Methode der Logik ist.

82 Herausgeber sind Matthias Jestaedt (geb. 1961), Oliver Lepsius (geb. 1964), Christoph Möllers (geb. 1969) und Andreas Voßkuhle (geb. 1963).

83 *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007.

84 *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008.

85 *Mathias Reimann*, Die Propria der Rechtswissenschaft, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 87–99 (99).

86 *Christoph Möllers*, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 84), S. 151–174 (174).

87 „Die Reflexion dieser Fragen kann dabei helfen, die Arbeitsteilung zwischen Theorie und Praxis neu zu justieren und deutlich zu machen, dass beide Seiten ihre Stärken nicht notwendig dadurch entfalten werden, dass sie sich einander annähern."

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaftlicher sein.[88] Gerade deshalb sollte sie aber ihre Kernkompetenz stärker betonen: „Präzision im Aufdenpunktbringen des Verstandenen".[89]

Keinen Konsens gab es übrigens auch zur Frage der Richtigkeit von Recht. Während Mathias Reimann dem positiven Recht offenbar keine Richtigkeit zutraut,[90] betont Wolfgang Frisch (geb. 1943): Aufgabe der Rechtswissenschaft sei, „das (relativ auf einen bestimmten Kontrollbereich) richtige Recht zu benennen."[91]

Die besagte Reihe ist mittlerweile auf 18 Bände angewachsen, darunter die Titel „Selbstreflexion des Rechts"[92], „Konjunkturen in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung"[93], „Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie"[94], „Dimensionen des Wissens im Recht"[95]. Es muss an dieser Stelle leider bei diesem „Ausblick" bleiben. 38

Und es darf am Ende dann doch der Hinweis auf das klassische Bonmot von Julius Hermann von Kirchmann (1802–1882) nicht fehlen, es stammt aus dem ziemlich wirren Vortrag „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" (1848) – Kirchmann war zu dieser Zeit Staatsanwalt: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur."[96]

Makulatur war eine Masse, hergestellt aus Kleister und gemahlenem Altpapier. Sie diente dazu, beim Malen und Tapezieren unebene Wände zu glätten.

Für **Fachphilosophen**: Julius von Kirchmann ist insoweit von großer Bedeutung, als er 1868 die „Philosophische Bibliothek" begründet hat, die bis heute besteht und seit 1911 im Verlag Felix Meiner (Hamburg) erscheint. Sie hatte von Anfang an das Ziel, wichtige philosophische Werke in preiswerten Ausgaben einem breiten Publikum zugänglich zu machen, zudem fremdsprachige Werke in deutscher Übersetzung. von Kirchmann hat sogar selbst Übersetzungen beigesteuert, u.a. von Aristoteles' Zweiter Analytik und von Francis Bacons „Novum Organon".

---

88 *Gertrude Lübbe-Wolff*, Expropriation der Jurisprudenz? in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 282–292 (282 mit Fn. 1): Die „hochschulpolitische Entwicklung [hat] die Frage nach dem Wissenschaftsstatus und damit der berechtigten Universitätszugehörigkeit von Wissensdisziplinen weitgehend obsolet gemacht". Noch schärfer aber die Kritik an der neoklassischen Ökonomie mit ihrem Bemühen, sich dadurch als „harte" Wissenschaft auszuweisen, dass sie auf interpersonale Nutzenvergleiche verzichtet und folglich die wesentlichen Fragen ausklammert – die Fragen nach „Güter[n] und Probleme[n], die an Verteilungsfragen hängen".

89 *Lübbe-Wolff*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 292.

90 *Reimann*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 87–99 (87 f.).

91 *Wolfgang Frisch*, Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens – am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 156–184 (182).

92 *Erik Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 2021; darin übrigens gerade auch „fremdreferentielle" Fragen nach den sozialen Folgen der Organisation von Wissenschaft und insbesondere der Hochschulpolitik für die Rechtswissenschaft!

93 *Andreas Funke/Julian Krüper/Jörn Lüdemann* (Hrsg.), Konjunkturen in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung, Tübingen 2015.

94 *Andreas Funke/Jörn Lüdemann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Tübingen 2009.

95 *Laura Münkler* (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, Tübingen 2019.

96 Es gibt mittlerweile eine ganze Fülle von Ausgaben, z.B. einen Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt 1960 (46 Seiten). Man findet den Vortrag zudem als Volltext im Internet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

39 Die NJML sieht die Frage nach Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft mit einer gewissen Gelassenheit: Es ist eine Frage der Methode. Daher bezogen auf dieses Buch: *tolle, lege.*[97]

3. Einzelne Ansätze

40 Was weitere Ansätze zu juristischen Meta-Diskursen angeht, ist die NJML in einer gewissen Verlegenheit. Es gibt, wie gesagt, eine ganze Fülle von Meta-Diskursen über das Recht – etwa über seine Inszenierung,[98] über *Law and Literature*,[99] über rechtliches Wissen[100] – und sie haben mal mehr, mal weniger Berührungspunkte mit „traditioneller" juristischer Methode. Wir müssen uns auf Ansätze beschränken, bei denen der Bezug zu Methode und Methodenlehre(n) deutlich zu Tage tritt.

a) Die Bielefeld-Potsdamer Kolloquien

41 Zuvörderst zu nennen sind daher die „Bielefelder Kolloquien". Sie wurden von Susanne Hähnchen (geb. 1969) im Jahr 2019 mit dem treffenden Thema „Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk" ins Leben gerufen[101] und mit dem sehr anregenden Titel „Eine Methodenlehre oder viele Methoden?" fortgesetzt.[102]

Auch dies reizte zum Widerspruch: eine Methode, viele Methodenlehren![103]

Mittlerweile hat das Kolloquium seinen Sitz nach Potsdam verlegt, es fand dort 2024 unter dem Titel „Methodenlehre und Digitalisierung" statt.[104]

b) „Methodenstreit" im Öffentlichen Recht?

42 Weniger Berührung mit der traditionellen juristischen Methode, als man denken könnte, haben die Meta-Diskurse über Methodenfragen im Öffentlichen Recht. Insofern gab es 1999 einen durchaus provokanten Aufsatz des schon erwähnten Christoph Möllers, in dem dargelegt wurde, dass sowohl im Staats- als auch im Verwaltungsrecht unter der Oberfläche mehr methodischer Dissens bestehe, als den meisten bewusst sei.[105]

In der Tat gab es damals durchaus Bestrebungen, die Juristen im Verwaltungsrecht auch an nicht-juristische Methoden heranzuführen (Ökonomie, Steuerungswissenschaft

97 Latein: Nimm, lies.

98 *Laura Münkler/Julia Stenzel* (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

99 Eine schwer zu fassende, sehr diverse Bewegung.

100 Exponiert *Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, Frankfurt a.M. 2006; *Alexander Somek*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018 (mit Kommentaren von *Andreas Funke* und *Thomas Vesting*).

101 *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk. Erstes Bielefelder Kolloquium, Tübingen 2019.

102 *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden? Zweites Bielefelder Kolloquium zur Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, Tübingen 2020.

103 *Joachim Lege,* Was leistet „die" Juristische Methode (und Methodenlehre)?, in: Hähnchen (Hrsg.), Zweites Kolloquium (Fn. 102), S. 21–47 (46 f.).

104 Tagungsband: *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Methodenlehre und Digitalisierung, Potsdam 2024.

105 *Christoph Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) 90 (1999), 187–207.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

etc.) – letztlich, um sie auf dem Arbeitsmarkt konkurrenzfähiger zu machen. Das Ganze firmierte unter dem Label „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", Flaggschiff war (und ist nun in dritter Auflage) das ursprünglich[106] dreibändige Handbuch „Grundlagen des Verwaltungsrechts", herausgegeben von Wolfgang Hoffmann-Riem (geb. 1940), Eberhard Schmidt-Aßmann (geb. 1938) und Andreas Voßkuhle (geb. 1963).[107] Das Kapitel über „Methoden" hat Christoph Möllers beigesteuert.

