
Joachim Lege

Kritik der juristischen Vernunft



Nomos

Joachim Lege

Kritik der juristischen Vernunft

Zugleich eine Neue Juristische Methodenlehre (NJML)



Nomos

Joachim Lege, geboren 1957 in Lübeck, altsprachliches Abitur. Studium der Rechtswissenschaft in Bielefeld und Freiburg im Breisgau. Zweites juristisches Examen in Baden-Württemberg. 1995 Promotion in Erlangen, 1997 Habilitation in Freiburg. 1998 Professor an der Juristischen Fakultät der TU Dresden, von 2003 bis 2023 Professor für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Universität Greifswald. 2015 bis 2020 Vorsitzender des Deutschen Juristen-Fakultätentags, seit 2023 im Ruhestand. E-Mail: lege@uni-greifswald.de.

Gefördert von der VolkswagenStiftung.

Titelfoto: Keystone/Alexandra Wey

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2025

© Joachim Lege

Publiziert von

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3334-8
ISBN (ePDF): 978-3-7489-6267-0

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748962670>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort für alle

Auch dies ist ein Buch, das Spaß machen soll, aber auch Mühe machen wird. Es will allen, die sich dafür interessieren, was das Recht eigentlich „ist“, jedenfalls zeigen, wie das Recht „tickt“, wie es funktioniert.

Das Buch setzt keine Vorkenntnisse voraus, weder juristische noch philosophische. Es setzt noch nicht einmal voraus, dass wir alle über die gleiche „Allgemeinbildung“ verfügen – dafür ist unsere Gesellschaft zu bunt und divers geworden. Was das Buch lediglich voraussetzt, ist eine Art gute Neugier: den Wunsch, etwas Neues zu verstehen. (Schon Platon, der Urahn der europäischen Philosophie, hat von der philosophischen Neugier die bloße Sensationslust unterschieden. Die alten Griechen waren auch nicht anders als wir.)

Man muss dieses Buch nicht von vorn bis hinten durchlesen. Die einzelnen „Kapitelparagraphen“ (so nennt man das in den Verlagen) können je für sich allein gelesen werden. Erst recht nicht muss man das Buch „durcharbeiten“ – man soll es genießen. Vielleicht muss man ab und zu etwas Geduld aufbringen und „dranbleiben“. Aber das ist im Sport oder in der Musik nicht anders.

Am leichtesten zugänglich sind wohl § 2 (Die antike Gerichtsrhetorik), § 22 (Die sogenannte Relationstechnik) und § 30 (Rechtliche Richtigkeit). – Am sperrigsten: § 9 (Subsumtion) und § 31 (Ethik und Ästhetik). – Die große Weichenstellung: § 3 (Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“).

Ich würde mich freuen, wenn dieses Buch dazu beiträgt, dass wir einander immer wieder erst einmal zuhören – und uns erst danach beurteilen. Urteilen fällt ja umso leichter, je weniger man weiß. Zu viel darf man aber auch nicht wissen, und man muss auch nicht alles verstehen – manches ist Unsinn, und vieles ist anders, als es scheint. Vielleicht ist das Recht nur ein gut verkapptes Unterdrückungsinstrument? Macht euch ein eigenes Bild davon!

Zutiefst dankbar bin ich vielen einzelnen Menschen, aber auch der „Gesamtgesellschaft“. Das Buch ist nämlich von der sogenannten VolkswagenStiftung gefördert worden – einer gemeinnützigen Stiftung des Privatrechts. (Sie hat mit der Firma VW nur insoweit etwas zu tun, als die Bundesrepublik und das Land Niedersachsen im Jahr 1961 ihre VW-Aktien verkauft und mit dem Erlös eben diese Stiftung gegründet haben.) Ich hoffe, der Gesamtgesellschaft mit dieser „Kritik der juristischen Vernunft“ etwas Brauchbares zurückzugeben.

Greifswald, im Herbst 2025

Joachim Lege

Ein P.S. zum Stil: Es gibt einige „Leitmotive“, die sich durch das ganze Buch hindurchziehen, also immer wieder einmal auftauchen: das Corpus Iuris Civilis, der Spruch „*nothing more pretentious*“, die Aggregatzustände der Logik und so weiter. Das ist so gewollt, auch wenn es vielleicht ein bisschen nervt – aber das ist bei Thomas Mann und Richard Wagner, die für diese Technik berühmt sind, nicht anders.

P.S. Den juristischen Kontext des Cover-Bildes findet man in § 23 Randnummer 15.

Vorwort für Fachphilosophen

„Ziel dieses Beitrages ist, die Verständigung zu erleichtern“ – mit diesem Satz habe ich 1990 meinen ersten juristischen Aufsatz begonnen. Thema war damals das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG (Grundgesetz), genauer der Begriff „Enteignung“, und der Streit zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht über dessen Auslegung – vor allem, wenn es um Geld geht.

Auch in diesem Buch geht es mir um Verständigung – und ich will jetzt einmal hinzufügen: auf Augenhöhe. Dies gilt auch und insbesondere für das Verhältnis von Juristen und „Fachphilosophen“ – also solchen, die an der Universität eben nicht Jura, sondern Philosophie als ihr „Fach“, als ihre „Disziplin“ studiert haben. Auf Augenhöhe, das heißt: Ich will weder die Fachphilosophen darüber belehren, was man richtigerweise vom Recht zu halten hat („ich bin schließlich Jurist“), noch will ich das fachphilosophische „Wissen“ unreflektiert übernehmen und, zur Belehrung der Juristen, auf das Recht und die Jurisprudenz „anwenden“. Kurz und gut: Ich glaube, dass ich auch zum Bereich der Fachphilosophie etwas Neues beitrete, und will dies kurz zusammenfassen.

Erstens entwickle ich eine neue Theorie der *Abduktion* – das ist, zusätzlich zu Deduktion und Induktion, eine weitere Form des logischen Schlussfolgerns. Zugegeben, dies ist ein ziemliches Spezialthema der Logik und Erkenntnistheorie, und auch der Entdecker der Abduktion – der US-amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839-1914) – ist nach wie vor ein Geheimtipp. Interessant ist daher vor allem, was aus dieser Theorie folgt: Abduktion ist die Form, in der neue Ideen *auf logischem Weg* entstehen – also ohne die wohltuende Selbstdäuschung einer „Kreativität“ oder gar „Werterkenntnis“ und „Klugheit“ außerhalb der Logik.

Zweitens werde ich, nebenbei, die Frage beantworten, worauf die *Geltung der Logik* – also der Lehre vom folgerichtigen (und -falschen!) Schlussfolgern – eigentlich beruht. Warum können wir mit ihrer Hilfe gültige Schlüsse ziehen? Die Antwort ist eine Kombination von hypothetischem Realismus und Sprachphilosophie: Die Logik gründet sich auf einen doppelten Konjunktiv. Wenn es eine Realität gibt und wir alles Nötige über sie *wüssten*, dann *würden* sich die Gesetze der Logik (!) *in the long run* immer bewähren.

Die dritte Neuigkeit ist eine Neuinterpretation, vielleicht kann man sagen: eine Renaissance der *Ästhetik*. Ästhetik, als die dritte normative Wissenschaft neben Logik und Ethik, ist im ursprünglichen und umfassenden Sinn die Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aisthánesthai*) – von den ersten Sinneseindrücken (aua!) bis zur Bewertung des Ganzen (z.B. eines Tattoos oder sonstigen Kunstwerks). Als Leitidee dieser Ästhetik schlage ich statt Schönheit (passt schlecht auf die moderne Kunst) die Kategorie *Gelungenheit* vor.

Die vierte Neuigkeit ist eine Verbindung dessen, was ich zu Logik und Ästhetik entwickelt habe, mit der *Verhaltensökonomie* (und Kognitionswissenschaft), so wie sie in den letzten Jahren geradezu Populärwissen geworden ist: Die „Welt“ ist das, was wir von ihr wahrnehmen, und dies ist immer in gewisser Weise „verzerrt“ (*bias!*), nämlich nur ein Ausschnitt. Umso wichtiger, dass wir versuchen, auch einmal den Ausschnitt der Welt, den andere Leute haben, zu *verstehen*.

Vorwort für Fachphilosophen

Und doch werden wir, fünftens, immer wieder entscheiden müssen, welcher Ausschnitt in welcher Hinsicht, also im Hinblick auf praktische Konsequenzen, der richtige ist. Da kommt dann als letzte Neuerung meine Definition von Vernunft oder besser *Vernünftigkeit* (*reasonableness, ragionevolezza*) ins Spiel: Vernunft heißt Probleme dort lösen, wo sie sich stellen. Insofern ist ein richtig verstandenes Recht nicht immer, aber doch oft eine gute Lösung.

Am Ende kann ich mir nicht verkneifen, ein berühmtes Zitat von Karl Marx (den ich sehr bewundere) abzuwandeln: Die Fachphilosophen dürfen die Welt sehr gern verschieden interpretieren; es kommt aber auch darauf an, verschiedene Welten erst einmal zu verstehen – und dann zu schauen, was man verändern kann. Im Recht wäre dies vor allem: besseres Handwerk abliefern.

Greifswald, im Herbst 2025

Joachim Lege

Vorwort für Juristen

Das Wichtigste zuerst: Dies ist ein Buch, das Spaß machen soll – das habe ich auch schon im „Vorwort für alle“ geschrieben. Hier füge ich hinzu: Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut, was man weiß, sondern auch weiß, was man tut.

Daher ist dieses Buch kein Lehrbuch im Sinn eines „Lernbuchs“, das den Stoff, den man zu einem Rechtsgebiet wissen muss, „examensrelevant“ und repetitoriumsgerecht zusammenfasst. Lehrbuch ist es aber sehr wohl in dem ganz anderen Sinn, dass es eine eigene „Lehre“ entfaltet, auf Latein: eine *Doktrin*, wie man die Dinge richtigerweise sehen und betreiben sollte. In diesem Fall: die juristische Methode (es gibt nur eine), was sie kann und was sie nicht kann (daher „Kritik“ der juristischen Vernunft).

Das Zweitwichtigste: Das Buch ist nicht überall auf dem allerneuesten Stand – das ist angesichts der rasanten Entwicklung, mit der sich alle Rechtsgebiete fortentwickeln, nicht mehr möglich. Nichtsdestoweniger habe ich mich bemüht, die drei Kerngebiete (Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht) einigermaßen aktuell und gleichberechtigt zu Wort kommen zu lassen. Man wird sogar etwas zum Europarecht finden.

