

Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven

Von HOLGER FLEISCHER, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Drei wohlfeile Vorurteile gegen die Methodenlehre – und ihre Widerlegung	701
II. Von der nationalen zur europäischen Methodenlehre	704
1. Nationale Vorprägungen	704
2. Transnationale Verbindungsglieder	705
3. Abtragen des nationalen Vorverständnisses	706
III. Unionsprivatrechtliche Methodenlehre	707
1. Entwicklungsstufen der Methodendiskussion	708
a) Von der deskriptiven zur präskriptiven Methodenlehre	708
b) Vom nationalen Anhängsel zur transnationalen Eigenständigkeit	709
2. Spezifische Methodenprobleme des Unionsprivatrechts	710
a) Verfassungsfragen	710
b) Systemfragen	711
c) Sprachenfragen	712
d) Lückenschließungsfragen	713
e) Fragen der Rechtsprechungsvergleichung	714
IV. Gemeineuropäische Methodenlehre	715
1. Überlieferungszusammenhang und Entwicklungslinien	716
a) Gemeinsame Tradition der Rechtsquellen- und Methodenlehren	716

* Einführungsvortrag auf dem Symposium »Europäische Methodenlehre« des Vereins der Freunde und Förderer des Max-Planck-Instituts am 26. Juni 2010 in Hamburg. Die Vortragform ist beibehalten, der Text etwas erweitert und mit Nachweisen versehen.

Abgekürzt werden zitiert: *Axel Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre (2009); *Europäische Methodenlehre*², hrsg. von *Karl Riesenhuber* (2010); *Günter Hager*, Rechtsmethoden in Europa (2009); *Thomas Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode (2009); *Carsten Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen (2006); *Clemens Höpfer/Bernd Rütters*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre: AcP 209 (2009) 1; *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre³ (2010); *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik I: Grundlagen – Öffentliches Recht¹⁰ (2009) (zitiert mit Band und Rz.); *dies.*, Juristische Methodik II: Europarecht² (2007); *Jörg Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: *Europäische Methodenlehre*² (diese Note) § 13; *Nikolaus Graf Vitzthum*, Methoden für das Europarecht, Zugl. Bespr. zu *Europäische Methodenlehre*, hrsg. von *Karl Riesenhuber* (2006): GPR 2009, 129; *Stefan Vogenauer*, Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm: ZEuP 2005, 234.

b) Konvergenz oder Divergenz der Rechtsmethoden?	716
2. Ausgewählte Einzelfragen	717
a) Gesetzesmaterialien	717
b) Gewichtung der Auslegungskriterien	719
c) Fallrechtsmethode	720
d) Rechtsfortbildung.	721
V. Übergreifende Methodenfragen	721
1. Gegenstandsadäquanz der Methode	721
2. Rechtsquellenvielfalt	722
3. Folgenorientierung.	723
4. Transformation außerrechtlicher Argumente	724
5. Methodenlehre der Gesetzgebung	726
VI. Schluss	728
Summary: European Legal Methodology – Current Position and Future Perspectives	728

I. Drei wohlfeile Vorurteile gegen die Methodenlehre – und ihre Widerlegung

Zu Beginn gleich ein grober Hieb gegen die Methodenlehre von keinem Geringeren als Gustav Radbruch: »Die Untersuchungen über die juristische Methode häufen sich. Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen auch Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlass haben, kranke Wissenschaften zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegen nicht viel von sich selbst zu wissen.«¹ Wie gelangt man angesichts solcher Vorwürfe wieder in die Offensive? Nur indem man sich die Errungenschaften der juristischen Methodenlehre nochmals kurz vor Augen führt: Methodologische Selbstvergewisserung erschöpft sich keineswegs in krankhafter Nabelschau, sondern weist der richterlichen Rechtsfindung die Richtung und hilft, den subjektiv-persönlichen Rest judiziellen Entscheidens in engen Grenzen zu halten.² Auch für die juristische Forschung ist ein methodenbewusstes Vorgehen unerlässlich, etwa bei der Frage, ob sich ein an-

¹ Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft¹² (1969) 253.

² Vgl. mit Nuancen im Einzelnen Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 57: »Das Ziel der methodologischen Bemühungen in der Jurisprudenz sollte daher offenbar viel bescheidener sein. Es kann nur darum gehen, das mögliche Maß an Rationalität und Kontrollierbarkeit des juristischen Denkens voll auszuschöpfen«; Kramer 47f.: »Aufgabe der Juristischen Methodenlehre ist es, den Spielraum reiner Subjektivität, die ja letztlich Willkür bedeutet, möglichst einzuschränken und die Interpretation damit möglichst zu »verobjektivieren« und zu »rationalisieren«; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 6: »Richterliche Entscheidungen, gerade dann, wenn Werturteile in sie einfließen, dürfen nicht unbesehen übernommen werden; sie sind darauf zu überprüfen, ob sie sich mit anderen Entscheidungen und anerkannten Rechtsgrundsätzen vereinbaren lassen, und ob

gestrebtes Auslegungsergebnis schon *de lege lata* oder erst *de lege ferenda* erreichen lässt.³ Etwas hochgestochen kann man daher ausrufen: »Rechtswissenschaft ist methodisch oder sie ist nicht!«⁴

Ein zweites Vorurteil, gegen das die Methodenlehre ankämpft, ist ihre vermeintliche Aura gelehriger Abstraktion. Daran ist richtig, dass methodologische Regeln – ähnlich denen des internationalen oder intertemporalen Privatrechts – noch keine Auskunft über den genauen Norminhalt geben, sondern getreu der griechischen Wortwurzel⁵ nur den Weg zur Erreichung des (Auslegungs-)Ziels aufzeigen. Spöttisch hat ein Juraprofessor dies seinem Methodik betreibenden Kollegen einmal wie folgt unter die Nase gerieben: »Sie wetzen ewig die Messer, aber sie schneiden niemals.«⁶ Methodenlehre ist mit anderen Worten eine juristische *Metadisziplin*⁷, doch muss auch sie ihre Leistungsfähigkeit an konkreten Fällen unter Beweis stellen. Für das fachliche Miteinander bedeutet dies, dass die Erforschung der Rechtsmethoden nicht allein den Vertretern der Rechtstheorie aufgegeben ist, sondern eine *Gemeinschaftsaufgabe* aller juristischen Teildisziplinen und Professionen⁸ darstellt. Es versteht sich von selbst, dass jeder Arbeiter im Weinberg der juristischen Methodenlehre dabei in erster Linie sein fachspe-

sie »sachgerecht« sind. Ohne die Beachtung bestimmter methodischer Erfordernisse geht das jedoch nicht.«

³ Dazu etwa *Martijn Hesselink*, *A European Legal Method?*, *On European Private Law and Scientific Method*: Eur. L.J. 15 (2009) 20 (33): »The aim of legal methods is to make it less messy, eg by developing standards of interpretation, by trying to demarcate the application of existing law and the creation of new law by the courts, and by telling the courts what to do when the law »runs out«; ferner *Karsten Schmidt*, *Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung*, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von *Okko Behrends* (1993) 77 (85), wonach die Methode *conditio sine qua non* aller Rechtsfindung und Rechtsfortbildung sei; siehe auch BVerfG 6. 7. 2010, NJW 2010, 3422 (3424 Tz. 62), wonach dem EuGH die Rechtsfortbildung »im Wege methodisch gebundener Rechtsprechung« nicht verwehrt sei.

⁴ *Andreas Voßkuhle*, *Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht*, in: *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, hrsg. von *Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle* (2002) 171 (192) (zitiert: *Methode*); vgl. auch *Alexander Hollerbach*, Stichwort: *Rechtswissenschaft*, in: *Staatslexikon*⁷, hrsg. von der *Görres-Gesellschaft* (1988) IV, Sp. 751: »R. zielt auf methodisch erarbeitetes, systematisch geordnetes, objektiv gesichertes, lehr- und lernbares rationales Wissen vom Recht.«

⁵ Vgl. *μεθοδος*: Weg zur Erreichung des Ziels.

⁶ Wiedergegeben bei *Wolfgang Fikentscher*, *Gedanken zu einer rechtsvergleichenden Methodenlehre*, in: *Recht im Wandel*, FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 141 (142).

⁷ So *Mark van Hoecke*, *Norm, Kontext und Entscheidung*, *Die Interpretationsfreiheit des Richters* (1988) 52; von einer »Metawissenschaft« spricht *Larenz* (oben N. 2) 248.

⁸ Von einer »Rechtsfindungsgemeinschaft« der Richter, Parteien und Anwälte spricht plastisch *Klaus Peter Berger*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode*: ZEuP 2001, 4 (10); ferner *Hesselink* (oben N. 3) 38: »Such a common method can only be developed in a dialogue between all those affected, ie the legislator, the courts and scholars on all levels of governance (notably the national and the Community level) – an open method of coordination as it were.«

zifisches Anschauungsmaterial einbringt, und so werden meine Beispiele zuvörderst aus dem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht stammen.

Drittens hört man hierzulande immer wieder, Methodenlehre sei letztlich keine Wissenschaft, sondern eine (Standes-)Kunst.⁹ Fast wortlautgleich lässt sich der englische Lordrichter Steyn vernehmen: »Interpretation is not a science. It is an art. It is an exercise involving the making of choices between feasible interpretations.«¹⁰ Der Könner, so die Quintessenz, treffe aufgrund seines juristischen Gespürs *intuitiv* das Richtige, ohne auf *theoretische* Anleitung oder Belehrung angewiesen zu sein. Ganz ähnlich heißt es bereits in dem Ernst Rabel zugesprochenen Diktum, ein guter Jurist habe seine Methode, aber er rede nicht darüber.¹¹ Diesen Einlassungen ist zuzugeben, dass praktische Erfahrung und Kunstfertigkeit bei der Auslegung und Rechtsfortbildung eine wesentliche Rolle spielen. Allerdings darf sich diese *ars interpretandi* nicht über gesetzliche oder verfassungsrechtliche Vorgaben hinwegsetzen. Es gibt ein *Recht der Methode*¹², das selbst juristischen Jahrhundertkünstlern Zügel anlegt und dessen theoretisches Fundament schon Savigny vorzeiten zu studieren empfahl.¹³ Insgesamt erscheint es mir daher – allen Vorurteilen zum Trotz – statthaft und hoffentlich erkenntnisfördernd, unsere heutige Veranstaltung ganz den Rechtsmethoden in Europa zu widmen.

⁹ Vgl. etwa Hager 294ff.: »Rechtsfindung ist Kunst«; ferner Horst Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung⁴ (1967).

¹⁰ Johan Steyn, The Intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts: Sydney L. Rev. 25 (2003) 5 (8).

¹¹ Wiedergegeben bei Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung I: Frühe und religiöse Rechte, Romanischer Rechtskreis (1975) 10; sowie bei Franz Bydliński, in: Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, hrsg. von Bernd Schlicher/Peter Koller/Bernd-Christian Funk (2000) 9 (23); dazu auch Holger Fleischer, Gegenwarts- und Zukunftsfragen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Stabwechsel, Ansprachen aus Anlass des Wechsels im Direktorium am 9. September 2009 (2009) 29 (40).

¹² Treffend Kramer 39 m. w. N.

¹³ Vgl. Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts I (1840) 211: »Die Auslegung ist eine Kunst, und die Bildung zu derselben wird durch die trefflichen Muster aus alter und neuer Zeit, die wir in reichem Maaße besitzen, gefördert. [...] Allein wir können durch die Betrachtung vorzüglicher Muster ergründen, worin die Trefflichkeit derselben liegt; dadurch aber werden wir unsren Sinn schärfen für das, worauf es bei jeder Auslegung ankommt, und unser Streben auf die rechten Punkte richten lernen. Dieses, und die Vermeidung der mancherley möglichen Abwege, ist es, was wir hier, wie in jeder Kunst durch die Theorie zu gewinnen hoffen dürfen.«

II. Von der nationalen zur europäischen Methodenlehre

1. Nationale Vorprägungen

Juristische Methodenlehre ist im Ausgangspunkt eine *nationale* Disziplin.¹⁴ So wie sich zum Beispiel der Stil höchstrichterlicher Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) und der *Cour de Cassation* unterscheidet¹⁵, so unterscheiden sich auch die deutsche und französische Auslegungstradition. Manche kontinentaleuropäischen Kodifikationen, wie das österreichische, schweizerische und italienische, aber auch das spanische oder portugiesische Zivilgesetzbuch, enthalten sogar – anders als das Bürgerliche Gesetzbuch¹⁶ – positivrechtliche Teilerfassungen ihrer eigenen Interpretationsregeln.¹⁷ Darüber wird uns Christiane Wendehorst sogleich ausführlicher berichten¹⁸ und hierbei auch auf die mögliche Schaffung einer europäischen Methodennorm eingehen.¹⁹ Ähnliche Überlegungen für ein *Restatement (First) of Statutory Interpretation* werden seit einigen Jahren im US-amerikanischen Schrifttum angestellt.²⁰ Schließlich ergeben sich nationale Vorprägungen daraus, dass Methodenfragen immer auch Verfassungsfragen und oder gar Fragen der Staatsphilosophie²¹ sind. Unter Berufung auf Art. 20 III und Art. 97 I GG wenden sich hierzulande einflussreiche Stimmen, darunter die

¹⁴ Vgl. *Martijn W. Hesselink*, The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law: Tul. L. Rev. 83 (2009) 919 (936); ähnlich *Kramer* 42f.; *Larenz* (oben N. 2) 245.

¹⁵ Zum Stil höchstrichterlicher Entscheidungen *Hein Kötz*, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen: RabelsZ 37 (1973) 245; *Jean-Louis Goutal*, Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A.: Am. J. Comp. L. 24 (1976) 43; *Basil Markesinis*, Conceptualism, Pragmatism and Courage, A Common Lawyer Looks at Some Judgments of the German Federal Court: Am. J. Comp. L. 34 (1986) 349.

¹⁶ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1/2² (1896) 15: »In dem Entwurfe ist von jeder einschlagenden Vorschrift Abstand genommen.«

¹⁷ Vgl. *Fritz-René Grabau*, Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation, Eine rechtsvergleichende Studie zur Geschichte und Dogmatik von Auslegungsbestimmungen in den wichtigsten europäischen Zivilrechtskodifikationen (1993); ferner *Martin Gisewski*, Methodik der Auslegung im kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Recht (2008); sowie *Johanna Höllt*, Die Lückenfüllung der klassisch-europäischen Kodifikationen, Zur Analogie im ALR, Code civil und ABGB (2005).

¹⁸ Vgl. *Christiane Wendehorst* in diesem Heft S. 730.

¹⁹ Vgl. *Wendehorst* (vorige Note); für einen ausformulierten Vorschlag einer Methodennorm des Europäischen Privatrechts *Henninger* 446ff.

²⁰ Vgl. *Gary E. O'Connor*, Restatement (First) of Statutory Interpretation: NY. U.J. Legis. & Publ. Policy 7 (2004) 333; ähnlich *Nicholas Quinn Rosenkranz*, Federal Rules of Statutory Interpretation: Harv. L. Rev. 115 (2002) 2085.

²¹ In diesem Sinne *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre¹⁰ (2006) 23: »Zugespitzt könnte man also sagen: Welche Auslegung einer wählt, hängt davon ab, was für eine Staatsphilosophie er hat«; zustimmend *Jan Schröder*, Rechtsbegriff und Auslegungsgrundsätze im frühen 20. Jahrhundert – zum Streit zwischen »objektiver« und »subjektiver« Interpretationstheorie, in: FS Eisenhardt (2007) 125.

Verfassungsrichter Voßkuhle, Osterloh und Di Fabio, in einem Aufsehen erregenden Sondervotum aus dem Jahre 2009²², gegen die sog. objektiv-teleologische Auslegung²³ und werben dafür, die neuere Methodendiskussion »von ihrem hermeneutischen Kopf auf die verfassungsrechtlichen Füße« (Hans-Peter Schneider²⁴) zu stellen.

2. Transnationale Verbindungsglieder

Ungeachtet aller *nationalen* Vorprägungen finden sich bereits heute Verbindungsglieder für eine *transnationale* Methodenkonzeption. Dies gilt zunächst überall dort, wo die juristische Auslegung der allgemeinen Hermeneutik folgt²⁵: Gadammers »Wahrheit und Methode« wird nicht nur im deutschen Original²⁶, sondern auch in englischer, französischer oder italienischer Übersetzung studiert²⁷ und für die juristische Interpretation fruchtbar gemacht.²⁸ Auch Wittgensteins Sprachphilosophie²⁹ und Derridas Grammato-

²² Vgl. BVerfG 15. 1. 2009, BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469 (1476 ff. Tz. 95 ff.); dazu *Christoph Möllers*, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: Richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: JZ 2009, 668; *Bernd Rüthers*, Trendwende im Bundesverfassungsgericht?, Über die Grenzen des Richterstaats: NJW 2009, 1461. Zu den »anerkannten Auslegungsmethoden« und den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung zuletzt BVerfG 25. 1. 2011, NJW 2011, 836 (837 Tz. 50 ff.); dazu *Volker Rieble*, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG: NJW 2011, 819; *Bernd Rüthers*, Klartext zu den Grenzen des Richterrechts: NJW 2011, 1856.

²³ Vgl. mit Unterschieden im Einzelnen *Otto Depenheuer*, Politischer Wille und Verfassungsänderung: DVBl. 1987, 809 (812 f.); *Christian Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung – demokratische und rechtsstaatliche Bedenken gegen eine scheinbare Selbstverständlichkeit: Journal für Rechtspolitik 9 (2001) 281; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (1999) 328 ff. (338 ff.); *Jörg Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem² (2005) 112 ff.; *Bernd Rüthers/Christian Fischer*, Rechtstheorie⁵ (2010) Rz. 780 ff.; siehe auch *Marietta Auer*, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz, Philipp Heck zum 150. Geburtstag: ZEuP 2008, 516 (528 ff.).

²⁴ *Hans-Peter Schneider*, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung: DÖV 1975, 443 (452).

²⁵ Treffend *Jan Schröder*, Zur gesamteuropäischen Tradition der juristischen Methodenlehre: Akademie-Journal 2002, Heft 2, S. 37: »Juristische Methodenlehre ist eine Anwendung von Hermeneutik und Logik auf die Jurisprudenz. [...] Sieht man die Dinge so, dann scheint die juristische Methodenlehre nicht, wie das Recht selbst, national beschränkt, sondern überall dieselbe zu sein, wo es Recht gibt.« Zu den Besonderheiten der juristischen Hermeneutik etwa *Philippe Mastronardi*, Juristisches Denken² (2003) Rz. 101 ff.

²⁶ *Hans-Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1. Aufl. (1960), 6. Aufl. (1990) 330 ff. unter der Zwischenüberschrift »Die exemplarische Bedeutung der juristischen Hermeneutik«.

²⁷ *Hans-Georg Gadamer*, Truth and Method² (1989); *ders.*, Vérité et Méthode (1996); *ders.*, Verità e Metodo (1983).

²⁸ Vgl. aus Sicht der deutschen Methodenlehre *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser (1981); aus US-amerikanischer Sicht *William Eskridge*, Gadamer/Statutory Interpretation: Col. L. Rev. 90 (1990) 609; *ders.*, Dynamic Statutory Interpretation (1994) 58 ff.; siehe auch *Ronald Dworkin*, Law's Empire (1986) 228.

²⁹ *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus Logico-Philosophicus (1921).

logie³⁰ werden über Rechts- und Ländergrenzen hinweg von Juristen rezipiert.³¹ Einheitsstiftend wirken darüber hinaus methodologische Parömien römischrechtlicher Herkunft³², die sich vielerorts in großer Gleichförmigkeit behauptet haben: Dies zeigt ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Detlef Liebs' Liste »Lateinische[r] Rechtsregeln und Rechtssprichwörter«³³ und Roland/Boyers Zusammenstellung der »Adages du droit français«³⁴. Schließlich drängt uns das internationale Einheitsrecht seit längerem zur Ausformung einer transnationalen Methodenlehre.³⁵ Dies belegt paradigmatisch Art. 7 I des UN-Kaufrechts³⁶, der freilich selbst nur eine Zielbestimmung und keine kodifizierten Auslegungsmethoden enthält.³⁷

3. Abtragen des nationalen Vorverständnisses

Wer auf dem Weg zu einer wahrhaft europäischen Methodenlehre weiter voranschreiten will, muss zunächst seine nationale Graugans-Prägung abstreifen. Diese Überwindung des methodologischen Nationalismus³⁸ – Gadamer spricht davon, »der eigenen Voreingenommenheit innezu sein«³⁹ – fällt gerade deutschen Juristen aus einem doppelten Grunde schwer: Zum einen ist uns der Savignysche Methodenkanon⁴⁰ im Laufe einer langen Ausbildung

³⁰ *Jaques Derrida*, *De la grammatologie* (1967).

³¹ Zu Wittgenstein etwa *Ahilan T. Arulanantham*, *Breaking the Rules*, Wittgenstein and Legal Realism: Yale L.J. 107 (1998) 1853; *Dietrich Busse*, Zum Regelcharakter von Normtext-Bedeutungen und Rechtsnormen, Was leistet Wittgensteins Regelbegriff in einer anwendungsbezogenen Semantik für das Interpretationsproblem der juristischen Methodenlehre?: *Rechtstheorie* 19 (1988) 305; *Bruce A. Markell*, Bewitched by Language: Wittgenstein and the Practice of Law: *Pepp. L. Rev.* 32 (2005) 801. Zu Derrida etwa *Marc Amstutz*, Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 126 (2007-II) 237 (245 ff.); *Simon Critchley*, Derrida: The Reader: *Cardozo L. Rev.* 27 (2005) 553.

³² Für eine Zusammenstellung *Ernst A. Kramer*, Lateinische Parömien zur Methode der Rechtsanwendung, in: FS Höhn (1995) 141.

³³ *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter⁷ (2007).

³⁴ *Henri Roland/Laurent Boyer*, *Adages du droit français*³ (1992).

³⁵ Monographisch *Urs-Peter Gruber*, *Methoden des internationalen Einheitsrechts* (2004).

³⁶ Er lautet wörtlich: »Bei der Auslegung dieses Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, eine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern.«

³⁷ Vgl. etwa *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (-Franco Ferrari)*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht⁵ (2008) Art. 7 Rz. 28.

³⁸ Vom »Elend des methodologischen Nationalismus« spricht *Christian Joerges*, Europäisierung als Prozess: Überlegungen zu einer Vergemeinschaftung des Privatrechts, in: FS Heldrich (2005) 205 (206); kritisch zu dieser »Radikalforderung« *Herresthal* 63 mit N. 75.

³⁹ *Gadamer*⁶ (oben N. 26) 253.

⁴⁰ Vgl. *v. Savigny* (oben N. 13) 212–216; dazu aus jüngerer Zeit etwa *Ulrich Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht: *JZ* 2003, 1; *Stephan Meder*, Missverstehen und Verstehen, Savignys Grundlegung der modernen Hermeneutik (2004).

gleichsam zur zweiten Natur geworden. Zum anderen hat die hiesige Rechtswissenschaft ein fein gewebtes Methodenmuster hervorgebracht, das man nur ungern gegen das grobere Garn einer transnationalen Methodenlehre eintauscht. Im Steuerrecht hält sich hartnäckig das Gerücht, über 70 Prozent der weltweiten Steuerliteratur seien in deutscher Sprache geschrieben; für die juristische Methodik könnten ketzerische Stimmen Ähnliches behaupten.⁴¹ Dies bedeutet mitnichten, die großen denkerischen Leistungen der deutschen Methodenlehre gering zu schätzen⁴², doch werden sich nicht alle ihre fein ziselierten Begrifflichkeiten und Kategorienbildungen maßstabsgetreu in das noch zu errichtende Gebäude einer europäischen Methodenlehre einpassen lassen.⁴³ Als rechtsvergleichenden Kontrapunkt können wir heute mit Roderick Munday wenigstens einen ausländischen Experten anbieten, der sich aus englischer Sicht der Suche nach dem Willen des historischen Gesetzgebers und seiner Bedeutung für die Gesetzesauslegung widmet.⁴⁴

III. Unionsprivatrechtliche Methodenlehre

Jüngere Abhandlungen zur Europäischen Methodenlehre – etwa die von Langenbacher oder Riesenhuber herausgegebenen Sammelbände⁴⁵ – eint

⁴¹ Dazu etwa aus der Sicht eines ausländischen Beobachters *Hesslink* (oben N. 3) 36: »Several German legal scholars have argued that we need a European legal method«, welcher der deutschen Rechtswissenschaft – kaum überzeugend – ein Hegemonialstreben unterstellt; aus der deutschen Binnensicht *Philipp Dann*, *Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law: German L.J.* 6 (2005) 1453 (1455): »Is not the very question of a methodology for a European constitutional scholarship incurably German – and thus more of a national cul-de-sac than the route to a European debate? [...] Why should the German delight in methodological navel-gazing be imposed on other countries and on European law?«; siehe auch *Christian Baldus*, Editorial: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2009, 53: »Es gibt noch keine europäische Methodenlehre, und es gibt bislang fast nur im deutschen Sprach- und Rechtsraum Bemühungen, daran etwas zu ändern.«

⁴² Ähnlich *Christian Baldus*, *Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie, Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts*, in: *Europäische Methodenlehre* § 3 Rz. 185 mit N. 339: »Man sollte diesen Zustand als Chance sehen: es gibt neuere Entwicklungen, über die man sich gut in deutscher Sprache informieren kann. Das spricht für die Leistungsfähigkeit der deutschsprachigen Rechtswissenschaft, und von informierten Kreisen im Ausland wird eine kritische Auseinandersetzung mit eben dieser Wissenschaft gesucht.«

⁴³ Pointiert *Vogenauer* 254: »Hier gilt es für deutsche Juristen, soviel lässt sich schon jetzt sagen, Abschied von einigen Besonderheiten, ja auch Spitzfindigkeiten und Übertreibungen der hochgezüchteten deutschen Methodenlehre zu nehmen.«

⁴⁴ Vgl. *Roderick Munday* in diesem Heft S. 764.

⁴⁵ Vgl. *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts²*, hrsg. von *Katja Langenbacher* (2008); *Europäische Methodenlehre²* (oben N.*); dazu die Besprechungen der 1. Aufl. (2006) von *Peter Krebs*, *GPR* 2009, 75; *Thomas M.J. Möllers*, *ZHR* 171 (2007) 754; *Vitzthum* 129; jüngst auch: *European Legal Method: Paradoxes and Revitalisation*, hrsg. von *Ulla B. Neergaard/Ruth Nielsen/Lynn M. Rosenberry* (2011).

das Ziel, gemeinsame Strukturen, Regeln und Prinzipien zur Auslegung und Fortbildung des *Unionsprivatrechts* herauszuarbeiten. Sie fußen auf der Einsicht, dass für das Gemeinschaftsrecht als *eigenständiger* Rechtsordnung auch eine *autonome* – sowohl vom nationalen Recht als auch vom Völkerrecht *unabhängige* – Methodik zu entwickeln ist.⁴⁶

1. Entwicklungsstufen der Methodendiskussion

a) Von der deskriptiven zur präskriptiven Methodenlehre

Wie zögerlich die Rechtswissenschaft diese Aufgabe in Angriff genommen hat, zeigen noch in der zweiten Hälfte der neunziger Jahre zahlreiche Arbeiten zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die sich fast ausnahmslos auf eine beschreibende Bestandsaufnahme beschränken.⁴⁷ Solche »deskriptiven Methodenlehren«⁴⁸ sind durchaus erkenntnisfördernd, weil sie notwendige Vorarbeiten für die Herausbildung eines paneuropäischen Methodenkanons bilden und verhindern, dass Praxis und (Rechts-)Theorie den Kontakt zueinander verlieren.⁴⁹ Eine wissenschaftliche Erforschung der europäischen Rechtsmethoden darf hierbei je-

⁴⁶ Hellsichtig bereits *Fikentscher* (oben N. 11) III: *Mitteleuropäischer Rechtskreis* (1976) 784: »Es kann nicht ausbleiben, dass auch das Recht der EWG eine eigene Methode entwickelt«; später auch *Peter Behrens*, *Gemeinschaftsrecht und juristische Methodenlehre*: EuZW 1994, 289; *Thomas M. J. Möllers*, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, Zur Notwendigkeit einer europäischen Gesetzgebungs- und Methodenlehre* (1999); *Berger* (oben N. 8) 4; *Axel Flessner*, *Juristische Methode und Europäisches Privatrecht*: JZ 2002, 14.

⁴⁷ Vgl. *Jochen Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* (1997); *Joxerramon Bengoetxea*, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice – Towards a European Jurisprudence* (1993); *Carsten Buck*, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft* (1998); *Mariële Dederichs*, *Die Methodik des EuGH* (2004); *Stephan M. Grundmann*, *Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof* (1997).

⁴⁸ Zur Gegenüberstellung von »deskriptiven« und »normativen« Methodenlehren *Görg Haverkate*, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken: zur politischen Funktion der juristischen Methode* (1977) 14ff.; siehe auch *Kramer* 45.

⁴⁹ Zu diesem misslichen Befund mit Blick auf den innerdeutschen Diskurs *Karlheinz Muscheler*, *Entstehungsgeschichte und Auslegung von Gesetzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in: FS Hollerbach (2001) 99, wonach die heutige Methodenlehre den Kontakt mit der Rechtsprechung und infolgedessen den Einfluss auf sie weithin verloren habe; aus der Sicht eines Schweizer Bundesrichters *Hansjörg Seiler*, *Praktische Rechtsanwendung, Was leistet die juristische Methodenlehre?* (2009) 2: »Es scheint, dass man als Rechtspraktiker vermeiden sollte, seine knappe Zeit mit der ohnehin unnützen Lektüre von Werken über Rechtstheorie und juristische Methodenlehre zu verschwenden«; für den Versuch eines Brückenschlags zwischen Theorie und Praxis *Holger Fleischer*, *Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs*, in: FS Goette (2011) 75.

doch nicht stehenbleiben: Sie muss den Mutsprung von der *deskriptiven* zur *präskriptiven* oder *normativen* Methodenlehre wagen.⁵⁰

b) Vom nationalen Anhängsel zur transnationalen Eigenständigkeit

Hinzu kommt ein Zweites: Europäische Methodik wird häufig als eine »Unterabteilung« oder ein »Anbau« der nationalen Methodenlehre verstanden.⁵¹ In diesem Sinne fragt man etwa, wie sich die *richtlinienkonforme Auslegung* in den deutschen⁵², englischen⁵³, französischen⁵⁴ oder italienischen⁵⁵ Methodenkanon einfügen lässt. Eine solche Neujustierung der nationalen Methodenlehren im Hinblick auf die europäische Rechtsentwicklung vorzunehmen, ist legitim und notwendig.⁵⁶ Gleiches gilt für die nähere Entfaltung der *richtlinienkonformen Rechtsfortbildung* als einem weiteren Scharnier zwischen nationalem Recht und Unionsrecht.⁵⁷ Dessen ungeachtet darf sich der Entwurf einer europäischen Methodenlehre aber nicht auf derartige Interdependenzen und Schnittstellen beschränken, sondern muss konzeptionell weiter ausgreifen. Ohne eine Abnabelung vom nationalen Rechtsdenken droht mittelfristig die Gefahr, dass die Anzahl der Diskurse über euro-

⁵⁰ Im Ergebnis ebenso *Adrian* 561; *Herresthal* 45; *Vogenaier* 244: »Immerhin aber ist es zentrale Aufgabe echter rechtswissenschaftlicher Arbeit, die Bewegungen der Praxis nicht nur nachzuvollziehen und kritisch zu begleiten, sondern auch vorausschauend zu beeinflussen«; für die Entwicklung einer normativen Auslegungs- und Konkretisierungslehre anhand der Wertentscheidungen und Prinzipien der europäischen Wirtschaftsverfassung und des Sekundärrechts *Michael Schillig*, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht (2009) 277 ff.; aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Christoph Möllers*, Methoden, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, hrsg. von *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* I (2006) § 3 Rz. 21 ff., der ein anwendungs- und ein wissenschaftsbezogenes Methodenverständnis unterscheidet.

⁵¹ Dies bemängelnd auch *Sebastian Martens*, Rechtsvergleichung und grenzüberwindende Jurisprudenz im Gemeinschaftsrecht, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009: Europäische Methodik (2010) 27 (33): »Die europäische Rechtsordnung wird noch immer zu sehr aus der mitgliedstaatlichen Perspektive betrachtet.«

⁵² Vgl. etwa *Claus-Wilhelm Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung, in: Im Dienste der Gerechtigkeit, FS Bydlinki (2002) 47; *Wulf-Henning Roth*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Europäische Methodenlehre § 14 Rz. 393 ff.

⁵³ Näher *Michael Schillig*, Vereinigtes Königreich, in: Europäische Methodenlehre § 25 S. 748 ff.

⁵⁴ Rechtsvergleichend *Ulrike Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen Zivilrecht (2007).

⁵⁵ Näher *Remo Caponi/Andreas Piekenbrock*, Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Italien, in: Europäische Methodenlehre § 26 S. 778 ff.

⁵⁶ Ausdrücklich in diesem Sinne *Höpfner/Rüthers* 14; gleichsinnig *Herresthal* 63: »Nationale Methoden sind daher weiterhin ebenso erforderlich wie ein eigenständiger Methodenkanon des Europarechts.«

⁵⁷ Monographisch *Herresthal* 4 ff. und passim; zuletzt *Clemens Höpfner*, Voraussetzungen und Grenzen richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009: Europäische Methodik (2010) 73 ff.

päische Methodik der Anzahl der Mitgliedstaaten entspricht.⁵⁸ Die erste und vornehmste Aufgabe einer europäischen Methodenlehre besteht darin, durch die Verständigung auf bestimmte Auslegungsinstrumente und Schlussfiguren⁵⁹ einen europäischen *Arbeitskonsens* herzustellen und auf diese Weise dem angestrebten *Ergebniskonsens* näherzukommen.⁶⁰ Im Lichte der Diskussion um ein europäisches Vertragsrecht kann man mit Fritz Rittner sogar die Frage aufwerfen, ob es *vor* einer europäischen Kodifikation nicht einer einheitlichen europäischen Methode bedarf.⁶¹ Sie erinnert in gewisser Weise an die währungspolitische Grundsatzdebatte, ob eine einheitliche europäische Währung am Ende des Harmonisierungsprozesses stehen (sog. Krönungstheorie) oder ihm vorangehen soll (sog. Grundsteintheorie). Jedenfalls lässt sich ohne einen methodischen Mindestkonsens die Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union kaum erreichen.⁶²

2. Spezifische Methodenprobleme des Unionsprivatrechts

Nichts zeigt die Notwendigkeit einer eigenständigen europäischen Methodik eindringlicher als Methodenfragen, die sich in dieser spezifischen Form nur im Unionsrecht stellen.

a) Verfassungsfragen

Auch im Unionsrecht gilt: Methodenfragen sind Verfassungsfragen.⁶³ Es ist daher unabweisbar, zunächst die methodenrelevanten Normen des Pri-

⁵⁸ Treffend mit Blick auf die gemeinschaftsrechtliche Dogmatik Jürgen Kühling/Oliver Lieth, Dogmatik und Pragmatik als leitende Parameter der Rechtsgewinnung im Gemeinschaftsrecht: EuropaR 2003, 371 (384).

⁵⁹ Instruktiv zum Analogieschluss im Europarecht Katja Langenbacher, Vorüberlegungen zu einer europarechtlichen Methodenlehre, in: Tradition und Fortschritt im Recht, hrsg. von Thomas Ackermann u. a. (2000) 65 (70 ff.).

⁶⁰ Dazu in allgemeinem Zusammenhang Müller/Christensen I, Rz. 582: »Savignys methodologische canones können als ältester bis heute traditionsbildender Versuch verstanden werden, Konsens in der Rechtsarbeit nicht vom Ergebnis her, sondern *auf dem Weg über die Arbeitsmittel* herzustellen« (Hervorhebung im Original).

⁶¹ Vgl. Fritz Rittner, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration: JZ 1995, 849 (855).

⁶² Überzeugend Vogenauer 237 ff.; ebenso Ninon Colneric, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung: ZEuP 2005, 225: »Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts muss nach einer einheitlichen Methodik erfolgen; denn nur so kann Rechtseinheit hergestellt werden«; ergänzt um den Hinweis auf die halb scherzhafte Bemerkung des früheren EuGH-Richters Leif Sevón, 230: »Es gibt nur die eine anerkannte Methodik zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aber wir wenden sie alle unterschiedlich an.«

⁶³ Ebenso Vitzthum 131; Höpfner/Rüthers 6; Vogenauer 246.

märrechts in den Blick zu nehmen⁶⁴ und den spezifischen Rahmen des europäischen Verfassungsrechts für eine europäische Methodenlehre zu entfalten, also etwa die Grundsätze des institutionellen Gleichgewichts⁶⁵, des demokratischen Rechtsstaates⁶⁶ und der richterlichen Gesetzesbindung⁶⁷. Besondere Bedeutung gewinnt dies bei der Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung⁶⁸, die man im Schrifttum nicht zu Unrecht als »eine der vordringlichsten Pflichten der gemeineuropäischen Methodenlehre«⁶⁹ ansieht. Ob sich hier die hergebrachte deutsche Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung⁷⁰ oder das französische Konzept der *interprétation par analogie* durchsetzt, das beide Kategorien schon terminologisch miteinander verschleift⁷¹, bleibt abzuwarten.⁷² Eine Detailanalyse wird uns Wulf-Henning Roth, Mitherausgeber der *Common Market Law Review*, heute Nachmittag präsentieren.⁷³

b) Systemfragen

Systemfragen sind im Unionsprivatrecht wegen seines fragmentarischen Charakters⁷⁴ und seiner Mehrschichtigkeit komplexer und vielschichtiger als im nationalen Recht. Stefan Grundmann, der schon im Jahre 1998 eine Ringvorlesung zur Systembildung im Binnenmarktrecht organisiert hat⁷⁵, wird uns dies anhand der *inter-instrumental-interpretation* veranschaulichen.⁷⁶ Für Teilsysteme wie das Europäische Gesellschaftsrecht stellt sich insbesondere die Frage, ob man einzelne Rechtsakte zueinander in Beziehung setzen

⁶⁴ Vgl. etwa Höpfner/Rüthers 8; Vogenauer 246.

⁶⁵ Monographisch Hanna Goeters, Das institutionelle Gleichgewicht, Seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2008).

⁶⁶ Monographisch Andrea Kirsch, Demokratie und Legitimation in der Europäischen Union (2008).

⁶⁷ Näher Neuner § 13 S. 374 ff.

⁶⁸ Monographisch Jörg Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995); Konrad Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH (2009).

⁶⁹ Vogenauer 254 f.

⁷⁰ Dafür Höpfner/Rüthers 4 ff.; dagegen Vitzthum 130, der stattdessen zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung unterscheidet.

⁷¹ Dazu Vitzthum 129; Neuner § 13 Rz. 2; rechtshistorisch Baldus (oben N. 42) § 3 Rz. 52 und 158; allgemein zur juristischen Methodenlehre in Frankreich Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique* (2001).

⁷² Zur begrifflichen Unschärfe in der Rechtsprechung des EuGH, der häufig nur von »interprétation« spricht, Neuner § 13 Rz. 2; Vogenauer 238; Walter (oben N. 68) 55 ff.

⁷³ Vgl. Wulf-Henning Roth in diesem Heft S. 787.

⁷⁴ Dazu Adrian 447: »[D]as Gemeinschaftsrecht [wird] dem systematischen Niveau nationaler Kodifikationen kaum gerecht«; Höpfner/Rüthers 12: »Das Gemeinschaftsrecht bildet derzeit (noch) keine in sich stimmige Ordnung.«

⁷⁵ Vgl. Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Stefan Grundmann (2000).

⁷⁶ Vgl. Stefan Grundmann in diesem Heft S. 882.

und in ihren Wertungen miteinander abgleichen darf. Mein bevorzugtes Vorlesungsbeispiel stammt aus dem Bereich der Kapitalmarktinformationshaftung: Hier zweifelt man im Hinblick auf das Ausschüttungsverbot in Art. 15 der Kapitalrichtlinie⁷⁷ an der Gemeinschaftsrechtskonformität von § 44 BörsG und § 37b WpHG.⁷⁸ Kann man dem entgegenhalten, dass Art. 6 der Prospektrichtlinie⁷⁹ und Art. 7 der Transparenzrichtlinie⁸⁰ die Mitgliedstaaten verpflichten, eine Haftung des Emittenten vorzusehen und damit einen gemeinschaftsrechtlichen Vorrang des Anlegerschutzes vor dem Gläubigerschutz anerkennen?⁸¹ Der BGH hat diese Frage in seiner *EM.TV*-Entscheidung schlicht unterschlagen und von einer Vorlage an den EuGH abgesehen.⁸² Noch anspruchsvoller ist die Aufgabe der Systembildung im Großen⁸³, gerade weil der EuGH gesellschaftsrechtliche Fragen häufig durch die Linse der Grundfreiheiten betrachtet und weniger an verbandsrechtlicher Dogmatik interessiert ist. Im Schrifttum hat man kürzlich den Versuch unternommen, aus dem Normenmaterial der EWIV-VO⁸⁴, SE-VO⁸⁵ und SCE-VO⁸⁶ jene Strukturelemente herauszuarbeiten, die den supranationalen Gesellschaftsformen in der Europäischen Union gemeinsam sind und ihnen daher (System-)Stabilität und Konturen verleihen.⁸⁷

c) Sprachenfragen

Als Spezialproblem lange identifiziert, aber noch längst nicht gelöst, ist die Sprachenfrage in der Europäischen Union.⁸⁸ Nach Art. 55 EUV und Art. 358 AEUV sind die nunmehr 23 sprachlichen Fassungen von Rechts-

⁷⁷ Richtlinie 77/91/EWG vom 13. 12. 1976, ABl. 1977 L 26/1.

⁷⁸ Vgl. etwa *Rüdiger Veil*, Die Ad-hoc-Publizitätshaftung im System kapitalmarktrechtlicher Informationshaftung: ZHR 167 (2003) 365 (395).

⁷⁹ Richtlinie 2003/71/EG vom 4. 11. 2003, ABl. 2003 L 345/64.

⁸⁰ Richtlinie 2004/109/EG vom 15. 12. 2004, ABl. 2004 L 390/38.

⁸¹ Zu diesem Argument *Holger Fleischer*, Konturen der kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung: ZIP 2005, 1805 (1811); *Stefan Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2004) Rz. 343; *Thomas M.J. Möllers*, Das Verhältnis der Haftung wegen sittenwidriger Schädigung zum gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz – EM.TV und Comroad: BB 2005, 1637 (1641).

⁸² Vgl. BGH 9. 5. 2005, NJW 2005, 2450.

⁸³ Für einen ersten Versuch *Wolfgang Schön*, Das Bild des Gesellschafters im Europäischen Gesellschaftsrecht: RabelsZ 64 (2000) 1 ff.

⁸⁴ Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. 7. 1985, ABl. 1985 L 199/1.

⁸⁵ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001, ABl. 2001 L 294/1.

⁸⁶ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. 7. 2003, ABl. 2003 L 207/1.

⁸⁷ Vgl. *Holger Fleischer*, Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union, Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen: ZHR 174 (2010) 385.

⁸⁸ Monographisch *Isabel Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht (2004); eingehend zuletzt *Raphael Koch*, Babylonische Verhältnisse in Europa?, Die Konvergenz europäischer und nationaler Privatrechts vor dem Hintergrund der Sprachenvielfalt, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009: Europäische Methodik (2010) 51 ff.; sowie *Elina Pau-*

akten in der Europäischen Union gleichermaßen verbindlich.⁸⁹ Aus dieser »Rechtsharmonisierung in Sprachenvielfalt«⁹⁰ ergeben sich bei der Wortlautauslegung immer wieder Irrungen und Wirrungen, wenn es die nationalen Gerichte versäumen, einen vergewissernden Seitenblick auf die fremdsprachigen Fassungen eines europäischen Rechtsaktes zu werfen. So hat sich der BGH bei der Ad-hoc-Publizität von zukunftsbezogenen Informationen im Fall *DaimlerChrysler/Schrempp* mit der Auslegung des Begriffs »hinreichende Wahrscheinlichkeit« in Art. 1 I der Durchführungs-Richtlinie⁹¹ zur Marktmissbrauchsrichtlinie⁹² auseinandergesetzt und dabei verschiedene Wahrscheinlichkeitsgrade hin- und hergewendet.⁹³ Hätte er die anderen Sprachfassungen der Richtlinie zu Rate gezogen, auf die man im Schrifttum beizeiten hingewiesen hat⁹⁴, so wäre schon im ersten Revisionszug deutlich geworden, dass sie das Wort »Wahrscheinlichkeit« gar nicht verwenden. Immerhin hat der BGH die unionsrechtliche Dimension der Fragestellung im zweiten Revisionszug zutreffend gewürdigt und die Auslegungsfrage kürzlich dem EuGH vorgelegt.⁹⁵

d) Lückenschließungsfragen

Fragen der Lückenschließung bereiten im Mehrebenensystem des Unionsprivatrechts wegen der konkurrierenden Regelungszuständigkeiten und der Pluralität der Normgeber besondere Schwierigkeiten.⁹⁶ Das gilt sowohl für die Lückenfeststellung als auch für die Lückenschließung sowie ihre

nio/Susanna Lindroos-Hovinheimo, Taking Languages Seriously, An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law: Eur. L.J. 16 (2010) 395.

⁸⁹ Näher dazu und zur Differenzierung zwischen Vertrags-, Amts-, Arbeits- und Verfahrenssprachen *Koch* (vorige Note) 51, 54ff.; *Riesenhuber*, Die Auslegung, in: Europäische Methodenlehre § 11 Rz. 15ff.

⁹⁰ *Koch* (oben N. 88) 52.

⁹¹ Richtlinie 2003/124/EG vom 22. 12. 2003, ABl. 2003 L 339/70.

⁹² Richtlinie 2003/6/EG vom 28. 1. 2003, ABl. 2003 L 96/16.

⁹³ Vgl. BGH 25. 2. 2008, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 11 (2008) 300.

⁹⁴ Vgl. *Holger Fleischer*, Ad-hoc-Publizität beim einvernehmlichen vorzeitigen Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden, Der Daimler Chrysler-Musterentscheid des OLG Stuttgart: NZG 10 (2007) 401 (404); *Lars Klöhn*, Urteilsanmerkung, LMK 2008, 260596; *Thomas M.J. Möllers*, Der BGH, die BaFin und der EuGH, Ad-hoc-Publizität beim einvernehmlichen vorzeitigen Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden Jürgen Schrempp: NZG 11 (2008) 330 (332).

⁹⁵ Vgl. BGH 22. 11. 2010, NJW 2011, 309; vorbereitet durch OLG Stuttgart 22. 4. 2009, NZG 12 (2009) 624 (628).

⁹⁶ Zur fortbestehenden »Funktionsadäquanz« des Lückenbegriffs als Voraussetzung und Grenze einer praeterlegalen Rechtsfortbildung im Unionsrecht *Herresthal* 9f.; *Neuner* § 13 Rz. 27; kritisch zum Bild der Lücke aber *Flessner* (oben N. 46) 21; *Vogenaier* 254; aus der Binnensicht des EuGH auch *Colneric* (oben N. 62) 230: »Ich selbst musste entdecken, dass die in Deutschland (früher?) so hochgehaltene Lehre von der Lücke als Voraussetzung von Rechtsfortbildung nicht Gemeingut der Mitgliedstaaten ist.«

Maßstäbe und Grenzen.⁹⁷ Begrifflich spricht man bei der Abgrenzung von supranationaler und nationaler Lückenschließungskompetenz im Anschluss an die Terminologie des internationalen Einheitsrechts von *internen* und *externen* Lücken.⁹⁸ Im Gesellschaftsrecht spielt dies etwa bei der Frage eine Rolle, ob sich der Regelungsbereich der SE-VO⁹⁹ auch auf das Konzern- und Kapitalmarktrecht erstreckt.¹⁰⁰ In- und ausländische Kommentatoren ergötzen sich hier an der kunstvoll aufgeschichteten Rechtsquellenpyramide in Art. 9¹⁰¹ und sprechen wegen der normativen Gemengelage von einem »lawyer's paradise«¹⁰² oder einem »Eldorado für die Methodenlehre«¹⁰³. Etwas anders verlaufen die Konfliktlinien bei dem Verordnungsvorschlag zur Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft (SPE), der als bewusster Gegenentwurf zu dem *Verweisungsmodell* der SE-VO als *Vollstatut* konzipiert ist.¹⁰⁴ Sollte dies so bleiben, wird insbesondere zu klären sein, welche Maßstäbe zur internen Lückenausfüllung in Betracht kommen, da es an Wertungsvorgaben für die geschlossene Kapitalgesellschaft im Europäischen Sekundärrecht weithin fehlt.¹⁰⁵ Die hier erforderliche Kreativität dürfte nicht zuletzt den *common law*-Jurisdiktionen Kopfzerbrechen bereiten.¹⁰⁶

e) Fragen der Rechtsprechungsvergleichung

Die Vorstellung von der *Rechtsvergleichung* als *fünfter Auslegungsmethode* ist im Unionsprivatrecht weit verbreitet¹⁰⁷, kämpft aber noch immer mit ihrer *Geltungsrechtfertigung*, sofern nicht einzelne Vorschriften wie Art. 340 AEUV

⁹⁷ Näher *Neuner* § 13 Rz. 28 ff. (Lückenfeststellung) und Rz. 31 ff. (Lückenausfüllung).

⁹⁸ Vgl. etwa *Martin Frantzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) 605 ff.; *Neuner* § 13 Rz. 28.

⁹⁹ Oben N. 85.

¹⁰⁰ Näher *Marcus Lutter/Peter Hommelhoff* (-*Peter Hommelhoff/Christoph Teichmann*), SE-Kommentar (2008) Art. 9 SE-VO Rz. 23 ff. m. w. N.

¹⁰¹ Dazu *Holger Fleischer*, Der Einfluss der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts: AcP 204 (2004) 502 (508).

¹⁰² *Pieter Sanders*, Structure and Progress of the European Company, in: The Harmonisation of European Company Law, hrsg. von *Clive Schmitthoff* (1973) 83 (89).

¹⁰³ *Matthias Casper*, Der Lückenschluss im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, in: FS Ulmer (2003) 51 (72).

¹⁰⁴ Eingehend dazu *Fleischer* (oben N. 87) 425 f.

¹⁰⁵ Monographisch *Heike Völter*, Der Lückenschluss im Statut der Europäischen Privatgesellschaft (2000).

¹⁰⁶ Dazu *Robert Drury*, The European Private Company, in: Private Company Law Reform, hrsg. von *Joseph McCahery/Levinus Timmerman/Erik Vermeulen* (2010) 337 (342): »This technique though will pose particular problems for Judges from Common Law jurisdictions who are bound by statute and the precedents of previous cases from higher courts, and who are traditionally not encouraged to be individually creative in their search for solutions.«

¹⁰⁷ Vgl. etwa *Peter Häberle*, Europäische Rechtskultur (1994) 52 f.; zusammenfassend *Adrian* 454 ff.; grundlegend *Konrad Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode: RabelsZ 15 (1949/50) 5.

(außervertragliche Haftung) auf mitgliedstaatliche Rechtsgrundsätze verweisen.¹⁰⁸ *Rechtsprechungsvergleichung* im hier verstandenen Sinne fragt demgegenüber nicht nach der Lösung *nationaler* Rechtsordnungen für eine bestimmte Frage, sondern verlangt von den nationalen Gerichten zu ermitteln, wie eine *gemeinschaftsrechtliche* Norm in anderen Mitgliedstaaten ausgelegt wird.¹⁰⁹ Jürgen Basedow hat dies einmal als »horizontale Vernetzungsaufgabe« bezeichnet und »komparative Implementationsforschung« zu einer rechtlich gebotenen Anwendungsmethode erklärt.¹¹⁰ Ob es sich hierbei tatsächlich um einen *Methodenimperativ* handelt, der sich aus der *acte-clair*-Doktrin oder einer unionsrechtlichen Kooperationspflicht der nationalen Obergerichte ergeben könnte¹¹¹, oder nur um ein *nobile officium*, lohnt vertieftes Nachdenken.

IV. Gemeineuropäische Methodenlehre

Wie bereits erläutert, ist die europäische Methodenlehre als Schlussstein im Gewölbe des Unionsprivatrechts noch nicht in allen Einzelheiten ausgearbeitet. Es liegt daher nahe, als *Erkenntnisquelle* auf den Erfahrungsschatz der nationalen Methodenlehren zurückzugreifen¹¹² und zu ergründen, inwieweit sie sich zu einem »methodischen *ius commune europaeum*«¹¹³ zusammensetzen. Diese Zweispurigkeit von Unionsprivatrecht und Gemeineuropäischem Privatrecht hat sich schon im *materiellen* Recht als außerordentlich erfolgreich erwiesen, und sie erscheint in *methodischen* Fragen nicht minder fruchtbar. Dass sich einzelne Forscher stärker auf die *unions(privat)-rechtliche* Methodenlehre¹¹⁴, andere mehr auf die Gemeinsamkeiten der *mitgliedstaatlichen* Methodenlehren konzentrieren¹¹⁵, ist eine Form der wissen-

¹⁰⁸ Im Ergebnis ebenso *Martens* (oben N. 51) 30.

¹⁰⁹ So auch mit Blick auf das internationale Einheitsrecht, namentlich das UN-Kaufrecht, *Kramer* 290.

¹¹⁰ Vgl. *Jürgen Basedow*, Nationale Justiz und Europäisches Privatrecht, Eine Vernetzungsaufgabe (2003) 31.

¹¹¹ Dazu *Ilka Klöckner*, Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien (2006); *Martens* (oben N. 51) 34ff.

¹¹² Ebenso bereits *Langenbucher* (oben N. 59) 69: »Regelmäßig wird die Entwicklung europarechtlicher methodischer Grundsätze aber auf zwei Standbeinen ruhen: Zum einen auf einer Zusammenschau der nationalen Methodenlehren, zum anderen auf einer Berücksichtigung europarechtlicher Besonderheiten«; gleichsinnig *Christian Baldus/Friederike Vogel*, Gedanken zu einer europäischen Auslegungslehre: grammatikalisches und historisches Element, in: FS Krause (2006) 237 (238).

¹¹³ Vgl. die Zwischenüberschrift bei *Michael Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion (1997) 225: »Auf dem Weg zu einem methodischen *ius commune europaeum*«.

¹¹⁴ Repräsentativ *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht, in: Europäische Methodenlehre § 1 Rz. 10.

¹¹⁵ Repräsentativ *Henninger* 323ff. und passim; tendenziell auch *Vogenaier* 247: »Doch die

schaftlichen Arbeitsteilung, die dem Erkenntnisfortschritt nur förderlich sein kann.

1. Überlieferungszusammenhang und Entwicklungslinien

a) Gemeinsame Tradition der Rechtsquellen- und Methodenlehren

Die meisten methodischen Figuren der Gegenwart können auf einen altherwürdigen juristischen Stammbaum zurückblicken. Diesen Überlieferungszusammenhang wieder ans Licht gehoben zu haben, ist das Verdienst von Jan Schröder, dem wir eine eindrucksvolle Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule verdanken.¹¹⁶ Um nur ein Detail herauszugreifen: Wer als Gesellschaftsrechtler in jüngster Zeit immer wieder beobachtet, wie sich der Reformgesetzgeber in den Gesetzmaterialien um Klarstellung des Sinns vorangegangener Reformgesetze bemüht¹¹⁷, der lässt sich mit großem Gewinn über die dogmengeschichtliche Entwicklung der sog. authentischen Interpretation belehren.¹¹⁸

b) Konvergenz oder Divergenz der Rechtsmethoden?

Verlängert man die rechtshistorischen Traditionslinien bis in die Gegenwart, so stellt sich die Frage, ob nicht nur *civil law* und *common law*, sondern auch die ihnen zugrunde liegenden methodischen Herangehensweisen konvergieren. Eine außerordentlich materialreiche Pionierarbeit, welche dies nahelegt, hat Stefan Vogenauer schon vor einem Jahrzehnt vorgelegt¹¹⁹, und Reinhard Zimmermann hat in verschiedenen Veröffentlichungen ebenfalls eine »bemerkenswerte Annäherung der Denkmuster«¹²⁰ ausgemacht. Weiter

primäre Funktion der Rechtsvergleichung bei der Entwicklung einer gemeineuropäischen Methodenlehre besteht [...] darin, die Gemeinsamkeiten der mitgliedstaatlichen Methoden zu entwickeln«; sowie Hager 2f.: »Ein Vergleich der Rechtsmethoden dient deren Anreicherung und Verfeinerung. Ziel ist die stetige Vervollkommnung des Verfahrens der Rechtsfindung und der erzielten Ergebnisse. Möglicherweise lassen sich übergreifende allgemeine Regeln der Rechtsmethode entwickeln. Die Rechtsmethoden in Europa verlängern sich zu einer europäischen Rechtsmethode.«

¹¹⁶ Vgl. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)* (2001).

¹¹⁷ Näher dazu Holger Fleischer/Frauke Wedemann, *Kodifikation und Derogation von Richterrecht, Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht: AcP 209 (2009) 597.*

¹¹⁸ Vgl. Schröder (oben N. 116) 75f., 162ff., 242f.

¹¹⁹ Vgl. Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent I und II* (2001).

¹²⁰ Etwa Reinhard Zimmermann, *Europa und das Römische Recht: AcP 202 (2002) 243 (311).*

vertieft wird der gegenwärtige Entwicklungs- und Erkenntnisstand in einer vorzüglichen Studie von Günter Hager, die den »Rechtsmethoden in Europa« mit großem Feingefühl nachspürt. Ohne ihren wissenschaftlichen Rang im Mindesten zu schmälern, darf man allerdings mutmaßen, dass manche Akzente anders ausgefallen wären, wenn sich ihr Anschauungsmaterial nicht aus den klassischen zivilrechtlichen Referenzgebieten, sondern aus dem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht gespeist hätte.¹²¹

2. Ausgewählte Einzelfragen

Die Grundsatzfrage nach »methodologischen Konvergenzphänomenen«¹²² lässt sich anhand zahlreicher Einzelfragen veranschaulichen und vertiefen. Dies kann hier nur mit groben Strichen angedeutet werden.

a) Gesetzesmaterialien

Eine erste Frage ist die nach der Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Gesetzesauslegung. Über sie hatte Philipp Heck schon früh bemerkt: »Von den Einzelproblemen der Gesetzesauslegung ist keines so eingehend und zum Teil so leidenschaftlich erörtert worden, als die Frage nach dem Werte und der Verwendung der sogenannten Gesetzesmaterialien.«¹²³ Die leidenschaftliche Erörterung rührt daher, dass sich hinter dem vermeintlichen Einzelproblem die Ewigkeitsfrage nach dem Ziel der Gesetzesauslegung verbirgt, die jede Juristengeneration stets aufs Neue beschäftigt.¹²⁴ Um die Vorherrschaft konkurrieren hierzulande zwei widerstreitende Auslegungstheorien, für die sich – terminologisch nicht ganz glücklich – die Bezeichnungen subjektive und objektive Theorie eingebürgert haben.¹²⁵

In England bot sich dem methodisch interessierten Betrachter lange Zeit ein diametral entgegengesetztes Bild. Seit einer Entscheidung aus dem Jahre 1769, *Millar v. Taylor*, galt der Rückgriff auf die Niederschriften parlamentarischer Debatten als unzulässig.¹²⁶ Diese Ausschlussregel pflegt man als *exclu-*

¹²¹ Tendenziell in die gleiche Richtung *Erich Schanze*, Buchbesprechung von Hager, *Rechtsmethoden in Europa* (2009): AcP 209 (2009) 712 (717f.).

¹²² *Ernst A. Kramer*, Konvergenz und Internationalisierung der Methode, in: *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, hrsg. von *Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe* (2001) 31 (34).

¹²³ *Philipp Heck*, *Interessenauslegung und Interessenjurisprudenz*: AcP 112 (1941) 1 (105f.).

¹²⁴ Gleichsinnig *Karl Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*¹⁰ (2005) 123.

¹²⁵ Vgl. *Engisch* (vorige Note) 112ff.; *Kramer* 116ff.; *Rüthers/Fischer* (oben N. 23) Rz. 784ff.

¹²⁶ Vgl. *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 2332 (Willes J.) (K.B.): »The sense and meaning of an Act of Parliament must be collected from what it says when passed into law, and not

sionary rule zu bezeichnen.¹²⁷ Sie ist einmal ironisch dahin umschrieben worden, dass kein englischer Richter, der Gesetzesauslegung betreibe, unter dem Bett nachschaue.¹²⁸ Einen methodischen Paradigmenwechsel brachte erst die Grundsatzentscheidung *Pepper v. Hart* aus dem Jahre 1992, in der das *House of Lords* mit 6:1 Richterstimmen von der *exclusionary rule* abrückte.¹²⁹ Allerdings knüpfen die Lordrichter deren Lockerung an drei Voraussetzungen: *Erstens* müsse die auszulegende Vorschrift mehrdeutig oder unklar sein oder zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen; *zweitens* kämen nur parlamentarische Stellungnahmen eines Ministers oder eines sonstigen Betreibers des Gesetzesvorschlages in Betracht; *drittens* müsse eine solche Stellungnahme eindeutig sein.¹³⁰

Dringt man tiefer in die Materie vor¹³¹ und bezieht den Diskussionsstand in anderen Rechtsordnungen ein¹³², so stößt man auf schwierige Folgefragen: Welche wissenschaftlichen, ministeriellen oder parlamentarischen Vorarbeiten sind als »Gesetzesmaterialien« verwertbar und in welchem Umfang?¹³³ Darf man zur Ermittlung des historischen Gesetzgeberwillens allein auf urkundliche Zeugnisse zurückgreifen (so der österreichische Oberste Gerichtshof [OGH]¹³⁴) oder ist unter Umständen auch eine mündliche Vernehmung von Personen denkbar, die am Gesetzgebungsverfahren mitgewirkt haben (so das deutsche Reichsgericht [RG]¹³⁵)? Kann der Wille des historischen Gesetzgebers lediglich insoweit berücksichtigt werden, als er im verkündeten Gesetzeswortlaut einen, wenn auch unvollkommenen, Ausdruck gefunden hat (so Art. 9 II des portugiesischen *Código Civil*)? Viele dieser Fragen stellen sich auch im Unionsrecht, wo man der historischen Auslegung lange keine nennenswerte Bedeutung beigemessen hat.¹³⁶ Neu-

from the history of changes it underwent in the House where it took its rise. That history is not known to the other house or to the Sovereign.«

¹²⁷ Rückblickend *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593, 630D: »Under present law, there is a general rule that references to Parliamentary material as an aid to statutory construction is not permissible (the exclusionary rule).«

¹²⁸ *Allen Patrick Herbert, Bardot M.P.*?, And other Modern Misleading Cases (1964) 167.

¹²⁹ Vgl. *Pepper v. Hart* (oben N. 127) 635A (Lord Browne-Wilkinson): »But in a few cases it may emerge that the very question was considered by Parliament in passing the legislation. Why in such a case should the courts bind themselves to a clear indication of what Parliament intended in using those words?«

¹³⁰ Vgl. *Pepper v. Hart* (oben N. 127) 640C (Lord Browne-Wilkinson).

¹³¹ Eingehend zuletzt *Holger Fleischer*, Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung: AcP 211 (2011) 317.

¹³² Dazu auch *Hager* 19ff., 64ff.; *Henninger* 86f., 131f., 156, 171.

¹³³ Näher *Kramer* 140ff.

¹³⁴ Vgl. OGH 6. 7. 1950, JBl. 1950, 507 (508).

¹³⁵ Vgl. RG 4. 2. 1913, RGZ 81, 276 (282).

¹³⁶ Zu den Gründen *Jürgen Basedow*, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht: AcP 210 (2010) 157 (168f.), der von einem »Mangel an aussagekräftigen Gesetzesmaterialien« spricht, hiervon aber die einleitenden Erwägungsgründe ausdrücklich ausnimmt.

erdings scheint sie aber im Primär- und Sekundärrecht an Boden zu gewinnen.¹³⁷ Wissenschaftlicher Vertiefung bedarf namentlich die Rechtsnatur der Begründungserwägungen¹³⁸, deren Veröffentlichung Art. 296 II AEUV vorschreibt.

b) Gewichtung der Auslegungskriterien

An die vorstehenden Überlegungen schließt sich die Frage nach dem Rangverhältnis des historisch-genetischen Auslegungskriteriums zu den anderen Auslegungskriterien an. Gibt es in den nationalen Methodenlehren eine Vorrangregel dahin, dass Argumente, die an den Willen des Normgebers anknüpfen, anderen Argumenten grundsätzlich vorgehen, wie dies in der juristischen Diskurstheorie¹³⁹ und anderwärts¹⁴⁰ befürwortet wird? Wie steht es allgemein um die Rangordnung der Interpretationsmethoden?¹⁴¹ Haben sich hier in einzelnen Rechtsordnungen Vorrangregeln etabliert oder befolgen die Gerichte allenthalben jenen »pragmatischen Methodenpluralismus«¹⁴², zu dem sich das Schweizer Bundesgericht (BG) ganz offen bekennt? Erste Untersuchungen deuten darauf hin, dass sich weder in den nationalen

¹³⁷ Vgl. etwa *Walter Georg Leisner*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, Der »Wille des Gesetzgebers« in der Judikatur des EuGH: EuropaR 2007, 689; *Mattias Wendel*, Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht?: ZaöRV 68 (2008) 803.

¹³⁸ Erste Einordnungsversuche bei *Johannes Köndgen*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in: Europäische Methodenlehre § 7 Rz. 39ff.; *Rüdiger Stotz*, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Europäische Methodenlehre § 22 Rz. 19.

¹³⁹ Vgl. *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation² (1991) 305: »Es gilt also als pragmatische Regel die Argumentationslastregel: Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen«; dem folgend *Andreas von Arnould*, Möglichkeiten und Grenzen dynamischer Interpretationen von Rechtsnormen: Rechtstheorie 32 (2001) 467 (476).

¹⁴⁰ Vgl. *Hans Christoph Grigoleit*, Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 30 (2008) 259 (263f., 270): »Im Verhältnis zur objektiv-teleologischen Auslegung kommt dem historisch-genetischen Befund ein präsumtiver Vorrang zu, der aber durch überwiegend gewichtige teleologische Erwägungen aufgehoben werden kann«; *Riesenhuber* (oben N. 89) § 11 Rz. 50; ablehnend *Werner Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers: AöR 116 (1991) 185 (206).

¹⁴¹ Vgl. aus deutscher Sicht etwa *Claus-Wilhelm Canaris*, Das Rangverhältnis der »klassischen« Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: FS Medicus (1999) 25.

¹⁴² BG 25. 4. 1995, BGE 121 III 219 (225): »Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus«; dazu auch *Kramer* 122ff.

Rechtsordnungen¹⁴³ noch im Unionsrecht¹⁴⁴ eine feste Hierarchie von Auslegungskriterien herausgebildet hat: Es scheint keine »Logarithmentafel« für die Gesetzesauslegung zu geben, wie schon der große amerikanische Richter-Professor Felix Frankfurter für das US-amerikanische Recht formuliert hat.¹⁴⁵ Ebenso wenig gibt es ein institutionell abgesichertes Verfahren zur Bereinigung widersprüchlicher Methodenaussagen in der Spruchpraxis: Hierzulande steht dafür weder § 31 BVerfGG (Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfG]) noch § 132 GVG (Vorlage an den Großen Senat des BGH) zur Verfügung¹⁴⁶; in den angelsächsischen Systemen nehmen methodologische Aussagen nicht an der bindenden Wirkung präjudizieller Entscheidungen (*stare decisis*) teil.¹⁴⁷

c) Fallrechtsmethode

Eine weitere methodische Herausforderung besteht vielerorts in der Entwicklung und Verfeinerung einer leistungsfähigen Fallrechtsmethode. Sie erweist sich angesichts der ständig steigenden Bedeutung des Fallrechts auch in kodifizierten Rechtsordnungen als unerlässlich, ist aber gerade in Deutschland noch unterentwickelt.¹⁴⁸ Häufig konzentriert sich die Rechtsprechungsanalyse auf die Stimmigkeit der Entscheidungsbegründung, ohne auf die Besonderheiten des Sachverhalts einzugehen.¹⁴⁹ Dies ist allerdings auch ein Spiegelbild der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die der Normbildung einen immer größeren Eigenwert zuerkennt und sich zusehends von der konkreten Streitentscheidung entfernt.¹⁵⁰ Rechtsvergleicher pflegen demgegenüber auf die Notwendigkeit zu verweisen, die Sachverhaltszusammenhänge eingehender zu würdigen: Schon Ernst Rabel sprach prägnant von der »wohlthätigen Gewohnheit, den Rechtsfall vor der Regel zu bedenken.«¹⁵¹

¹⁴³ Vgl. *Hager* 37 ff. (für Deutschland und Frankreich), 71 (England); allgemein *Henninger* 402: »Eine feste Rangfolge der Auslegungskriterien besteht in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich nicht«; ferner *Vogenauer* (oben N. 119) 1297.

¹⁴⁴ Vgl. *Adrian* 872 ff.; *Riesenhuber* (oben N. 89) § 11 Rz. 52.

¹⁴⁵ Vgl. *Felix Frankfurter*, Some Reflections on the Reading of Statutes: *Colum. L. Rev.* 47 (1947) 527 (543 f.): »Unhappily, there is no table of logarithms for statutory construction. No item of evidence has a fixed or even average weight. One or another may be decisive in one set of circumstances, while of little value elsewhere.«

¹⁴⁶ Vgl. *Eric Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht (2005) 585.

¹⁴⁷ Näher aus US-amerikanischer Sicht *Sydney Forster*, Should Courts Give Stare Decisis Effect to Statutory Interpretation Methodology?: *Geo.L.J.* 96 (2008) 1863 m. w. N.

¹⁴⁸ Näher *Hager* 115 ff.

¹⁴⁹ Für einen ähnlichen Befund *Colneric* (oben N. 62) 225, 230; *Möllers* (oben N. 50) § 3 Rz. 28.

¹⁵⁰ Kritisch dazu – auch aus rechtsvergleichender Sicht – *Felix Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010).

¹⁵¹ Dazu *Hans G. Leser*, Ein Beitrag Ernst Rabels zur Privatrechtsmethode: »Die wohlthätig-

Dass auch das Unionsrecht von einem noch reflektierteren Umgang mit Präjudizien profitieren könnte, sei nur am Rande erwähnt.¹⁵²

d) Rechtsfortbildung

Schließlich bleibt die Methode der Rechtsfortbildung ein Dauerthema der nationalen Methodenlehren.¹⁵³ Wie im Unionsrecht¹⁵⁴ kreist die jüngere Diskussion weniger um die grundsätzliche Zulässigkeit, sondern vielmehr um die genauen Grenzen der Rechtsfortbildung.¹⁵⁵ Einzelheiten dieses vielschichtigen Fragenkreises können hier nicht vertieft werden.

V. Übergreifende Methodenfragen

1. Gegenstandsadäquanz der Methode

Theoretisch noch wenig ausgeleuchtet ist die Frage, ob die juristische Methodenlehre in verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedliche Schattierungen kennt.¹⁵⁶ Gibt es neben einer *gemeinsamen* methodologischen Grundausstattung für alle juristischen Arbeitsbereiche noch »partikuläre Methodiken«¹⁵⁷ oder *spezielle* Interpretationsaspekte für einzelne Teildisziplinen? Kann man von einer »Gegenstandsadäquanz der Auslegungstheorie«¹⁵⁸ sprechen? Zumindest müssen die methodischen Erkenntnismittel dem Erkennt-

tige Gewohnheit, den Rechtsfall vor der Regel zu bedenken«, in: FS v. Caemmerer (1978) 891.

¹⁵² Näher *Vogener* 255 f.; zustimmend *Vitzthum* 131.

¹⁵³ Näher *Hager* 194 ff.

¹⁵⁴ Vgl. schon *Ulrich Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft: JZ 2000, 217 (225), wonach in der »Abgrenzung zwischen der allgemein als unverzichtbar angesehenen, zulässigen Rechtsfortbildung und der unzulässigen richterlichen Grenzüberschreitung« das eigentliche Problem stecke; ferner die Literaturhinweise oben N. 68; sowie BVerfG 6. 7. 2010 (oben N. 3) 3424 Tz. 62 ff.

¹⁵⁵ Vgl. aus deutscher Sicht zuletzt BVerfG 25. 1. 2011 (oben N. 22) 837 Tz. 50 ff.

¹⁵⁶ Deziert in diesem Sinne *Müller/Christensen* I, Rz. 499: »Juristische Methodik ist Sachlogik. Als Methodik alltäglicher Sacharbeit ist sie nach Normtypen, Funktionstypen und typischen Regelungs- und Entscheidungslagen der einzelnen Rechtsgebiete vielfach zu differenzieren. Eine abstrakt-gleichmäßig ausgearbeitete *einheitliche* Methodik wäre entweder illusionär oder unfruchtbar«; andeutungsweise auch *Kramer* 41 mit N. 23.

¹⁵⁷ Dazu *Müller/Christensen* I, Rz. 3: »Die Rede von »partikulären Methodiken« bedeutet nämlich nicht, die Methodik jedes der großen juristischen Arbeitsgebiete habe jeweils am Nullpunkt anzufangen«; ferner *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, hrsg. von *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhardt Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* I (2006) § 1 Rz. 1: »Aber auch innerhalb der Rechtsdogmatik bestehen je nach Fachgebiet (Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht) und selbst innerhalb des einzelnen Fachgebiets partikuläre Methodiken.«

¹⁵⁸ So die Zwischenüberschrift bei *Matthias Jestaedt*, Wie das Recht, so die Auslegung, Die

nisgegenstand und dessen Eigentümlichkeiten Rechnung tragen.¹⁵⁹ Ob dies zur Folge hat, dass beispielsweise im deutschen und europäischen Kartell- oder Kapitalmarktrecht bestimmte methodische Hilfsmittel eine größere Rolle spielen als in anderen, marktfernen Rechtsgebieten, harrt noch weiterer Untersuchungen. Aus epistemologischer Sicht ist jedenfalls bekannt, dass je nach Fragestellung eine andere Methode erforderlich sein kann, weil sich sonst allzu leicht Wahrnehmungsverzerrungen einstellen: »If the only tool in one's possession is a hammer, everything in sight begins to resemble a nail.«¹⁶⁰

2. Rechtsquellenvielfalt

Nach wissenschaftlicher Vertiefung ruft des Weiteren das »Zerfließen der Rechtsetzung«¹⁶¹ durch einen scheinbar unaufhaltsamen Zuwachs an weichen Rechtsquellen. Unter der Sammelbezeichnung des *soft law* tummeln sich im Unionsrecht ganz verschiedene Erscheinungsformen von Grün- und Weißbüchern über Leitlinien der Kommission bis hin zur sog. Ko-Regulierung.¹⁶² Speziell im deutschen und europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht geht über die Marktakteure eine Lawine von Empfehlungen, Kodizes, Leitfäden oder Standards hernieder.¹⁶³ Dieser neue Reichtum an *soft law*-Instrumenten steht in einem auffälligen Gegensatz zur »Armut der traditionellen Rechtsquellenlehre«¹⁶⁴.

Aber nicht nur bei der theoretischen Einordnung von Expertenrecht, sondern auch an anderer Stelle bedarf es der ordnenden Hand der Rechtswissenschaft: Axel Metzger wird uns dies am Beispiel der *allgemeinen Rechtsgrundsätze* veranschaulichen, die sowohl im Privatrecht der Mitgliedstaaten als auch im Gemeinschaftsprivatrecht anzutreffen sind.¹⁶⁵ Als Demonstrati-

Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre: ZÖffR 55 (2000) 133 (147).

¹⁵⁹ Überzeugend *Jestaedt* (vorige Note) 147: »Die Zirkelbewegung des Verstehens lässt sich übersetzen als Gegenstandsbestimmtheit der Gegenstandserkenntnis: *Wie* ich etwas auslege, hängt davon ab, *was* ich auslege.«

¹⁶⁰ *Abraham Kaplan*, *The Conduct of Inquiry, Methodology for Behavioral Science* (1964) 28.

¹⁶¹ *Thomas M.J. Möllers*, Sekundäre Rechtsquellen, in: FS Buchner (2009) 649.

¹⁶² Vgl. zuletzt *Jürgen Schwarze*, *Soft Law im Recht der Europäischen Union*: EuropaR 2011, 3; monographisch *Linda Senden*, *Soft Law in European Community Law* (2004).

¹⁶³ Näher *Jan Hupka*, Neue Rechtsquellen im europäischen Kapitalmarktrecht und ihre Behandlung durch nationale Gerichte, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009*: Europäische Methodik (2010) 291 ff.; außerdem *Kals*, Kapitalmarktrecht, in: *Europäische Methodenlehre* § 20 S. 605 ff.

¹⁶⁴ *Johannes Köndgen*, Privatisierung des Rechts: AcP 206 (2006) 477 (516).

¹⁶⁵ Vgl. *Axel Metzger* in diesem Heft S. 845.

onsobjekt dient ihm in Vertiefung seiner Habilitationsschrift¹⁶⁶ der Gleichbehandlungsgrundsatz. Gesellschaftsrechtler denken hier sofort an die kürzlich ergangene *Audiolux*-Entscheidung des EuGH¹⁶⁷, die im Ergebnis wohl das Richtige trifft¹⁶⁸, aber methodisch und sachlich keineswegs vollständig überzeugt: *methodisch nicht*, weil sie verkennt, dass allgemeine Rechtsgrundsätze nicht notwendig Verfassungsrang besitzen müssen, sondern auch auf nachgeordneten Hierarchiestufen angesiedelt sein können¹⁶⁹; *sachlich nicht*, weil sie die Gelegenheit hat verstreichen lassen, durch eine Anerkennung bereichsspezifischer Grundsätze im Sekundärrecht zur Systembildung im Europäischen Gesellschaftsrecht beizutragen.¹⁷⁰ Dass es sich bei dem Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre um einen paneuropäischen Grundsatz handelt, lässt sich kaum bestreiten.¹⁷¹

3. Folgenorientierung

Folgenorientierung und empirische Argumente werden in der juristischen Methodenlehre noch immer als »Schmuggelware«¹⁷² gehandelt. Man deklariert sie als *argumentum ad absurdum*, Rechtsprinzip der Praktikabilität oder *floodgate argument*. Dies wird ihrer praktischen Bedeutung kaum gerecht. Jedenfalls im Rahmen der Rechtsfortbildung müssen sich die Gerichte – wie der Gesetzgeber – *volens nolens* Rechenschaft über die gesamtgesellschaftlichen *Realfolgen* ihrer Entscheidungen ablegen.¹⁷³ Wie ihnen dies angesichts begrenzter Ressourcen und beträchtlicher Prognosenunsicherheit gelingen kann¹⁷⁴, ist trotz verschiedener Untersuchungen¹⁷⁵ er-

¹⁶⁶ Axel Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht* (2009).

¹⁶⁷ EuGH 15. 10. 2009 – Rs. C-101/08 (*Audiolux* ./ *Bertelsmann*), Slg. 2009-I, 9823.

¹⁶⁸ Zustimmend etwa Mathias Habersack/Tobias Tröger, »Ihr naht euch wieder, schwankende Gestalten ...«, Zur Frage eines europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes beim Anteilhandel: NZG 13 (2010) 1; Lars Klöhn, Urteilsanm., LMK 2009, 294692; Markus S. Rieder, Urteilsanm., Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 1 (2009) 392.

¹⁶⁹ Kritisch insoweit auch Jürgen Basedow, Mangold, *Audiolux* und die allgemeinen Grundsätze des Europäischen Privatrechts, in: Unternehmen, Markt und Verantwortung, FS Hopt (2010) 27 (41 f.).

¹⁷⁰ Kritisch insoweit auch Wolfgang Schön, Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: FS Hopt (vorige Note) 1343 (1351 f.).

¹⁷¹ Vgl. Karsten Schmidt/Marcus Lutter (-Holger Fleischer), *Aktiengesetz*² (2010) § 53a Rz. 11 m. w. N.

¹⁷² Müller/Christensen II, Rz. 105.

¹⁷³ Dazu auch Kramer 240 f.

¹⁷⁴ Skeptisch Hager 47 und 314.

¹⁷⁵ Monographisch Martina Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung* (1995); rechtsvergleichend zuletzt Qingbo Zhang, *Juristische Argumentation durch Folgenorientierung* (2010).

kenntnistheoretisch und rechtspraktisch noch wenig gesichert. Zuweilen attestiert man dieser Situation »paradoxieähnliche Züge«¹⁷⁶ und weist der Wissenschaft die Aufgabe zu, nach Formen der Folgenreflexion zu suchen, welche diese Paradoxie wenigstens abmildern.¹⁷⁷

4. Transformation außerrechtlicher Argumente

Die schwierigste und wohl umstrittenste Zukunftsaufgabe betrifft die Einbeziehung außerrechtlicher Argumente in den rechtswissenschaftlichen Diskurs.¹⁷⁸ Sie stellt sich im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht vor allem als eine solche der Inklusion ökonomischer Argumente. So werden ökonomische Theorien im Kartellrecht an allen Ecken und Enden gebraucht, um das rechtliche Rahmenkonzept der Artt. 101 ff. AEUV auszufüllen.¹⁷⁹ Dies gilt für die Missbrauchskontrolle¹⁸⁰ ebenso wie für die Fusionskontrolle¹⁸¹. Im Kapitalmarktrecht hat der Effizienzgedanke Eingang in zahlreiche Einzelvorschriften gefunden.¹⁸² Eine große Rolle spielt er namentlich im System der Publizitätspflichten, das den Markt mit zutreffenden und zeitnahen Informationen versorgen und dadurch eine effiziente Kapitalallokation gewährleisten soll.¹⁸³ Es liegt auf der Hand, dass auch hier ökonomische Begründungsmuster für die konkrete Fallanwendung herangezogen werden. Solche interdisziplinären Rezeptionsprozesse haben freilich

¹⁷⁶ *Gunther Teubner*, Folgenorientierung, in: *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, hrsg. von *dems.* (1995) 9: »Folgenorientiertes Rechtsdenken befindet sich in einer paradoxieträchtigen Situation: Ein juristischer Konsequentialismus erweist sich als notwendig, obwohl er unmöglich ist.«

¹⁷⁷ In diesem Sinne etwa *Vofskuhle* (oben N. 157) § 1 Rz. 33.

¹⁷⁸ Näher dazu *Holger Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, hrsg. von *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (2007) 50 (74 ff.).

¹⁷⁹ Näher *Daniel Zimmer*, Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze: *WuW* 2007, 1198; zuletzt *Christian Ewald*, Ökonomie im Kartellrecht, *Vom more economic approach zu sachgerechten Standards forensischer Ökonomie: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 9 (2011) 15.

¹⁸⁰ Monographisch *Wolfgang Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2010) 253 ff.

¹⁸¹ Monographisch *Arndt Christiansen*, *Der »More Economic Approach« in der EU Fusionskontrolle* (2010).

¹⁸² Vgl. *Holger Fleischer/Daniel Zimmer*, Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht, in: *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, hrsg. von *dems.* (2008) 9 ff.; *Thomas M.J. Möllers*, Effizienz als Maßstab des Kapitalmarktrechts: *AcP* 208 (2008) 1.

¹⁸³ Für einen Überblick *Holger Fleischer*, Kapitalmarktrechtliche Publizitätspflichten im Gemeinschaftsrecht, in: *Kompatibilität des türkischen und europäischen Wirtschaftsrechts*, hrsg. von *Yeşim Atamer/Klaus Hopt* (2009) 49 ff.

ihre Tücken. Sie bergen die Gefahr »uninformierter Theorieimporte«¹⁸⁴, wenn es dem Rechtsanwender an zuverlässigen Kenntnissen über den aktuellen Forschungsstand der Nachbarwissenschaft fehlt. Selbst der nachbarwissenschaftlich informierte Jurist ist nicht vollends vor Fehlgriffen geschützt, wenn und weil in der Ökonomie konkurrierende Grundansätze um die Vorherrschaft ringen. Ein besonders markantes Beispiel bildet der Konkurrenzkampf zwischen der Theorie rationaler Wahl (*rational choice*) mit ihrem wohl etablierten, aber gelegentlich realitätsfernen Standardmodell und der Verhaltensökonomik (*behavioral economics*) mit ihren wirklichkeitsnäheren, aber wissenschaftlich weniger gefestigten Verhaltensannahmen.¹⁸⁵ Neben solchen *Übergriffsfehlern* drohen *Unterwerfungsfehler*¹⁸⁶, wenn Richter und Rechtswissenschaftler zu anderen Zwecken entwickeltes Expertenwissen unreflektiert auf juristische Fragestellungen übertragen. Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtler können hiervon ein (Klage-)Lied singen, wenn es um betriebswirtschaftliche Standards des Risikomanagements¹⁸⁷ oder Methoden der Unternehmensbewertung¹⁸⁸ geht.

Andererseits kommt eine hermetische Abschirmung der Rechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarwissenschaften – anders als vielleicht noch zu Windscheids Zeiten¹⁸⁹ – heute nicht mehr in Betracht.¹⁹⁰ Der Gesetzespositivismus vergangener Zeiten bleibt, wie Müller und Christensen anschaulich darlegen, »mit seinem illusionären Pochen auf »rein juristische Argumente gegenüber der Realität wirtschaftlicher Vorgänge auf dramatische Weise unterkomplex«¹⁹¹. Wo uns fachfremde Disziplinen Ergebnisse bereitlegen, beginnt die eigentliche Herausforderung für den Wirtschaftsrechtler: Er muss sich als »Interface Actor«¹⁹² bewähren und jedes ökonomische Einzelargument auf der juristischen Ebene erneut überprüfen und

¹⁸⁴ *Vofkuhle*, Methode (oben N. 4) 182ff.

¹⁸⁵ Umfassend jüngst *Holger Fleischer/Klaus Ulrich Schmolke/Daniel Zimmer*, Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, in: Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, hrsg. von *Holger Fleischer/Daniel Zimmer* (2011) 9ff.

¹⁸⁶ Begrifflichkeit übernommen von *Müller/Christensen II*, Rz. 106 und 498f.

¹⁸⁷ Vgl. *Gerald Spindler/Eberhard Stilz (-Holger Fleischer)*, Kommentar zum Aktiengesetz² II (2010) § 91 Rz. 34ff.

¹⁸⁸ Umfassend zuletzt *Bernhard Großfeld*, Recht der Unternehmensbewertung⁶ (2011).

¹⁸⁹ Vgl. Windscheids warnende Worte aus seiner Rede über die »Aufgaben der Rechtswissenschaft«, wonach ethische, politische und volkswirtschaftliche Erwägungen »nicht Sache des Juristen als solche sind«; abgedruckt in: *Bernhard Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, hrsg. von *Paul Oertmann* (1904) 122.

¹⁹⁰ Ähnlich aus Sicht des öffentlichen Rechts *Möllers* (oben N. 50) § 3 Rz. 42: »Dieses methodische Dilemma ist ernst zu nehmen, es sollte deswegen aber nicht mit alles-oder-nichts Lösungen aus dem Weg geräumt werden.«

¹⁹¹ *Müller/Christensen I*, Rz. 503 a. E.

¹⁹² *Holger Fleischer*, Zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung; Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2007, 500 (501).

dem dogmatischen Zugriff zugänglich machen. Rechtstheoretisch wächst ihm die Aufgabe zu, »Regeln interdisziplinärer Kommunikation«¹⁹³ zu entwickeln, die eine fächerübergreifende Zusammenarbeit ermöglichen, ohne das Proprium der Rechtswissenschaft in Frage zu stellen. Für eine solche »transdisziplinäre Metatheorie«¹⁹⁴ liegen gegenwärtig allenfalls erste Gedanken-skizzen vor.

5. Methodenlehre der Gesetzgebung

Juristische Methodenlehre erschöpft sich schließlich nicht in einer Methode der Rechtsanwendung, sondern erstreckt sich auch auf eine solche der Rechtsgewinnung. Der eingangs erwähnte Gustav Radbruch, der hier rehabilitiert werden soll, hat dies schon früh erkannt und in einer Rezensionsabhandlung aus dem Jahre 1905 von einer »Methodenlehre der Gesetzgebung«¹⁹⁵ gesprochen. Zu dieser Zeit galt die *Gesetzgebungslehre* tatsächlich als einflussreiche Methodenströmung.¹⁹⁶ Führende Vertreter der Zivilrechtswissenschaft – von Anton Menger über Otto v. Gierke und Rudolf Stammler bis hin zu Ernst Zitelmann – widmeten sich der *legislativen Rechtswissenschaft* als »Blüte der Jurisprudenz«¹⁹⁷. Diese frühen Triebe haben in den folgenden Jahrzehnten allerdings keine Früchte mehr getragen. Erst in neuerer Zeit ist das Interesse der Fachöffentlichkeit an Fragen der Wirkungskontrolle zum Recht¹⁹⁸ wieder erwacht. Die heutigen Herausforderungen liegen vor allem in einer Konzeptualisierung der *Gesetzesfolgenabschätzung*.¹⁹⁹ Diese hat auf Gemeinschaftsebene durch den *Mandelkern*-Bericht vom November

¹⁹³ *Matthias Jestaedt*, »Öffentliches Recht« als wissenschaftliche Disziplin, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft (oben N. 178) 241 (278 ff.).

¹⁹⁴ *Vofßkuhle* (oben N. 157) § 1 R.z. 39.

¹⁹⁵ *Gustav Radbruch*, Literaturbericht: ZgesStrafWiss. 25 (1905) 251 (255): »Zur Behandlung der Methodenlehre der Gesetzgebung will ein schöner Vortrag Ernst Zitelmans anregen.«

¹⁹⁶ Eindrucksvoll *Sigrid Emmenegger*, Gesetzgebungskunst – Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre (2006); außerdem für die Zeit von der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts *Bernd Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen (2004).

¹⁹⁷ *Josef Kohler*, Die Gesetzgebungspolitik des 19. Jahrhunderts: DJZ 1905, Sp. 32 (37).

¹⁹⁸ So der Titel der Studie: Wirkungskontrolle zum Recht, hrsg. von *Hagen Hof/Gertrude Lübbe-Wolff* I: Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen (1999).

¹⁹⁹ Näher *Holger Fleischer*, Gesetzesfolgenabschätzung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung und Finanzplatz, FS Rüdiger von Rosen (2008) 595.

2001²⁰⁰ und das »Better-Regulation«-Programm der Kommission²⁰¹ an Momentum gewonnen. Im Kapitalmarktrecht vermittelt vor allem die *cost-benefit-analysis* im Vereinigten Königreich als rechtsvergleichendes Referenzmodell wertvolle Denkanstöße.²⁰²

Weiterer Forschungsbedarf besteht im Hinblick auf die verschiedenen Regelungsinstrumente zur Erreichung eines vorgegebenen Regelungsziels. Gerade im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, aber auch anderwärts, ist in jüngerer Zeit das Bewusstsein für das »Wie« der Regelsetzung gewachsen. Eine solche *modale Normanalyse* beschränkt sich nicht allein auf den schon erwähnten Dualismus zwischen hoheitlichen und privaten Steuerungsinstrumenten, sondern bezieht auch Options- oder Wahlmodelle²⁰³, Regelungsaufträge²⁰⁴ und Anregungsnormen²⁰⁵ in ihre Untersuchungen ein.²⁰⁶ Sie ist keiner bestimmten rechtspolitischen Zielsetzung verpflichtet, sondern widmet sich vor allem der komparativen Leistungsfähigkeit verschiedener Regelungstechniken.

Von hier ist es nur ein kleiner Schritt zu einer vergleichenden Analyse alternativer *Normdurchsetzungsmechanismen*, die wissenschaftlich bisher (zu) wenig Aufmerksamkeit erfahren hat.²⁰⁷ Dies gilt auch und gerade im Europäischen Privatrecht, das die Ausgestaltung der *Rechtsfolgenseite* im Richtlinienrecht häufig den Mitgliedstaaten überlässt. Weil hierdurch womöglich die Rechtsangleichung auf der *Tatbestandsseite* entwertet wird, hat man im Europäischen Kapitalmarktrecht jüngst die Frage nach einer Mindestharmonisierung der Sanktionen – jenseits des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes – aufgeworfen.²⁰⁸ Eine Grundlagenuntersuchung müsste freilich noch weiter ausgreifen und neben dem traditionellen Sanktionsapparat öf-

²⁰⁰ Der Mandelkern-Bericht, Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz (2002).

²⁰¹ Kommission, Bessere Rechtssetzung 2003, KOM(2003) 770 endg. vom 12. 12. 2003; dazu der Sammelband *Better Regulation*, hrsg. von *Stephen Weatherill* (2007).

²⁰² Näher *Fleischer* (oben N. 199) 604 ff.

²⁰³ Näher *Gregor Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht: JZ 2008, 11.

²⁰⁴ Monographisch *Constantin E. Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht (2000).

²⁰⁵ Vgl. *Peter Hommelhoff/Daniela Mattheus*, Corporate Governance nach dem KonTraG: AG 1998, 249 (250).

²⁰⁶ Programmatisch bereits *Holger Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht – Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelungsetzungen: ZHR 168 (2004) 673; erweiternd und vertiefend jüngst *Jens-Hinrich Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2011).

²⁰⁷ Für einen Teilbereich aus englischer Sicht zuletzt *John Armour*, Enforcement Strategies in UK Corporate Governance, A Roadmap and Empirical Assessment, in: *Rationality in Company Law*, hrsg. von *John Armour/Jennifer Payne* (2009) 71.

²⁰⁸ Vgl. *Martin Zimmermann*, Privatrecht im Kapitalmarktrecht der Gemeinschaft: GPR 2008, 38 (43); *Dirk Zetzsche*, Against Mandatory Disclosure of Economic-only Positions Referenced to Shares of European Issuers: *European Business Organization Law Review* 11 (2010) 231 (250); dazu auch *Holger Fleischer/Klaus-Ulrich Schmolke*, Die Reform der Transpa-

fentlichrechtlicher, strafrechtlicher und zivilrechtlicher Art auch belohnungsbasierte Regulierungsstrategien einschließen.²⁰⁹

VI. Schluss

In einer Rezension des Buches »Signatura rerum – Zur Methode« des italienischen Rechtsphilosophen Giorgio Agamben hieß es kürzlich: »Wir leben in methodenarmen Zeiten, also her mit mehr Fragen zur Methode.«²¹⁰ Einige Fragen habe ich aufgeworfen. Antworten erhoffen wir von unseren heutigen Referenten. Dann könnten wir auch in der Neuauflage des Handwörterbuchs zum Europäischen Privatrecht das noch fehlende Stichwort »Europäische Methodenlehre« mit aufnehmen.²¹¹

Summary

EUROPEAN LEGAL METHODOLOGY – CURRENT POSITION AND FUTURE PERSPECTIVES

This article begins with an examination of three common misconceptions voiced against judicial interpretation, emphasising in the process that research into legal methods in Europe is not solely the responsibility of legal theorists but is rather a common task shared by all those active in the legal field. Those looking to advance towards a true European legal methodology must first shed their national feathers. This does not mean underplaying the tremendous intellectual contributions made by German legal methodology; however, one cannot anticipate that all its finely-chiselled concepts and categories will fit into the architecture of the European legal methodology currently under construction. Conceptually, it makes sense to use the dual theoretical systems of EU private law and European *ius commune* employed with such success in substantive law to equally benefit the development of legal methodology. The article identifies problems specific to methodology in EU private law, including constitutional, systematic, linguistic and gap-filling questions, as well as issues dealing with comparative case law analysis. For the European *ius commune*, on the other hand, the discussion focuses on

renzrichtlinie: Mindest- oder Vollharmonisierung der kapitalmarktrechtlichen Beteiligungspublizität?: NZG 13 (2010) 1241 (1247).

²⁰⁹ Dazu *Holger Fleischer*, Zukunftsfragen der Corporate Governance in Deutschland und Europa: ZGR 2011, 155.

²¹⁰ *Petra Gehring*, Wie erforscht man ein Paradigma?: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) Nr. 58 vom 10. März 2010, S. 30.

²¹¹ Zur Ehrenrettung sei gesagt: Es gibt Einträge zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, des internationalen Einheitsrechts und von Rechtsnormen sowie zu den Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts und zum Richterrecht.

the phenomenon of methodological convergence in different jurisdictions by exploring selected issues (significance of legislative history, weighing of interpretation methods, and limitations on judge-made law). Finally, the article raises some broader methodological questions, ranging from specific methods used in certain areas of the law, across the plethora of legal sources and consequentialism, and on to the integration of extra-legal arguments into the legal discourse as well as techniques for legislative drafting.

