

Methodenlehre für Juristen

Theorie der Norm und des Gesetzes

Ein Lehrbuch

von

Dr. Hans-Martin Pawlowski
o. Professor an der Universität Mannheim

3., überarbeitete und erweiterte Auflage



C.F. Müller Verlag
Heidelberg

Inhaltsverzeichnis

	Rn	Seite
<i>Vorwort</i>		V
<i>Vorwort der ersten Auflage</i>		VII
<i>Abkürzungs- und Literaturverzeichnis</i>		XXI

1. Buch

Theorie der Norm

Grundlegung einer Methodenlehre für Juristen

1. Teil

Einleitung

§ 1 Vorbemerkungen	1	1
1. Darstellungen der juristischen Methodenlehre	1	1
2. Die Aufgaben einer Methodenlehre für Juristen	3	2
3. Das Recht als Voraussetzung	5	8
4. Methode – Arbeitstechnik – Dogmatik	6	10
§ 2 Zur Struktur des Rechts	13	15
1. Das Recht als veränderlicher Gegenstand.	13	15
2. Die Bedeutung der Organisation des Rechts	24	20
3. Zu den Problemen der verschiedenen juristischen Arbeitsmittel	30	22

2. Teil

Die Funktion der Rechtsnorm

§ 3 Die allgemeine Problematik des Gesetzes	31	23
1. Zur allgemeinen Normativität des Rechts	31	23
2. Personengebundene Normativität	37	25
a) Das Beispiel der Kadijustiz	37	25
b) Moderne Tendenzen zur Kadijustiz	50	29
Mediation	52	31
3. Das Prinzip der normativen Gleichbehandlung	53	31

§ 4 Zur Normativität der Präjudizien und der staatlichen Gesetze	60	34
1. Zur Normativität der Präjudizien	60	34
Zum Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe	62	35
a) Die sachlichen Unterschiede bzw die Begründungen	65	37
b) Besitz und Organisation der Ehe	70	40
c) Ergebnis	77	45
Zum Umgang mit Leitsätzen	80	46
2. Zur Normativität der Gesetze	81	47
a) Die Notwendigkeit der Begründung	81	47
Das Gesetz als richtige Regelung	82	47
Zur Auslegung des § 1365 BGB	84	48
Zum Kontext des § 1365 BGB	85	49
b) Der Begründungszusammenhang	86	49
Schutz des Ausgleichsanspruchs und/oder der Existenzgrundlage?	87	50
Korrektur des Gesetzes?	89	51
c) Ergebnis	93	53
Die Bedeutung des Begründungszusammenhangs	93	53
Die Bedeutung des Regelungszusammenhangs	94	53
3. Die Steuerungsfunktion der staatlichen Gesetze	99	56
§ 5 Zum Verhältnis von Gleichbehandlung und Änderung	100	57
1. Die verschiedenen Formen der Änderung	100	57
a) Gleichbehandlung und Zeit	100	57
b) Ungleichheit infolge des Verhaltens der Beteiligten	105	59
c) Ungleichheit infolge einer Änderung des rechtlichen Status der Beteiligten	106	59
Zum Zwangsvollstreckung auf Räumung der Ehewohnung	107	60
d) Ungleichheit infolge einer Änderung anderer Rechtsverhältnisse	111	62
Zur Funktion der arbeitsrechtlichen Kündigung	112	63
Zum Verhältnis von „Rechtskraft und Restitution“	113	63
Zu den Anforderungen an die Bezeichnung der Parteien	114	64
e) Ungleichheit infolge einer Änderung der Lebensverhältnisse	115	65
Das „Diätenurteil“ (BVerfG 40, S. 296 ff)	116	65
f) Ergebnis	119	66
2. Zur Funktion der verschiedenen juristischen Arbeitsmittel	120	67
a) Probleme der Feststellung der Ungleichheit	120	67
Die Beziehung zu anderen Rechtsverhältnissen	121	67
Die Beziehung zu den allgemeinen Lebensverhältnissen	122	67
b) Die Subsumtionsmodelle	124	68
c) Die positive Funktion der Subsumtion:	134	72
Bei Routinefällen und bei der Begründung -	134	72
Subsumtion oder „wahre Gründe“?	136	73