> Etwas traditioneller aufgestellt ist ein jetzt neu herausgekommenes „Handbuch des Verwaltungsrechts". Den Methoden-Beitrag von Anna-Bettina Kaiser habe ich schon erwähnt.[108]

Was die Stellung der NJML zur Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft angeht, wird man sagen dürfen: Die NJML ist ebenfalls interdisziplinär angelegt, sie geht aber mehr in die Tiefe als in die Breite. Kurz: Sie ist juristischer.

c) Kritik am Recht „als Metaphysik"

Den nächsten Ansatz vertritt ein Einzelkämpfer: Josef Franz Lindner (geb. 1966) hat 43
2017 eine Schrift mit dem Titel „Rechtswissenschaft als Metaphysik" vorgelegt. Er kritisiert darin, dass und wie sich die Rechtswissenschaft durch zirkuläre Argumentation immer wieder selbst dazu ermächtig, „Metaphysik" ins Recht zu schmuggeln – mit der Folge von Methodenbeliebigkeit, Begriffsbeliebigkeit, Theoriebeliebigkeit.[109] Das sind schwere, aber nicht unberechtigte Vorwürfe. Die NJML kann Linder vor allem darin zustimmen, dass er einen „Verzicht auf dogmatische Theorien mittlerer Abstraktionshöhe" fordert.

> So schlägt Lindner zum Beispiel vor, die Dreistufentheorie des BVerfG zur Berufsfreiheit des Art. 12 GG (§ 10 Rn. 18–20) über Bord zu werfen und stattdessen sogleich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden[110] (der allerdings, kleiner Einwand, auch nicht im Gesetz steht).[111]

Kurz: Zurück zum Text, zurück zum Fall – das ist auch die Quintessenz der NJML.[112]

d) Expositives Recht

Das „Zurück zum Text"[113] trifft sich zudem gut mit dem wohl intellektuellsten neuen 44
Ansatz zu einem methodologischen Meta-Diskurs: Gemeint ist Ino Augsbergs Konzept

106 Die dritte Auflage umfasst nur noch zwei Bände.

107 Erscheinungsort: München.

108 Siehe Fn. 69.

109 *Josef Franz Lindner*, Recht als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft, Tübingen 2012, insb. S. 83, 90, 91-114, 114-120.

110 *Lindner*, Metaphysik (Fn. 109), S. 142–144.

111 Die NJML würde vorschlagen: Verzicht auf die Abwägungsfehlerlehre zu Gunsten der „Dicker-Hund-Theorie" (siehe § 28 II).

112 Siehe auch schon *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064 (1063) mit fünf Folgerungen.

113 Zum „Zurück zum Fall" siehe *Andreas Funke*, Falldenken im Verwaltungsrecht. Ein systematisches Studienbuch, Berlin 2020, dem es aber mehr um die Systematisierung der verwaltungsrechtlichen Fallgestaltungen als um die Argumentation am Fall geht.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines „expositiven" Rechts,[114] das er auf der Grundlage von Texttheorie ganz explizit (auch) als ein methodologisches Konzept ausgeflaggt hat.[115]

Allerdings kommt diese Methodologie, das muss man sagen, nicht sehr „handwerklich" daher. Stattdessen entfaltet sie im ersten Schritt ein Konzept von „Textualität", das sich vor allem zum Ziel gesetzt hat, naive und – schlimmer noch – nur vorgeschützt naive Vorstellungen von Text und Textbindung in der Rechtswissenschaft zu bekämpfen. All dies geschieht mit beneidenswerter Bildung und auf höchstem sprachlichen Niveau – es ist aber auch, für den Normaljuristen, ein wenig abgehoben (was meiner Bewunderung keinen Abbruch tut). Klar ist zudem die Kernthese: „Recht ist Text"[116] – und man muss ihn ernst nehmen.

Sehr kritisch daher Augsbergs Sicht auf die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft.[117]

45 Die Aus-Arbeitung des ex-positiven Rechts, zweiter Schritt, kommt dann ein wenig spielerisch daher: wortspielerisch. So heißen die drei zentralen Kapitel „Setzen", „Stellen" und „Legen" – das sind die drei Bedeutungen von lateinisch *ponere* –, und auch die Vorsilbe *ex-* wird sorgsam seziert („aus" und „vorbei"). In der Sache muss man auch hier sagen: Es ist nicht gerade anwendungsbezogen, was Augsberg bietet, vielmehr durchweg theoriebezogen, es kommen u.a. vor: Jhering, Luhmanns Autopoiesis, sogar Savignys klassische Lehre von der Aus-Legung (dazu in diesem Buch § 15d Rn. 7–19). Richtig ist natürlich die Kernthese: „Recht besteht als Recht, weil es sich selbst exponiert"[118] – also indem es sich der Welt und der Kritik „aus-setzt". Das verträgt sich am Ende ganz wunderbar mit einer pragmatistischen NJML, deren letzter Grund Ästhetik ist.

Insgesamt ist Augsbergs Werk geradezu ein Musterbeispiel für das, was manche wohl „Wissenschaft" im Gegensatz zu „Rechtsanwendung" nennen würden. Ich vermute, dass Menschen, die Tristram Shandy mögen,[119] es besonders gern lesen werden.

Die NJML vermisst, als Pendant zum Bezug zum Text, ein wenig den Bezug zum Fall.

III. Methodenlehre: zwischen Kärrnersarbeit und „Kulturteil"

46 In gewisser Weise ist Ino Augsberg – und ist auch sein Bruder Steffen Augsberg – geradezu eine Inkarnation des gegenwärtigen Stands der deutschen juristischen Methodenlehren. Augsberg und Augsberg geben nämlich gemeinsam mit einem dritten Autor ne-

114 *Ino Augsberg*, Elemente einer Theorie des expositiven Rechts, Weilerswist 2021.

115 *Ino Augsberg*, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, 2. Aufl., Weilerswist 2020.

116 *I. Augsberg*, Lesbarkeit (Fn. 115), z.B. S. 91.

117 *I. Augsberg*, Lesbarkeit (Fn. 115), S. 19 f.

118 *I. Augsberg*, Expositives Recht (Fn. 114), S. 7.

119 *Laurence Sterne*, The Life and Opinions of Tristram Shandy, Gentleman, 9 Bände, Dublin und London 1759–1767. – Auf Tristram Shandy Bezug nimmt denn auch explizit: *Ino Augsberg*, Methodisch verfahren. Zur Verteidigung von Ambiguität im und durch Recht, in: JZ 2024, 157–166, ja er plädiert geradezu für eine „shandyeske Methodologie" (158, 166), in der Umwege und Assoziationen etwas *sun-shine* in die Lektüre bringen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ben ihren methodentheoretischen Arbeiten[120] auch eine ganz auf Studenten zugeschnittene Anleitung zur Fallbearbeitung heraus: „Klausurtraining Verfassungsrecht“.[121] Darin werden, ganz konventionell, in Kapitel 1 „Grundstrukturen und Prüfungsschemata“ vorgestellt, sodann in Kapitel 2 die „Methodik der Fallbearbeitung im Staatsrecht“.