Zentrum der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) ist sodann eine konsequente Orientierung am Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS). Konkret: Jede rechtliche Entscheidung beruht auf einer Regel, sie bezieht sich auf einen Fall, und sie hat ein bestimmtes Ergebnis. Diese drei Elemente – *Regel, Fall, Ergebnis* – müssen zusammenpassen. Dass man sie mehr oder weniger seriös „passend machen“ kann, davon handelt dieses Buch.

Gegenüber den herkömmlichen Büchern zur Juristischen Methodenlehre beleuchtet die NJML zudem eine ganze Reihe von zusätzlichen Themen. Das sind etwa die Relationstechnik, mit der die Zivilgerichte ihre Fälle aufbereiten (§ 22), und die berühmt-berüchtigten (Prüf-)„Schemata“ (§ 23), aber auch die Themen Rechtsberatung (§§ 37-37c) und Gesetzgebung (§ 38). Dass den Schlusspunkt eine Juristische Ästhetik (§§ 33-34) setzt – also eine Lehre von der richtigen *Wahrnehmung* des Rechts –, könnte für eine Generation, die mit gänzlich neuen Medien aufgewachsen ist, besonders interessant sein.

Um Vergebung muss ich viele Kollegen¹ bitten. Sowohl in den materiellrechtlichen Fragen als auch – und noch mehr – im Bereich der Grundlagenfächer (Rechtstheorie, Rechtsphilosophie, herkömmliche Juristische Methodenlehren) habe ich nicht allen gerecht werden können. Eine eigene Doktrin muss notgedrungen ein wenig egoistisch sein, sie kann sich nicht mit jeder Konkurrenz so intensiv auseinandersetzen, wie diese es verdient hätte. Wen ich also zu barsch abgefertigt oder gar übersehen habe, bitte ich um Nachsicht.

Wenn ich zum Abschluss einen Wunsch für die juristische Ausbildung frei hätte, es wäre dieser: Macht den jungen Juristen² mehr Mut, honoriert es doch bitte, wenn sie

1 ... und Kolleg:innen, versteht sich.

2 ... und Jurist:innen, versteht sich.

Vorwort für Juristen

sich mit guten Argumenten ihres eigenen Verstandes bedienen – auch wenn sie die letzte Verästelung der neuesten BGH-Rechtsprechung nicht kennen.

Greifswald, im Herbst 2025

Joachim Lege

Inhaltsübersicht I

Erster Teil: Einführung	45
Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung	81
Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“	99
Kapitel 2: Die juristische „working logic“	183
Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS)	253
Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel	257
Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls	531
Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses	637
Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit	683
Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik)	685
Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie)	809
Fünfter Teil: Ausblicke	847

Inhaltsübersicht II

Erster Teil: Einführung	45
§ 1 „Methode“ und „Methodenlehre“	46
§ 2 Methodenlehre <i>in a nutshell</i> : Die Antike Gerichtsrhetorik	65
Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung	81
§ 3 Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“	82
Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“	99
§ 4 Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit	100
§ 5 Begriff – Aussage („Urteil“) – Schlussfolgerung („Schluss“)	104
§ 6 Eine neue Syllogistik: Deduktion, Induktion und Abduktion	151
§ 7 Zusammenfassung zu Kapitel 1	179
Kapitel 2: Die juristische „working logic“	183
§ 8 Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS)	184
§ 9 Subsumtion	197
§ 10 Interpretation	211
§ 11 Regel- und Systembildung (Dogmatik)	228
§ 12 Zusammenfassung zu Kapitel 2	248
Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS)	253
§ 13 Das Prinzip der Darstellung	254
Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel	257
§ 14 Regeln (Rechtssätze) finden	259
§ 15 Regeln (Rechtssätze) interpretieren: Übersicht	295
§ 15a Regeln (Rechtssätze) interpretieren I: Die Begriffe	297
§ 15b Regeln (Rechtssätze) interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes	332
§ 15c Regeln (Rechtssätze) interpretieren III: Irrlehren	360
§ 15d Regeln (Rechtssätze) interpretieren IV: Die guten alten „Canones“	393
§ 16 Regeln (Rechtssätze) modifizieren (korrigieren, anpassen)	404
§ 17 Regeln (Rechtssätze) erfinden	428
§ 18 Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen	443
§ 19 Regeln (Rechtssätze) systematisieren (Theoriebildung)	482
§ 20 Paradigmenwechsel	507
§ 21 „Gewinnung der Regel“: Das Verhältnis der Ebenen zueinander	521
§ 21a Intermezzo: Alte und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)	523

Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls	531
§ 22 Die Relationsmethode („Relationstechnik“)	533
§ 23 Die „Schemata“ – und die Wirklichkeit „hinter“ ihnen	548
§ 24 Der Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen	570
§ 24a Insbesondere: Die Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts	583
§ 24b Diverse Faktoren der Entscheidungsfindung	605
§ 25 Der Fall als Labor für kreative Schlussfolgerungen	626
Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses	637
§ 26 Ergebnis – welches Ergebnis?	638
§ 27 Offene Korrektur des Ergebnisses	642
§ 28 Sonderfall: Ergebniskorrektur durch Gesetz	657
§ 29 Verdeckte Korrektur des Ergebnisses	669
Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit	683
Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik)	685
§ 30 Rechtliche Richtigkeit	686
§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik	705
§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz	743
§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit	755
§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit	770
Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie)	809
§ 35 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie)	810
§ 36 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft) und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)	837
Fünfter Teil: Ausblicke	847
§ 37 Rechtsberatung	848
§ 37a Kautelarjurisprudenz, insbesondere Vertragsgestaltung	849
§ 37b Forensische Tätigkeit (Litigation)	878
§ 37c Die Logik und die Ästhetik der Rechtsberatung	886
§ 38 Gesetzgebungslehre (Legistik)	887
§ 39 Juristische Meta-Diskurse	922
§ 40 Die Vernünftigkeit des Rechts	943

Inhaltsverzeichnis

Vorwort für alle	5
Vorwort für Fachphilosophen	7
Vorwort für Juristen	9
Inhaltsübersicht I	11
Inhaltsübersicht II	12
Erster Teil: Einführung	45
§ 1 „Methode“ und „Methodenlehre“	46
I. Der Begriff „Methode“	46
1. Ursprung und Bedeutung bis zum Mittelalter	46
2. René Descartes‘ „Discours de la méthode“ (1637)	47
3. Zur heutigen Lage	48
II. Methodenlehre	49
1. Die sogenannte „Logik von Port-Royal“ (1662)	49
2. Immanuel Kant (1724–1804) und Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)	51
3. Die (deutschen) juristischen Methodendiskussionen bis 1945	53
4. Die „Juristische Methodenlehre“ seit 1945	56
5. „Methodenlehre“ interdisziplinär: Methodik und Methodologie	62
III. Resümee und Fortführung	64
§ 2 Methodenlehre in a nutshell: Die Antike Gerichtsrhetorik	65
I. Entstehung und Geschichte	65
II. Die „juridische“ Methodenlehre der Antiken Rhetorik	67
1. Die Statuslehre – zwei antike Prüfungsschemata	68
a) Die <i>statūs rationales</i> – Aufschlüsselung der Tat	69
aa) <i>status conjecturalis</i> – die Tatfrage	69
bb) <i>status definitionis</i> – Rechtsfrage Nr. 1: Tatbestandsmäßigkeit	69
cc) <i>status qualitatis</i> – Rechtsfrage Nr. 2: Rechtfertigung und Entschuldigung	70
dd) <i>status translationis</i> – Rechtsweg	70
b) Die <i>statūs legales</i> – Interpretation von Rechtstexten	71
aa) <i>scriptum et voluntas</i> – Wortlaut und Wille	71
bb) <i>leges contrariae</i> – sich widersprechende Gesetze	71
cc) <i>ambiguitas</i> – Doppeldeutigkeit	71
dd) <i>syllogismus</i> oder <i>ratiocinatio</i> – analoge Anwendung eines Gesetzes	72
c) Resümee	73

Inhaltsverzeichnis

2. Die Beweis- und Überzeugungsmittel (<i>písteis, argumentatio</i>) – formale Argumentationstechnik	73
a) Der rhetorische Syllogismus: Subsumtionstechnik	74
aa) Vollständiger rhetorischer Syllogismus (Epichirem, <i>epícheírēma</i>)	74
bb) Exkurs I: Unvollständiger rhetorischer Syllogismus (Enthymen)	75
cc) Exkurs II: zum Gutachten- und Urteilstil	76
b) Komplexe Argumente: Argumente <i>a fortiori</i> (Erst-recht-Schlüsse) etc.	77
c) Die Lehre von den Fehlschlüssen	77
3. Die Topik – Fundorte (<i>tópoi</i>) inhaltlicher Argumente	78
III. Das Nachwirken der Antiken Rhetorik	79
Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung	81
§ 3 Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“	82
I. Die herrschende Meinung (h.M.) in den Methodenlehren: Geringschätzung der Logik	82
1. Das Gebiet der Logik (h.M.): Justizsyllogismus und Subsumtion	84
a) Der sogenannte Justizsyllogismus	84
b) Der sogenannte Subsumtionsschluss	85
2. Das Gebiet außerhalb der Logik (h.M.): Wertung und Kreativität	85
a) Wertungen und Werturteile	87
b) Kreativität („schöpferische Elemente“)	87
II. Die Neue Juristische Methodenlehre: Logik, Logik, Logik	89
1. „Logik“ umfasst nicht nur die deduktive Logik	89
2. Wertungen befinden sich innerhalb der Logik (wenn wir es denn wollen)	92
3. Kreativität ist kein Aliud zur Logik	93
4. Wir denken immer auch vom Ergebnis her	94
5. Annex: Gibt es rechtliche und juristische Richtigkeit?	96
III. Zum folgenden Gedankengang	97
Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“	99
§ 4 Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit	100
I. Realistische („ontologische“) Logik	100
II. Psychologische Logik („Kunst des Denkens“)	101
III. Mathematische Logik (Logik als „Sprache“, als Zeichensystem)	102
IV. Pragmatistische Logik (Folgerichtigkeit des Handelns)	103
§ 5 Begriff – Aussage („Urteil“) – Schlussfolgerung („Schluss“)	104
I. Das Potential von (Rechts-) Begriffen: Klarheit	106
1. Begriff und Terminus	106
2. Definitionen des Begriffs „Begriff“ (und das semiotische Dreieck)	106