d) Politische Jurisprudenz?	139	74
e) Zur Funktion der Topik	143	76
f) Die Denkform des Typus	146	77
Die Lehren von den Fallnormen und vom Normbereich	146	77
Allgemeine Folgerungen	152	82
g) Hilfen durch die Organisation des Prozesses	153	83
h) Zur Funktion des Systems	156	84
§ 6 Die Methode der Systembildung	160	85
1. Normative Systeme?	160	85
2. System und allgemeine Rechtsgedanken	162	86
3. Die zwei Aufgaben der systematischen Arbeit	167	88
4. Die Systematisierung als Prozeß	168	89
a) Zur Möglichkeit eines allgemeinen Rechtssystems	169	90
b) Das Gesetz als praktisches Hilfsmittel	171	91
c) Zum Umfang der Systematisierung	172	92
3. Teil		
Die Einheit der Rechtsnorm		
§ 7 Das Verfahren der Systematisierung	175	95
1. Die systematische Methode	175	95
2. Rechtsprechung und Entscheidungszwang	180	97
a) Der „unklare“ Fall – Entscheidung ohne klare Erkenntnis –	180	97
b) Die Argumentation aus dem Fall selbst	186	100
Zur Methode des Ausklammerns	191	102
Abgrenzung zur Lehre von den Fallnormen	193	103
c) Zum Vorrang der systematischen Methode	195	104
Zur rechtstheoretischen Präzisierung von Generalklauseln: Entgangener Gewinn aus Dirnenverträgen?	197	105
Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht	202	108
d) Die Mittel zur Klärung „unklaren“ Rechts	206	109
Zur Formalität der juristischen Hilfsmittel: Das „Wohl des Kindes“	208	110
Entscheidung über die religiöse Kindererziehung	210	111
Entscheidung über die Verteilung der elterlichen Sorge	213	113
Entscheidung über die Besuchsregelung	214	114
e) Die Argumente aus der Organisation des Rechts	216	117
f) Ergebnis: Die allgemeine Methode der Entscheidung	220	119
3. Rechtsdogmatik zwischen System und Systematisierung	223	120
a) Inneres und äußeres System	223	120
b) Offene oder bewegliche Systeme	228	122
c) Gesamtsystem und Teilsystem	234	125

§ 8 Das Verhältnis von Gesamtsystem und Teilsystem	237	127
1. Zur Beurteilung von Einzelhandlungen und Handlungssystemen	237	127
a) Zur Auslegung des AGBG	237	127
b) Zur Gleichbehandlung von Handlungen und Handlungssystemen	246	130
2. Die Besonderheit der Tatfrage	254	133
a) Tatfrage und „Wertung“	254	133
b) Trennung von Rechts- und Tatfrage	260	135
Die Gefahr der Vermischung von Rechts- und Tatfrage	264	136
c) Tatfrage und Individualität	267	138
3. Die Verbindung von Rechts- und Tatfrage	269	139
a) Die „rechtlichen Zwecke“	269	139
b) Die juristische Qualifikation	277	141
§ 9 Beispiele der juristischen Qualifikation	279	142
1. Der Playboyfall	280	143
a) Zum Herausgabeanspruch des P. Schenkung?	281	143
Auslobung?	282	143
Ausschluß der Anfechtung?	283	144
Zum Verhältnis von kausalen und abstrakten Geschäften	288	145
b) Zum Schadensersatzanspruch des G	291	146
b) Zum Schadensersatzanspruch des G	297	148
2. Die mißlungene Photo-Safari	302	150
a) Die Bedeutung der sozialen Erfahrungen	303	151
b) Zur Funktion des dispositiven Rechts	306	152
3. Die freigebigen Großeltern	313	154
4. Der Spleen des Gesellschafter	320	156
5. Die prozessuale Stundung	326	159
6. Der einseitige Musterprozeß	341	164
7. Zur Qualifikation auf anderen Rechtsgebieten	349	167
a) Der Rücktritt vom Versuch	350	167
b) Öffentliches Recht und Privatrecht	356	171
8. Bemerkungen zu den sog. canones der Auslegung	359	172
Konsequenzen der Normativität des Gesetzes	359	172
a) Der Wortlaut des Gesetzes	359	172
Grammatische und logische Auslegung	360	172
b) Systematische Auslegung: Der Rückgriff auf die soziale Realität	361	172
Richtlinien- bzw europakonforme Auslegung	362	173
Zur systematischen Auslegung im Ausgangsfall	363	174
Zur systematischen Auslegung im Ausgangsfall	364	175
c) Die Entwicklung der Verhältnisse und Anschauungen	365	175
Entstehungsgeschichte und Dogmengeschichte	365	175
Historische und teleologische Auslegung	365	175
Historische und teleologische Auslegung	367	176
d) Organisatorische Argumente	370	177
Funktionale Auslegung	370	177
Funktionale Auslegung	375	178

e) Die Qualifikation im Rahmen der Tatfrage	376	179
Die praktische Konkordanz im Prozeß	378	179
Qualifikation und Subsumtion	379	180
Konsequenzen für die juristische Ausbildung	381	181

2. Buch

Theorie des Gesetzes

1. Teil

Das staatliche Gesetz als Mittel der Rechtserkenntnis

Die Normativfunktion

§ 10 Die technische und dogmatische Bindung an das staatliche Gesetz	383	182
1. Die Verbesserung der faktischen Gleichbehandlung	385	183
a) Die technische Bindung: funktionale Auslegung	385	183
b) Bemerkungen zum Umfang der technischen Bindung	391	185
Zur Bindung an die herrschende Meinung	394	188
c) Zur Bindung an die Urteile der Obergerichte (dogmatische Bindung)	395	189
2. Die Verbesserung der rechtlichen Gleichbehandlung	397	189
3. Umfang und Grenze der technischen und der dogmatischen Bindung	405	191
a) Allgemeines	405	191
b) Zum Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren	418	195
c) Zum Widerruf von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	424	198
d) Zur verfassungskonformen Auslegung	432	200
e) Bemerkungen zur Saldotheorie	441	203
§ 11 Denkformen der dogmatischen Bindung Mittel der Rechtsfortbildung	453	207
1. Allgemeines	453	207
2. Das sog. Lückenproblem	461	210
a) Die Normlücken	464	211
b) Die Regelungs- bzw Wertungslücken	467	212
c) Die Rechtslücken	472	213
3. Das Verfahren der Analogie	476	215
a) Das Analogiemodell der Begriffsjurisprudenz	477	215
b) Das Analogiemodell der Interessenjurisprudenz	481	216
4. Einschränkende Auslegung, teleologische Reduktion und Extension	486	217
a) Der Umkehrschluß	488	218
b) Die einschränkende Auslegung oder Restriktion	490	219
c) Die teleologischen Reduktion	493	220

d) Die teleologische Extension	497	22
e) Extensive und restriktive Auslegung	500	222
f) Der Sprachgebrauch der Rechtsprechung	502	223
g) Zusammenfassung	507	225
4. Dogmatische Bindung und Organisation	510	226
a) Zur dogmatischen Bindung der Theorie	511	226
b) Zur dogmatischen Bindung der Gerichte	518	229
Bindung an die Präjudizien	519	230

2. Teil

**Das staatliche Gesetz als Mittel zur Verbesserung des Rechts
Die Verbesserungsfunktion**

§ 12 Soziale Steuerung und Gerechtigkeit des Rechts	531	237
1. Gerechtigkeit als richtige Verbesserung	531	237
2. Staatliches Gesetz und Autonomie der Rechtswissenschaft	541	241
3. Die Verbesserung der sachlichen Gleichbehandlung	548	243
a) Das staatliche Gesetz als Mittel der allgemeinen Erkenntnis	551	245
b) Allgemeine Erkenntnis und Einzelerkenntnis	557	246
c) Exkurs: Die Aufgabe der Sachverständigen	560	248
d) Die allgemeine Legitimation des staatlichen Gesetzes	568	251
4. Unterschiede zwischen der dogmatischen und der rechtlichen Bindung	571	252
a) Der Fortschritt der allgemeinen Erkenntnis	576	254
b) Geschlechtsänderung ohne Gesetz?	580	256
c) Zur Verbindung von Normativ- und Verbesserungsfunktion	584	257
§ 13 Die rechtliche Bindung an die staatlichen Gesetze – Zur Richtigkeit der staatlichen Gesetze –	588	259
1. Zur Legitimation rechtlicher Inhalte	588	259
2. Recht und Politik	595	261
a) Die Politik als Mittel der Rechtserkenntnis	598	262
b) Zum Risiko neuer Erkenntnis	607	267
c) Die besondere Aufgabe der Politiker	611	268
d) Ergebnis	616	271
3. Zum Umfang der „rechtlichen Bindung“	618	271

3. Teil

**Das staatliche Gesetz als Mittel zur Organisation gesetzmäßigen Verhaltens
Die Planungsfunktion**

§ 14 Der nulla-poena-Grundsatz	627	276
1. Die formale Gleichbehandlung	627	276

2. Der Ausschluß der Rechtserkenntnis	631	278
a) Zum Schuldprinzip	634	279
b) Die Organisation regelmäßigen Verhaltens	636	281
§ 15 Der Gesetzesvorbehalt	639	282
1. Die Fragestellung	639	282
2. Zum System des Absolutismus	643	284
a) Gottesgnadentum und Rechtserkenntnis	643	284
b) Der Herrscher als Mittel der Rechtserkenntnis	647	285
3. Zum System der repräsentativen Demokratie	653	288
a) Die neue Bestimmung der Aufgabe	653	288
b) Mandat und Positivismus	657	290
c) Begründungspflicht und Positivismus	660	291
§ 16 Die formale Bindung an das staatliche Gesetz		
– Die Arbeitsteilung in der Rechtserkenntnis –	668	295
1. Arbeitsteilung und Kompetenz	668	295
a) Kompetenz und Verantwortung	669	295
b) Soziale Kosten der Arbeitsteilung	677	298
c) Konsequenzen der Arbeitsteilung	679	299
2. Planung und Steuerung	683	300
Zur Rationalität der Planung	685	301
3. Zum Planungscharakter öffentlich-rechtlicher Gesetze	690	304
a) Zur Auslegung hochschulrechtlicher Vorschriften	692	306
b) Zur Kompetenz der Verwaltung	696	307
c) Zum Verhältnis von Rechts- und Tatfrage	699	309
d) Zur Auslegung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht	703	310
e) Zum Planungscharakter von Kompetenznormen	705	311
4. Zum Planungscharakter privatrechtlicher Gesetze	709	311
Zur Kompetenz der Zivilgerichte	714	313
§ 17 Von der Methodenlehre zur Rechtsdogmatik		
– Einige Konsequenzen der Arbeitsteilung –	715	313
1. Justiz und Verwaltung	716	314
2. Vollstreckungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	719	315
a) Vollstreckungstermine und Vollstreckungsschutz	726	317
b) Vollstreckungsgegenklage?	728	318
c) Bemerkungen zum KPD-Urteil	729	318
3. Die Feststellung des Wandels: Zur Verbindung von Rechts- und Tatfrage	733	320
a) das Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs	734	320
b) Das Beispiel des Diätenurteils	743	324
4. Ergebnisse und Ausblick	749	325

3. Buch

Theorie der juristischen Dogmatik

§ 18 Der Gegenstand der Rechtsdogmatik	756	330
1. Zur Krise der Rechtsdogmatik	757	330
2. Die rechtsdogmatischen Theorien	763	334
§ 19 Beispiele rechtsdogmatischer Theorien	766	335
1. Negatorische Kausalhaftung oder Haftung wegen Störung des Eigenbesitzes?	766	335
a) Die herrschenden Theorien (E. Herrmann)	767	335
b) Die neue Theorie (E. Picker)	769	337
c) Leistungen rechtsdogmatischer Theorien	782	342
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht oder Schutz der Persönlichkeitsrechte?	786	344
a) Zum Bereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	786	344
b) Das normative Konzept des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	789	346
c) Das Konzept der Güterabwägung im Einzelfall	793	347
d) Der rechtstheoretische Hintergrund des Abwägungskonzeptes	801	352
e) Wertorientierung versus Normorientierung	803	353
Zur Anerkennung des „autonomen Subjekts“	804	353
Der sog. Verlust des Subjekts	806	354
f) Bemerkungen zur Dogmatik des Persönlichkeitsrechts	812	357
3. Zur Aufgabe der Rechtsdogmatik	821	361
§ 20 Voraussetzungen der Rechtsdogmatik	823	362
1. Der Wandel der Normativität	823	362
2. Zum Verhältnis von Recht und Moral	829	367
3. Der pluralistische Staat der Glaubensfreiheit	832	368
4. Die Frage nach der Legitimation des Rechts	840	372
5. Technische Begründungen des Rechts	841	373
a) Bindung durch Mehrheit?	841	373
b) Zum sog. ethischen Minimum: Die kleine Münze des Naturrechts	842	374
c) Zur Bedeutung religiöser Grundlagen	844	375
6. Das Recht und die Werte	846	377
a) Der Ersatz des Naturrechts	846	377
b) Bindung durch Werte?	847	377
Werte als Abstraktionen	847	377
Werte als Verpflichtungsgrund	848	378
Zur Wertordnung des Grundgesetzes	849	379
c) Zur Logik des Wertdenkens	851	381
d) Zur Struktur des Wertdenkens	853	382
7. Die Menschenrechte: Politisches Naturrecht	860	386
8. Ergebnis	863	388

§ 21 Die Rechtsdogmatik im Staat der Glaubensfreiheit	865	388
1. Die bedingte Richtigkeit dogmatischer Theorien	865	388
2. Die Verbesserung der Gleichbehandlung	870	391
a) Verbesserungen durch Erweiterungen der Gleichbehandlung . .	870	391
b) Verbesserungen durch Prozeduralisierungen	873	392
c) Formalisierung und Erkenntnis	874	392
3. Die Vorzüge formaler Regelungen:		
wider den Formalismusvorwurf	878	394
a) Formalität als Voraussetzungen der Neutralität	878	394
b) Die Ehe im Staat der Glaubensfreiheit	882	395
4. Kriterien der Rechtsdogmatik	888	398
a) Kriterien der Anschlußrationalität	891	300
b) Das Beispiel der Schwangerschaftsunterbrechung	901	403
c) Zum Begriff der Menschenwürde im Staat der Glaubensfreiheit	907	406
d) Probleme der Neubegründung		
überkommener positiver Normen	913	409
Allgemeine Überlegungen	913	409
Beispiele der Ehevoraussetzungen	914	409
Zur Monogamie	920	413
Zur Heterosexualität	924	415
e) Ergebnisse	930	418

4. Buch

Theorie der Präjudizien

§ 22 Die Autorität des Richterspruchs	933	421
1. Autorität aufgrund der Organisation des Verfahrens	936	422
a) Der Rechtszwang	936	422
b) Die Legitimation durch Verfahren	937	422
Legitimation durch richterliches Verhalten	943	425
Legitimation durch Gewährleistung der Wahrung der Grundrechte	944	426
Legitimation durch Gewährleistung der Beachtung grundlegender Ordnungen	945	427
c) Gefährdungen der Legitimation durch Verfahren	946	427
Zum Mykonos-Prozeß	946	427
Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte Dritter	950	430
Zu den völkerrechtlichen Schranken des Strafprozesses	955	434
Audiatur et altera pars	957	436
d) Zur Struktur richterlichen Handelns	961	438
e) Gefährdungen der richterlichen Neutralität	963	439
Zur Asylrechtsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts	963	439
2. Autorität durch die Bindung an Recht und Gesetz	969	443

3. Autorität aus Moral und Religion	973	444
4. Autorität durch Politik und Recht	979	446
§ 23 Zur Gerechtigkeit im wiedervereinigten Deutschland		
– Gerechtigkeit allein durch Richter? –	983	448
1. Das Problem	983	448
Zum Strafverfahren gegen Erich Honecker	987	450
Zum neuen Konzept der Gerechtigkeit	991	452
Bemerkungen zur internationalen Strafgerichtsbarkeit	993	453
2. Die normative Lösung	994	454
a) Grundgesetzkonforme Auslegung	994	454
b) Der Rekurs auf „höhere Normen“	1000	457
3. Zur Gerechtigkeit im Einzelfall	1003	458
4. Zur Verfassungs- bzw Rechtswirklichkeit der DDR	1005	460
5. Die besondere Verantwortung des Richters für den Rechtsstaat	1015	465
§ 24 Zur Bindung an die tragenden Gründe	1020	468
I. Die verschiedenen Folgen der Urteile	1020	468
II. Zur Präjudizbindung	1028	472
1. Die Bindung an die rationes decidendi	1028	472
2. Zur Vorlagepflicht beim Bundesverfassungsgericht	1038	476
3. Die besondere Bindung an die tragenden Gründe	1047	480
4. Grenzen der besonderen Bindungswirkung der Präjudizien	1049	481
§ 25 Bindung an obiter dicta?	1056	484
I. Beispiele	1056	384
1. Zustimmung zu Eingriffen in personenbezogene Rechte	1056	484
2. Zum Schmerzensgeld bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts	1064	489
3. Bürgschaften als Haustürgeschäfte	1067	491
II. Zu den Wirkungen von obiter dicta	1071	493
1. Obiter dicta und Gewohnheitsrecht	1072	494
2. Zum Einsatz von obiter dicta	1074	494
III. Zum Umgang mit Präjudizien	1076	495
§ 26 Es gibt etwas Besseres auf der Welt	1078	496
<i>Personenregister</i>		499
<i>Sachverzeichnis</i>		509