47 In dieser Methodik ist zentral dann das Schema, dass uns im Straf- und Zivilrecht schon begegnet ist: „Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis“ – Augsberg und Augsberg wandeln es nur leicht ab: „Obersatz – Die Inhaltsbestimmung von Tatbestandsmerkmalen – Subsumtions- und Abwägungslogik – Der Ergebnissatz“.[122] Kurz, es ist – fernab von aller Theorie – das leicht stupide Modell von „Rechtsanwendung“, so wie es der Klausurendrill der deutschen Juristenausbildung verlangt. Es ist die Kärrnersarbeit am Fall, die mit Wissenschaft noch nichts zu tun hat – allenfalls mit einem falschen Verständnis von Wissenschaft …

> … und damit auch von Methodenlehre, denn darunter versteht man üblicherweise „nur ein Kürzel für eine wissenschaftspropädeutische Einführungsliteratur, die die Anleitung von Studierenden zum Zweck hat und die allein das Lösen von Fällen für eine wissenschaftliche Leistung hält“.[123]

Wie auch immer: Augsberg und Augsberg sind also auch in diesem Bereich der Methodenlehre zuhause. Dabei freut mich besonders, dass sie in ihrem zweiten Kapitel ganz selbstverständlich immer wieder von einer „gelungenen“ Klausurbearbeitung oder Schwerpunktsetzung und vom „Gelingen“ der Klausur sprechen. (Zur Kategorie der Gelungenheit siehe § 31 Rn. 40, 86–101, §§ 33 und 34).

* * *

48 Aber natürlich geht es hier gar nicht um Augsberg und Augsberg (die ich ebenfalls sehr mag), sondern um eine große „Kluft“ in der deutschen Jurisprudenz (oder Rechtswissenschaft, ich verwende beides meist synonym). Es ist die Kluft zwischen der juristischen Alltagspraxis und den davon abgehobenen theoretischen Meta-Diskursen über das Recht, über seine Methoden, über seine Wissenschaftlichkeit – wenn man so will: die Kluft zwischen der juristischen Kärrnersarbeit und dem „Kulturteil“[124] der juristischen Literatur. „Kulturteil“: Man braucht ihn nicht wirklich, aber es ist doch schön, dass es ihn gibt.

> Und beide Seiten – die Kärrnersarbeit und der Kulturteil – leben in einer gewissen Lethargie und Selbstzufriedenheit nebeneinander her.

120 Für die ebenfalls beeindruckende Theoriekompetenz des (Zwillings-)Bruders siehe etwa *Steffen Augsberg*, Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftstheoretische Renaissance? in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht (Fn. 94), S. 145–199.

121 *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Thomas Schwabenbauer*, Klausurtraining Verfassungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2020.

122 *Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer* (Fn. 121) S. 111–118.

123 *Ch. Möllers*, Vorüberlegungen, in: Jestaedt/Lepsius (Fn. 84), S. 151–174 (156).

124 Der „Kulturteil“, auch Feuilleton genannt, ist neben Politik, Wirtschaft, Lokales und Sport eines der klassischen fünf Ressorts einer Zeitung. – Der Deutschlandfunk Kultur wirbt mit dem Schlagwort: Das Feuilleton im Radio.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zum Abschluss

49 Aus eben diesem Grund will die NJML nicht wirklich nett sein. Sie will beide Seiten ein wenig wachrütteln und zeigen: Auch am einfachsten Fall treten immer wieder „Grundlagen" zutage – wenn man die Mühe auf sich nimmt, genau hinzuschauen. Was man dann sieht, ist nicht immer schön – und vor allem ist nicht schön zu sehen, auf wie dünnem Eis wir immer wieder wandeln. Das dünne Eis wird aber auch nicht dicker, wenn wir möglichst elegant darüber hinweggleiten.

50 Recht ist, wie ich irgendwann einmal gesagt haben soll, die wichtigste Infrastruktur der Gesellschaft. Wir sollten daher nicht die Augen davor verschließen, dass wir das Recht vielleicht gar nicht so gut handhaben, wie wir denken – sei es in der Betriebsblindheit unserer „Praxis" oder in der Betriebsblindheit der „Theorie".

Auf der anderen Seite sollten wir die Augen offen halten für die Momente, in denen Recht ganz einfach gelingt – und vielleicht sogar versuchen, dies auch Nicht-Juristen zu zeigen. Es ist nämlich gar nicht so einfach,

to recognize the greatness and wonder of things familiar to us[125],

also: die Großartigkeit und Unwahrscheinlichkeit dessen zu erkennen, was uns selbstverständlich geworden ist: ein Recht, das diesen Namen verdient.

125 *Charles S. Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903) in: CP 5.65 (Fn. 81); in der wichtigsten deutschen Ausgabe – Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991 – leider ausgelassen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 40 Die Vernünftigkeit des Rechts

Der Haupttitel dieses Buches sollte ursprünglich lauten: „Neue Juristische Methodenlehre", abgekürzt „NJML". Hinzukommen sollte im Lauf der Zeit als Untertitel: „Ein System". 1

Im Gegensatz zu einem Handbuch.

Unter dem ersten Titel ist das Buchprojekt mit einem Stipendium der VW-Stiftung[1] gefördert worden, also letztlich vom „Steuerzahler"; oder sagen wir besser: von der Gesamtgesellschaft. Deshalb wendet sich das Buch denn auch nicht nur an Juristen, sondern an alle, die sich dafür interessieren, wie das Recht funktioniert – gutes Recht, Recht, wie wir es verstehen. Vielleicht kann man sogar sagen: Es ist ein Buch für Leute[2], die wissen wollen, wie das Recht denkt, wie es **„tickt"**. Im Recht steckt nämlich eine eigene Vernunft, eine Vernunft, die größer ist als die Vernunft der einzelnen Individuen, die sich um die Verwirklichung des Rechts bemühen (das sind nicht nur Juristen!). Und diese Vernunft des Rechts ist auch größer als die Vernunft von Fachphilosophen, die eine „Kritik" des Rechts entwerfen, ohne das Recht wenigstens im Ansatz verstanden zu haben.[3] 2

Sofern man dazu bei Marx anknüpft (den ich durchaus verehre): Karl Marx (1818–1883) hatte immerhin Jura studiert.

I. Zum Titel „Kritik der juristischen Vernunft"

Aus diesem Grund – und einigen weiteren Gründen – ist es schließlich zu dem neuen Haupttitel dieses Buches gekommen: „Kritik der juristischen Vernunft". Und es ist auch wirklich eine **Kritik** geworden. 3

1. Was heißt Kritik?

Das Wort „Kritik" kommt, wie gelegentlich schon erwähnt, aus dem Altgriechischen. Dort bedeutet *krínein*: prüfen, sichten, beurteilen – sei es negativ, sei es positiv (so wie Kino- und Theaterkritiken oder die „Einzelkritik" an Fußballspielern). In diesen 4

1 Die VolkswagenStiftung (so die Schreibweise gemäß § 1 ihrer Satzung) ist eine rechtsfähige und gemeinnützige Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in Hannover, Eigenkapital derzeit 4,1 Milliarden Euro. Zu ihrer Entstehung und ihrem Namen gibt sie diese Selbstauskunft: „Ihre Existenz und ihren Namen verdankt die Stiftung einem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Niedersachsen von 1961: Die „Volkswagenwerk GmbH" wurde in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und so der Streit um die ungeklärten Eigentumsverhältnisse beigelegt. Mit dem Erlös aus dieser Privatisierung wurde die Stiftung gegründet – als private gemeinnützige Stiftung bürgerlichen Rechts, und nicht als Unternehmensstiftung." Mehr unter https://www.volkswagenstiftung.de/sites/default/files/documents/VolkswagenStiftung_Steckbrief.pdf <10.09.2024>.