3. Die Klärung von Begriffen („How to Make Our Ideas Clear“)	108
a) Intuitionen („Vertrautheit mit einer Idee“)	108
b) Abstrakte Definitionen	108
c) Die pragmatische Maxime: Ein Begriff ist, was aus ihm folgt (Ch. S. Peirce)	109
4. Begriffe als geronnene Regeln („Knotenpunkte“, Lübbe-Wolff)	110
II. Das Potential von Aussagen (auch im Recht): Wahrheit bzw. Richtigkeit	111
1. „Satz“ und „Aussage“ (und das semiotische Dreieck)	112
2. Deskriptive und präskriptive („normative“) Aussagen	114
3. Tiefbohrung I: „Werturteile“ (normative Aussagen) als Gegenstand der Logik	115
a) Können Werturteile überhaupt „richtig“ sein?	116
b) Wertungen als erste Prädikate (wie Wahrnehmungen)	117
c) Werturteile (besser: Wertaussagen, Wertungssätze) als emotionale Stellungnahme	118
4. Tiefbohrung II: Aussagen als Bezugnahme auf SINNZUSAMMENHÄNGE Oder auch: Aussagen und „die Wirklichkeit“	120
a) Zum Begriff SINNZUSAMMENHANG	121
b) Eine Wirklichkeit, viele Sinnzusammenhänge (Beispiel: Torschuss)	122
c) Keine „Kluft“ zwischen Recht und Wirklichkeit	123
d) Die dreifache Rolle der Logik bei Aussagen über die Wirklichkeit	125
aa) Die Logik als Sinnzusammenhang (Beispiel: Abseitsregel im Fußball)	125
bb) Die Logik als Wirklichkeit (und die geschlechtergerechte Sprache)	125
cc) Logik als Ehrenkodex wissenschaftlicher Aussagen	127
5. Logische Beziehungen zwischen mehreren Aussagen	128
6. Tiefbohrung III: Die Wahrheit bzw. Richtigkeit von Aussagen	130
a) „Wahrheit“ im Alltag, im Recht und in der (Fach-)Philosophie	131
b) Wahrheitstheorien in der Philosophie	131
c) Rechtliche Richtigkeit: Ronald Dworkins „Richter Hercules“	133
d) Erfahrung (Empirie) als Kriterium der Wahrheit (und Peirce‘ Kategorienlehre)	135
e) Konsens als Kriterium normativer (moralischer, rechtlicher) Richtigkeit?	136
7. Übergang: Aussagen als Bestandteile von Schlussfolgerungen	138
III. Das Potential von Schlussfolgerungen: Begründung	139
1. Die drei logischen Grundsätze („Axiome“)	139
2. „Schlussfolgerung“ und „Syllogismus“ (und das semiotische Dreieck)	140
3. Syllogismen als Kombination dreier Sätze (zwei Prämissen, eine Konklusion)	140
4. Kategorische und hypothetische Schlüsse: nur eine Formulierungsfrage	142
5. Die Formeln des Schlussfolgerns („Syllogistik“)	143
a) Platon oder: Logik als die Mathematik hinter dem Begründen	144
b) Die historische Entwicklung der Formeln	144

Inhaltsverzeichnis

c) Die kategorischen Schlüsse, insbesondere: <i>Modus Barbara</i> und <i>Modus Darii</i>	146
d) Die hypothetischen Schlüsse I: <i>Modus ponens</i>	147
e) Eine nötige Korrektur für den Bereich der Jurisprudenz: „wenn“ als Bikonditional	148
f) Die hypothetischen Schlüsse II: Vorsicht mit dem <i>Modus tollens</i> im Recht!	149
IV. Das Zusammenspiel von Begriff, Urteil und Schluss	150
§ 6 Eine neue Syllogistik: Deduktion, Induktion und Abduktion	151
I. Deduktionen oder: Formal zwingende Schlüsse	152
1. Die gängige Unterscheidung: Deduktion versus Induktion	152
a) Schlüsse vom Allgemeinen auf das Besondere (und umgekehrt)	152
b) „Wahre“ und „wahrscheinliche“ Schlussfolgerungen	153
c) Zwingende und nicht-zwingende Schlüsse	154
2. Nebenbei: Die Frage nach der Geltung (Gültigkeit) der deduktiven Logik	156
3. Deduktive und nicht-deduktive Schlüsse	157
a) Das Bohnenbeispiel von Charles Sanders Peirce (Ausgangskonstellation)	157
b) Das Bohnenbeispiel: Abwandlung (wenn Logik auf Wirklichkeit trifft)	158
c) Das Bohnenbeispiel: Zwei Korrekturen an Peirce‘ Konzeption	159
aa) Die „Hypothese“ in der Abwandlung: eine Abduktion	159
bb) Die „Hypothese“ im Ausgangsfall: eine qualifizierende Induktion	160
d) Zusammenfassung	161
4. Nebenbei: Der Geltungsgrund der Logik	161
a) Die formale und die materiale Seite der Logik	161
b) Die Verschränktheit des deduktiven und des nicht-deduktiven Schlussfolgerns	161
II. Zwei Arten der Induktion: generalisierend und konkretisierend	162
1. Quantifizierende Induktion: Generalisierung, Verallgemeinerung	162
a) Definition	162
b) In der Jurisprudenz: Beispiel „positive Vertragsverletzung“ und die Analogie	163
c) In der Jurisprudenz: Beispiel Gesetzgebung und die <i>Cautio Muciana</i>	164
2. Qualifizierende Induktion: Klassifizierung, Subsumtion	165
a) Definition	165
b) In der Jurisprudenz: Subsumtion	165
c) Die Ergebnisoffenheit (!) der Subsumtion	166
III. Kreative Schlüsse: Abduktionen	167
1. Abduktionen als Zusammenschluss von Schlüßen	167
2. Drei Spielarten der Abduktion	168
a) Die Abduktion vom Resultat her (idealtypisch: Naturwissenschaft)	169
b) Die Abduktion von der Regel her (idealtypisch: Geisteswissenschaft)	170
c) Die Abduktion vom Fall her (idealtypisch: Normwissenschaft)	173

3. Abduktionen auf zwei Ebenen	176
a) Qualifizierte Abduktionen	176
b) Qualifizierende Abduktionen	176
4. „Die Welt steckt voller Abduktionen“	177
IV. Resümee	178
§ 7 Zusammenfassung zu Kapitel 1	179
I. Übersicht zur allgemeinen working logic	179
II. Thesen zur allgemeinen working logic	180
Kapitel 2: Die juristische „working logic“	183
§ 8 Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS)	184
I. Die ersten beiden Stufen des VJS	185
1. Der sogenannte Justizsyllogismus	186
2. Der sogenannte Subsumtionsschluss	187
3. Die Verschränkung beider Syllogismen	188
a) Das Beispiel Sitzblockade: Nötigung/Gewalt – zwei Varianten des VJS	188
b) Anschlussüberlegungen und Übergang zur dritten Stufe	189
II. Die dritte Stufe des VJS	190
1. Die Einbindung des dritten Syllogismus	190
2. Der Qualifizierungs- oder Konkretisierungsschluss (als Abduktion)	191
3. Zum Vorrang der Interpretation	192
III. Der gesamte VJS	193
1. Die Langfassung (7 Glieder)	193
2. Die komprimierte Fassung (5 Glieder mit „indem-Satz“)	194
IV. Resümee: Ein Geflecht von Schlussfolgerungen	196
§ 9 Subsumtion	197
I. Der Begriff Subsumtion	199
1. Vorweg: ein wenig Ideologiekritik („Urteilskraft“, „Judiz“)	199
2. Umschreibungen und Definitionen	201
II. Das „Hin- und Herwandern des Blickes“ – revisited	203
1. Obersatz und Untersatz, Rechtsnorm und Lebenssachverhalt	204
2. Begriffsinhalt (Intension) und Begriffsumfang (Extension)	205
3. Das Recht und seine Umwelt (SINNZUSAMMENHÄNGE)	208
4. Ergebnis (Rechtsfolge) und Begründung	209
III. Resümee: Logik, Logik, Logik	209
§ 10 Interpretation	211
I. Zum Begriff „Interpretation“	211
1. Zum Terminus (Wort) „Interpretation“	211

Inhaltsverzeichnis

2. Zur Wortgeschichte	212
3. Das Ziel der Interpretation (zugleich ihre teleologische Definition)	212
4. Systematische Ortsbestimmung: Interpretation und Logik	214
II. Die drei Ebenen der Interpretation	215
1. Die Interpretation von Termini als Zeichen für einen Begriff	215
2. Die Interpretation von Sätzen als Zeichen für Aussagen	217
3. Die Interpretation von Syllogismen als Zeichen für Begründungszusammenhänge	218
III. Die entscheidenden Fragen	219
1. Der maßgebliche Horizont (und die Zweite-Reihe-Rechtsprechung)	219
2. Die Frage nach der Richtigkeit	222
a) Die Unwahrscheinlichkeit „richtigen“ Verstehens („doppelte Kontingenz“)	222
b) Bezug auf den gemeinsamen SINNZUSAMMENHANG „Recht“ (Dogmatik)	223
c) Das Fehlen von Letztkriterien	223
d) „System 1“ und „System 2“	225
IV. Resümee: „Das Wahre ist das Ganze“	227
§ 11 Regel- und Systembildung (Dogmatik)	228
I. Zum Begriff Dogmatik	229
1. Definition: Bezug auf (a) <i>rechtliche</i> (b) <i>Richtigkeit</i>	230
2. „Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall“	231
3. Andere Verständnisse von Dogmatik	232
II. Die Bildung von Regeln	234
1. Regeln als Programme zur Gleichbehandlung	234
2. Fallrecht und Gesetzesrecht	234
a) Case law: Unterscheidung von ratio decidendi („rule“) und obiter dictum	235
b) Der Umgang mit Gesetzesrecht: wirklich stärker regelorientiert?	235
3. Bindung an das Recht und Orientierung am Ergebnis	236
a) <i>distinguishing</i> und <i>overruling</i>	236
b) Die Zuordnung von Voraussetzungen und Folgen	237
4. Von der Regel- zur Systembildung	238
III. Systembildung: Regeln über den Umgang mit Regeln	238
1. Zum Begriff „System“	239
a) Systeme als Wirklichkeiten	239
b) Systeme als logische Konstruktionen	240
2. Beispiele	241
a) Aristoteles über Gleichheit und Gerechtigkeit	241
b) Allgemeiner Teil und Besonderer Teil	243
c) Der Stufenbau der Rechtsordnung und das Prüfschema für Verwaltungsakte	244

3. Die Logik und die Kontingenz der Systembildung	246
IV. Resümee: Die „Passung“ der rechtlichen Systembildung auf die Welt	247
§ 12 Zusammenfassung zu Kapitel 2	248
I. Übersicht zur juristischen working logic	248
II. Lehrsätze zur juristischen working logic	248
Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS)	253
§ 13 Das Prinzip der Darstellung	254
I. Die traditionellen Methodenlehren: „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“	254
II. Die NJML: Konsequente Orientierung am Syllogismus (Regel, Fall, Ergebnis)	255
Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel	257
§ 14 Regeln (Rechtssätze) finden	259
I. Zum Begriff „Regel“	259
1. „Rechtssatz“: Tatbestand und Rechtsfolge	259
2. Exkurs: Zwei Bedeutungen von „Tatbestand“	261
3. „Norm“ (Gesetz im formellen und materiellen Sinn; Gesetz versus Einzelfallentscheidung)	262
4. Der Begriff „Rechtsregel“: Definition	264
II. Autoritative Rechtstexte	264
1. „Rechtsquellen“ und „Rechtserkenntnisquellen“?	264
a) Eine klassische Rechtsquellenlehre: Gesetz, Vertrag, Gewohnheitsrecht	265
b) Kritik an der Quellen-Metapher	265
2. Autoritative Rechtstexte und Dogmatik	266
III. Die Fundorte autoritativer Rechtstexte	268
1. Gesetzesrecht	268
a) „Gesetze“: ein Überblick	269
aa) Einzelne Gesetze	269
bb) Kodifikationen	269
cc) Staatsverfassungen	270
dd) Rechtsverordnungen und Satzungen	272
ee) Gesetz als Gesamtwerk und als Einzelvorschrift	273
b) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (I): Begriffsbäume (Hierarchie)	274
c) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (II): Ablaufdiagramme	276
d) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (III): Allgemeines	278

Inhaltsverzeichnis

2. Präjudizien	279
a) Fallrechtssysteme (<i>case law</i>): Präjudizien mit Bindungswirkung (<i>stare decisis</i>)	279
b) Präjudizien ohne Bindungswirkung (in Gesetzesrechtssystemen)	280
aa) Die idealistische Autorität aufgrund Vernunft („Richtigkeit“)	281
bb) Die pragmatische Autorität aufgrund von Macht (Ökonomie)	282
cc) Die rechtliche Autorität: Methodologische Folgerungen	283
(1) Man kommt an Präjudizien nicht vorbei („Berücksichtigungspflicht“)	283
(2) Präjudizien sind nicht das Gesetz („kontextualisieren statt kritiklos subsumieren“)	285
(3) Die juristische Autorität: Balance von Vernunft und Macht	286
dd) Anforderungen an gute Präjudizien	288
ee) Resümee: Präjudizien als Regeln?	289
3. Autoritative Rechtstexte in der Peripherie des Rechts	290
a) Willenserklärungen im Privatrecht	290
b) Verträge	291
c) Verwaltungsakte	292
4. Gewohnheitsrecht, Allgemeine Rechtsprinzipien, „Richterrecht“	293
5. Dogmatik?	294
IV. Resümee: Autoritative Texte als Einstieg	294
§ 15 Regeln (Rechtssätze) interpretieren: Übersicht	295
§ 15a Regeln (Rechtssätze) interpretieren I: Die Begriffe	297
I. Allgemeines zum Begriff „Begriff“	297
1. Begriffe als dreistellige Relationen (Zeichen, Objekt, „Gedanke“)	297
2. Intension (Begriffsinhalt) und Extension (Begriffsumfang)	298
II. Extensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsumfang, „Fallvergleich“)	299
1. „Begriffskern“ und „Begriffshof“	299
2. Die Drei-Kandidaten-Lehre („positive, negative und zweifelhafte“)	300
3. „Normalfallmethode“	301
III. Intensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsinhalt, „Definition“)	301
1. Definitionen	301
a) Oberbegriff und spezifischer Unterschied (<i>genus proximum, differentia specifica</i>)	302
b) Die Bestandteile von Definitionen: definiens und definiendum	303
c) Der Bezug auf SINNZUSAMMENHÄNGE	304
d) Sonderfall „Legaldefinitionen“ (besser: Legislativdefinitionen)	306
e) Resümee	307
2. Umschreibungen	308
a) Die Umschreibungstechnik des Bundesverfassungsgerichts (Patchwork-Dogmatik)	309
b) Der Vorteil von Umschreibungen: Herantasten an Klarheit	312

c) Die Gefahr: Verfestigung von Unklarheit ...	313
d) ... bis hin zur Widersprüchlichkeit (und aus Widersprüchlichem folgt Beliebiges)	314
e) Fazit: schlechtes Fallrecht	314
3. Resümee: Was Texte leisten und was nicht	315
IV. „Typisch juristische“ Besonderheiten (?)	316
1. Vorweg: Allgemeines zum Verhältnis von Intension und Extension	316
2. Begriffe ohne abschließende Definition (insbesondere Generalklauseln)	317
a) Die logische Struktur: „Familienähnlichkeiten“ (Wittgenstein)	317
b) Der Umgang mit Generalklauseln (Treu und Glauben, öffentliche Ordnung etc.)	318
aa) Intensionale Ausdifferenzierung	320
bb) Insbesondere: das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot	321
cc) Extensionale Ausdifferenzierung: Fallgruppenbildung (Kasuistik)	323
c) Kurzes Fazit zu den Generalklauseln	324
3. Begriffe als Kompetenzproblem: die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe	324
a) Unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum	324
b) Unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum	325
c) Parallele: Einschätzungsprärogative im Staatsrecht (Regierung, Gesetzgebung)	326
d) Resümee: <i>quis iudicabit</i> (wer wird/soll entscheiden?)	328
4. Resümee: wirklich „typisch juristisch“?	329
V. Zusammenfassung zur Begriffsbildung	330
§ 15b Regeln (Rechtssätze) interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes	332
I. Die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge	333
1. Das „wenn“	333
2. Das „soll“ (kann, muss, darf)	334
II. Die Bestimmung der konkreten Rechtsfolge	334
1. Zur Einstimmung: Die Begriffe der Rechtsfolgenseite	335
2. Präzisierung durch weitere Rechtssätze (intensional)	336
3. Komparative Begriffe („Schmerzensgeld“): Fallgruppenbildung, Fallvergleich (extensional)	337
4. Kombination von Intension und Extension: z.B. das Schuldprinzip bei der Strafzumessung	339
III. Spielräume und ihre Grenzen	340
1. Entscheidungen nach Ermessen	340
a) Die Lehre(n) von den Ermessensfehlern	341
b) Die gesetzlichen Vorgaben	341
c) Fazit: Ermessen als Lösung eines Kompetenzproblems („Kontrolldichte“)	342
d) Annex: Ermessen im Zivilrecht	343

Inhaltsverzeichnis

2. Grenze: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	343
a) Der logische Ort: die Rechtsfolgenseite	344
b) Der passende Kontext: staatliche Eingriffe	345
c) Zwei Ebenen der Verhältnismäßigkeitssprüfung	346
aa) Beim Vollzug von Gesetzen: Anwendung – nur! – bei Ermessensentscheidungen	346
bb) Bei der Bewertung von Gesetzen: eine Kompetenzfrage	346
d) Fazit: Verhältnismäßigkeit ist eine Grenze, kein Optimierungsgebot	347
e) Zur Pervertierung des Verhältnismäßigkeitssatzes: Politik ist Trumpf?	347
3. „Abwägung“ – eine Grenze? ein Optimierungsgebot?	348
a) Abwägung 1: einpolig ausgerichtete Parameter („Ziele“, „Belange“, „Umstände“)	348
b) Abwägung 2: Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismäßigkeit)	350
c) Abwägung 3: Aufeinanderabstimmen von Regeln (und korrespondierenden Rechten)	350
4. Grenze: Selbstbindung (Gebot der Gleichbehandlung)	352
a) „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“ (Goethe)	352
b) Die Entstehung neuer „dogmatischer Tatbestände“	353
5. Annex: Rückwirkung der Rechtsfolge auf gesetzliche Tatbestände	353
IV. Die Interpretation „programmatischer Rechtsaussagen“	354
1. Allgemeine Einordnung der programmatischen Rechtsaussagen	354
2. Beispiele	355
a) Der „Rechtsstaat“ und seine Politisierung	355
b) „Demokratie“: Festlegung auf eine enge Interpretation	356
c) Gleichheitssatz: Von der Willkürformel hin zur Formel für Willkür	358
3. Fazit: Methodischer Freistil und verfassungsrechtliche Hybris	359
V. Resümee: Logik und Wertung	359
§ 15c Regeln (Rechtssätze) interpretieren III: Irrlehen	360
I. „Konkretisierung“	361
1. „Abstrakt/konkret“ und „generell/individuell“ als Begriffe der Dogmatik	361
2. „Konkret“ als Methodenbegriff: eine Chiffre für „Offenheit“ und „Wertung“?	362
a) Der „konkret-allgemeine Begriff“ bei Karl Larenz	362
b) „Konkretisierung“ im Verfassungsrecht I: Konrad Hesse	364
c) „Konkretisierung“ im Verfassungsrecht II: das BVerfG und die Bundestagsauflösung	366
d) „Konkretisierung“ in den aktuellen Methodenlehren	367
3. Der Begriff „konkret“: kurze Entzauberung	368
a) Der Wortlaut: „konkret“ = was zusammengewachsen ist (concrescere)	369
b) „Konkretisierung“: Erkenntniswert null	369
4. Fazit: „Konkretisierung“ überflüssig und gefährlich	370

II. Typus und Topos	371
1. Der sogenannte Typusbegriff	371
2. Die „Topik-Diskussion	373
III. Verfassungsinterpretation	375
1. Verfassung oder Verfassungstext?	376
2. Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation?	377
a) Fall 1: Die fünfte Amtszeit des Bundeskanzlers	377
b) Fall 2: Die Abschaffung des Bayerischen Senats per Plebiszit	379
aa) Der Sachverhalt	379
bb) Der Verfassungstext	380
cc) Zwei mögliche Interpretationen	381
dd) Jenseits der Interpretation: Ergänzung der Verfassung	382
ee) Bewertung: Verstoß gegen ein Konkretisierungsverbot	383
c) Erneut: ein Kompetenzproblem	384
3. Verfassungswandel?	385
IV. Schlussbemerkungen	388
1. Synästhetische Missverständnisse: Unbestimmtheit – Wertung – Kreativität	388
2. Viele Methodenlehren, eine (einzige) Methode	389
3. Zur Ethik der Interpretation autoritativer Texte („Regelbildung“)	390
a) Das Gebot intensionaler („abstrakt-genereller“) Zurückhaltung	390
b) Das Gebot gegenseitigen Respekts (Autor und Interpret)	391
§ 15d Regeln (Rechtssätze) interpretieren IV: Die guten alten „Canones“	393
I. Die „Canones“ heute („h.M.“)	393
II. Die „Elemente“ der Auslegung bei Friedrich Carl von Savigny (1840)	395
1. Der klassische Text	395
2. Die Interpretation des Textes	396
a) Wortlaut: „Elemente“, nicht „Canones“	396
b) Systematik: „gesunde“ und „mangelhafte“ Gesetze	397
c) Historie: im Hintergrund Logik und Rhetorik	398
d) Teleologie: Rechtsgewissheit und gute Arbeitsteilung von Gesetz und Interpret	400
3. Auslegung und Rechtsanwendung als „Kunst“	400
III. Die heutigen Kanones im Licht der NJML	401
1. Die vier heutigen „Kanones“: eine simple Heuristik	401
2. Der größere Rahmen: Fünf Erweiterungen des framings	402
§ 16 Regeln (Rechtssätze) modifizieren (korrigieren, anpassen)	404
I. Regeln erweitern I: Erweiterung von Rechtsbegriffen	405
1. Fiktionen	405
2. Extensive Interpretation contra legem (entgegen dem Gesetz)	405

Inhaltsverzeichnis

II. Regeln erweitern II: Ausdehnung von Rechtssätzen (Analogie)	406
1. Erscheinungsformen	407
a) Einzelanalogie (Gesetzesanalogie)	407
b) Gesamtanalogie (Rechtsanalogie): „pVV“ und „cic“	407
aa) Positive Vertragsverletzung (pVV)	408
bb) Verschulden bei Vertragsanbahnung (culpa in contrahendo)	409
c) Tatbestands- und Rechtsfolgenanalogie	410
2. Voraussetzungen der Analogie: die herrschende Meinung (h.M.)	411
a) Die „planwidrige Lücke“	411
b) Gleich zu bewertende Interessenlage	412
c) Fazit: Zwei Seiten derselben Medaille	414
3. <i>How it really works:</i> Logik und Ästhetik der Analogie	414
4. Ein besseres Prüfschema für die Voraussetzungen der Analogie	416
a) Vergleichbarkeit mit Fällen einer anderen Fallgruppe	416
b) Vorzugswürdigkeit der Regel für die andere Fallgruppe	416
III. Regeln erweitern III: Die Argumente a fortiori (Erst-recht-Schlüsse)	417
1. Das Argument a minore ad maius	417
2. Das Argument a maiore ad minus	418
IV. Regeln einschränken	418
1. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale	418
2. Die sogenannte teleologische Reduktion (auch: Restriktion)	420
V. Regeln behaupten (Kontrakorrektur)	421
1. Das Verbot, contra legem zu entscheiden (contra-legem-Verbot)	422
2. Klarer Wortlaut und die acte clair-Doktrin	423
3. Der Umkehrschluss (argumentum e contrario)	424
VI. Resümee ...	425
VII. ... – und ein klarer Fall richterlichen Ungehorsams	426
§ 17 Regeln (Rechtssätze) erfinden	428
I. Zwei Klarstellungen	428
1. Kreativität („schöpferische“ Elemente) im Recht	428
2. „Regeln“ „erfinden“	429
II. Neue „dogmatische Figuren“	429
1. Der übergesetzliche Notstand	430
2. Das Anwartschaftsrecht	431
3. Das Gebot der Rücksichtnahme (Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht)	433
a) Der Fall „Schweinemäster“ und das Problem	434
b) Dogmatischer Hintergrund: Die sogenannte Schutznormtheorie	434
c) Das scheinbare Dilemma im Fall „Schweinemäster“ ...	436
d) ... und seine kühne Überwindung: „Gebot der Rücksichtnahme“	437
e) Unter den Teppich gekehrt: die einfache Lösung gemäß § 3 Abs. 1 BImSchG (Bundesimmisionsschutzgesetz)	438

f) Mutmaßungen über die wahren Gründe	438
g) Weitere methodologische und pragmatische Kritik (Besen, Besen, seid's gewesen ...)	440
h) Schlussbetrachtungen	441
III. Resümee	442
§ 18 Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen	443
I. Konkurrenzen	443
1. Konkurrenzen im Strafrecht	444
a) Tateinheit und Tatmehrheit („Idealkonkurrenz“ und „Realkonkurrenz“)	444
b) Das Verhältnis mehrerer Straftatbestände zueinander („Gesetzeskonkurrenz“)	445
c) Insbesondere: Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB)	445
2. Anspruchskonkurrenzen im Zivilrecht	446
a) Ansprüche aus Gesetz und aus Vertrag	446
b) Übliche Konkurrenzen in beiden Bereichen	447
3. Methodologische Überleitung: Drei Arten von Konkurrenz	448
4. Kompetenzkonkurrenzen im Öffentlichen Recht	449
a) Polizei und Ordnungsbehörden	450
b) Bund und Länder; oder auch: Kompetenz geht vor Gleichheit	451
c) Grundrechtskonkurrenzen	452
d) Bundesrepublik und Europa; oder auch: die Dicker-Hund-Theorie	455
II. Die üblichen Kollisionsregeln bei Widersprüchen	457
1. Geltungsvorrang und Anwendungsvorrang	457
2. Anwendungsvorrang und „Anwendungsvorrang“	458
3. Allgemeine Kollisionsformeln	458
a) Vorrang des speziellen Gesetzes (lex specialis derogat legi generali)	458
b) Vorrang des späteren Gesetzes (lex posterior derogat legi prori)	459
4. Die Auslegung von Ausnahme-Regeln	460
III. „Konforme“ Auslegung (mit höherrangigem Recht)	461
1. Verfassungskonforme Auslegung	461
2. „Europarechtskonforme“ Auslegung	462
a) Allgemeines zur „Europäischen Methodenlehre“ (ohne EMRK)	463
b) Der effet utile	463
c) Primärrechtskonforme Auslegung	465
d) Richtlinienkonforme Auslegung (besser: Interpretation)	466
aa) Das Aufeinanderabstimmen verschiedener Methodenverständnisse	466
bb) Die Umsetzung durch den Gesetzgeber: drei Konstellationen	467
e) Einige Kuriositäten	468
aa) Die acte-clair-Doktrin	468
bb) Verbot abstrakter Regelbildung?	470
cc) „Gespaltene“ Interpretation	471
f) Resümee: Europäische „Rechtsgestaltung“	472
3. Völkerrechtsfreundliche Auslegung	472

Inhaltsverzeichnis

IV. Abwägung (genauer: Abwägung III)	472
1. Allgemeines zur Abwägung III (Abwägung von Regeln)	473
2. Abwägung von Regeln aus Sicht der NJML	474
3. Die wichtigsten Positionen zur „Abwägung von Regeln“	475
a) Regeln und Prinzipien (Alexy, Dworkin, Kant)	475
b) Praktische Konkordanz (Konrad Hesse)	476
c) Abwägung im Verfassungsrecht (Schlink)	479
d) Abwägungsresistente Positionen?	480
V. Resümee: Das Hauptfeld der gehobenen juristischen Dogmatik	481
§ 19 Regeln (Rechtssätze) systematisieren (Theoriebildung)	482
I. Systembildung von der Rechtsfolge her	483
1. Friedrich Carl von Savigny: Das Recht des Besitzes (1803)	483
2. Die drei Schritte zum Begriff des Besitzes (possessio)	484
a) Die lebensweltliche „Grundlage“ des Begriffs	484
b) Seine beiden Rechtsfolgen	484
c) Rückschluss auf die Tatbestandsmerkmale und ihre Anwendung	485
3. Sortierung der vielen Regeln nach der inneren Logik ihrer Fälle	486
4. Resümee	488
II. Systembildung von der Tatbestandsseite her	489
1. Abgrenzung: Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) des Eigentums	489
2. Vor-Klärung: Die Rechtsfolgen beider Begriffe	489
3. Die drei Schritte zu den beiden Begriffen (intensional)	490
a) Überprüfung des „Sprachgebrauchs“	491
b) Analyse der lebensweltlichen „Grundlage“: das Marktmodell	491
c) Hypothese: zwei juristische Definitionen	495
4. Überprüfung der Definitionen anhand aller einschlägigen Fälle (extensional)	496
5. Resümee	497
III. Systematisierung innerhalb von Kodifikationen	499
1. Das zu ordnende Material: Die Verweisungen auf „Rückabwicklungssysteme“ im BGB	499
a) Einführung: Wie macht man ein Rechtsverhältnis rückgängig?	500
b) Die „Rückabwicklungssysteme“ im BGB	500
c) Verweisungen auf Rückabwicklungssysteme	501
d) Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisungen	502
2. Die Suche nach der inneren Logik der Verweisungen	502
a) Begriffsklärungen: Drei Unterscheidungen	504
b) Zwei „Referenzgebiete“ für Bereichsverweisungen: ungerechtfertigte Bereicherung und Rücktritt	504
c) Allgemeine Regeln und konkrete Folgerungen	504
3. Resümee	505

IV. Zum Abschluss	506
§ 20 Paradigmenwechsel	507
I. Enteignung und „Enteignung“	507
1. Schwellentheorien versus Trennungstheorie	507
2. Gründe für die Trennungstheorie des BVerfG	508
a) Theoretisch: Vermeidung der „Crux“ des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG („Junktimklausel“)	509
b) Praktisch: Qualifikation als „Enteignung“ kein Präjudiz für Entschädigung	509
c) Die Kompetenzfrage: Wer entscheidet (quis iudicabit) über die Entschädigung?	510
d) Die politische Seite: Warum gerade <i>der Gesetzgeber</i> entscheiden soll	511
e) Die wirtschaftliche Seite: zur Höhe der Entschädigung	511
f) Eine letzte Ironie – und nochmals quis iudicabit	511
g) Zwischenfazit	512
3. Gründe für die Schwellentheorien	512
4. Resümee	513
II. Weitere Paradigmenkonflikte	514
1. Das Abstraktionsprinzip im Sachenrecht des BGB	514
2. Vorsatztheorie und Schuldtheorie im Strafrecht	514
3. Die Grundrechte im Umweltrecht	515
4. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft	516
5. Der Rechtsstaat: rule of law oder Rechtlieferungsstaat (law and order)?	517
III. Hintergrundvorstellungen vom Recht insgesamt	517
IV. Hintergrundvorstellungen von der Juristischen Methode	519
§ 21 „Gewinnung der Regel“: Das Verhältnis der Ebenen zueinander	521
§ 21a Intermezzo: Alte und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)	523
I. Platon und das Neue an der NJML	523
II. Die herkömmlichen Juristischen Methodenlehren	525
1. Ein Curriculum	525
2. Das Problem: Wissen und Können	526
III. Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML)	526
1. Uralte Methode des Rechts: die Antike Gerichtsrhetorik	527
2. Logik, Logik, Logik	527
3. Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS): Regel – Fall – Ergebnis	528
a) Einzelheiten zur Bildung der Regel	528
b) Einzelheiten zur Konstruktion des Falls	529
c) Einzelheiten zur Manipulation des Ergebnisses	529
4. Rechtliche Richtigkeit und Juristische Ästhetik („Gelingenheit“)	529
IV. Resümee: Schau hin! Schau genau hin!	529

Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls	531
§ 22 Die Relationsmethode („Relationstechnik“)	533
I. Die fünf „Stationen“	534
1. Prozessstation (auch: Zulässigkeitsstation)	535
2. Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung)	535
3. Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung)	536
4. Beweisstation	537
5. Tenorierungsstation (auch: Entscheidungsstation)	538
II. Ergänzungen	539
1. Substantierung (auch: Substanzierung)	539
2. Beweislast	540
3. Klage und Widerklage	541
III. Die Bedeutung der Relationstechnik	542
1. Zur Geschichte der Relationstechnik	543
2. Renaissance der Relationstechnik? Der neue § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO	544
3. Der Sinn und die Vernunft der Relation	546
§ 23 Die „Schemata“ – und die Wirklichkeit „hinter“ ihnen	548
I. Zwei Schemata aus dem Öffentlichen Recht	549
1. Das Prüfschema für Verwaltungsakte: Anwendungsvorrang und Geltungsvorrang	549
2. Ein Prüfschema für die Grundrechte: „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“	551
a) Der Sinn: Machtverschiebung	552
b) Die Vorteile und Nachteile	553
c) Ein neuer Prüfungspunkt „Gewährleistungsbereich“?	554
d) Resümee	555
II. Im Strafrecht: „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld“	555
1. Das Grundschema	555
2. Ausdifferenzierungen: Der Täter irrt sich – in verschiedenen Konstellationen	556
a) Die autoritativen Texte (das Gesetz) zu „Vorsatz“ und „Unrechtsbewusstsein“	558
b) Folgerungen für das Grundschema	558
c) Die „Irrtumslehre“ im Einzelnen	559
d) Insbesondere: Wo prüfe ich – im Grundschema – den „Erlaubnistatbestandsirrtum“?	560
e) Eine prüfpraktische Empfehlung – und eine Warnung	561
f) Hinter dem Schema: die praktischen Konsequenzen	561
3. Resümee: Schemata erfordern eine Art Maßkonfektion	562

III. Die Schemata im Zivilrecht („Anspruch entstanden – Anspruch untergegangen“)	563
1. Die beiden Vorsortier-Schemata	564
2. Das Anspruchsprüfschema	565
IV. Schlussbemerkungen	566
1. Die Schemata sind nicht das geltende Recht – sie repräsentieren („abbilden“) es nur	566
2. Schemata sind niemals perfekt	567
3. Die meisten Schemata kann man sich selbst erarbeiten	567
4. Schemata sollen die Arbeit erleichtern	568
5. Schemata „verdienen ebenso geachtet wie verachtet zu werden“	569
§ 24 Der Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen	570
I. Die Logik als Sinnzusammenhang, der auf Sinnzusammenhänge verweist	570
II. Die Sinnzusammenhänge des Rechtsfalls	572
1. Der Sinnzusammenhang des Rechts	572
2. Die Sinnzusammenhänge „da draußen“	572
a) Sinnzusammenhänge der Natur („naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten“)	573
b) Definition des Begriffs Sinn	573
c) Soziale Sinnzusammenhänge (Dresscodes, Funktionssysteme, ...)	574
d) Geistige Sinnzusammenhänge (Fakt und Fiktion, Wahrheit und Lüge)	575
3. Die Sinnzusammenhänge der Vermittlung („Medien“)	575
a) Logik	576
b) Sprache	576
aa) Alltagssprache, Rechtssprache, Fachsprachen	576
bb) Das Spiel mit verschiedenen Sprachen: „Gefahr“ und „Risiko“	577
cc) Sprache als Träger von Emotion	579
c) Ästhetik	579
d) Die menschliche Psyche/Persönlichkeit	581
III. Die Kommunikation zwischen den Sinnzusammenhängen	582
§ 24a Insbesondere: Die Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts	583
I. Die Sinnzusammenhänge „da draußen“ verstehen („Sachverhaltshermeneutik“)	583
1. Die Regeln „da draußen“	583
2. Die Interessen	584
3. Der Sachverhalt als Geschichte (story)	584
II. Die Wahrheitsfindung	586
1. Erneut: Die Naivität des juristischen Wahrheitsbegriffs	586
2. Die philosophische Rettung: Konvergenztheorie der Wahrheit	587

Inhaltsverzeichnis

III. Die Beweismittel	589
1. Die heutigen vier plus eins Beweismittel	589
a) Zeugen	589
b) Urkunden	590
c) Augenschein	591
d) Sachverständige	591
e) Parteivernehmung	592
2. Fragwürdige „Beweismittel“	593
a) Folter	593
b) Gottesurteile	594
c) Eideshelfer und Leumundszeugen	594
d) Der sogenannte Lügendetektor	595
e) Gesetze und Gerüchte	595
IV. Die Verwertung der Beweise	595
1. Die Beweislast	596
2. Beweisregeln	596
3. Das sog. Beweismäß (Grad der Überzeugtheit): no reasonable doubt	597
V. Die „Sinnzusammenhänge der Vermittlung“	599
1. Logik und Ästhetik	599
2. Sprachkritik	599
3. Ideologiekritik	600
4. Selbstkritik	602
VI. Die Darstellung des Sachverhalts	603
VII. Resümee	604
§ 24b Diverse Faktoren der Entscheidungsfindung	605
I. Die fachinterne Kommunikation	605
1. Einzelrichter und Kollegialgerichte	605
2. Das Vier-Augen-Prinzip	607
3. Die „Praxis“ und die (akademische Rechts-) „Wissenschaft“	607
II. Kommunikation mit den „Außenwelten“	610
1. Kommunikation von Anwalt und Mandant	610
2. Die Kommunikation des Gerichts mit Parteien, Angeklagten usw.	611
a) Unmittelbarkeit der Kommunikation	611
b) Richterliche Fürsorge versus Unparteilichkeit	612
3. Weitere Kommunikation mit Laien (insbesondere in Wirtschaft und Politik)	612
4. Kommunikation mit der Öffentlichkeit und den „Medien“	614
a) Die Medien als Konkurrent des Rechts in Sachen „Wertung“	614
b) Folgerungen für die juristische Methode: Im Zweifel nicht sofort	616
III. Die Kommunikation zwischen Gericht und Anwalt	618
1. Die Doppelrolle des Rechtsanwalts	618

2. Anwaltliche Kreativität: Das Maastricht-Urteil	619
IV. Exkurs: Die Kommunikation mit den Studenten	621
1. Jurist werden!	621
2. Mehr Ermutigung zur eigenen Entscheidung	622
3. Die Studenten als Schnittstelle von Recht, Wissenschaft und Gesamtgesellschaft	623
§ 25 Der Fall als Labor für kreative Schlussfolgerungen	626
I. Kreativität („schöpferische Momente“)	627
1. Kreativität: ein relativer Begriff	627
a) Subjektive und objektive Neuheit	627
b) Die Erfindungshöhe	628
2. Kreativität und Wertung: etwas völlig anderes (Aliud)	628
3. Kreativität als Sache der Logik	629
II. Kreative Schlussfolgerungen I: Induktionen	629
1. Subsumtion (qualifizierende Induktion)	629
2. Die Bildung von Fallgruppen (quantitative Induktion)	631
III. Kreative Schlussfolgerungen II: Abduktionen	631
1. Innovation durch Interpretation des „Falls“ (Abduktion „vom Fall her“)	632
2. Innovation durch Interpretation der „Regel“ (Abduktion „von der Regel her“)	633
3. Innovation durch Interpretation des „Resultats“ (Abduktion „vom Resultat her“)	634
IV. Überleitung zum Kapitel 5	635
Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses	637
§ 26 Ergebnis – welches Ergebnis?	638
I. Rechtsfolgen und Außerrechts-Folgen („Realfolgen“, Kollateralfolgen)	638
II. Entscheidungsfolgen und Anpassungsfolgen („Steuerungswirkung“)	639
III. Zur Terminologie	641
§ 27 Offene Korrektur des Ergebnisses	642
I. Von „Herrenreiter“ zu „Soraya“: Korrektur des Gesetzes („Tatbestandslösung“)	642
1. Die Sachverhalte und das Ergebnis	642
2. Das Problem	644
3. Die Argumentationen	644
4. Der wahre Grund	646
5. Überflüssiges Beiwerk ...	647
6. ... und ein fort dauernder Skandal	648
7. Resümee	648

Inhaltsverzeichnis

II.	Der „Türkischer-Onkel-Fall“: Nichtanwendung der Rechtsfolge („Rechtsfolgenlösung“)	648
1.	Der Sachverhalt und das Ergebnis	649
2.	Fortführung: Die Familientyranne	651
3.	Resümee	652
III.	„Wunsiedel“: Bewusste Nichtanwendung des Gesetzes („Geltungslösung“)	652
1.	Sachverhalt: Rudolf-Heß-Gedenktag	653
2.	Das Problem	653
3.	Die Lösung des Bundesverfassungsgerichts	654
4.	Bewertung	654
5.	Der wahre Grund	655
IV.	Äquivalenz der methodischen Lösungen	656
§ 28	Sonderfall: Ergebniskorrektur durch Gesetz	657
I.	Die Heilung von behördlichen Verfahrensfehlern	657
II.	Die Fehlerfolgenlehre im Bauplanungsrecht	659
1.	Der bodenrechtliche und bodenpolitische Rahmen	659
2.	Die sogenannte Abwägungsfehlerlehre (klassisch)	660
3.	Die Fehlerfolgenlehre („Planerhaltung“), klassisch	661
4.	Neues Gesetz, totale Verwirrung	662
5.	Die pragmatische Lösung: Klarheit von der Rechtsfolge her	663
6.	§ 1 Abs. 3 BauGB und die Windkraft: ein neuer Joker?	664
7.	Zum heutigen Stand der „Abwägungsfehlerlehre“	667
III.	Resümee	667
§ 29	Verdeckte Korrektur des Ergebnisses	669
I.	Die Interpretation „contra legem“	670
1.	Nochmals der Herrenreiter-Fall: „nur“ heißt auch „nicht nur“	671
2.	Auslandseinsätze der Bundeswehr: „ausdrücklich“ heißt auch „implizit“	671
a)	Der Fall und das Problem	672
b)	Die Korrektur des Ergebnisses	672
c)	Die Ergänzung des neuen Ergebnisses	675
d)	Die wahren Gründe – und Gefahren für das Recht in the long run	675
II.	Begriffliche Haarspaltere	676
1.	„verfassungswidrig“ – „verfassungsfeindlich“: Radikalenerlass	676
2.	„darauf ausgehen“ – „darauf ausgerichtet sein“: NPD-Verbotsverfahren 2017	678
a)	Die Korrektur des Ergebnisses	679
b)	Die Ergänzung des neuen Ergebnisses	679
c)	Der wahre Grund und die mögliche Gefahr	680
III.	Resümee und Überleitung zum Vierten Teil	681

Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit	683
Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik)	685
§ 30 Rechtliche Richtigkeit	686
I. Die „Paradoxie des Entscheidens“	686
II. Ironie und Pathos (Rechtsethik)	688
1. Ironie: Es gibt keine rechtliche Richtigkeit, aber ...	689
a) Böse Ironie: ... wir schlagen das Recht mit seinen eigenen Waffen	690
b) Gute Ironie: ... das Recht ist eine schöne Inszenierung	691
2. Pathos: Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn ...	692
a) Schlechtes Pathos: ... nur wir das Recht richtig erkennen	693
b) Gutes Pathos: ... ich mir selbst nicht immer sicher bin	693
3. Ironie und Pathos als Polarität	693
III. Rechtliche Richtigkeit als „regulatives Ideal“	695
1. Die Kritik der reinen Vernunft und ihre „Leitsterne“	696
2. Gerechtigkeit als regulatives Ideal des Rechts	698
a) Die „Rechtsidee“ bei Gustav Radbruch	698
b) Das „Recht“ des Nationalsozialismus: Hitlers Zynismus	699
c) Gerechtigkeit als „Kontingenzformel“	701
3. Rechtliche und juristische Richtigkeit als regulative Ideale der Jurisprudenz	702
IV. Resümee und Ausblick	703
1. Drei regulative Ideale	703
2. Logik, Ethik, Ästhetik	704
§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik	705
I. Zum Begriff Ethik	705
1. Ethik als Philosophie der Moral – und des Rechts!	705
2. Die Ethik als Gesamtheit und ihre Bereichsethiken	708
a) Die Vielfalt „der“ Ethik	708
b) Bereichsethiken: Sachbezug und Personenbezug	709
3. Folgerungen für die Rechtsethik	710
a) Rechtliche Richtigkeit als Postulat der Ethik	710
b) Zum Ethos: Achtung vor dem Recht	711
c) Alternativen zum Recht	713
4. Resümee	714
II. Zum Begriff Ästhetik	714
1. Die klassischen Bereiche der Ästhetik	714
a) Ästhetik als Lehre von der Wahrnehmung (aísthēsis)	714
b) Ästhetik als Lehre vom Geschmack (je ne sais quoi, Takt, Stil)	715
c) Ästhetik als Lehre vom Schönen und Erhabenen (Baumgarten und Kant)	716

Inhaltsverzeichnis

d) Ästhetik als Theorie von „Urteilskraft“ und „Genie“, von Subsumtion und Regelbildung	718
e) Ästhetik als Theorie von Kunst und Design (und das Bundesverfassungsgericht)	721
2. Ästhetik und Wahrheit	723
a) Die Ästhetik des Syllogismus	724
b) Ästhetik und die Wissenschaften (Paradigmen, Narrative)	725
c) Das Konzept der besten Begründung/Erklärung (Lipton, Boyd)	727
3. Die Leistung von Ästhetik: Intersubjektivität im Nicht-Sagbaren	728
a) „Die“ Ästhetik als Gesamtheit und ihre „Bereichsästhetiken“	729
b) Ästhetik als Management von Reflexionsbegriffen („Polaritäten“)	730
aa) Teil und Ganzes, Form und Materie, Selbst- und Fremdreferenz	730
bb) Subjekt und Objekt, Individuum und Allgemeinheit, Innenwelt und Außenwelt	732
cc) Alt und Neu, konservativ und fortschrittlich	733
c) Intersubjektivität durch Ästhetik: Stil und Gespür	734
4. Gelingen und Gelungenheit	736
a) Gelingen/Misslingen als Unterfall von „richtig/falsch“	736
b) Gelungenheit als regulatives Ideal	737
c) Gelungenheit als Zeichen für konkrete Vernünftigkeit (concrete reasonableness)	737
5. Kriterien der Gelungenheit	738
a) Bereichsspezifisch: zu den Sachen selbst!	738
b) Bereichsunabhängige Kriterien	739
aa) Zusammenklang von Ergebnis und Herstellung	739
bb) Orientierung am Muster, am Vorbild, am Standard	740
cc) Expressivität	740
dd) Harmonie, Stimmigkeit: Angemessenheit nach angemessenen Standards	741
6. Anstelle einer Zusammenfassung: Was ist ästhetische Qualität?	741
III. Resümee und Ausblick	742
§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz	743
I. „Historische“ Ansätze	743
1. Rudolf von Jhering	743
2. Gustav Radbruch, Heinrich Triepel, Hugo Marcus	744
II. Juristische Rhetorik und Dialogik (Jurisprudenz als <i>téchnē</i>)	746
1. Die „Mainzer Schule“: Viehweg, Ballweg, Struck, Schreckenberger, Seibert	747
2. Dialogik und Jurisprudenz: Rolf Gröschner	748
3. „Sachlichkeit“: Katharina Sloboda/Gräfin von Schlieffen	749
4. Lehrbücher: Fritjof Haft und Wolfgang Gast	750
5. Exkurs: „Rhetorik für Juristen“	751

III. Neuere Ansätze	751
1. Rechtsästhetik: Daniel Damler	751
2. Rechtsästhetik: Weitere Ansätze	752
IV. Die NJML (Neue Juristische Methodenlehre)/Kritik der juristischen Vernunft	753
1. Pragmatismus und Jurisprudenz	753
2. Ästhetik als Anfang und Ende des „juristischen Denkens“ – und Handelns	754
3. Kritik der juristischen Vernunft	754
§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit	755
I. Gelungenheit als juristische Kategorie	755
1. Allgemeine Akzeptanz ...	756
2. ... eines ästhetischen Begriffs	756
II. Die Große Vermittlerin: Vertretbarkeit	757
1. Entscheidung – Ergebnis – Begründung	757
2. richtig/falsch – vertretbar/nicht vertretbar	758
a) Die Perspektive des Rechts: „vertretbar“ = eigentlich falsch, aber noch ...	758
b) Die Perspektive der Jurisprudenz: „vertretbar“ = alles richtig, solange noch ...	758
3. Die Janusköpfigkeit (das Doppelgesicht) der Vertretbarkeit	759
4. Vertretbarkeit: eine Definition	760
5. Gelungenheit und Misslungenheit	761
III. Gelungenheit und die „bessere Entscheidung“	762
1. Der Wettbewerb (contest) zweier Artefakte (Syllogismen, VJS)	762
2. Der Zusammenhang von Ergebnis und Begründung („Wertung“)	763
3. Angemessenheit nach angemessenen Kriterien	764
4. Expressivität: Der emotionale Gesamteindruck	764
5. Die Orientierung am Präjudiz („Schimmel“) und die Wirkung als Präjudiz („alt und neu“)	766
6. Stimmigkeit: Dogmatik und die sonstigen Bereiche der Wirklichkeit	767
7. Die Entscheidungssituation als Reduktion von Komplexität	768
IV. Resümee: Vier Kernaussagen	769
§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit	770
I. Gelungenheit: Checklisten	771
1. Checkliste 1: Der österreichische Verfassungsgerichtshof	771
2. Checkliste 2: Das deutsche Bundesverfassungsgericht	771
3. Folgerung: method first – und Zuständigkeit	772
4. Exkurs: Das anthropologische Kreuz der Entscheidung	773
II. Die Regeln der Kunst: Ein neuer Kanon (eine neue Heuristik)	775

Inhaltsverzeichnis

IIa. Regeln I: Verbote	776
1. Verstöße gegen die Regeln der Logik (einschließlich Begriffsbildung)	776
a) Zirkelschluss und petitio principii	777
b) Widersprüchliche Aussagen (ex contradictione quodlibet)	779
c) Doppeldeutigkeit: ein Wort, zwei Begriffe (Äquivokation, Quaternio terminorum)	780
aa) Enteignung und „Enteignung“	780
bb) Erinnerung und „Erinnerung“ oder: Notare sind auch nur Menschen – zugleich ein Exempel doppelter Misslungenheit –	781
d) Weitere logische Fehler	786
2. Das Verbot des Überflüssigen (ratio decidendi versus obiter dictum)	788
IIb. Regeln II: Gebote	789
1. Das Gebot der Sachnähe	790
a) Fallnähe und Textnähe	790
b) Insbesondere: Die sogenannten „Obersätze“ der obersten Gerichte	792
aa) Obersätze und „Obersätze“	792
bb) Intensionale Überdetermination („wir texten uns zu“)	793
cc) „Wertende Gesamtbetrachtung“ (um vor lauter Bäumen den Wald zu erkennen)?	794
dd) Ein Plädoyer für schöne Untersätze	794
c) „Kontextualisierung“ und Narrativität	796
2. Das Gebot der Vollständigkeit	797
a) Sünde Nr. 1: Unvollständige Zitate – Notare sind auch nur Menschen (Reprise)	797
b) Sünde Nr. 2: Unvollständig abgearbeitete Gesetze – die Windkraft-GmbHs	797
c) Sünde Nr. 3: Selektive Auswertung des Sachverhalts	799
d) Widerlegung der Gegenargumente	801
3. Das Gebot der Geschlossenheit oder: Der Zauber syllogistischer Begründung	801
IIc. Regeln III: Empfehlungen	801
1. Angemessenheit des Begründungsaufwandes	802
a) Qualität und Quantität	802
b) Je-desto-Formeln	803
2. Stilfragen im engeren Sinn	803
a) Die üblichen juristischen Stilfehler	804
b) Wege zu besserer Verständlichkeit	805
c) Zum Abschluss: Klemmstil anno 2022/23 – Grundsteuererklärung	806
III. Die „Gesamtschau“ (Kohärenz, Stimmigkeit)	807
IV. Zwei Tipps zum Abschluss: Die Darstellung des Sachverhalts	807

Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie)	809
§ 35 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie)	810
I. Die knappen Ressourcen	811
1. Aufmerksamkeit	811
2. Durchhaltevermögen	812
II. Die beiden „Systeme“ im Denkapparat (mind)	813
1. System 1 und System 2: „Intuition“ versus (bewusste) Methode	813
2. Das Verhältnis der beiden Systeme zueinander	814
3. Das Verhältnis der beiden Systeme zur Realität	814
III. Heuristiken und Biases	816
1. Vorweg: Zur Begrifflichkeit	816
2. Heuristiken: wenn das Bauchgefühl schnelle Lösungen findet	817
a) Simple Allerweltsheuristiken (ein einfacheres Problem lösen, Halo-Effekt etc.)	817
b) Expertenwissen	818
3. Biases: wenn Bauchgefühl allein inadäquat (unangemessen) ist	819
IV. Die Basic Biases (Grund-Verzerrungen) der Wahrnehmung	820
1. What You See Is All There Is (WYSIATI)	820
2. Verlustaversion	821
3. Selbstüberschätzung	822
a) Überbewertung des eigenen Beitrags	822
b) Expertenillusion	823
c) Sonstiges (Planungsfehler, Autofahrer und Professoren)	823
4. Die Blindheit für Statistik	824
5. Verzerrungen? Prädispositionen!	825
V. Klassische Anwendungsfälle der Basic Biases	825
1. Den Rahmen bestimmen: Framing	826
2. Einen Fixpunkt setzen: Anchoring	826
3. Statistik: Note „mangelhaft“	827
a) Statistik oder Kausalität? Die Regression zum Mittelwert	827
b) Statistik oder Einzelfall, Wahrscheinlichkeit versus Plausibilität (Linda)	827
4. Rückschaufehler (hindsight bias)	828
VI. Vernünftigkeitsstrategien (strategies of reasonableness)	830
1. Die (hier so bezeichnete) Große Kompetenzformel (für System 1 und System 2)	830
2. Abstand gewinnen: Die Preußische Beschwerdeordnung	831
3. Checklisten: Der APGAR-Score bei Neugeborenen	831
4. Das Framing (den Horizont) erweitern: Über den Einzelfall hinaus denken	832

Inhaltsverzeichnis

5. Das Vertrauen in Experten prüfen	833
6. Weitere Strategien	834
a) Eine Außensicht gewinnen, insbesondere: Prognosen korrigieren	834
b) Wie ein Händler denken: Güter zum Tausch und Güter zur Nutzung	835
7. Die (hier so bezeichnete) Methodologische Großformel	835
VII. Ausklang	836
§ 36 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft) und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)	837
I. Vorweg: Der confirmation bias (Bestätigungs-Verzerrung)	837
II. Die NJML im Licht der Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie	838
1. „Wertungen“ als Sache von – zunächst – System 1	838
2. Allerweltswertungen und rechtliches Expertenwissen	838
3. Logik als Brücke zwischen System 1 und System 2	840
a) System 1 als der Ort unbewussten Schlussfolgerns (jumping to conclusions)	840
b) System 2 als Ort des syllogistischen Durchrechnens	840
c) Abduktionen als Brücke zwischen System 1 und System 2	840
4. Rechtliche Vernünftigkeitsstrategien	841
a) Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) als „gutes Framing“	841
b) Dogmatik als weitere Erweiterung des Framings (Horizonts)	842
c) Relationstechnik und Schemata	843
d) Das letzte Wort des Angeklagten und Regeln zum Abstimmungsverhalten in Gremien	843
5. Konditionalprogramme statt Statistik und Prognose	843
III. Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie im Licht der NJML	844
IV. Zum Abschluss: Im Maschinenraum der Gesellschaft	845
Fünfter Teil: Ausblicke	847
§ 37 Rechtsberatung	848
§ 37a Kautelarjurisprudenz, insbesondere Vertragsgestaltung	849
I. Zum Stand der Lehre	850
1. Kein methodologisches „Allgemeingut“	850
2. Rückblick: Die Antike Gerichtsrhetorik	852
II. Die Arbeitsschritte (Zeitdimension)	853
1. Zwei Vorschläge aus der Literatur	853
2. Rückblick: Die Relationstechnik der „Dezisionsjuristen“	854
3. Ein neuer Vorschlag für die Kautelarjurisprudenz („Vertragsjuristen“)	854
III. Die Schemata (Sachdimension)	856
1. Ein Grobschema: Das Wichtigste zuerst	856
a) Die Essentialia negotii	856

b)	Vollzug des Geschäfts	857
c)	Regelung von Störfällen	857
d)	Sonstiges	857
2.	Das Grobschema ausfüllen: Vertragsarten	858
a)	Differenzierung nach dem wirtschaftlichen Zweck	858
aa)	Austauschverträge	858
bb)	Gesellschaftsverträge	859
cc)	Vergleichsverträge	860
dd)	Unentgeltliche Verträge	861
b)	Differenzierung nach Rechtsgebieten	861
aa)	Sachenrecht	862
bb)	Familien- und Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht	863
cc)	Sonstiges Privatrecht	864
dd)	Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsverträge	864
c)	Differenzierung nach dem Komplexitätsgrad	866
aa)	Mehrere Beteiligte („multipolare Rechtsverhältnisse“)	866
bb)	Mehrere Vertragsarten, Rechtsgebiete, Rechtsordnungen	867
d)	Schlussgag: das deutsche Steuerrecht	867
IV.	Die Maßarbeit (Sozialdimension)	868
1.	Hauptziel: Die Absicherung gegen Risiken	869
2.	Grenzen der Gestaltungsfreiheit: Zwingendes und dispositives Recht	869
3.	Gestaltungsvarianten: von der Rechtsfolge her denken	870
a)	Eine Vielzahl von VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismen)	870
b)	Logik, Logik, Logik – und Kreativität	871
4.	Gestaltungsvarianten: vom (Gesamt-) Ergebnis her denken	872
a)	Der Vorrang der Interessen	872
b)	Orientierung an „Werten“?	872
5.	Auswahlkriterien	873
a)	Im Zweifel für die sicherste Lösung	873
b)	Ökonomische Kriterien („Je-desto-Formeln“)	874
c)	Fairness-Kriterien: Konfliktvermeidung und Umgang mit Unsicherheiten	874
d)	Pramat des beiderseitigen Vorteils	875
V.	Recht als Instrument: Schlussbemerkungen	875
1.	„Wir produzieren Vertrauen“	875
2.	Rechtliche Richtigkeit?	876
3.	Die Juristenausbildung breiter aufstellen!	876
§ 37b	Forensische Tätigkeit (Litigation)	878
I.	Zivilprozess	878
II.	Ein Kapitel für sich: Strafverteidigung	879
1.	Der methodische Kernbereich: die StPO (Strafprozessordnung)	880
2.	Die Peripherie: Biases	882
3.	Der Strafprozess: Nur noch etwas für „Praktiker“?	882

Inhaltsverzeichnis

III. Verwaltungsprozess	883
IV. Verfassunggerichtliche Verfahren	884
§ 37c Die Logik und die Ästhetik der Rechtsberatung	886
§ 38 Gesetzgebungslehre (Legistik)	887
I. Zum Stand der Lehre	888
1. Das epochale Werk: Peter Noll, Gesetzgebungslehre (1973)	889
2. Die weitere Entwicklung	891
3. Resümee und Überleitung	892
II. Die Arbeitsschritte	893
1. Materialsammlung (inventio)	893
a) Problemstation: Wo liegt der Konflikt?	894
b) Sachverhaltsstation (Tatsachen- und Rechtsfragen)	894
c) Interessen- und Risikostation (Gesetzesfolgenabschätzung)	895
d) Gewichtungsstation	896
2. Erste Entwürfe (dispositio)	896
3. „Beratung“ und Verhandlung der Varianten („Basarstation“)	897
4. Endgültiger Entwurf (dispositio)	899
5. Entscheidung und Verabschiedung (pronuntiatio)	900
III. Die Schemata	901
1. Drei Checklisten aus der Praxis	901
2. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit	903
IV. Maßarbeit – und die größten Missstände	904
1. Formelles Gelingen und Misslingen (Verfahren und Form)	905
a) Föderalismus: viele Köche (und die blackbox Vermittlungsausschuss)	905
b) Artikelgesetze („Mantelgesetze“; „Omnibusverfahren“): Gefahr sachwidriger Koppelung	906
c) Abarbeiten von Koalitionsverträgen	907
2. Materiell-inhaltliches Gelingen oder Misslingen	908
a) Die Kernmethode: „umgekehrte Subsumtion“	908
b) Einzelheiten	910
aa) Nichts Überflüssiges, nichts Unklares	910
bb) Die richtige Abstraktionshöhe	911
c) Die Frage der „Wertung“ ...	911
d) ... ist eine Frage der besseren Entscheidung	912
V. Sonderkonstellationen	913
1. Einzelfallgesetze	913
a) Maßnahmengesetze	913
b) Subsumtionsgesetze	914
2. Verfassunggebung	915
3. Outsourcing	917
a) Arten von Outsourcing	917

b)	Bedenken gegen und Gründe für Outsourcing („Ministerialdemokratie“)	918
VI.	Fazit: Mehr Respekt vor dem Recht!	919
VII.	Zum Schluss: Machiavelli, Rousseau, Montesquieu	920
§ 39	Juristische Meta-Diskurse	922
I.	Traditionelle Meta-Diskurse	922
1.	Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz	923
2.	Topik und Freirechtsschule	923
3.	Positivismus – welcher Positivismus?	924
4.	Recht und Sprache, Rechtslinguistik, Semiotik	926
5.	Die Rezeption von Diskurstheorie (Habermas) und Systemtheorie (Luhmann)	927
II.	Aktuellere Meta-Diskurse	929
1.	Dogmatik	929
a)	Bestandsaufnahme	929
b)	Begriffsbestimmungen und Platzzuweisungen	932
c)	Zwischenfazit: Was Dogmatik nur oberflächlich ist	933
d)	Dogmatik als Lehre von rechtlicher und juristischer Richtigkeit	934
2.	Wissenschaftlichkeit	935
3.	Einzelne Ansätze	938
a)	Die Bielefeld-Potsdamer Kolloquien	938
b)	„Methodenstreit“ im Öffentlichen Recht?	938
c)	Kritik am Recht „als Metaphysik“	939
d)	Expositives Recht	939
III.	Methodenlehre: zwischen Kärrnersarbeit und „Kulturteil“	940
IV.	Zum Abschluss	942
§ 40	Die Vernünftigkeit des Rechts	943
I.	Zum Titel „Kritik der juristischen Vernunft“	943
1.	Was heißt Kritik?	943
2.	Was heißt Vernunft?	944
3.	Juristische Vernunft	946
II.	Die Logik und die Ästhetik des Rechts	947
1.	Die Logik des Rechts: Folgerichtige Entscheidungen	947
2.	Die Ästhetik des Rechts: Richtige Wahrnehmung	948
a)	Schritt 1: Richtig hinschauen, richtig zuhören.	949
b)	Schritt 2: Richtig verstehen.	949
c)	Schritt 3: Richtig benennen.	950
d)	Schritt 4: Richtig bewerten.	951
e)	Schritt 5: Richtig begründen.	951
3.	Die Ästhetik des Unrechts	952
4.	Resümee: Respekt, Disziplin, Gesamtschau	953

Inhaltsverzeichnis

III. Die zweitbeste Lösung	954
Danksagungen	955
Sachverzeichnis	957
Personen (Auswahl)	981