2 Es wäre zu schön, aber das Wort „Leute" stammt wohl nicht vom altgriechischen *eleutherós* = frei.

3 Siehe zum Beispiel *Christoph Menke*, Kritik der Rechte, Berlin 2015; *Daniel Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin 2017. Die „Grundthese" lautet (S. 295): Das Recht ist „in seiner bestehenden Form systematisch auf Subjektivierungsprozesse angewiesen […], die ein gutes oder gelingendes menschliches Leben als Zusammenleben untergraben."

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinn ist denn auch die berühmte „Kritik der reinen Vernunft“ (1781) von Immanuel Kant (1724–1804) eine groß angelegte (856 Seiten[4]) Untersuchung dessen, was die menschliche Vernunft kann („was können wir wissen?“) – und auch, was sie nicht kann, z.B. die Existenz Gottes beweisen.

Grob skizziert: Das menschliche Erkenntnisvermögen (Vernunft im weiten Sinn) hat drei Bereiche: (1) die von Kant sogenannte „Sinnlichkeit“ – besser sollte man sagen: die Fähigkeiten der Wahrnehmung, (2) den „Verstand“ – Kant sagt: die Fähigkeit der Regeln (als Jurist sage ich: unter die man subsumieren kann), (3) schließlich die „Vernunft im engeren Sinn“ – Kant sagt: das Vermögen der Prinzipien (als Jurist sage ich: die Fähigkeit des Begründens).

5 Demgemäß hat dieses Buch nun geprüft und beurteilt, was die **juristische Vernunft** kann – und was nicht (z.B. höhere „Werte“ erkennen). Das Buch will also nicht bloß ein neuer Werkzeugkasten sein („Methodenlehre“), sondern eine Erkenntnistheorie. Als solche will sie, bei aller Kritik an der real existierenden[5] Jurisprudenz, die **Vernünftigkeit** der Juristischen Methode und des Rechts herausarbeiten: „**Das** können wir als Juristen **wirklich**.“ In diesem Sinn also: „Kritik der juristischen Vernunft“.

2. Was heißt Vernunft?

6 Aber was ist Vernunft? Vernunft im weiten Sinn ist bei Kant, wie wir gesehen haben, die Gesamtheit all unserer Erkenntnisvermögen. Dies hilft allerdings wenig weiter, wenn man danach fragt, was eine „richtige“ und was eine „falsche“ Erkenntnis ist,[6] oder auch: was Sinn und was Unsinn. Im Hinblick auf diese normative[7] Frage hat Kant einmal eher beiläufig formuliert:

„Denn eben darin besteht Vernunft, daß wir von allen unseren Begriffen, Meinungen und Behauptungen … **Rechenschaft** geben können.“[8]

Anders gewendet: dass wir sie hinreichend begründen können. Und wie begründet man? Kant geht anscheinend davon aus: mit der richtigen Methode. Deshalb heißt es denn auch in der Vorrede zur 2. Auflage der „Kritik der reinen Vernunft“:

„Sie ist ein Traktat von der Methode (…).“[9]

Nun gibt es natürlich verschiedene Methoden, Rechenschaft abzulegen bzw. eine Behauptung zu begründen: „Das war schon immer so“; „Gott hat es so angeordnet“; „das ist von Natur aus so“; oder auch ganz einfach: „Ich *fühle* es“.

4 In der 2. Auflage waren es sogar 884 Seiten.

5 Eine Anspielung auf den „real existierenden Sozialismus“ des 20. Jahrhunderts.

6 Das ist wichtig zu sehen: Erkenntnisse sind nicht definitionsgemäß richtig, es gibt, und sogar weitaus mehr, falsche Erkenntnisse. Auch im Recht.

7 Eine Norm ist ein Maßstab, ein Kriterium (*krínein*!) – man denke an die DIN-Normen.

8 *Immanuel Kant*, KrV B 642 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 171; „A“ wäre die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985 – übrigens an Endes des Abschnitts über die Unmöglichkeit eines kosmologischen Beweises vom Dasein Gottes.

9 *Kant*, KrV B XXII.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Charles Sanders Peirce (1839–1914) nennt dies die Methoden der Hartnäckigkeit (*tenacity*), der Autorität (*authority*) und des Apriori (*aprori*; etwas unglücklich, denn gemeint ist: subjektive Gewissheit).[10]

Und dann gibt es auch noch die Methode der **Wissenschaft** (*method of science*) – die übrigens ganz alltäglich ist, wir alle wenden sie immer dann an, wenn wir nüchtern und „weltoffen" nach einer Problemlösung suchen: also dort, wo das Problem sich wirklich stellt. 7

Das Problem mit der Religion ist zum Beispiel, dass man nicht objektiv beweisen kann, welches die richtige ist: Da steht Glaube gegen Glaube, und je unbelehrbarer, desto besser. Also haben die Katholiken und die Protestanten im alten Deutschen Reich[11] diese Frage im Augsburger Religionsfrieden von 1555 auf unbestimmte Zeit vertagt[12] – und im Übrigen das aktuelle Problem „ganz pragmatisch" wie folgt gelöst: *cuius regio eius religio* – der jeweilige Landesfürst bestimmt die „Staatsreligion".[13] Dass dies aus anderen Gründen problematisch ist (Religionsfreiheit der Untertanen![14]) und auch nicht ewig gehalten hat (1618–1648: Dreißigjähriger Krieg), ist eine andere Frage. Wichtig bleibt: Wo man ein Problem „rational" nicht lösen kann – und auf Gewalt als Lösung verzichten will –, muss man schauen, ob das *wirkliche* Problem nicht ein ganz anderes ist.

Vielleicht fallen sogenannte „Religionskriege" ohnehin in die Kategorie „Statt-des-wahren-Problems-ein-anderes-lösen" (§ 35 Rn. 25) – oder besser: vorschieben.

Und das schwierigste Problem bleibt und wird wohl immer bleiben: Wie überzeugt man Menschen davon, auf Gewalt zu verzichten?[15]

---

10 *Charles Sanders Peirce*, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 – 387 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5 Paragraphen 358–387]; deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 149–172.

11 Genauer: Im sogenannten Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation – nicht wirklich ein „Staat", eher ein Konglomerat aus großen und kleinen Fürstentümern, die sich ihren König wählten (und der König musste sich dann noch vom Papst zum Kaiser wählen lassen). Seit 1356 (Goldene Bulle) bestand das Kollegium nur noch aus sieben sogenannten Kurfürsten (Kur = Wahl, wie im Eiskunstlauf die Kür), später kam noch ein achter dazu. Natürlich war das Ganze höchst anfällig für Korruption.

12 „§ 10 So ist durch die Stände, Bottschaften und Gesandten aus jetzterzehlten Bedencken und erheischender Noth für rathsam, fürträglich und nothwenig angesehen, auch Uns in Unterthänigkeit vermeldet, daß die Tractation dieses Articuls der Religion *auf andere gelegene Zeit einzustellen* (Hervorhebung J.L.)." Abgedruckt in: *Dietmar Willoweit/Ulrike Seif* (Hrsg.) Europäische Verfassungsgeschichte (Rechtshistorische Texte), München 2003, S. 128. Aufschlussreich dazu *Gerd Roellecke*, Die Entkoppelung von Recht und Religion, in: Juristenzeitung (JZ) 2004, 105–110 (108 f.).

13 Die Formel findet sich so nicht im Augsburger Religionsfrieden, sie wurde geprägt von dem Greifswalder Professor Joachim Stephani (1544–1623), und dies auch gar nicht für das Augsburger Dokument, sondern für den Passauer Vertrag von 1552, in dem wesentliche Regelungen bereits vorweggenommen waren; siehe *Joachim Stephani*, Institutiones Iuris Canonici, Gryphiswald 1604, liber i, caput vii De iure episcopali, Rn. 52 (S. 60): „Ut & ideò hodiè Religionem Regioni cohaerere dici potest, ut cuius sit REGIO, hoc est, Ducatus, Principatus, Territorium seu Jus territorij, eius etiam sit RELIGIO, hoc est, Jus episcopale seu Jurisdictio spiritalis [sic]."

14 Der Augsburger Religionsfrieden gewährte, das war revolutionär, den Untertanen ein Abzugsrecht bei einem Bekenntniswechsel des Herrn (§ 24).

15 Antwort: Indem man Gewalt bei denen monopolisiert, die ein Recht schaffen und durchsetzen, das diesen Namen verdient. Oder kurz und knapp: Recht verhindert Gewalt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

8 Wie auch immer, am Ende und sozusagen inhaltlich lässt sich Vernunft am besten wohl wie folgt definieren:

> Vernunft heißt, Probleme dort lösen, wo sie sich wirklich stellen.

In diesem Sinn ist die Methode der Wissenschaft die einzige Methode, die Objektivität (man kann auch sagen: Sachlichkeit) wenigstens ermöglicht (wenngleich nicht garantiert). Und sie ermöglicht dies, indem sie erstens prüft, ob sich unsere „Meinungen und Behauptungen" (!) logisch-folgerichtig (§ 4) aus anderen Meinungen und Behauptungen ergeben (die man natürlich auch wieder kritisch überprüfen kann). Und zweitens: ob man das, worauf sich diese Meinungen und Behauptungen empirisch beziehen, nachvollziehen kann – z.B. ein Gefühl der Empörung, wenn jemand glaubt, Unrecht erfahren zu haben.

> Empörung ist die spezifische emotionale Reaktion auf Unrecht.[16]

3. Juristische Vernunft

9 Vielleicht ist es ein Zufall, aber die Redeweise „Meinungen und Behauptungen", die wir vorhin bei Kant gefunden haben, als es um das „Rechenschaft geben" ging, hat eine deutliche Parallele im gerichtlichen Verfahren, vor allem: im Verfahren vor den Zivilgerichten (s.o. § 22, Stichwort: Relationstechnik). In diesen Verfahren unterscheidet man bei allem, was die Parteien vortragen, zwischen Behauptungen und Meinungen. „Behauptungen" beziehen sich auf das, was sich tatsächlich ereignet hat, „Meinungen" beziehen sich auf die rechtliche Bewertung.

> Der Kläger *behauptet*, der Fernsehapparat „pfeift". Der Kläger *meint*, er dürfe deshalb vom Kaufvertrag zurücktreten, Rechtsfolge: Ware zurück, Geld zurück.

Wie auch immer: Juristische Vernunft ist offenbar die Fähigkeit, **im Recht** von unseren „Begriffen, Meinungen und Behauptungen" **Rechenschaft** zu geben. Dies gelingt – mal mehr, mal weniger – mit Hilfe der juristischen **Methode** (es gibt nur eine!), die zugleich die Methode der **Rechtswissenschaft** ist. (Anders gewendet: „juristisch" und „rechtswissenschaftlich"[17] ist dasselbe).

10 Die juristische Methode besteht nun, wie wir in diesem Buch ausführlich erläutert haben, aus „**Logik, Logik, Logik**" – also aus deduktiven, induktiven und abduktiven Schussfolgerungen. Das müssen wir hier nicht nochmals explizieren (zuletzt § 39 Rn. 32). Allerdings kommen wir in rechtlich interessanten Fällen – das müssen wir uns eingestehen – niemals zu einer „einzig- vertretbaren" Begründung mit einem „einzig-vertretbaren" Ergebnis (solche Fälle sind juristisch uninteressant). Sondern es gibt in interessanten Fällen immer mindestens zwei gut zu begründende Ergebnisse – die sich aber völlig (im Sinn eines Nullsummenspiels) widersprechen: *The winner takes it all*.

Wie soll dann aber die **Vernunft** siegen?

---

16 Siehe *Joachim Lege*, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478.

17 Genauer: dogmatisch-rechtswissenschaftlich. Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie gehören natürlich auch zur Rechtswissenschaft, müssen aber nicht das tun, was Dogmatik tut: konkrete rechtliche Entscheidungen rechtlich begründen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Insoweit haben wir gesehen: Wenn es zwei Vorschläge gibt, die uns alle beide „einleuchten", dann verweist dies auf eine Art dritte Instanz – wenn man so will: auf ein „System 3"[18] –, mit dessen Hilfe man rational durchkomponierte Problemlösungen nochmals als Ganzes auf sich wirken lässt. Und was genau lässt man „auf sich wirken"? Nun: den Zusammenklang von Ergebnis und Begründung, wie man ihn in zwei konkurrierenden Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS)[19] konstruiert hat. 11

Dann wird sich am Ende beispielsweise *zeigen*: Die erste Lösung *klingt besser*, weil sie dem Wortlaut eines autoritativen Textes (also insbesondere eines Gesetzes) „besser gerecht" wird. Oder aber: Die zweite Lösung klingt trotz deutlicher Dissonanz zu diesem Text *besser*, weil das Ergebnis von Lösung 1 größere Bauchschmerzen macht.

Kurz: Es ist alles eine Frage der **Ästhetik** – Ästhetik weit verstanden als Lehre von der Wahrnehmung.

Und *was* wird wahrgenommen? Hegel würde vielleicht sagen: das Ganze. Und Marx würde vielleicht noch draufsetzen: in all seinen gesellschaftlichen Widersprüchen.

II. Die Logik und die Ästhetik des Rechts

Methode ist kein Selbstzweck. Methode „konstituiert" ihren Gegenstand – wenn man denn überhaupt Methode und Gegenstand unterscheiden kann.[20] (Man denke an Trainingsmethoden.) Was „ist" dann aber das Recht, das durch die juristische Methode geschaffen wird? Anders gewendet: durch Rechtswissenschaft? 12

Und nicht – oder jedenfalls nicht allein – durch „Politik" im weiten Sinn: was die Mächtigen wollen.

Ich sage ja immer: Recht ist die Kontrolle von Macht: Privatrecht die Kontrolle von wirtschaftlicher Macht, Öffentliches Recht die Kontrolle von hoheitlicher Macht.

1. Die Logik des Rechts: Folgerichtige Entscheidungen

Das Recht „ist" – dies übersieht man leicht – zu *ganz allererst* nicht eine Regel, die „schon da war", keine „Norm". Recht „ist" zuallererst eine Entscheidung – eine Entscheidung im Streit zweier Meinungen darüber, was rechtlich richtig ist. 13

Luhmann hat einmal gesagt: Das Recht entsteht aus der zunächst kaum merklichen Unterscheidung von unstreitigen und streitigen Fällen.[21]

Entscheidungen stehen allerdings nicht für sich allein. Insbesondere tragen sie in sich *immer schon* einen „Keim zur Verallgemeinerung", anders gewendet: Sie können „zur

18 Siehe zu „System 1" – Bauchentscheidungen mit Hilfe simpler Heuristisken – und System 2 – rationales Erfassen und Durchrechnen eines Problems und seiner Lösungsmöglichkeiten – siehe § 35 II. – Vielleicht kann man sagen: Recht ist das System 2 der Gerechtigkeit, Rechtswissenschaft ist das System 3 des Rechts?

19 Dazu § 8.

20 Denn die Methode richtet sich eben auch nach ihrem Gegenstand.

21 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 260.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel werden" – wenn man dies will (im Verwaltungsrecht spricht man von einer „Selbstbindung" der Verwaltung[22]).

Merksatz daher: Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.

14 Das Recht, so darf man wohl sagen, „ist" dieser Wille – und zwar aus Gründen der Gerechtigkeit, verstanden als Gleichbehandlung gleicher Fälle (bei Aristoteles: Regelgerechtigkeit). Allerdings müssen dann diese erste Entscheidung und ihre Regel mit weiteren Entscheidungen und deren Regeln so abgestimmt werden, dass sich keine Widersprüche ergeben.

Denn aus Widersprüchlichem folgt, was immer man will (*ex contradictione quodlibet*).

Das Recht „will" nun – das ist geradezu sein Wesen – Entscheidungen nach Lust und Laune, in einem Wort: Willkür verhindern. Es will, dass sich Entscheidungen entweder folgerichtig aus dem ergeben, was schon entschieden ist. Oder aber: dass durch Entscheidungen Regeln geschaffen werden, die künftig befolgt werden können, ohne mit anderen Regeln zu kollidieren. Dies zu erreichen ist, wie wir hoffen gezeigt zu haben, eine Sache der Logik, und weil Logik die Lehre von der Folgerichtigkeit ist, können wir nun festhalten:

15 Die Logik des Rechts ist die **Folgerichtigkeit von Entscheidungen**.[23]

Im Recht kann man nicht „heute so und morgen anders" entscheiden.

In der Politik ist das anders. Sie kann heute, beispielsweise, begüterten Bürgern 500 Millionen Euro für sogenannte Wallboxen[24] versprechen und drei Monate später sagen: „Hoppla, es hat nur für 300 Millionen Euro gereicht, die restlichen 200 Millionen werden gestrichen. Freut euch, wenn ihr zu den ersten gehört habt …" Gerecht ist das nicht.[25]

2. Die Ästhetik des Rechts: Richtige Wahrnehmung

16 Vorhin haben wir schon kurz resümiert, inwiefern in der juristischen Methode Ästhetik eine Rolle spielt – oder sagen wir ruhig: inwiefern diese Methode in Ästhetik eingebettet ist. Wir wollen nun endlich die Frage beantworten, warum dies **vernünftig** ist – gemäß der Definition: Vernunft heißt Probleme dort lösen, wo sie sich wirklich stellen.

---

22 Siehe nur *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl., München 2024, § 24 Rn. 29.

23 Man spricht sogar, im Hinblick auf die Gesetzgebung, von einer „Pflicht zum Erlass folgerichtigen Rechts", z.B. *Andrea Kießling*, Das Recht der öffentlichen Gesundheit. Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als Aufgaben des Staates, Tübingen 2023, S. 217–237. Natürlich kollidiert das mit dem Demokratieprinzip: Der Souverän darf im Prinzip tun, was er will. Wenn er allerdings als Gesetzgeber nicht folgerichtig handelt, missachtet er das Recht. (Und grobe Missachtung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, der aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet wird. Das ist dann eben doch „Willkür". – Im Einzelnen gäbe es zu Art. 3 GG noch einiges mehr zu sagen, siehe § 15b Rn. 79–82.)

24 „Wallboxen" sind Ladestationen für Elektroautos, die direkt am eigenen Haus angebracht sind. Voraussetzung der Förderung war daher, dass die Geförderten ein eigenes Haus schon haben und ein Elektroauto zumindest verbindlich bestellt. Zum Ganzen schon § 38 Rn. 37.

25 Natürlich war die Wallbox-Förderung auch sozial ungerecht: Klimaschutz durch Umverteilung von unten nach oben (Steuergelder an Besserverdiener).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Insofern bietet sich an, ein allerletztes „Schema" zu skizzieren (zu den juristischen Schemata § 23), ein idealtypisches Schema von Arbeitsschritten (die in der Realität natürlich sachlich und zeitlich ineinander übergehen). Dann sind dies die fünf Schritte, die zu so etwas wie Vernünftigkeit führen können – ich will sie die *big five* der juristischen Vernunft und damit auch des Rechts nennen:

a) Schritt 1: Richtig hinschauen, richtig zuhören.

Der erste Schritt besteht darin, genau hinzuschauen und hinzuhören. Man muss sich auf die Welt(en), die rechtlich zu regeln sind, „einlassen" und ihnen dafür die nötige Zeit und den nötigen Raum geben. 17

Deshalb heißt es in § 69 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO): „Der Zeuge ist zu veranlassen, das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben."

Mit Peirce' Kategorienlehre könnte man sagen: Der Gegenstand und die Aussagen über ihn sollen in ihrer „Erstheit" wahrgenommen werden – in ihrer ganz speziellen, individuellen Qualität (noch besser: Identität[26]).

Ein Recht, das diesen Namen verdient, achtet darauf – man denke nur an den Satz *audiatur et altera pars* (man höre auch die andere Seite).

Siehe im Übrigen in diesem Buch die Überlegungen zum Fall als „Schnittstelle" von Sinnzusammenhängen (§24–24b; zum Begriff § 5 Rn. 42–43), aber auch zur Rechtsberatung (§§ 37–37c) und zur Gesetzgebung (§ 38).

Und man denke, auch bei den folgenden Schritten, an die sogenannte Relationstechnik (§ 22), mit der ein Gericht beide Seiten zu Wort kommen lässt, aber auch aussortiert, worauf es nicht ankommt.

b) Schritt 2: Richtig verstehen.

Der nächste Schritt besteht darin, sich selbst (mit seiner eigenen Identität) in die „andere Seite" (besser eigentlich: in alle Betroffenen) *hineinzuversetzen* – kurz: die andere Seite wirklich zu *verstehen* (ob das wirklich gelingt, wissen wir nie![27]). Dabei ist das „Sich-hineinversetzen" (oder auch: *hineindenken*) ganz weit zu verstehen: Auch wenn wir z.B. versuchen, die Natur zu verstehen, interpretieren wir sie aus unserer menschlichen Sicht – wobei die Zeiten sich wandeln. 18

Blitz und Donner wurden bei den alten Griechen von Göttern gemacht, die uns ziemlich ähnlich waren. Und wir konstruieren in das Sonnensystem Ellipsen hinein, die wir in ganz anderen Kontexten – man kann auch sagen: Sinnzusammenhängen – erfunden haben.

Das Vernünftige am Recht besteht nicht zuletzt darin, dass es immer um das Verstehen von nicht nur einer, sondern mehrerer „Welten" oder Sinnzusammenhänge geht: um

26 „Identität" kommt von lateinisch *īdem, eadem, ĭdem*: derselbe, dieselbe, dasselbe. Auf Altgriechisch heißt „selbst" übrigens *autós, autḗ, autó* – daher der Autismus.

27 Uralter, nicht mehr zeitgemäßer Witz: Männer werden nie verstehen, wie Frauen „ticken".

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Welt des Rechts und um die Welten „da draußen", auf die sich das Recht bezieht. Die eine ist der Maßstab, die andere das, was mit seiner Hilfe zu beurteilen ist.

Und eine Vernunft ohne Maßstab wäre wohl keine Vernunft.

c) Schritt 3: Richtig benennen.

19 Damit zusammen hängt der nächste Schritt. Wir müssen das, was wir in der einen Welt verstanden haben, auch in der anderen Welt richtig benennen. Im Kontext der Juristischen Methode nennt man dieses Benennen „Subsumtion" (dazu § 9): Ein außerrechtlicher Sachverhalt, sagen wir: das Öffnen des Gashahns, während die Opfer schlafen, wird rechtlich so oder so benannt – zum Beispiel als Mord oder (nur) als Totschlag (vgl. § 3). Dass dies richtig oder falsch sein kann, ist geradezu ein Zeichen von Vernunft: Die Anwendung von Maßstäben ist anfällig für Fehler – immer und überall.

Dass die Subsumtion, wenn man genau hinschaut, ein sehr komplexes Gebilde ist (s.o. § 9), ist eine andere Geschichte.

20 Wenigstens nebenbei will ich zum Richtig-benennen zudem zwei wichtige Regeln der Vernunft erwähnen:

- Wenn es zwischen zwei Phänomenen praktische Unterschiede gibt, dann gib ihnen zwei verschiedene Namen – sonst verwechselst wir sie, sei es bewusst oder unbewusst.

  Man denke an das Wort „Erinnerung" bei der Haftung von Notaren (§ 34 Rn. 28–40).

- Wenn zwischen bestimmten Phänomenen *keine* praktischen Unterschiede bestehen, dann gib ihnen denselben Namen.

  „Ämter" und „Behörden" sind Ämter und Behörden. Sie werden nicht dadurch weniger bürokratisch, dass man sie in Agenturen[28] umbenennt, und sie werden nur scheinbar wissenschaftlich seriöser, wenn man sie als Institute[29] bezeichnet.

Andernfalls kommt man bei der Suche, wo das wirkliche Problem steckt, schnell durcheinander.

Weiteres Beispiel: Ein „Koalitionsvertrag"[30] ist kein Vertrag. Verträge sind rechtlich bindende Vereinbarungen. Koalitionsverträge sind lediglich politisch verbindlich. Nichtsdestoweniger werden sie oft ohne Rücksicht auf Kollateralschäden „durchgezogen".

28 Die Agenturen für Arbeit hießen früher Arbeitsämter, die Bundesagentur hieß Bundesanstalt für Arbeit.

29 Beispiel: Das Robert-Koch-Institut (RKI) ist eine „selbständige Bundesoberbehörde" im Sinn des Art. 87 Abs. 3 GG – Grundgesetz – (siehe § 2 des Gesetzes über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes vom 24.06.1994).

30 Als Koalitionsvertrag bezeichnet man in der Politik die schriftliche Vereinbarung, die von den künftigen Regierungsparteien vor Amtsantritt ausgehandelt wird; dazu schon § 38 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Schritt 4: Richtig bewerten.

Den nächsten Schritt richtig zu verstehen, ist gar nicht so einfach. Bisher hatten wir gesagt: „richtig" wahrnehmen, „richtig" verstehen, „richtig" benennen. Beim nun folgenden Schritt können wir aber nur mit Vorsicht sagen: „richtig" bewerten – denn wir wissen noch gar nicht, welches am Ende die „richtige" Bewertung und damit die „richtige" Entscheidung sein wird. Vielmehr haben alle Beteiligten ihre eigene Bewertung, und wir müssen nun diese Bewertungen bewerten. 21

Insofern muss man für beide Seiten „gefühlsmäßig" **Stellung beziehen**: Soll es so ein, wie diese Seite es will? Oder so, wie die andere es will? Dabei kann ich durchaus Sympathie für beide Seiten haben – etwa in der Frage, ob Studenten in ihren Seminararbeiten die sogenannte geschlechtergerechte Sprache verwenden dürfen oder gar sollen. Aber dies sind erst die ersten „Wertungen" – logisch gesprochen: die ersten Prädikate – und auch nicht die „entscheidenden".

Wir erinnern uns: Recht ist zuallererst Entscheidung.

Entscheidend ist vielmehr der letzte und, wenn es juristisch interessant wird, der bei weitem längste Schritt (den man natürlich schon von Beginn an im Hinterkopf hat):

e) Schritt 5: Richtig begründen.

Vernunft heißt, wie Kant sagt: Rechenschaft geben, also begründen. Vernünftigkeit muss dann wohl darin bestehen, die *richtige* Begründung zu liefern (und danach zu handeln, versteht sich). Nichtsdestoweniger müsste in diesem letzten Schritt das Wort „richtig" eigentlich in Anführungszeichen stehen – denn die Richtigkeit von Begründungen hat, wie wir gesehen haben, im Recht und in der Jurisprudenz zwei Bedeutungen: 22

„Juristisch richtig" ist alles, was (noch) „vertretbar" ist, d.h., was man mit der rechtswissenschaftlichen Methode seriös begründen kann – dies können mehrere Lösungen sein (in anderen Wissenschaften ist das nicht anders). „Rechtlich richtig" kann dann *theoretisch* nur eine einzige sein, nämlich die, nach der ein Rechtsfall zu entscheiden ist (Recht ist kein Würfeln). Ganz *praktisch* ist es dann diejenige Lösung, von der man bei abschließender Betrachtung sagt: Von allen verfügbaren Lösungen ist es die beste. Sie bringt Regel (Hypothese), Fall (Daten) und Ergebnis (Resultat) am stimmigsten zusammen. **Vernünftiger geht es nicht.**[31]

Und mehr können andere Wissenschaften auch nicht. (Ich denke gerade an die Ökonomie.)

Dass die juristischen Begründungen dann eine Wissenschaft für sich sind – wir nennen das „Dogmatik" – nun, dazu hat diese Kritik der juristischen Vernunft bzw. NJML wohl genug vorgetragen. 23

31 Das mag man offensiv – „wirklich nicht!" – oder defensiv – „leider nicht" – verstehen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die Ästhetik des Unrechts

24 Nichtsdestoweniger ahne ich den Einwand: Was? Ist das alles? Diese Fünf-Schritte-Liste rechtlicher Vernunft? Das hätte sich doch jeder vernünftige Mensch selbst zusammenreimen können.[32] Ich würde dem entgegnen: Umso besser – denn diese „Checkliste" richtet sich nicht nur an Fachleute, sondern an die „allgemeine Menschenvernunft, worin ein jeder seine Stimme hat"[33].

25 Im Übrigen weist sie aber auch darauf hin, worin sich eine Ästhetik des Unrechts verwirklichen kann (ich fasse mich kurz):

Ad Schritt 1 („hinschauen, zuhören"): Ignoranz. Man nimmt Dinge, die für den Konflikt oder das Problem von Bedeutung sind, ganz einfach nicht zur Kenntnis.

Ad Schritt 2 („verstehen"): Kein Bewusstsein für Biases. Man vernachlässigt, wie sehr man dazu neigt, von sich auf andere zu schließen.

Ad Schritt 3 („benennen"): Falsche Etiketten. Man bezeichnet Dinge falsch, vielleicht sogar mutwillig (siehe oben die Beispiele „Agentur für Arbeit" und „Koalitionsvertrag").

> Ein Beispiel aus der Fachphilosophie: Wenn einige Kollegen in ihren Entwürfen eines Rechts, das besser sein soll als das derzeit geltende Recht, eben dieses geltende Recht als „bürgerliches Recht" bezeichnen,[34] dann ist das einfach ärgerlich. Zum einen ist „bürgerliches Recht" ein Fachausdruck der Rechts- und Alltagssprache, er bezeichnet einen Teil des Privatrechts, nämlich den, der für alle Bürger gilt (im Gegensatz etwa zum Handelsrecht als dem Privatrecht der Kaufleute oder zum Patentrecht). Und die „bürgerliche Gesellschaft" im Sinn von Marx und Hegel – mit einem Not- und Verstandesstaat, der alles dem Markt und seinen Ausbeutungsmechanismen überlässt – diese bürgerliche Gesellschaft des 19. Jahrhunderts gibt es ganz einfach nicht mehr (der Sozialetat betrug 2024 knapp 40 Prozent des Bun-

32 Siehe auch *Kant*, KrV B 858 f.: „Ist das aber alles, wird man sagen, was reine Vernunft ausrichtet (…)? (…) so viel hätte auch wohl der gemeine Verstand, ohne darüber die Philosophen zu Rate zu ziehen, ausrichten können."

33 *Kant*, KrV B 780. Und auch B 859 (Hervorhebungen J.L.): „Aber verlangt ihr denn, dass *ein Erkenntnis, welches alle Menschen angeht, den gemeinsamen Verstand übersteigen*, und euch nur von Philosophen entdeckt werden *solle*? Eben das, was ihr tadelt, ist die beste Bestätigung von der Richtigkeit der bisherigen Behauptungen, da es das, was man anfangs nicht vorhersehen konnte, entdeckt [hat], nämlich, daß die Natur, in dem, was Menschen ohne Unterschied angelegen ist, keiner parteiischen Austeilung ihrer Gaben zu beschuldigen sei, und *die höchste Philosophie in Ansehung der wesentlichen Zwecke der menschlichen Natur es nicht weiter bringen könne, als* die Leitung, welche sie [die Natur] auch dem *gemeinsten Verstande* hat angedeihen lassen."

Anders gewendet: Was am Recht vernünftig ist, müssen alle Menschen als vernünftig einsehen können. Sie merken ja auch recht schnell, wenn das Recht seinem eigenen Anspruch nicht mehr gerecht wird.

34 *Menke*, Kritik der Rechte (Fn. 3), z.B. S. 224 f., *249 f.*, 296–307, 405 f.; *Loick*, Juridismus (Fn. 3), z.B. S. 307 ff. (im Anschluss an Menke), 333. – Nebenbei: Das „soziale Recht", das Loick dem „bürgerlichen" entgegensetzt, versteht sich „wesentlich als Lehre [!] und nicht als Befehl". Zudem sei es „in besonderer Weise gegen ideologische Verfestigungen gefeit, weil es von sich aus zur kritischen Stellungnahme und demokratischen Transformation [?] einlädt." Mir kommt bei einem Recht als „Lehre" eher in den Sinn: „Die Partei / Die Partei, die hat immer Recht" (§ 5 Rn. 32 mit Fn. 62).

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deshaushalts[35]). Wo liegt dann also das Problem eines „bürgerlichen" Rechts? Beim „Bürgergeld"[36]?

Außerdem: Wenn ein Entwurf mit einen Lenin-Zitat endet,[37] darf man wohl mit Recht um die Zivilisation bangen (lateinisch *civis* = Bürger).

Ad Schritt 4 („bewerten"): Falsch verstandenes „Judiz". Man kann nicht davon ausgehen, dass das eigene Rechtsgefühl oder Judiz immer richtig liegt. Oder gar: dass man im Recht die richtigen „Wertungen" außerhalb der Logik zu finden habe.

Ja, doch, wirklich: Die „Wertungsjurisprudenz" folgt der Ästhetik des Unrechts.

Ad Schritt 5 („begründen"): Deduktion aus Großformeln. Es ist viel zu leicht, alles Mögliche aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder aus der Würde des Menschen abzuleiten. Und es ist auch nicht jede Rechtsfrage eine Frage des Verfassungsrechts.

4. Resümee: Respekt, Disziplin, Gesamtschau

Die vorliegende Kritik der juristischen Vernunft oder auch Neue Juristische Methodenlehre (NJML) hat sich durchgehend bemüht, den Ball flach zu halten – *down to earth*, sozusagen. Ich halte wenig von Ethik-Phantasien. Nichtsdestoweniger will ich zum Abschluss auch einmal ethisch begründen, warum das Recht etwas Vernünftiges ist oder jedenfalls sein kann – wenn man es achtet. 26

Recht heißt nämlich zunächst einmal: Respekt haben. Respekt vor denjenigen, die „Recht suchen" und dabei gute Gründe haben. Dem dient, *horribile dictu*,[38] nicht zuletzt etwas derart Profanes wie die Relationstechnik (§ 22), denn sie lässt beide Seiten nacheinander zu Wort kommen – prüft dann aber auch, worauf es rechtlich ankommt.

Recht ist sodann Disziplin. Wir können nicht ewig verhandeln, wir müssen entscheiden. Deshalb haben wir und brauchen wir autoritative Texte (§ 14 Rn. 15–27 [22]), über die wir nicht mehr diskutieren müssen („Stoppregeln") – es sei denn, sie führen uns zu unerträglichen Ergebnissen. Des Weiteren haben wir und brauchen wir bestimmte Schemata, die vorhersehbar machen, wie eine rechtliche Prüfung ablaufen wird (§ 23). Und wir haben und brauchen vor allem die juristische Logik, also die Lehre vom folgerichtigen Entscheiden.

---

35 *Menke*, Kritik der Rechte (Fn. 3), trägt dem dadurch Rechnung, dass er das Sozialrecht neben dem gesamten Privatrecht ebenfalls dem „bürgerlichen Recht" zuschlägt (S. 304). Und zuvor wird definiert: „Bürgerliches Recht ist das Recht, das den Eigenwillen des Subjekts voraussetzt" (S. 249). Nun ja. – Nebenbei: Die auf S. 303 zu Fußnote 271 zitierte Stelle aus Kants „Gemeinspruch" bezieht sich nicht auf ein Sozial*recht* – das eben subjektive *Rechts*ansprüche gegen den Staat begründet –, sondern auf eine paternalistische Regierung schlechthin.

36 Für die Nachwelt: „Bürgergeld" ist seit 2022 die beschönigende Bezeichnung für das, was vorher „Arbeitslosengeld II" und „Sozialgeld" genannt wurde (inoffiziell „Hartz IV"): die „Grundsicherung für Arbeitsuchende", geregelt im Sozialgesetzbuch II (SGB II).

37 *Menke*, Kritik der Rechte (Fn. 3), S. 407: „Das neue Recht ist daher das Recht, dessen Gewalt darin besteht, sich aufzulösen: die Gewalt, die mit ihrer Ausübung" – jetzt kommt Lenin – „‚sofort […] beginnen wird abzusterben'."

38 Latein für: „schrecklich zu sagen".

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht ist schließlich eine Gesamtschau. Das Wahre, besser: Richtige, ist bei uns *wirklich* das Ganze. Das Ganze der rechtlichen Konstruktion, das Ganze dessen, was sie in den Umwelten des Rechts erfasst und auch nicht erfasst, das Ganze sogar im Hinblick auf die Verzerrungen (*biases*), die eine jede Gesamtschau mit sich bringt. Auch das Recht sieht nur das, was es gerade sieht.[39] Aber es weiß vielleicht besser als viele andere Sinnzusammenhänge (zum Begriff § 5 Rn. 42–43), dass dies nicht „alles" ist.

Nicht zuletzt deshalb sollte man auch als Nicht-Jurist einmal versuchen, sich in das Recht „hineinzudenken" (siehe oben Schritt 2).

III. Die zweitbeste Lösung

27 Ich wollte diesen allerletzten Abschnitt eigentlich überschreiben mit: Wird das Recht der Welt gerecht? Und ich hätte ganz knapp geantwortet: Vermutlich ja. Wenn es gut gemacht ist.

Allerdings erschien mir dies dann doch zu defensiv. Ich will das Recht nicht verteidigen, ich verlange Respekt (*j'accuse*, nicht *j'excuse*). Und ich verlange dies gerade deshalb, weil das Recht immer nur die zweitbeste Lösung ist. Besser sind Liebe oder Gewalt und alles, was uns sofort glücklich macht. Recht heißt stattdessen: Abstand gewinnen, Regeln finden, mit denen wir auf lange Sicht alle glücklich werden können.

Auch wenn es etwas Mühe macht.

39 Siehe zu WYSIATI – *what you see is all there is* – oben § 35 Rn. 34 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670-847 - am 19.12.2025, 14:19:39. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -