

Prof. Dr. Tobias Frösche

Einführung in die Methodik der Rechtswissenschaft und der Fallbearbeitung

Wintersemester 2004/05

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
I. Recht und seine Anwendung	3
A. Rechtsanwendung als black box	3
B. Vom Fall zum Resultat	3
II. Rechtsnormen	7
A. Rechtsquellen	7
B. Anwendbarkeit der Rechtsnorm	9
C. Inhalt der Rechtsnorm	13
D. Normen in der Fallbearbeitung	16
III. Feststellung des Sachverhalts	18
A. Begriff der prozessualen Wahrheit	18
B. Selektivität der Sachverhaltsuntersuchung	19
C. Der mitgeteilte Sachverhalt	19
IV. Formale Logik der juristischen Prüfung	20
A. Begriffe	20
B. Definitionen als Zwischenschritte der Subsumtion	21
C. Gegensätze	22
D. Gesetze der formalen Logik	23
V. Methoden der Rechtsgewinnung	25
A. Auslegung	26
B. Rechtsfortbildung	40
C. Anwendung von Gewohnheitsrecht	50
VI. Technik der Fallbearbeitung	51
A. Vorüberlegungen	51
B. Auffinden der richtigen Normen	54
C. Aufbau der Lösung	57

I. Recht und seine Anwendung

A. Rechtsanwendung als *black box*

Juristen sind dazu da, das Recht anzuwenden. Sie stellen fest, was Recht ist, beziehen es auf einen konkreten Fall und liefern den Beteiligten ein praktisches Ergebnis. Dazwischen liegt ein Prozeß, dessen Einzelheiten dem Nichtjuristen weder vertraut sind noch vertraut sein müssen:

Nehmen wir an: A wirft einen Brandsatz auf ein Asylbewerberheim, das Feuer fängt. Zwei Asylbewerber werden lebensgefährlich verletzt.

Wir lesen das in der Presse. Später lesen wir, A stehe wegen dieser Tat vor Gericht, noch später, er sei wegen versuchten Mordes zu zwölf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden. (Vielleicht lesen wir eines Tages auch, daß man ihn nach neun Jahren zur Bewährung entlassen hat.) Die Rechtsanwendung ist für uns eine *black box*, in die der Fall hineingeworfen und aus dem die Strafe herausgekommen ist. Was darin genau passiert, ist für juristische Laien schlicht nicht besonders interessant.

Daß die Rechtsanwendung funktioniert, ist dagegen für jedermann von großer Bedeutung. Würde sich am Ende des Prozesses ein Freispruch ergeben, obwohl A eindeutig schuldig ist, würde auch jeder Laie fragen, was da schiefgegangen sein mag. Es ist wie mit dem Auto: So lange es anspringt, wenn wir die Zündung bedienen, interessiert uns nicht, wie das funktioniert. Das wollen wir erst wissen, wenn es nicht anspringt.

Jurist ist derjenige, *der* das Recht anwendet. *Er* muß wissen, was in der *black box* abläuft. Er muß die Technik und die Kunst richtiger Rechtsanwendung beherrschen, denn wie bei allen Geisteswissenschaften fließen auch in der Rechtswissenschaft Kunst und Technik ineinander, werden sowohl schöpferische als auch formal strukturierte Tätigkeiten verlangt.

B. Vom Fall zum Resultat

1. Die Rechtsnorm

Die Rechtsordnung dient der Herstellung von Ordnung mit den Mitteln des Rechts, der Steuerung von menschlichem Verhalten in Situationen, in denen Interessen unterschiedlicher Beteiligter auseinandergehen und daher in eine Beziehung zueinander gesetzt werden müssen.

Das Steuerungsmittel hierzu ist die Rechtsnorm. Rechtsnormen sagen uns zweierlei, nämlich

- ⌞ wie wir uns verhalten sollen und
- ⌞ was geschieht, wenn wir es nicht tun.

Die Rechtsordnung steuert menschliches Verhalten über den Umweg des menschlichen Verstandes. Dem Adressaten der Norm wird signalisiert, daß er für normgerechtes Verhalten mit Vorteilen belohnt oder für normwidriges Verhalten mit Nachteilen belegt wird. Solche durch die Norm angeordneten Folgen nennen wir Rechtsfolgen. Man kann sie in Rechtsvorteile und Rechtsnachteile einteilen.

§ 212 Abs. 1 StGB z.B. lautet: „Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“

Darin steckt zweierlei:

- ⌞ die Verhaltensanordnung, keinen Menschen zu töten, was dem fünften Gebot der Bibel („du sollst nicht töten“, Ex. 20, 13) entspricht,
- ⌞ die Androhung eines Rechtsnachteils (Eingesperrtwerden für die Zeit von mindestens

fünf Jahren) für den Fall des Verstoßes gegen die Verhaltensordnung.

Ohne Anordnung einer Rechtsfolge ist das Verbot unvollständig. Das stellt man sofort an dem alten Scherzbeispiel eines Strafgesetzes für politische Delikte fest, das da lautet:

- ⊣ § 1. Wer einen Reichstagsabgeordneten tötet, wird mit fünf Jahren Haft belegt.
- ⊣ § 2. Wer einen Minister oder den Reichskanzler tötet, kommt für zehn Jahre ins Zuchthaus.
- ⊣ § 3. Die Tötung des Kaisers ist dagegen absolut verboten.

Nur die §§ 1 und 2 enthalten Rechtsnormen. § 3 ordnet keine Rechtsfolge an und ist daher - jedenfalls isoliert betrachtet - sinnlos. Da Normen auf mehrere Vorschriften verteilt sein können, ließe sich dagegen auch § 3 als Rechtsnorm betrachten, wenn es einen § 4 mit dem Inhalt gäbe: „Wer etwas absolut Verbotenes tut, wird mit lebenslangem Kerker bestraft.“

Normen sind nicht immer direkte Verhaltensanordnungen. Manchmal kommen Interessen in Konflikt, ohne daß jemand sich falsch verhalten hätte. Dennoch muß die Rechtsordnung für eine Regelung sorgen, um zu verhindern, daß die Interessengegensätze ungelöst bleiben.

Ragt z.B. der Ast eines Apfelbaumes über die Grenze auf das Nachbargrundstück hinüber, und wächst ausgerechnet an diesem Ast der schönste Apfel, so kollidieren zwei Interessen: Der eine Nachbar wird sagen, es sei sein Baum und daher wolle er den Apfel essen. Der andere Nachbar wird darauf verweisen, daß er über seinem Grund und Boden hängt und er ihn daher viel leichter ernten kann, worauf der erste wieder darauf hinweist, daß der Baum ja aber Wasser und Nährstoffe aus seinem Grundstück gezogen hat. Dieser Konflikt bedarf irgendeiner Lösung.

Wir finden einen Teil davon in § 911 S. 1 BGB: Sobald der Apfel herunterfällt, gehört er dem Eigentümer des Grundstücks, auf dem er liegt. Und vorher? Vorher ist er nach § 94 I 1 BGB „wesentlicher Bestandteil“ des Grundstücks, auf dem der Baum steht. § 93 BGB ordnet an, daß er als solcher nicht „Gegenstand besonderer Rechte“ sein kann. Das heißt: Er gehört dem Eigentümer dieses Grundstücks.

Auch solche Normen knüpfen an tatsächliche Voraussetzungen Rechtsfolgen an.

Man kann demnach eine vollständige Rechtsnorm daran erkennen, daß sie folgende Struktur hat:

Wenn ...[die Voraussetzungen vorliegen]..., dann ...[tritt die Rechtsfolge ein].

Jede vollständige Rechtsnorm läßt sich zu einem solchen Konditionalsatz umformulieren. Man spricht daher zuweilen auch vom „Konditionalprogramm“, das einer Rechtsnorm zugrundeliege.

Auch Normen, deren Formulierung diesem Muster nicht entsprechen, können vollständige Rechtsnormen sein, wenn sie inhaltlich entsprechend aufgebaut sind:

§ 985 BGB bestimmt: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.“ Das ist eine vollständige Rechtsnorm, denn es bedeutet: „Wenn einer Eigentümer einer Sache, ein anderer ihr Besitzer ist, dann kann jener von diesem die Herausgabe der Sache verlangen.“

Das, was in dem Wenn-Satz der Norm steht, nennen wir ihren **Tatbestand**. Der Inhalt des Dann-Satzes der Norm ist die von der Norm angeordnete **Rechtsfolge**.

2. Die Anwendung der Norm

Normen enthalten *abstrakte* Regelungen. Sie sind für eine nicht vorher bestimmbare Vielzahl von Anwendungsfällen gedacht. Will man sie auf einen konkreten Fall anwenden, muß man dazu das, was geschehen ist - wir nennen das den Sachverhalt - in eine Beziehung zu dem

abstrakten Inhalt der Norm setzen. Das geschieht in einem dreischrittigen Verfahren:

1. Der erste Schritt ist die Feststellung, ob der Sachverhalt der Beschreibung der für die Anwendung der Norm relevanten Sachverhalte im Tatbestand der Norm entspricht. Dieser Vorgang heißt **Subsumtion**.
2. Der zweite Schritt ist die aus dem Vorliegen des Tatbestands zu ziehende Rechtsfolge. Das ist die eigentliche Anwendung der Norm.
3. Im dritten Schritt wird dann festgestellt, was die - in aller Regel - in der Norm ebenfalls nur abstrakt beschriebene Rechtsfolge denn nun für den konkreten Fall bedeutet. Dieses Ableiten der konkreten aus der abstrakten Rechtsfolge nennen wir **Konkretisierung**.

a) Subsumtion

Was bei der Subsumtion geschieht, ist das, was die Philosophie das syllogistische Schlußverfahren nennt. Hierbei wird aus der Zuordnung eines konkreteren zu einem abstrakteren Satz eine Schlußfolgerung gezogen. Den abstrakteren Satz nennen wir den **Obersatz**, den konkreteren den **Untersatz**. Wer z.B. an einem sonnigen Novembernachmittag ausgeht und weiß, daß er erst gegen 21.00 Uhr zurück sein wird, könnte folgenden syllogistischen Schluß vornehmen:

Ich weiß aus Erfahrung, daß Novembernächte kalt sind.

Es ist November und um 21.00 Uhr wird es Nacht sein.

Also wird es, wenn ich zurückkomme, kalt sein.

Dann nimmt er einen Mantel mit.

Als Obersatz dient bei der Subsumtion das Gesetz, als Untersatz die Feststellungen, die man zum Sachverhalt getroffen hat.

Angenommen, A hat den B grundlos mit der Faust ins Gesicht geschlagen, so daß B aus der Nase blutet, so würde man wie folgt vorgehen:

Obersatz (§ 826 BGB): Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Untersätze: Nasenbluten ist ein Schaden. A hat das Nasenbluten des B vorsätzlich herbeigeführt. Grundlose Schläge verstoßen gegen die guten Sitten.

Schlußfolgerung: A muß B den Schaden ersetzen.

Man sieht schon an diesem Beispiel, daß es durchaus nicht so einfach ist, wie es sich anhört. Fast alle Normen enthalten mehrere einzelne **Tatbestandsmerkmale**, von denen man zweckmäßigerweise *nacheinander* prüft, ob sie erfüllt sind. Erst wenn man festgestellt hat, daß sie alle erfüllt sind, kann man die Schlußfolgerung ziehen, daß die abstrakte Rechtsfolge eintritt. Freilich kann das Gesetz auch Tatbestandsalternativen enthalten.

Nehmen wir den oben angeführten Beispielsfall und subsumieren ihn unter § 823 Abs. 1 BGB, so heißt es zunächst, die Tatbestandsmerkmale von § 823 I BGB zu identifizieren. Diesen Vorgang nennt man auch die **logische Auslegung** der Norm. Sie ist der Subsumtion zwangsläufig vorgelagert. Für § 823 Abs. 1 BGB ergibt sich, daß folgende Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen:

- ⌞ Die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes
- ⌞ aufgrund
- ⌞ einer Handlung des Täters, die
- ⌞ widerrechtlich sein muß und
- ⌞ vorsätzlich oder fahrlässig vorgenommen worden und

- ⊃ durch die
- ⊃ ein Schaden bei dem Opfer entstanden sein muß.

Demzufolge wird empfohlen, sieben verschiedene Punkte zu prüfen, wenn § 823 Abs. 1 BGB in Frage steht, nämlich:

1. die Verletzungshandlung,
2. den Verletzungserfolg,
3. die Kausalität der Verletzungshandlung für den Verletzungserfolg (haftungsbegründende Kausalität),
4. die Rechtswidrigkeit der Handlung,
5. das Verschulden,
6. das Entstehen eines Schadens und
7. die Kausalität des Verletzungserfolges für die Entstehung des Schadens (haftungsausfüllende Kausalität).

In dem hier gegebenen Beispiel heißt das:

1. Der Schlag ins Gesicht ist eine Handlung.
2. B ist an seinem Körper verletzt worden.
3. Der Schlag war die Ursache für die Verletzung.
4. A hatte kein Recht, B zu schlagen.
5. A hat vorsätzlich zugeschlagen.
6. B hat Nasenbluten erlitten.
7. Die Körperverletzung war die Ursache für das Nasenbluten.

Natürlich geht so niemand vor. Die Kunst, die es zu beherrschen gilt, ist die, nur das zu untersuchen, was untersuchenswert ist und Evidentes lediglich festzustellen. Hier sind Nr. 1 bis 5 und 7 evident. Man würde dazu kaum etwas schreiben. Ausgeführt werden müßte etwas zu Nr.6: Was ist eigentlich ein Schaden? Fällt ein Blutverlust, der keine weiteren Konsequenzen hat, überhaupt darunter? Schließlich heilt eine solche Wunde ja von selbst.

b) Konkretisierung der Rechtsfolge

Am Ende steht die umgekehrte Aufgabe: Die abstrakte Rechtsfolge muß wiederum zu dem Lebenssachverhalt - genauer: zu den Interessen der Beteiligten - in Beziehung gesetzt werden.

Im Fall von oben heißt die Rechtsfolge: „A schuldet B Schadensersatz.“ Was das konkret heißt, ist den §§ 249 ff. BGB zu entnehmen: Hier folgt z.B. aus § 249 Abs. 2 S. 1 BGB, daß B von A Ersatz der Kosten für die Wiederherstellung seiner Nase verlangen kann, wenn sie gebrochen ist. Aus § 253 Abs. 2 BGB folgt, daß ihm für den Schaden, der sich nicht in Geld ausdrücken läßt (die Schmerzen, die Demütigung usw.) dennoch Geld zusteht. Wieviel, hängt davon ab, was „billig“ ist, was wiederum erst konkretisiert werden muß.

3. Feststellen von Sachverhalt und anzuwendender Norm

Natürlich sind im praktischen Fall weder die Norm noch der Sachverhalt vorgegeben. Der Rechtsanwender muß beides erst feststellen.

Die **Feststellung des Sachverhalts** ist dabei keine eigentlich juristische Tätigkeit. Im Studium bekommt man sie im übrigen noch weitgehend abgenommen, weil der Sachverhalt in Übungsaufgaben vorgegeben wird.

Die **Feststellung der anzuwendenden Norm** oder Normen ist dagegen eine ganz wesentliche Aufgabe für den Juristen. Er muß die passende Norm finden und anwenden. Dazu muß er die Systematik der Rechtsordnung kennen. Laien meinen ja manchmal, ein Jurist müsse Gesetze auswendig lernen. Das ist natürlich Unfug. Denn erstens kann er ja genausogut nachlesen was drinsteht, wie jeder andere Bürger auch, zweitens würde sich das

Auswendiglernen auch schon wegen der ständigen Gesetzesänderungen nicht lohnen. Was ein Jurist wissen muß, ist, wo er das Gesetz findet, das für seinen Fall relevant ist.

II. Rechtsnormen

A. Rechtsquellen

Rechtsnormen sind abstrakte Regelungen mit verbindlichem Charakter. Sie müssen ihre Autorität irgendwoher beziehen. Diese Autorität bezeichnet man als Rechtsquelle. Was nicht aus einer solchen kommt, ist keine Rechtsnorm. Als Rechtsquellen kommen nur die folgenden in Betracht:

1. Positives Recht

Als positives Recht bezeichnet man alle Rechtsnormen, die auf einen Akt der Rechtssetzung durch dafür zuständige Instanzen zurückgehen. Sie gelten, wenn und *weil* sie von der zuständigen Institution in dem dafür vorgeschriebenen Verfahren aufgestellt worden sind.

a) inländische Rechtsnormen

Die **Verfassung** eines Staates beruht auf einem Akt der Verfassungsgebung durch eine *pouvoir constituant*, das ist die Institution, der aufgrund eines Übereinkommens der Gesellschaft - oder auch der realen Machtverhältnisse - die Macht zukommt, eine Verfassung zu erlassen. Alle anderen Rechtssetzungsakte werden dann von dieser Verfassung determiniert. Keine Verfassung kann aber das Verfahren zu ihrem eigenen Erlaß regeln.

In einem solchen förmlichen Verfahren wird das **Gesetz** erlassen. Man unterscheidet **verfassungsändernde** von **einfachen** Gesetzen.

So weit ein Gesetz sie dazu ermächtigt, ist ferner die Regierung - oder sogar die Verwaltung - berechtigt, Rechtsnormen in Form von **Rechtsverordnungen** zu erlassen.

Schließlich haben Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts (Städte, Kreise, Gemeinden, Universitäten, Kirchen u.ä.) das Recht, die Rechtsbeziehungen zwischen ihren Mitgliedern und sich durch von ihnen selbst in einem dem Gesetzgebungsverfahren des Staates nachgebildeten Verfahren erlassenen **Satzungen** zu ordnen.

b) internationale Rechtsnormen

Im Verhältnis der Staaten zueinander ist der **völkerrechtliche Vertrag** das Mittel, mit dem positive Rechtssätze erzeugt werden. Im deutschen Recht gilt der völkerrechtliche Vertrag allerdings nur unter den Staaten, die ihn abgeschlossen haben. Er erzeugt keine im Inneren des Staates wirkenden Rechtsnormen. Das vermag nur ein Gesetz zu leisten. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist allerdings immer erst verbindlich, wenn er durch ein Gesetz bestätigt ist, man nennt das seine Ratifikation. Er gilt *dann* ggf. auch im Inneren, es sei denn, das Ratifikationsgesetz schließt dies aus.

Die EMRK ist z.B. ein von Deutschland ratifizierter völkerrechtlicher Vertrag. Ihre Regelungen sind direkt anwendbar und werden manchmal auch direkt angewendet. Aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK hat das *BayObLG* z.B. hergeleitet, daß Verhandlungen in Wohnungseigentumssachen öffentlich sind, weil es sich dabei um „Streitigkeiten in bezug auf zivilrechtliche Ansprüche“ handelt. Nach deutschem Recht hätten sie damals

nichtöffentlich sein müssen, denn es handelte sich um Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Aus Art. 6 Abs. 3 e EMRK folgt, daß der im Strafverfahren verurteilte Angeklagte nicht zur Zahlung der Kosten des für ihn bestellten Dolmetschers verurteilt werden kann.

Der Staat kann jedoch auch Gesetzgebungskompetenzen an **supranationale Organisationen** abgeben. Deren Institutionen können dann im Rahmen des dafür vorgesehenen Verfahrens Rechtsnormen erlassen.

Hauptanwendungsfall hierfür ist die Europäische Union mit den Europäischen Gemeinschaften. Dort werden Rechtssätze in Form von **Europäischen Verordnungen** erlassen, die unmittelbar geltendes Recht in allen Mitgliedsstaaten sind. **Europäische Richtlinien** richten sich dagegen an die Gesetzgeber der Mitgliedsstaaten und erlegen ihnen die Pflicht auf, sie durch Erlaß entsprechender Rechtssätze umzusetzen. Geschieht das nicht, hat das eigentlich keine direkten Folgen. Der EuGH erkennt aber unter bestimmten Voraussetzungen auch unmittelbar wirksame Richtlinien an und läßt die Grenze zwischen den beiden Arten von Rechtssetzungsakten verschwimmen.

Verordnungen und Richtlinien bezeichnet man auch als **Europäisches Sekundärrecht**. Das europäische Primärrecht - nämlich die Verträge - gilt kraft Ratifikation. Nur das Sekundärrecht wird durch die EU selbst erlassen.

2. Gewohnheitsrecht

Neben dem geschriebenen Recht gibt es auch ungeschriebenes Recht, das Gewohnheitsrecht. Es entsteht durch langjährige Übung. Gewohnheitsrecht gilt, wenn und *weil* sich die Rechtsanwender über seine Geltung einig sind. Damit eine Norm des Gewohnheitsrechts als entstanden angesehen werden kann, müssen drei Voraussetzungen vorliegen:

1. Eine Übung muß über einen Zeitraum von 20 bis 30 Jahren existieren.
2. Sie muß von den Beteiligten mit der Überzeugung beachtet worden sein, daß es sich dabei um ein verbindliches Rechtsgebot handelt.
3. Sie muß so klar konturiert sein, daß sich ein Tatbestand und eine abstrakte Rechtsfolge formulieren lassen.

Sätze des Gewohnheitsrechts sind in Deutschland nicht eben häufig, denn es gibt wenige Bereiche, die nicht durch geschriebenes Recht umfassend geregelt sind.

3. Richterrecht

Was ein Gericht entscheidet, regelt den Einzelfall verbindlich. Für die Parteien des Rechtsstreits ist Recht, was als solches festgestellt wurde. Hierüber geht die Wirkung von Gerichtsurteilen aber nicht hinaus: Sie sind keine Rechtsquellen. Weder bindet die Entscheidung andere Personen, die einen ähnlichen oder sogar gleichen Fall haben, noch dieselben Personen in einem neuen Streit noch andere Gerichte, ja noch nicht einmal untergeordnete Gerichte. Das Gericht entscheidet nicht mehr und nicht weniger als den konkreten Fall.

Freilich gibt es Situationen, in denen keine Rechtsnorm existiert, die dem Gericht zur Verfügung steht oder in denen die existierenden Rechtsnormen unzureichend sind. Das Gericht ist dann zur Rechtsfortbildung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Art. 4 C.C. formuliert: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“

Fehlen Normen ganz, formuliert das Gericht sie für den Einzelfall selbst. Man spricht dann von **Richterrecht**. Auch Richterrecht betrifft - jedenfalls zunächst - nur den

entschiedenen Einzelfall. Es ist keine Rechtsnorm, wird freilich wie eine angewendet.

Durch langjährige Übung kann aus Richterrecht Gewohnheitsrecht werden. Das ist häufig. Das Arbeitskampfrecht beruht z.B. weitgehend auf Richterrecht, das inzwischen längst zu Gewohnheitsrecht geworden ist.

B. Anwendbarkeit der Rechtsnorm

Bevor man eine Norm anwendet, muß man prüfen, ob sie überhaupt anwendbar ist. Es kann unterschiedliche Gründe dafür geben, daß sie es nicht ist.

1. Wirksamkeitsvoraussetzungen / Normenhierarchie

Geschriebenes Recht gilt, wenn und weil es in dem vorgeschriebenen Verfahren von dafür zuständigen Organen erlassen ist. Es gilt folglich nicht, wenn

- ⊣ zwingende Verfahrensvorschriften mißachtet wurden oder
- ⊣ der Normgeber für den Erlaß der Norm nicht zuständig war.

Ferner darf das geschriebene Recht nicht gegen **höherrangiges Recht** verstoßen. Das inländische Recht wird meist als in eine Normenpyramide gegliedert dargestellt, danach müssen sich

- ⊣ Gesetze im Rahmen der Verfassung,
- ⊣ Rechtsverordnungen im Rahmen der Gesetze und
- ⊣ Satzungen im Rahmen der Gesetze und Rechtsverordnungen

bewegen, um überhaupt gültig zu sein.

In dieser Rangordnung steckt ein **Geltungsvorrang**. Die Rechtsverordnung, die einem Gesetz widerspricht, gilt *überhaupt nicht*, egal ob es für den konkreten Fall auf die Abweichung ankommt oder nicht.

Geltungsvorrang hat kraft Art. 31 GG schließlich auch das **Bundesrecht** vor dem **Landesrecht**. Natürlich steht das unter dem Vorbehalt, daß das Bundesrecht überhaupt wirksam ist. Ist es seinerseits nichtig, weil es außerhalb der dem Bund zugewiesenen Kompetenzen erlassen ist, ist das widersprechende Landesrecht gültig.

Der Vorrang des Bundesrechts gilt aber i.Ü. auf jeder Ebene: Das Aussperrungsverbot in Art. 29 Abs. 5 HessVerf ist wegen Verstoßes gegen eine Norm des Bundesgewohnheitsrechts (nämlich, daß im Arbeitskampf Waffengleichheit herrschen muß) nichtig. Es ist damit *gar nicht* anwendbar, auch nicht auf solche Aussperrungen, die auch bundesrechtlich für unzulässig gehalten werden.

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich einer Norm kann in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt sein, nämlich

- ⊣ räumlich (Gilt die Norm für den Ort, auf den sich der Sachverhalt bezieht?),
- ⊣ zeitlich (Gilt die Norm für den Tag, an dem ein Ereignis stattfindet?),
- ⊣ sachlich (Gilt die Norm für die Art von Vorgängen, zu denen der Lebenssachverhalt gehört?) oder
- ⊣ persönlich (Gilt die Norm für die Art von Personen, die hier beteiligt sind?).

Bevor eine Norm angewendet werden kann, muß geklärt werden, ob eine solche Einschränkung besteht.

X möchte aus seiner Mietwohnung ausziehen. Er hat mit seinem Vermieter Y im Jahre 1985 einen individuell formulierten Mietvertrag abgeschlossen. Darin ist für beide Seiten eine Kündigungsfrist von einem Jahr vereinbart.

X kündigt am Ende August auf 30. November 2010 und weist darauf hin, daß die Vereinbarung über die längere Kündigungsfrist gemäß § 573c Abs. 4 BGB unwirksam sei.

Er übersieht hierbei, daß nach Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB für durch Vertrag vereinbarte Kündigungen § 573c IV BGB nicht gilt, wenn der Vertrag vor dem 1. September 2001 abgeschlossen wurde. Der zeitliche Anwendungsbereich der für X günstigen Norm war nicht eröffnet.

X hat sich umgebracht. Seine Witwe und Alleinerbin möchte die Lebensversicherungssumme von 100.000 kassieren. Die Versicherung weist darauf hin, daß sie nach § 81 Abs. 1 VVG nicht haftet, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Zu Recht?

Nein, denn die Überschrift über dem Kapitel, in dem § 81 VVG steht, lautet „Schadensversicherung“. Die Lebensversicherung gehört aber nicht zu den Schadensversicherungen. Der sachliche Anwendungsbereich von § 81 VVG ist nicht eröffnet.

§ 209 VVG enthält übrigens eine interessante Einschränkung des Anwendungsbereiches des ganzen Gesetzes.

Viele Gesetze haben einen mit „Schlußteil“ überschriebenen Abschnitt, dem etwas zu ihrem Anwendungsbereich entnommen werden kann. Die großen Gesetzeswerke verfügen zu diesem Zweck über ein eigenständiges Einführungsgesetz.

3. Zusammentreffen von Normen

Zuweilen erfüllt ein Lebenssachverhalt den Tatbestand mehrerer Normen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob diese Normen uneingeschränkt nebeneinander Anwendung finden können. Im wesentlichen gibt es dazu drei Möglichkeiten:

a) Anwendungsvorrang

Die Anwendbarkeit einer der in Frage kommenden Normen kann diejenige der anderen Norm ausschließen. Man spricht dann von einem *Anwendungsvorrang*. Der Unterschied zum Geltungsvorrang ist, daß der Anwendungsvorrang die zurücktretende Norm nur im Rahmen des Anwendungsbereichs der vorrangigen Norm verdrängt, während ein Geltungsvorrang sie insgesamt nichtig werden läßt.

Anwendungsvorrang genießt kraft Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG das **Recht der Europäischen Union** vor jedweden inländischen Recht. Das gilt sowohl für die europäischen Verträge als auch für das europäische Sekundärrecht, sofern es überhaupt unmittelbar wirksam ist (also für Verordnungen und unmittelbar anwendbare Richtlinien). Im Rahmen seines Anwendungsbereichs verdrängt es sogar das Grundgesetz. Auch Landesrecht, das auf einer ausschließlichen Zuständigkeit des Landesgesetzgebers beruht, tritt hinter europäischem Recht zurück. Voraussetzung ist freilich, daß das europäische Recht seinerseits wirksam ist, insbesondere aufgrund einer Zuständigkeit der europäischen Gemeinschaft erlassen wurde. Ob das so ist, entscheidet der *EuGH*.

Der Deutsche X möchte Umgang mit seinem in Belgien bei der Mutter lebenden Kind haben. Er fragt sich, ob er ein deutsches Gericht anrufen kann. § 99 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FamFG würde das eigentlich zulassen. Aber nach Art. 8 Abs. 1 EU-VO Nr. 2201/2003 („Brüssel-IIa-

Verordnung“) sind ausschließlich belgische Gerichte zuständig, weil das Kind in einem Mitgliedsstaat der EU lebt. Das hat *Anwendungsvorrang* vor § 99 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FamFG.

Man beachte den Unterschied zum Geltungsvorrang. Gäbe es einen solchen, wäre § 99 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FamFG unwirksam. Das ist nicht so. Lebt das Kind in Island, kann X ein deutsches Gericht anrufen.

Anwendungsvorrang genießt unter mehreren einschlägigen die **speziellere Regelung**, also diejenige, deren Anwendungsbereich in dem der allgemeineren Norm aufgeht.

X hat einen Kühlschrank gekauft, in dem das Gefrierfach nicht funktioniert. Da er das nicht gewußt hat und für wesentlich hält, überlegt er sich, ob er den Kaufvertrag nach § 119 II BGB wegen eines Irrtums über wesentliche Eigenschaften anfechten kann. Andererseits kann sich ein Recht des X, sich vom Vertrag - durch Rücktritt - wieder zu lösen, auch aus §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB ergeben, da es sich gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB um einen Sachmangel des Kühlschranks handelt. Weil ein solcher Sachmangel praktisch immer eine wichtige Eigenschaft der Sache darstellen wird und wegen § 442 I 1 BGB ein Irrtum über den Sachmangel Voraussetzung aller Mängelgewährleistungsrechte ist, stellen die §§ 437 ff. BGB aufgrund ihres engeren Anwendungsbereichs die speziellere Regelung dar. § 119 II BGB ist auf Sachmängel beim Kauf nicht anwendbar.

Eine weitere - oft schwierige - Frage ist, wie weit die Verdrängung reicht. Ist die vorrangig anwendbare Norm Teil einer **abschließende Regelung**, schließt sie die Anwendung der allgemeineren Norm generell aus, auch dann, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen *nicht* erfüllt sind, sich also aus der vorrangig anwendbaren Norm im konkreten Fall überhaupt keine Rechtsfolgen ergeben. Andernfalls bleibt die verdrängte Norm anwendbar, wenn die vorrangige Norm im Ergebnis nicht greift.

Ob es sich um eine *abschließende* Spezialregelung handelt und wie weit die Spezialität reicht, ist durch Auslegung der spezielleren Norm oder des spezielleren Normenkomplexes zu bestimmen. Für das Sachmängelrecht ist das z.B. anzunehmen, denn es läßt den Rücktritt vom Vertrag nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zu. Das wäre unlogisch, wenn der Käufer stattdessen den Vertrag anfechten könnte. Dagegen bleibt § 119 II BGB auch für den Käufer anwendbar, wenn sich sein Irrtum nicht auf einen Sachmangel i.S.v. § 434 BGB bezogen hat.

Zuweilen bestimmt eine Norm, daß sie nur gelten soll, wenn nicht andere Normen eingreifen. Eine solche **Subsidiarität** ist *Tatbestandsmerkmal* dieser Norm. Es gehört daher zu ihrer vollständigen Prüfung die Feststellung, daß keine andere Norm greift (weshalb die subsidiäre Norm auch zuletzt geprüft werden sollte). So kann sich z.B. des Versicherungsmissbrauchs (§ 265 Abs. 1 StGB) nur strafbar machen, wer durch die gleiche Handlung nicht den Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) erfüllt.

b) Rechtsfolgenharmonisierung

Wenn Normen nebeneinander anwendbar sind, bedarf es eines Blickes auf ihre Rechtsfolgen.

X schlägt B mit der Faust ins Gesicht, so daß dieser blutet.

B hat gegen X aus § 823 Abs. 1 BGB Anspruch auf Schadensersatz. Auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB sind erfüllt, denn X hat ein Schutzgesetz (§ 223 StGB) verletzt, als er X schlug. Wie wir schon einmal festgestellt haben, schuldet er schließlich auch aus § 826 BGB Schadensersatz, weil das grundlose Schlagen eines anderen

gegen die guten Sitten verstößt.

Aber natürlich kann B seinen Schaden nicht dreimal liquidieren. Er hat daher insgesamt nur *einen* Anspruch auf Schadensersatz, der sich aus drei verschiedenen Normen ergibt, die nebeneinander greifen, weil keine von ihnen Anwendungsvorrang vor den anderen genießt.

Mehrere gleichartige Rechtsfolgen können u.U. nur einmal eingreifen. Von mehreren gleichartigen Rechtsfolgen, die unterschiedlich weit reichen, gilt dann insgesamt nur die weitergehende.

X will B ein Grundstück schenken. Eine Pflicht zur notariellen Beurkundung ergibt sich hierfür sowohl aus § 311b Abs. 1 S. 1 BGB als auch aus § 518 Abs. 1 S. 1 BGB. Keine der Normen ist die speziellere, die eine erfaßt alle Verträge, durch die ein Grundstück übertragen werden soll, die andere nur Schenkungen, dafür aber jedweden Inhalts. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB hat aber die weitergehende *Rechtsfolge*: Der *ganze* Vertrag muß beurkundet werden. Nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB würde schon die Beurkundung der Erklärung des X genügen. Es tritt die weitergehende Rechtsfolge ein. Aber natürlich bedarf es keiner zwei Urkunden.

c) Nebeneinander der Normen

Ansonsten greifen die Normen unabhängig voneinander und nebeneinander ein:

X fährt mit seinem Geländemotorrad auf dem Acker des B herum und vernichtet einen Teil von dessen Ernte.

B hat einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB (und wohl auch aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB). Außerdem kann er X nach § 1004 Abs. 1 BGB auf Unterlassung künftiger Störungen in Anspruch nehmen (*actio negatoria*). Die Rechtsfolgen beider Normen berühren einander nicht und stehen daher einfach nebeneinander.

4. Abdingbarkeit

Viele Normen erheischen Anwendung, wann immer ihre Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Andere Normen stehen dagegen unter dem Vorbehalt, daß sie nicht durch eine Vereinbarung der Parteien abbedungen worden sind.

Es gibt demnach **zwingendes Recht** und **nachgiebiges Recht**. Das Privatrecht dient in erster Linie der Verwirklichung der Selbstbestimmung der Bürger und enthält daher viel nachgiebiges Recht. Freilich gibt es auch hier zwingende Normen. Als zwingend gestaltet der Gesetzgeber eine Norm immer, wenn

1. der Handelnde vor seiner eigenen Unvernunft oder
2. der Rechtsverkehr vor Überraschungen geschützt werden soll.

Das *Schuldrecht* geht von der grundsätzlichen Mündigkeit der Bürger aus. Deshalb enthält es nur dort zwingendes Recht, wo das ausdrücklich angeordnet ist (z.B. in dem schon erwähnten § 573c Abs. 4 BGB). Das *Sachenrecht* dagegen dient dazu, absolute Rechte zu begründen, die jedermann gegenüber wirksam sind. Da bedarf es eines Schutzes vor Überraschungen. Deshalb sind dort vertragliche Abweichungen vom Gesetz nur zulässig, wo sie eigens gestattet werden (z.B. in § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB).

C. Inhalt der Rechtsnorm

Vollständige Rechtsnormen nehmen auf einen Lebenssachverhalt Bezug und ordnen eine

Rechtsfolge an. Sie besitzen Tatbestand und (abstrakte) Rechtsfolge.

Nicht alle Rechtsnormen sind allerdings vollständige Rechtsnormen.

1. Definitionsnormen

Um den Lebenssachverhalt unter den Tatbestand zu subsumieren, bedarf es eines Vergleichs der verwendeten Begriffe. Dem Lebenssachverhalt nähert man sich hierbei durch die Definition der Begriffe des Tatbestandes an. Wie das genau funktioniert, wird noch erläutert werden.

Zuweilen wird ein Begriff im Gesetz selbst definiert. Man spricht dann von einer **Legaldefinition**. Sie ist insoweit Rechtsnorm, als sie etwas verbindlich anordnet, nämlich die Auslegung eines im Gesetz verwendeten Begriffes. Nach § 758a Abs. 4 S. 1 ZPO z.B. darf ein Gerichtsvollzieher Wohnungen zur Nachtzeit nur mit einer besonderen richterlichen Erlaubnis (sog. Nachtbeschluß) durchsuchen. Ist nun eine Durchsuchung am 27. Oktober um 18.30 Uhr ohne Nachtbeschluß zulässig oder nicht? Komplizierte Suche nach Programmen zur Berechnung von Sonnenauf- und -untergangszeiten erübrigen sich hier, denn § 758a Abs. 4 S. 2 ZPO legt fest, was unter „Nachtzeit“ zu verstehen ist: die Zeit von 21.00 Uhr bis 6.00 Uhr. Um 18.30 Uhr darf der Gerichtsvollzieher ohne Nachtbeschluß durchsuchen.

Die **Reichweite** solcher Definitionsnormen kann problematisch sein. Vielen Gesetzen sind Begriffsbestimmungen vorangestellt. Dann gelten sie im Zweifel für das ganze Gesetz. Andere Definitionen sind so elementar, daß sie für die ganze Rechtsordnung angewendet werden (z.B. die Definition des Begriffs „unverzüglich“ in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB oder des „Kennenmüssens“ in § 122 Abs. 2 BGB). Oft ist das schwieriger: § 176 Abs. 1 StGB bestimmt, daß „Kind“ eine Person unter 14 Jahren sei. Das kann auf § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB offensichtlich nicht anwendbar sein, denn dort ist von dem „noch nicht 18 Jahre alten ... Kind“ des Täters die Rede.

Das liegt daran, daß der Begriff „Kind“ doppeldeutig ist. Wir verwenden ihn einmal, um eine Verwandtschaftsbeziehung auszudrücken (Sohn oder Tochter), das anderemal, um eine noch nicht erwachsene Person zu bezeichnen (Junge oder Mädchen). Nur für den zweiten dieser Begriffe enthält § 176 Abs. 1 StGB eine Definition, die z.B. auch mit der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII übereinstimmt. Dagegen definiert Art. 1 UN-KindRK jede Person unter 18 Jahren, die nicht nach den Gesetzen des jeweiligen Landes volljährig ist, als „Kind“. In der anderen Bedeutung (Abkömmling ersten Grades) wird das Wort „Kind“ - außer in § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB - z.B. in §§ 1616 bis 1625 BGB verwendet.

Ausfüllungsnormen konkretisieren Rechtsfolgen. Sie stehen Definitionen nahe, da auch sie Rechtsbegriffen einen konkreteren Inhalt geben. Während sich aber Definitionsnormen auf Tatbestandsmerkmale beziehen, beziehen sich Ausfüllungsnormen auf Begriffe der Rechtsfolgenseite einer Norm. Sie sind Zwischenschritte auf dem Weg von der abstrakten zu konkreten Rechtsfolge.

Typisches Beispiel von Ausfüllungsnormen sind die §§ 249 bis 253 BGB, die näher bestimmen, was genau daraus folgt, wenn das Gesetz die Gewährung von Schadensersatz anordnet.

2. Gegennormen

Die sich aus einer Norm ergebende Rechtsfolge ist oft nur ein vorläufiges Ergebnis. Denn es gibt Normen, die diese Rechtsfolge aufheben. Solche Gegennormen kann man nach ihrer Wirkungsweise unterscheiden:

Rechtshemmende Normen sind solche, die schon der Entstehung der Rechtsfolge entgegenstehen. So bestimmt z.B. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, daß eine Willenserklärung mit ihrem Zugang wirksam wird. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ist eine Gegennorm, die bestimmt, daß diese Rechtsfolge *nicht* eintritt, wenn vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.

Rechtsvernichtende Normen sind solche, die eine schon eingetretene Rechtsfolge später wieder beseitigen.

Wenn § 362 Abs. 1 BGB bestimmt, daß das Schuldverhältnis durch Erfüllung erlischt, so erklärt er damit die aus dem Vertrag bestimmte Rechtsfolge für aufgehoben. Der Abschluß eines Erlaßvertrages (§ 397 Abs. 1 BGB) hat dasselbe Ergebnis.

Als **Einreden** bezeichnet man Gegenrechte, auf die man sich erst berufen muß. So begründet z.B. die Verjährung eines Anspruchs nur eine Einrede gegen ihn (§ 214 Abs. 1 BGB). Wer die Leistung nicht unter Berufung auf die Verjährung verweigert, kann trotz Verjährung zur Leistung verurteilt werden.

Ausnahmen sind Normen, die aus ganz speziellen Gründen anordnen, daß eine sonst angeordnete Rechtsfolge nicht eintritt. Man erkennt sie daran, daß ihre *ratio* nicht verallgemeinerungsfähig ist.

So ist z.B. § 935 Abs. 1 BGB eine Gegennorm zu § 932 Abs. 1 BGB. Er beruht auf einem *allgemeineren* Gedanken, nämlich daß ein Rechtsschein nur demjenigen entgegengehalten werden können soll, der ihn freiwillig geschaffen hat. Damit handelt es sich um eine - rechtshindernde - Einwendung. § 935 Abs. 2 BGB ist dagegen eine Ausnahmenorm. Denn ihm liegt kein allgemeinerer Gedanke zugrunde, sondern nur die Überlegung, daß Geld und Wertpapiere zur Sicherstellung ihrer Umlauffähigkeit einer Sonderbehandlung bedürfen.

Man muß zwischen Ausnahmen und einfachen Gegennormen nicht immer unterscheiden können. Von Bedeutung kann dieser Unterschied aber für die Auslegung sein: *Singularia non sunt extendanda*. Echte Ausnahmenvorschriften sind - anders als gewöhnliche Gegennormen - eng auszulegen.

3. Verweisungen

Die Gesetze sind umfangreich genug. Sie wären noch wesentlich umfangreicher, wollte der Gesetzgeber alles, was in anderem Zusammenhang schon einmal geregelt worden ist, noch einmal regeln. Daher greift er - zuweilen allerdings schon in recht exzessiver Weise - zum Mittel der Verweisung, wenn er sich nicht wiederholen will.

Es gibt verschiedene Sorten von Verweisungen:

Mit der **Rechtsfolgenverweisung** vermeidet der Gesetzgeber, daß er die eintretenden Rechtsfolgen noch einmal beschreiben muß. So wird z.B. häufig erklärt, es hafte jemand „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung“. Damit ist für gewöhnlich nur die Rechtsfolge gemeint. Es sind also die §§ 818 bis 820 BGB anzuwenden. Eine solche Rechtsfolgenverweisung enthält z.B. § 528 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Beschenkte, der ein Geschenk wegen Verarmung des Schenkers zurückgeben muß, haftet *wie* ein ungerechtfertigt Bereicherter. Er *ist* es nicht. (Die Schenkung ist eine für die Bereicherung ausreichende Rechtfertigung.)

Mit einer **Rechtsgrundverweisung** will der Gesetzgeber dagegen erreichen, daß die Norm, auf die verwiesen wird, *insgesamt angewendet* wird. Es wird auch auf ihren Tatbestand

verwiesen, dessen Merkmale vorliegen müssen, damit die Rechtsfolge eintritt. Durch die Rechtsgrundverweisung wird letztlich der **Anwendungsbereich** einer Norm klargestellt (wenn die andere Norm ohnehin anwendbar gewesen wäre) oder erweitert (wenn die andere Norm ansonsten durch eine abschließende Spezialregelung verdrängt wäre).

So ist z.B. einigermaßen klar, daß die §§ 987 bis 1003 BGB das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer einer Sache und deren unrechtmäßigem Besitzer *abschließend* regeln und daß deshalb sowohl § 992 BGB als auch § 993 Abs. 1 S. 1 BGB Rechtsgrundverweisungen enthalten, deretwegen in den dort geregelten Fällen die *schuldrechtlichen* Vorschriften des Delikts- und Bereicherungsrechts überhaupt erst anwendbar sind. Damit sie greifen, müssen außerdem auch ihre Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

Durch die Anordnung **entsprechender Anwendung** wird der Normadressat aufgefordert, eine andere - nicht anwendbare - Norm so umzuformulieren, daß sie für den Rechtsbereich der Verweisungsnorm nutzbar gemacht werden kann. Das ist eine Art gesetzlich angeordneter Analogie. Man sollte es allerdings nicht als Analogie bezeichnen, damit keine Verwechslung mit der Analogie als Rechtsanwendungsmethode aufkommt.

Aus § 1065 BGB folgt z.B., daß auch der Nießbraucher *entsprechend* § 1004 Abs. 1 BGB Unterlassung einer Störung verlangen kann, wenn sie seine Rechte betrifft. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB muß dazu umformuliert werden: „Wird der *Nießbrauch* in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der *Nießbraucher* von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen.“ Entsprechendes gilt für den Rest von § 1004 BGB und auch für § 985 BGB.

Zuweilen ergeben sich aus dem Gesetz regelrechte **Verweisungsketten**. So verweist z.B. § 651d Abs. 1 S. 2 BGB für die Minderung des Reisepreises auf § 638 Abs. 4 BGB aus dem Werkvertragsrecht, der wiederum für die Frage, inwieweit auf einen wegen späterer Minderung überzahlten Preis Zinsen fällig werden, auf die rücktrittsrechtlichen Vorschriften der §§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB verweist.

§ 1908i Abs. 1 S. 1 BGB besagt, daß für den Betreuer viele Vorschriften des Vormundschaftsrechts entsprechend anwendbar sind. Dazu gehört § 1835 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Vormund entsprechend § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann.

Es gibt (leider) auch noch längere als dreigliedrige Verweisungsketten.

4. Vermutungen und Auslegungsregeln

Manche Normen ordnen an, daß etwas *im Zweifel* gelten oder angenommen werden soll. Sie dienen nur der Beseitigung einer **Ungewißheit**. Daß eine solche herrscht, ist daher zugleich *Tatbestandsmerkmal* dieser Normen. Ist Gewißheit vorhanden, ist für ihre Anwendung kein Raum.

So bestimmt § 937 Abs. 1 BGB z.B., daß Eigentum an einer Sache erwirbt, wer sie zehn Jahre lang ununterbrochen (vgl. § 942 BGB) in Eigenbesitz gehabt hat. § 938 BGB regelt, daß im Zweifel kontinuierlicher Eigenbesitz zwischen zwei Zeitpunkten, zu denen er unzweifelhaft bestanden hat, anzunehmen ist. Steht aber *fest*, daß zwischendurch ein anderer Eigenbesitz hatte, ist für die Anwendung von § 938 BGB kein Raum.

Letztlich verteilen solche **Vermutungen** die **Beweislast** um. Wer sich auf den Umstand beruft, der vermutet wird, braucht nichts weiter darzutun. Wer behauptet, daß es anders gewesen sei, muß dies im Streitfall belegen - *darf* das aber auch.

Auslegungsregeln - wie z.B. § 2072 BGB - entbinden nicht davon, das

Rechtsgeschäft, um das es geht, auszulegen. Sie greifen nur, wenn die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Auch bei ihnen gehört die *Ungewißheit* zum Tatbestand.

5. Fiktionen

Eine besonders seltsame Gruppe von Normen stellen Fiktionen dar. Sie verlangen von dem Normadressaten, etwas anzunehmen, von dem er weiß - oder jedenfalls annehmen muß - daß es *nicht* so ist.

Ein typisches Beispiel für eine Fiktion enthält § 1923 Abs. 2 BGB: Erben kann - wegen § 1 BGB - nur, wer zur Zeit des Erbfalls selbst schon geboren ist. Damit man auch noch von einem postum geborenen Nachkommen beerbt werden kann, bedient sich das Gesetz des Mittels der Fiktion: Wer *nach* dem Erbfall lebend geboren wird, gilt als *vor* dem Erbfall geboren, wenn er zu dieser Zeit schon gezeugt war. Natürlich ändert sich das Geburtsdatum nicht. Die Fiktion reicht nur so weit, wie wir sie brauchen: Nur für Zwecke des Erbrechts tun wir so, als wäre das postume Kind eine „juristische Sekunde“ vor dem Erbfall schon zur Welt gekommen.

Auch **Rückwirkungen** sind immer Fiktionen, denn niemand kann die Vergangenheit ändern. Wir können immer nur so tun, als ob wir das könnten. Wenn § 142 Abs. 1 BGB z.B. vorschreibt, daß wir ein wirksam angefochtenes Geschäft als von Anfang an nichtig zu behandeln haben, enthält auch das eine Fiktion.

Fiktionen unterscheiden sich von Definitionen nur geringfügig. Beide bestimmen, wie wir Begriffe zu verwenden haben. Von den Vermutungen - mit denen sie auf den ersten Blick ja näher verwandt zu sein scheinen - unterscheiden sie sich dagegen entscheidend: Fiktionen lassen einen „Gegenbeweis“ nicht zu, denn sie verbieten ja überhaupt den Rückgriff auf die Realität.

Als Fiktionen kann man letztlich auch die - seltenen - „unwiderlegbaren Vermutungen“ betrachten. Zwei Beispiele hierfür stehen in § 1566 BGB. Der Unterschied zur Fiktion besteht einzig darin, daß sie offenlassen, ob das, was wir annehmen sollen, der Realität entspricht oder nicht.

D. Normen in der Fallbearbeitung

Die juristische Fallbearbeitung erfolgt nach den schlichten Gesetzen der formalen Logik. Zu diesen gehört es, daß die Untersuchung eine Antwort auf die gestellte Frage enthalten muß. Auf die Frage: „Welches ist deine Lieblingsfarbe?“ kann die Antwort nicht „Siebzehn.“ lauten. Dennoch beginnen immer wieder Arbeiten von Studenten mit einer falschen Untersuchung. Da lautet dann die Fallfrage: „Wer ist Eigentümer des Grundstücks?“ und viele Kandidaten suchen nach „Anspruchsgrundlagen“, obwohl nach einem Anspruch nicht gefragt war. (Was das ist, steht übrigens in § 194 Abs. 1 BGB.)

1. Antwortnorm - Hilfsnorm - Gegennorm

Jede juristische Fallbearbeitung beginnt daher immer mit der Prüfung einer **Antwortnorm**, nämlich der Norm, deren *abstrakte Rechtsfolge* eine direkte Antwort auf die gestellte Frage darstellt. Je konkreter die Frage gestellt ist, desto weniger Antwortnormen kommen in Betracht.

Erst wenn man innerhalb des Ganges der Untersuchung dafür Bedarf hat, wendet man **Hilfsnormen** an, die man braucht, um Fragen zu beantworten, die sich *anläßlich* der Prüfung eines Tatbestandsmerkmals stellen.

Hat die Antwortnorm eine (positive) Antwort ergeben, schließt sich die Prüfung von **Gegennormen** an, die das gefundene - vorläufige - Ergebnis in Frage stellen können. Erst wenn diese ebenfalls erschöpfend geprüft sind, wird das - dann endgültige - **Ergebnis** festgestellt.

Wir wollen das einmal anhand eines kleinen Beispiels untersuchen:

Professor P nimmt in der Vorlesung Studentin S das vor ihr liegende Schreibzeug weg und gibt es Student T mit den Worten: „Das leihe ich Ihnen.“. S verlangt von T die Rückgabe. Zu Recht?

Antwortnorm kann nur eine Vorschrift sein, die die Herausgabe einer Sache anordnet. Hier kommt als **Antwortnorm** demnach § 985 BGB in Frage.

Bei der logischen Auslegung von § 985 BGB ergibt sich rasch, daß die Norm drei Tatbestandsmerkmale hat:

- 1) Eine Sache, an der
- 2) der Anspruchsteller Eigentum hat, muß
- 3) der Anspruchsgegner in Besitz haben.

Bei der Prüfung jeder dieser Anspruchsgrundlagen können **Hilfsnormen** zu prüfen sein.

Daß das Mäppchen eine **Sache** ist, ist jedem Juristen klar. Wo das nicht so klar ist, kann die Definitionsnorm in § 90 BGB zu prüfen sein. (Hier wäre das völlig überflüssig, denn die Definition darf immer nur bis zur Evidenz durchgeführt werden. Daß das Mäppchen eine Sache ist, ist auch ohne weiter Prüfung evident.)

Etwas komplizierter liegen die Dinge schon bei dem zweiten Merkmal, dem **Besitz**. Der Laie setzt das oft mit dem Eigentum gleich. Daß das hier zweierlei sein muß, folgt jedoch schon aus § 985 BGB selbst, denn der wäre sonst unsinnig. Wer nun im Zweifel ist, was Besitz ist, mag die Hilfsnorm des § 854 I BGB zu Rate ziehen: T hat die tatsächliche Gewalt über das Schreibzeug und daher auch den Besitz erworben. Auch das würde der Jurist nicht wirklich tun, denn es ist evident. (Es kann allerdings auch komplizierter sein, dann ist § 854 I BGB zu prüfen. Angenommen, X stellt einen Pkw im Hof des Y ab und übergibt Z die Papiere und den Schlüssel. Wer ist Besitzer des Pkw geworden, Y oder Z?)

Nun aber der schwierigste Punkt: Ist S **Eigentümerin** des Schreibzeugs? Das Eigentum ist ein Recht. Ob es besteht, ist daher wiederum anhand von *Normen* zu prüfen. Es geht nämlich um eine **juristische Vorfrage**. Als Antwortnorm dient hier jede Norm, als deren Rechtsfolge Eigentum der S angeordnet ist. Anschließend können - als Gegennormen - noch solche zu prüfen sein, die einen Eigentumsverlust zur Rechtsfolge hätten. Das Problem ist aber: Wir wissen zu wenig, um das überhaupt prüfen zu können. Das ist freilich noch nicht das letzte Wort. Denn wo es Unklarheiten gibt, kann es auch gesetzliche Vermutungen geben, die uns aus ihnen heraushelfen. Hier tut dies § 1006 Abs. 2 BGB: Danach wird vermutet, daß S Eigentümerin des Mäppchens *war*, als P es ihr wegnahm. Die Prüfung späteren Eigentumsverlustes brauchen wir nicht, denn es hat kein Vorgang stattgefunden, der auch nur im entferntesten zu einer solchen Prüfung Anlaß gäbe. Weil wir alles, was *nachher* passiert ist, *wissen*, haben wir übrigens auch gar keinen Anlaß, § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt zu prüfen, denn dafür sind wir auf Vermutungen nicht angewiesen. Es würde aber auch zu nichts führen, weil die Gegennorm in § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB die Vermutung zugunsten von T ohnehin zerstören würde.

Nun ist die Antwortnorm mit positivem Ergebnis geprüft. Was bleibt, ist die Prüfung von möglichen Gegennormen. Hier kommt § 986 Abs. 1 S. 1 BGB in Frage.

Der hat zwei Alternativen: T bräuchte das Schreibzeug nicht herauszugeben, wenn er S gegenüber ein Recht zum Besitz hätte. Das ist offensichtlich nicht der Fall. Da S für P besitzt - das folgt aus der Hilfsnorm § 868 BGB - würde es auch genügen, wenn P ein solches Recht zum Besitz hätte. Doch auch das ist offensichtlich nicht der Fall.

Jetzt erst dürfen wir das **endgültige Ergebnis** festhalten: Ja, S verlangt von T zu Recht Herausgabe des Schreibzeugs.

Nun würden wir noch untersuchen müssen, ob das Ergebnis sich auf eine weitere Begründung stützen kann, denn mehrere mögliche Begründungen können ja gleichwertig nebeneinander stehen. In der Tat würden wir dabei feststellen, daß das Verlangen auch auf § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB gestützt werden kann. Wir würden außerdem - weil naheliegend - § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB prüfen, der wegen der Subsidiarität gegenüber § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nicht greift (T hat den Besitz durch Leistung des P erlangt), womöglich auch § 861 Abs. 1 BGB, um festzustellen, daß der Besitz des T nach § 858 Abs. 2 S. 2 BGB nicht fehlerhaft ist.

2. Auffinden der Normen

Um ein solches Prüfungsergebnis anbieten zu können, ist es besonders wichtig, die **Systematik** des Gesetzes zu kennen. Seinen Inhalt zu kennen, ist dagegen nicht besonders wichtig, denn man braucht weder in der Prüfung noch im Beruf ein Ergebnis ohne den Gesetzestext begründen zu können. Es ist im Gegenteil sogar sehr gefährlich (obwohl manchmal auch nicht vermeidbar), den Inhalt von Vorschriften auswendig zu wissen. Man übersieht dann nämlich leicht, daß sie längst geändert worden sind.

Wer glaubt, Jura zu studieren hieße viel auswendig zu lernen, ist folglich auf dem Holzweg. Was der Jurist im Studium lernt, ist eine bestimmte Denk- und Arbeitsweise. Was er auswendig wissen muß, sind nur die Grundstrukturen und das, was *nicht* im Gesetz steht. Den obigen Fall z.B. konnten Sie nur deshalb nicht ganz alleine lösen, weil sie die Systematik des Sachenrechts im BGB noch nicht erlernt haben. Aber wenn man Ihnen die einschlägigen Normen genannt hätte, hätten Sie ihn durch aufmerksames Lesen dieser Normen selbst lösen können, freilich mit einer winzigen Einschränkung: Daß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB *zwei* Tatbestände enthält, die zueinander auch noch in einem *Subsidiaritätsverhältnis* stehen, wird beim *Lesen* nicht klar. Das sind dann die Dinge, die man sich wirklich merken muß, wenn man sie gesagt bekommt.

Zwei gute Tips sollten immer beherzigt werden:

1. Lies eine Norm, die dir gefällt, immer zu Ende!
2. Lies zumindest noch die Überschriften der nächsten paar Normen, um nichts Naheliegendes zu übersehen!

III. Feststellung des Sachverhalts

Die Feststellung des Sachverhalts macht in der Praxis einen großen Teil der Arbeit des Juristen aus. Sie ist aber keine wirklich juristische Arbeit, denn festzustellen, was geschehen ist und was nicht, hat mit der Rechtsordnung direkt noch nichts zu tun.

Warum ist dann dennoch eine Aufgabe des Juristen? Das hat zwei Gründe:

A. Prinzip der prozessualen Wahrheit

Das Gericht muß den ihm vorliegenden Fall entscheiden. Es darf - das haben wir schon behandelt - ihn nicht unentschieden lassen, weil das Gesetz unzureichend ist. Es darf ihn aber auch nicht unentschieden lassen, weil es nicht feststellen kann, was sich im einzelnen zugetragen hat. Es muß seiner Entscheidung notfalls einen Sachverhalt zugrundelegen, der der Wahrheit nicht zu entsprechen braucht.

Die Tatsachen, auf denen ein Zivilurteil sich stützt, setzen sich z.B. zusammen aus

- ⊢ dem, was zwischen den Parteien gar nicht umstritten ist (unstreitiger Sachverhalt),
- ⊢ dem, was zwar umstritten ist, eine Partei aber zur Überzeugung des Gerichts hat beweisen können (erwiesener Sachverhalt) und
- ⊢ dem, was das Gericht annehmen muß, nachdem eine umstrittene Frage nicht hat aufgeklärt werden können.

Letzteres nennen wir eine Entscheidung nach der **Beweislast**. Sie folgt dem Prinzip, daß jede Partei die Tatsachen beweisen muß, die den Tatbestand einer für sie günstigen Norm erfüllen. Das ist dann oft eine Frage der Formulierung: Würde § 932 Abs. 1 BGB lauten, daß eine fremde Sache vom Nichtberechtigten erwirbt, wer beim Erwerb gutgläubig war, müßte das Gericht im Zweifel von der Bösgläubigkeit des angeblichen Erwerbers ausgehen. So wie die Vorschrift formuliert ist, ist es aber umgekehrt: Bösgläubigkeit ist eine *Einwendung* und daher von demjenigen zu beweisen, der das Eigentum nicht verloren zu haben geltend macht.

B. Selektivität der Sachverhaltsuntersuchung

Der zweite Grund ist, daß nur derjenige, der weiß, unter welche Norm er den Sachverhalt subsumieren möchte, auch wissen kann, welche Vorgänge dafür überhaupt relevant sind. Irrelevantes braucht nicht festgestellt zu werden. Rechtsanwendung erfordert ein ständiges Hin- und Herspringen zwischen Sachverhalt und Norm. Welche Norm zu prüfen sein kann, folgt aus dem Sachverhalt. Welcher Sachverhalt wichtig ist, folgt aus der geprüften Norm.

Das ist übrigens auch der Grund, warum ich immer den Rat erteile: Lies immer *zuerst* die Fallfrage und *dann* erst den Sachverhalt! Die Gefahr ist sonst groß, daß einem beim Lesen ein „Standardproblem“ einfällt, auf das es dann in der Lösung überhaupt nicht ankam.

C. Der mitgeteilte Sachverhalt

Studenten haben es vergleichsweise leicht. Ihnen wird für die Bearbeitung der Prüfungsaufgaben ein Sachverhalt mitgeteilt. Sie sind von der schwierigen Aufgabe entbunden, die Wahrheit herauszufinden. Ihnen wird eine Wahrheit vorgegeben, die sie untersuchen sollen.

Das klingt aber anscheinend doch leichter, als es ist. Denn der Kardinalfehler der **Sachverhaltsveränderung** wird weit häufiger gemacht, als man glauben sollte:

In einem Übungsfall und in der Vorlesung hatte ich u.a. ausführlich die schwierige Frage erörtert, welche Konsequenzen es für elterliche Sorge und Geburtsnamen eines Kindes hat, wenn es erst nach dem Tod seiner Mutter geboren wird. Im Klausurfall stand dann: „M fällt ins Koma und wird per Kaiserschnitt von einem gesunden Mädchen entbunden. Wenige Stunden später stirbt sie.“ Ein Großteil der Löser übersahen schlicht, daß M bei der Geburt ihrer Tochter noch gar nicht tot, sondern nur bewußtlos war und handelten die auswendig gelernten Probleme ab. Folge: Grober Fehler an diesem Punkt. Außerdem reichte diesen Lösern die Zeit nicht für den Fall, denn natürlich hatte der an einer ganz anderen Stelle ein *wirkliches* Problem.

Manchmal ist der Sachverhalt freilich nicht klar. Dann kann er **auslegungsbedürftig** sein. Hierfür gibt es ein paar Regeln:

Die **erste Regel** lautet: Was der Sachverhalt nur *beiläufig* erwähnt, ist **normal abgelaufen**. Heißt es irgendwo schlicht, A habe B ein Grundstück verkauft, so darf man unterstellen, daß die Formalien (§ 311b Abs. 1 BGB) eingehalten sind.

Wird dagegen ausführlich geschildert, was A und B getan haben und ist da von notarieller Beurkundung des Vertrages nicht die Rede, dann haben sie das auch nicht getan. Die **zweite Regel** lautet nämlich: Was nicht geschildert wird, ist auch **nicht passiert**. Wenn es heißt, X habe B gezeugt, mehr nicht, dann hat er die Vaterschaft *nicht* anerkannt.

Die **dritte Regel** lautet: Was jemand unwidersprochen behauptet, **ist wahr**.

Die **vierte Regel** lautet: Der *Aufgabensteller* ist Jurist und weiß, wovon er redet. Die Beteiligten dagegen wissen das nicht. Daher darf man **juristische Wertungen** des Aufgabenstellers übernehmen, solche der Beteiligten dagegen nicht: Wenn im Sachverhalt davon die Rede ist, A und B hätten einen Kaufvertrag geschlossen, so darf man davon ausgehen, daß sie das auch getan haben, obwohl es sich ja streng genommen schon um eine juristische Wertung handelt. Es ist aber eine, die vom Aufgabensteller stammt. Heißt es dagegen, A und B hätten ein mit „Kaufvertrag“ überschriebenes Dokument unterzeichnet, dann muß der Löser prüfen, ob es sich dabei denn auch um einen Kaufvertrag handelt oder nicht möglicherweise um etwas ganz anderes.

Die **fünfte Regel** lautet: Niemals am Sachverhalt **zweifeln**! Es mag völlig unwahrscheinlich oder sogar unmöglich klingen, was da geschildert wird. Für Ihre Lösung war es so.

Bleibt **eine Frage offen**, ist auch in der gutachtlichen Fallbearbeitung aufzuklären, ob die Entscheidung der Fallfrage von dem ungeklärten Punkt abhängt.

Wenn nein, stellt man dar, warum es letzten Endes nicht auf die offene Frage ankommt. Das geschieht durch *alternative* Lösung mit *identischem* Ergebnis.

Wenn ja, hat man die zusätzliche Frage zu prüfen, bei welchem Beteiligten die *Beweislast* für die offene Frage liegt.

IV. Formale Logik der juristischen Prüfung

Die Bearbeitung eines juristischen Falles erfordert die Beachtung der Gesetze der formalen Logik. Damit das gefundene Ergebnis überzeugt, muß es auf einem den Denkgesetzen entsprechenden Weg logisch zwingend argumentativ hergeleitet worden sein. Andernfalls kann es noch „zufällig“ richtig sein. Juristisch sauber begründet ist es aber nicht.

A. Begriffe

Das Gesetz verwendet Begriffe, um den Tatbestand einer Norm zu beschreiben ebenso wie für die Beschreibung der abstrakten Rechtsfolge. Der Sachverhalt ist in Begriffe gefaßt, wenn er dem Juristen zur Rechtsanwendung vorliegt. Die Subsumtion besteht aus dem Prozeß der Feststellung, ob der Sachverhalt Begriffe enthält, die denen im Tatbestand der Norm kongruieren. Die Konkretisierung der Rechtsfolge erfordert wiederum einen Vergleich der Begriffe, die in der Rechtsfolge der Norm genannt werden mit dem konkreten Begehren der Beteiligten.

Es ist daher eminent wichtig, sich darüber im klaren zu sein, was geschieht, wenn wir mit Begriffen arbeiten.

1. Deskriptive und normative Begriffe

Es gibt Begriffe, die beziehen sich auf **wahrnehmbare Erscheinungen** in der Welt (Mensch, Tag, Wasser, Unglücksfall). Wir bezeichnen sie als deskriptive Begriffe. Ihr Bezugspunkt ist unmittelbar der Sachverhalt.

Normative Begriffe nehmen demgegenüber Bezug auf **abstrakte Wertungen**, die ihrerseits entweder Ergebnis einer Rechtsanwendung sind (Eigentümer, Beamter, Verwaltungsakt) oder Ergebnis einer Rechtsgüterabwägung (gute Sitten, wichtiger Grund).

2. Bestimmte und unbestimmte Begriffe

Man hat früher zwischen bestimmten und unbestimmten Normen unterschieden. Das ist aber eine Grenze, die man so nicht ziehen kann, denn uns auch noch so klar erscheinende Begriffe haben oft einen „unscharfen“ Rand. Letztlich kann man als vollkommen bestimmt nur Begriffe ansehen, die *einzelne* Gegenstände bezeichnen, die Norm soll ja aber gerade eine unbestimmte Vielzahl von einzelnen Sachverhalten regeln.

So ist denn m.E. ein anderer Unterschied zu machen: Mit einem bestimmten Rechtsbegriff haben wir es zu tun, wenn der Begriff einen Kernbereich hat, in dem er nicht diskussionsfähig ist. Hat er diesen nicht, sondern hängt es *immer* von einer Wertung ab, ob man ihm einen Sachverhalt zuordnen kann, ist es ein **unbestimmter Rechtsbegriff**.

Jeder von uns kennt das Schild „80 bei Nässe“. Nun ist uns allen klar, *daß* es naß ist, *wenn* es richtig naß ist. Dennoch ist es uns allen schon so gegangen, daß wir uns überlegt haben, ob denn *dieser* Grad an Feuchtigkeit schon Nässe im Rechtssinne ist oder nicht.

Hingegen können wir mit dem Begriff des „wichtigen Grundes“ in § 314 Abs. 1 S. 1 BGB al solchem gar nichts anfangen. Jeder Versuch, abstrakt auch nur einen festen Begriffskern auszumachen und die Gründe zu benennen, die *jedenfalls* „wichtig“ sind, ist zum Scheitern verurteilt. „Wichtiger Grund“ ist darum ein unbestimmter Rechtsbegriff. Man kann ihn nicht abstrakt definieren, sondern nur anhand des Einzelfalles entscheiden, ob er erfüllt ist.

Oft gibt es zwar Definitionen für unbestimmte Rechtsbegriffe. Sie führen jedoch auch nicht zu mehr Klarheit, sondern geben nur Hinweise für die zu treffende Wertentscheidung. Wenn der *BGH* z.B. sagt, die „guten Sitten“ würden durch „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ bestimmt, so ist das - wie er wiederholt betont hat - keineswegs empirisch gemeint. Es soll nur Anhaltspunkte für die zu treffende Wertentscheidung geben.

B. Definitionen als Zwischenschritte der Subsumtion

Wenn ich den Sachverhalt unter den Tatbestand subsumiere, gehe ich von den Begriffen des Tatbestandes aus, nähere mich durch Definition dieser Begriffe dem Sachverhalt an, bis zu jedem Tatbestandsmerkmal ein evidentes, nämlich nicht mehr erklärungsbedürftiges Ergebnis, erzielt ist. Das erkennt man in der Praxis übrigens daran, daß es *nicht* gesagt wird! Wer Wörter wie „zweifelsfrei“, „evidentermaßen“ oder „offensichtlich“ verwendet, nährt damit Zweifel, denn wenn etwas wirklich evident ist, spricht es für sich selbst und bedarf solcher Bekräftigung nicht (siehe auch Mt 5, 33-37).

Definiert wird, indem dem allgemeineren Begriff ein Merkmal hinzugefügt und dadurch ein besonderer Begriff gebildet wird.

Der Begriff der „Übergabe“ in § 929 S. 1 BGB wird gemeinhin so definiert: „Übergabe“ bedeutet Aufgabe jeglicher Besitzposition auf Veräußererseite unter gleichzeitiger Begründung von Besitz auf der Erwerberseite, die durch den oder auf Veranlassung des Veräußerers geschieht. Die Übergabe - als speziellerer Begriff -

unterscheidet sich also von der Besitzaufgabe dadurch, daß noch die Begründung fremden Besitzes hinzukommen muß.

Nehmen wir an, A einigt sich mit B darüber, daß dieser ihm seinen Pkw abkauft. B seinerseits will den Pkw nicht selbst nutzen, sondern seinem Freund S leihweise zur Verfügung stellen. Nachdem B den Kaufpreis schon überwiesen hat, bittet er S, das Fahrzeug doch direkt bei A abzuholen, was dieser auch tut. Ist B Eigentümer geworden?

In Frage kommt ein Eigentumserwerb nach § 929 S. 1 BGB. A und B waren sich über den Eigentumsübergang einig. Fraglich ist, ob eine Übergabe stattgefunden hat. Dazu müßte A jede Besitzposition aufgeben und B Besitz erworben haben. Ersteres ist der Fall. Besitz im Sinne von § 854 I BGB hat B nicht erworben, vielmehr S. S besitzt den Pkw jedoch für B aufgrund eines mit B abgeschlossenen Leihvertrages. Nach § 868 BGB hat B folglich mittelbaren Besitz erworben. Die Übergabe hat stattgefunden. B ist Eigentümer des Pkw geworden.

Die Frage der Einigung ist nicht näher geprüft worden. Sie war evident. Daß A jede Besitzposition aufgegeben hat, war ebenso evident. Der Besitzerwerb ist über eine sog. Definition in Schritten durchgeführt worden: Zunächst ist untersucht worden, ob die *gewöhnliche* Definition greift. Nachdem das nicht so war, ist mit § 868 BGB der *Sonderfall* unter die Lupe genommen worden.

Man beachte übrigens, daß es ebenso falsch ist, eine Prüfung zu spät, wie sie zu früh abubrechen. Ein Einschub zur Einigung - etwa: „Einigung erfordert den Abschluß eines dinglichen Vertrages und das Noch-einig-Sein im Zeitpunkt der Übergabe. Ein Vertrag kommt durch Antrag und Annahme zustande. Wer hier wem was angeboten und wer es angenommen hat, teilt der Sachverhalt nicht mit, aber es ist auch gleichgültig, ob A ein Angebot des B oder B eines des A angenommen hat, jedenfalls ist das geschehen. Keiner von beiden hat die Einigung vor der Übergabe widerrufen.“ - wäre grob unsinnig. Der Sachverhalt ist in diesem Punkt evident. Man bezeichne auch nie etwas als „fraglich“, das es nicht ist!

Die Definition erfolgt mit Blick auf den konkreten Fall. Problematisches wird ausgeklammert, wenn es für die konkrete Prüfung nicht wichtig ist.

Angenommen, laut Sachverhalt hat X vier Wochen nach Entdeckung eines relevanten Irrtums eine Anfechtung noch nicht erklärt. Es ist nach den Rechten des X gefragt. Die Prüfung muß hier lauten: A hat demnach das Recht erworben, seine Willenserklärung anzufechten. Die Anfechtung kann nach § 121 Abs. 1 BGB nur unverzüglich erfolgen. Eine Anfechtung nach vier Wochen wäre jedenfalls nicht mehr unverzüglich. X hat das Anfechtungsrecht daher verloren.

Die Definition ist hier durch eine Teildefinition ersetzt, was zur Herstellung von Evidenz vollkommen genügen kann. (Wem vier Wochen nicht evident genug sind, der füge einen längeren Zeitraum in das Beispiel ein.) Ist das ganze schon zehn Jahre her, kann es sogar falsch sein, das Anfechtungsrecht überhaupt zu prüfen.

C. Gegensätze

Negative Begriffe kann man nicht untersuchen. Man untersucht sie, indem man ihr Gegenteil untersucht und dann feststellt, daß sie vorliegen, wenn es nicht vorliegt. Geht es darum, festzustellen, ob jemand unverzüglich gehandelt hat, verwenden wir die Definition in § 121 Abs. 1 BGB und stellen fest: Unverzüglich handelt, wer nicht schuldhaft zögert. N *hat* schuldhaft gezögert, also hat er *nicht* unverzüglich gehandelt. (Oder: A hat *nicht* schuldhaft

gezögert, also *hat* er unverzüglich gehandelt.)

Ein solch glatter Schluß auf das Gegenteil ist möglich, wenn wir es mit **kontradiktorischen Gegensätzen** zu tun haben, Begriffen nämlich, die durch Verwenden eines eindeutigen Unterscheidungsmerkmal gebildet sind. *Tertium non datur*: Erlaubt und verboten sind solche Begriffe. (Die Antwort des Nordsterns auf Nunis Frage, ob Weinen verboten sei, die lautet: „Es ist nicht verboten, es ist aber auch nicht erlaubt.“ ist deshalb ein Paradoxon.)

Anders ist es mit **konträren Gegensätzen**, die sich zwar ausschließen, aber Zwischenergebnisse zulassen. Es kann nur kalt *oder* warm sein, es kann aber auch ohne weiteres *weder* kalt *noch* warm sein. Die Rechtsprechung hat früher beim Arbeitnehmer leichte Fahrlässigkeit zum Anlaß genommen, seine Haftung auszuschließen. Bei grober Fahrlässigkeit sollte er voll haften. Nun kann Fahrlässigkeit nicht leicht und grob zugleich sein. Es gibt aber einen Bereich dazwischen, der als „einfache“ oder „mittlere“ Fahrlässigkeit zur *Reduzierung* der Haftung des Arbeitnehmers führen sollte.

Bei konträren Gegensätzen ist nur bei positiver Prüfung ein Schluß möglich. Aus dem negativen Ergebnis darf dagegen keiner gezogen werden.

Es kann sich auch aus dem Zusammenhang des Gesetzes ergeben, daß ein Begriffspaar ein kontradiktorisches Gegenteil bilden soll:

Nach § 1687 Abs. 1 S. 1 BGB müssen getrenntlebende Eltern Angelegenheiten, die für das Kind von erheblicher Bedeutung sind, gemeinsam entscheiden. Nach § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB entscheidet der Elternteil, bei dem das Kind sich gewöhnlich aufhält, über Angelegenheiten des täglichen Lebens alleine. Weder der Begriff noch die Definition in § 1687 Abs. 1 S. 3 BGB schließt die Annahme aus, daß es auch Angelegenheiten geben kann, die zwar keine des täglichen Lebens, aber dennoch auch keine von erheblicher Bedeutung sind. Das wird aber dadurch ausgeschlossen, daß ja nur *entweder* ein Elternteil alleine *oder* beide gemeinsam entscheiden können und es *hierbei* keine dritte Möglichkeit gibt.

D. Gesetze der formalen Logik

Logische Argumentation erfordert die Einhaltung der vier obersten Denkgesetze:

1. Satz von der Identität

Der **Satz von der Identität** besagt, daß ein Ding sich selbst gleich ist und ein Begriff innerhalb einer Argumentationskette dasselbe bezeichnen muß. Wechselt die Bedeutung des Begriffs, ohne daß das klargestellt wird, liegt der logische Fehler der **Begriffsvertauschung** vor.

Banales Beispiel hierfür ist: Füchse sind kleine rote Tiere mit buschigem Schwanz. Der Kollege Schöne ist ein schlauer Fuchs. Also ist der Kollege Schöne...

Ein viel subtileres Beispiel fand sich in der Kommentarliteratur zu § 1835a BGB. Die Argumentationskette lautete sinngemäß:

Nach § 1835a Abs. 4 Hs. 1 BGB erlischt der Anspruch des Vormunds auf die pauschale Aufwandsentschädigung, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach Ablauf des Jahres geltend gemacht wird, in dem er entstanden ist. Das Jahr läuft am 31. Dezember ab. Der Anspruch muß also bis zum 31. März des Folgejahres geltendgemacht werden.

Das ist kein zwingender Schluß, denn er enthält - jedenfalls möglicherweise - eine Begriffsvertauschung. Mit „Jahr“ kann nämlich auch ein Zeitraum zwischen zwei beliebigen gleichen Kalendertagen bezeichnet werden. § 1835a Abs. 2 BGB legt den Schluß, daß das hier *so* gemeint ist, zumindest nahe.

Einen ähnlichen Fehler macht, wer den Prüfungsgegenstand verändert. So prüfen in einer von mir korrigierten Examensklausur viele - richtig - ob B beim Erwerb einer Sache gutgläubig i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB gewesen sei. Dann stellen sie fest, B habe fahrlässig gehandelt und sei daher nicht gutgläubig. Das ist kein zwingender Schluß, denn nach § 932 Abs. 2 BGB müßte B *grob* fahrlässig gehandelt haben, um nicht gutgläubig gewesen zu sein. Das Ergebnis war in diesem Punkt also nur „zufällig“ richtig (denn B *hatte* grob fahrlässig gehandelt).

2. Satz vom Widerspruch

Nach dem **Satz vom Widerspruch** können zwei einander widersprechende Aussagen nicht gleichzeitig wahr sein.

Man kann - um wieder aus einer Examensklausur zu zitieren - nicht vorne feststellen, daß L Eigentum erlangt habe, weil er mittelbarer Besitzer einer Sache geworden sei, die H für ihn besessen habe und wenige Seiten später behaupten, H sei zu keiner Zeit Besitzer gewesen.

Der Satz vom Widerspruch ist auf alle Arten von Gegensätzen anwendbar.

3. Satz vom ausgeschlossenen Dritten

Der **Satz vom ausgeschlossenen Dritten** dagegen betrifft nur Fälle kontradiktorischer Gegensätze. Ist hier eine Behauptung als falsch erkannt worden, muß die andere zwangsläufig wahr sein.

Die Fallfrage in einer aktuellen Examensklausur lautete: „Kann F die Herausgabe der Sache an E verweigern?“ Das kann man so gar nicht direkt beantworten. Hier mußte die Prüflinge Herausgabeansprüche der E gegen F prüfen und - wenn solche im Ergebnis greifen sollten - den Umkehrschluß ziehen, daß F die Herausgabe *nicht* verweigern kann oder aber feststellen, *daß* er sie verweigern kann, weil E im Ergebnis *keinen* durchsetzbaren Herausgabeanspruch hat.

4. Satz vom zureichenden Grund

Der **Satz vom zureichenden Grund** verlangt, daß jede nicht evidente Aussage auf eine zureichende Begründung gestützt werden muß.

Dieser Satz ist verletzt, wenn die gegebene Begründung einen **leeren Inhalt** hat oder das, was zu beweisen ist, mit anderen Worten wiedergibt.

Noch schlimmer ist die *petitio principii*, die Begründung einer Behauptung in einem **Zirkelschluß**: In einer Examensklausur tauchte die Frage auf, ob ein Sportverband beim Vertrieb von Tickets für eine Großveranstaltung als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB anzusehen war. Das setzt voraus, daß er bei diesem Vertrieb gewerblich handelte. Die Gewerblichkeit begründeten nun einige Löser damit, daß er Tickets vertrieb. Damit ist rein gar nichts begründet.

Schließlich muß die Argumentationskette **lückenlos** sein. Sie darf weder einen Gedankensprung noch eine Verkehrung der Reihenfolge (logischer Bruch) enthalten.

a) Prüfungsreihenfolge

Die Prüfungsreihenfolge kann zwingend sein oder nicht. Das muß anhand des jeweiligen Prüfungstoffes festgestellt werden. Einige Grundregeln lassen sich dazu allerdings angeben:

- ⌞ Die Anwendbarkeit einer Norm ist zu prüfen, bevor sie angewendet wird, denn eine nicht anwendbare Norm *darf* gar nicht angewendet werden.
- ⌞ Die Entstehung eines Rechtes ist vor seinem Erlöschen oder seiner Übertragung zu

prüfen, denn ein nicht entstandenes Recht *kann* gar nicht erlöschen oder übertragen werden.

Sonst muß man Tatbestandsmerkmale, über die man nicht entscheiden kann, bevor nicht andere geprüft sind, zurückstellen.

Prüft man z.B. die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB, so kann man das Verschulden nicht vor der Widerrechtlichkeit prüfen, weil es sich ja - auch - auf die Widerrechtlichkeit beziehen muß.

Ein Gebot der Logik ist es z.B. auch, die speziellere Norm vor der allgemeineren zu prüfen, weil die Anwendbarkeit der letzteren vom Ausgang der Prüfung abhängen kann.

In anderen Fällen gibt es dagegen keine zwingende logische Reihenfolge: In § 985 BGB ist zwar zuerst zu prüfen, ob der Gegenstand, um den es geht, eine Sache ist, denn Eigentum und Besitz sind überhaupt nur an Sachen möglich. Zwischen der Besitz- und der Eigentumsprüfung gibt es dagegen keinen logischen Vorrang. Dann - und nur dann - darf man nach „rhetorischen“ Gesichtspunkten vorgehen: Was klar und einfach ist, zuerst, das Schwierigste zuletzt.

b) Schlüssigkeitsgebot

Schlüssig ist eine Argumentationskette, wenn ein Satz an einen bereits gegebenen anschließt. Vom ersten Satz der Prüfung, der an die Prüfungsfrage anschließt, bis zum Endergebnis der Prüfung muß ein Satz auf einen vorangegangenen Bezug nehmen.

Typische Schlüssigkeitsfehler sind

- ⊣ freischwebende Erörterungen, deren Zusammenhang mit dem Gang der Untersuchung nicht deutlich ist,
- ⊣ der Versuch, mehrere Fragen gleichzeitig zu prüfen,
- ⊣ der unмотivierte Abbruch einer Prüfung, um zunächst etwas anderes zu prüfen, ohne daß es dazu einen zwingenden Grund gibt.

Unschlüssig ist es z.B., die Frage, welche Ansprüche A gegen B hat zurückzustellen, um zunächst eine Vorwegerörterung über die Eigentumslage vorzunehmen.

Unschlüssig sind Argumentationen, von denen nicht klar ist, auf welche Tatbestandsmerkmale sie sich beziehen.

Unschlüssig ist aber auch folgendes: „Der geltend gemachte Anspruch könnte sich aus § 985 BGB ergeben. X könnte das Eigentum durch Übereignung von Z nach § 929 S. 1 BGB erworben haben. Darauf kommt es jedoch nicht an, wenn Y gar nicht Besitzer ist.“

Hier wird die Eigentumsprüfung unмотiviert unterbrochen. Sie wird durch die Besitzlage nicht determiniert. Da zwischen den beiden Fragen eine logische Reihenfolge nicht besteht, hätte auch ohne weiteres die Frage des Besitzes zuerst geprüft werden können.

V. Methoden der Rechtsgewinnung

Die Methoden der Rechtsgewinnung kann man grob zweiteilen:

- ⊣ Durch **Auslegung** wird der *Inhalt* des Gesetzes aus dem *Text* des Gesetzes abgeleitet. Man kann die Auslegungsmethoden daher auch als Elemente einer juristischen Hermeneutik begreifen.
- ⊣ Die Methoden der **Rechtsfortbildung** dienen dazu, Recht jenseits des Gesetzestextes

festzustellen.

Nicht immer läßt sich beides ganz klar voneinander unterscheiden. Dennoch sollte bei einer Falllösung stets angegeben werden, mit welcher Methode ein Ergebnis gewonnen worden ist (Gebot der Methodenklarheit).

A. Auslegung

Die Subsumtion des Sachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale einer Norm ist als solche ein sehr technischer Vorgang. Zur Kunst (im klassischen Sinne) wird sie durch die dabei zu lösende Aufgabe, den Inhalt des Gesetzes exakt zu erfassen. Die Feststellung des genauen Inhalts der Norm, unter die der Sachverhalt erfaßt wird, macht die *Rechtsanwendung* zur *Rechtswissenschaft*.

Wie jede Kunst, erfordert sie Phantasie und Geschick, aber auch die Beherrschung bestimmter Argumentationsformen, die wir als die **Elemente der Auslegung** bezeichnen wollen.

Wir werden die Auslegung einer Norm anhand des der *BGH*-Entscheidung vom 7. März 2003 (AZ V ZR 12/02) zugrundeliegenden Sachverhalts hier näher erläutern:

Die Klägerinnen sind Miteigentümerinnen des Hausgrundstücks R. 10a/10b in B. Sch. Im hinteren, straßenabgewandten Bereich ihres Grundstücks befinden sich eine Hoffläche und eine Garage. Dort werden zum Taxibetrieb der Klägerin zu 2 gehörende Kraftfahrzeuge abgestellt und repariert. Die Zufahrt erfolgt von der Straße R. aus über einen knapp drei Meter breiten asphaltierten Weg, der unmittelbar am Wohnhaus der Klägerinnen entlangführt. Der Weg wird in seinem vorderen, straßenzugewandten Bereich von der Grenze des im Eigentum der Beklagten stehenden Nachbargrundstücks R. 12 schräg durchschnitten. An der Einmündung zur Straße R. befindet sich der Weg mit einer Breite von knapp 90 cm auf dem Grundstück der Klägerinnen, im übrigen auf dem Grundstück der Beklagten. Erst nach etwa fünfzehn Metern verläuft der Weg in seiner gesamten Breite auf dem Grundstück der Klägerinnen.

Die Asphaltdecke des Weges wurde Anfang der siebziger Jahre vom Rechtsvorgänger der Klägerinnen, der auf dem Grundstück eine Autovermietung betrieben hatte, auf einen bestehenden Schotterweg aufgebracht. Der damalige Eigentümer des Grundstücks der Beklagten nutzte den Weg ebenfalls. Er diente ihm als Zufahrt zu seinem auf dem Grundstück R. 12 betriebenen Bäckereiunternehmen. Mit der Asphaltierung des Wegs hatte er sich in Kenntnis des Umstands einverstanden erklärt, daß der Weg teilweise über sein Grundstück verlief.

Der Bäckereibetrieb auf dem Grundstück R. 12 wurde später eingestellt. Die Beklagte erwarb das Grundstück und errichtete auf ihm eine Eigentumswohnanlage. In der Absicht, entlang der Grenze zum Grundstück der Klägerinnen eine Mauer zu errichten, forderte sie die Klägerinnen auf, die Asphaltdecke zu entfernen, soweit sie sich auf dem Grundstück R. 12 befindet. Hierzu sind die Klägerinnen nicht bereit. Mit der Klage verlangen sie, der Beklagten zu verbieten, den bestehenden Weg ohne ihre Zustimmung so zu verändern, daß die Zufahrt zum hinteren Teil ihres Grundstücks beeinträchtigt wird.

Zu Recht?

In diesem Fall ist Antwortnorm auf die gestellte Frage § 1004 Abs. 1 BGB, wobei es entscheidend auf die Frage ankommt, ob eine Baumaßnahme der Beklagten auf ihrem

eigenen Grundstück eine Störung des Eigentums der Klägerinnen an *deren* Grundstück sein kann. Dies kann hier aus § 922 S. 3 BGB folgen, wenn der asphaltierte Weg eine Grenzanlage i.S.v. § 921 BGB ist.

1. Bedeutung der Auslegungselemente

Die heutige Methodenlehre kennt eine Reihe von anerkannten Auslegungselementen. Diese stellen jedoch kein streng technisches Instrumentarium dar, das am konkreten Normtext jeweils - womöglich noch in einer bestimmten Reihenfolge - durchprobiert werden muß, um dann ein eindeutiges Ergebnis zu liefern.

Entstanden ist die Liste der Auslegungselemente nämlich schlicht durch Beobachtung. Rechtswissenschaftler haben juristische Texte darauf untersucht, mit welchen hermeneutischen Techniken die Rechtsanwender den Inhalt des Gesetzes ermittelt haben. Das heißt: Das Recht ist auch schon vor der Benennung der Auslegungselemente nach dieser Methode ausgelegt worden. Letztlich handelt es sich bei ihnen um die Systematisierung der als **zulässig empfundenen Argumente**. Sie sind anerkannte Auslegungselemente, *weil* sich mit ihnen ein Ergebnis logisch schlüssig begründen läßt, nicht umgekehrt.

In der Fallbearbeitung ist Auslegung im übrigen an den Fall gekoppelt. Sie muß zwar insofern abstrakt sein, als das gefundene Auslegungsergebnis allgemeine Geltung beanspruchen können muß, nicht lediglich im konkreten Fall. Der Fall begrenzt aber das Untersuchungsprogramm auch hier: Auslegungsprobleme, die sich für ihn nicht stellen, bleiben unbehandelt. Es ist zulässig und - bei Evidenz - sogar notwendig, festzuhalten, daß ein an sich auslegungsbedürftiger Begriff „hier jedenfalls“ zutrifft. Auslegung ist **Hilfsmittel für die Subsumtion**. Sie findet nur statt, soweit sie hierfür auch benötigt wird.

2. Die einzelnen Auslegungselemente

a) logische Auslegung

Als logische Auslegung einer Norm bezeichnet *Savigny* die Herausarbeitung ihrer einzelnen Elemente, nämlich - bei der vollständigen Norm - des Tatbestands mit seinen einzelnen Merkmalen und der abstrakten Rechtsfolge. Bei der unvollständigen Norm gehört hierher die Feststellung, welcher Art die Norm ist und auf welche anderen Normen sie sich bezieht.

Die logische Auslegung der Norm geht der Subsumtion voran. Bevor nicht feststeht, unter welche Tatbestandsmerkmale man subsumieren muß, kann man es auch nicht tun.

Die logische Auslegung von § 921 BGB ergibt, daß ihr Tatbestand den Text bis zu den Worten „voneinander geschieden“ beinhaltet. Die *in* § 921 BGB angeordnete Rechtsfolge interessiert hier nicht, da es auf die weiteren in § 922 BGB genannten Rechtsfolgen ankommt. Letztlich ist § 922 S. 3 BGB die anzuwendende Norm, die eigene Tatbestandsmerkmale enthält, zusätzlich aber mit den Worten „die Einrichtung“ auf die Tatbestandsmerkmale des § 922 S. 1 BGB Bezug nimmt, der wiederum eine Tatbestandsverweisung auf § 921 BGB enthält. Die Hilfsnorm § 922 S. 3 BGB greift demnach, wenn folgende Tatbestandsmerkmale erfüllt sind:

- ⌞ es muß eine Einrichtung existieren,
- ⌞ die zum Wohl sowohl des Grundstücks der Klägerinnen als auch der Beklagten dient oder (insofern modifiziert § 922 S. 3 BGB den Tatbestand des § 921 BGB) gedient hat,
- ⌞ das die Grundstücke der Klägerinnen und der Beklagten voneinander scheidet und
- ⌞ an dessen Erhalt die Klägerinnen noch ein Interesse haben.

Das erste, zweite und das vierte dieser Tatbestandsmerkmale sind hier evidentermaßen erfüllt, deren Auslegung ist daher entbehrlich.

Durch logische Auslegung und direkte Subsumtion des Evidenten haben wir somit das weitere Untersuchungsprogramm identifiziert: Es fragt sich, ob der asphaltierte Weg die Grundstücke voneinander scheidet. Diese Subsumtion gelingt nicht ohne vorherige Auslegung des Tatbestandsmerkmals „voneinander scheiden“.

b) Wortlautauslegung

Meist als grammatikalische, zuweilen als lexikalische oder philologische Auslegung wird die schlichte Analyse des Wortlauts der Norm bezeichnet. Die ersten beiden Begriffe sind ungenau, denn es geht weder nur um die verwendeten Wörter, noch ausschließlich um die verwendeten grammatikalischen Formen. Zuweilen ist beides austauschbar: Ein Gebot kann ebenso gut mit dem Wort „muß“ ausgedrückt werden wie mit der Verwendung von sein oder haben plus Infinitiv mit zu oder gleich des Indikativ Präsens - also einer grammatikalischen Wendung.

Die Frage nach der Bedeutung des Wortlauts hat dabei zwei Komponenten:

- Die *möglichen* Wortbedeutungen der Norm markieren die äußerste Grenze ihrer Auslegung. *Jenseits* der gerade noch denkbaren Bedeutungen des Wortlauts beginnt die Rechtsanwendung durch Rechtsfortbildung.
- Der Wortlaut der Norm kann außerdem der Auslegung eine bestimmte *Richtung* geben, wenn er eine bestimmte Bedeutung *nahelegt*, ohne andere völlig auszuschließen.

Wortlautargumente können also an zwei verschiedenen Stellen der Auslegung auftauchen, nämlich zum einen wenn der Rechtsanwender klarstellt, daß er noch Gesetzesauslegung betreibt (Dann geht es darum, die **Grenzbedeutung** des Wortlauts festzustellen.), zum anderen, wenn er versucht, aus dem Wortlaut der Norm eine bestimmte Bedeutung des Textes abzuleiten. (Dann geht es darum, die **naheliegende Bedeutung** des Wortlauts anzugeben.) Oft wird der Fehler gemacht, daß beide Funktionen der Wortlautauslegung miteinander vermischt werden.

Üblicherweise sind es folgende Fragen, die bei der Ermittlung der Wortbedeutung eine Rolle spielen:

Gibt es einen **spezifisch juristischen Sprachgebrauch**? Existieren etwa sogar Definitionsnormen, die als Hilfsnormen angewendet die Auslegung erübrigen bzw. deren Prüfung jedenfalls dazwischenzuschalten ist?

Wörter wie „grundsätzlich“ und „insbesondere“ haben z.B. spezifisch juristische Bedeutungen. Durch das Wort „grundsätzlich“ wird angedeutet, daß Ausnahmen möglich sind. So ist z.B. § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO, wonach ein Notar für eine Verletzung seiner Amtspflichten ausschließlich persönlich haftet, mit Art. 34 S. 1 GG vereinbar. Dort wird nur geregelt, daß die Haftung für Amtspflichtverletzungen *grundsätzlich* den Staat trifft. Der Gesetzgeber kann daher in begründeten Ausnahmefällen auch andere Regelungen treffen. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB dagegen, der den Beamten allgemein persönlich haften läßt, ist *mit diesem Wortlaut* verfassungswidrig, denn er würde eine *allgemeine* Abweichung von Art. 34 S. 1 GG begründen. Freilich wird er in der Praxis nur als teilnichtig behandelt, indem die in Art. 34 S. 1 GG genannte Rechtsfolge in ihn hineingelesen wird.

Das Wort „insbesondere“ wird verwendet, um eine nicht abschließende Aufzählung oder eine Teildefinition deutlich zu machen. § 543 Abs. 1 S. 2 BGB enthält daher zunächst

eine allgemeine Definition des „wichtigen Grundes“ in § 543 Abs. 1 S. 1 BGB, die in der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses liegen soll. Das Verschulden einer Vertragspartei ist „insbesondere“ in die Abwägung einzustellen, was bedeutet, daß es auf ein solchen Verschulden *auch*, aber nicht *allein* ankommt. § 543 Abs. 2 BGB enthält dann gleich mehrere, wieder durch „insbesondere“ eingeleitete Teildefinitionen des „wichtigen Grundes“.

Richtet sich das Gesetz an ein Fachpublikum? Dann ist im Zweifel anzunehmen, daß die entsprechende **Fachsprache** in Bezug genommen werden soll.

In § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB wird als eine Alternative der ersten Voraussetzungen für die Einrichtung einer Rechtlichen Betreuung das Vorliegen einer „psychische Krankheit“ genannt. Nach den dafür geltenden Verfahrensvorschriften (§ 280 FamFG) darf das Gericht die Betreuung erst nach Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens einholen. Daher ist anzunehmen, daß es sich hier um einen psychiatrischen Fachbegriff handelt. Eine rechtliche Betreuung darf daher auf diese Tatbestandsalternative nicht gestützt werden, wenn nicht eine psychiatrische Diagnose vorliegt. Das Gericht darf keinen Betreuer bestellen, wenn es nur festgestellt hat, daß der Betroffene unter „Altersstarrsinn“ leidet, denn das ist kein von der Psychiatrie anerkanntes Krankheitsbild.

Ansonsten kommt es auf den **allgemeinen Sprachgebrauch** an. Es ist durchaus zulässig, diesen anhand von hierfür auch sonst üblichen Hilfsmitteln, wie z.B. von Lexika zu ermitteln. Für die Frage, ob Bienen Haustiere i.S.v. § 833 S. 1 BGB sind, hat das *Reichsgericht* in RGZ 158, 388, 391 Grimms Wörterbuch zitiert: „...diejenigen Gattungen von zahmen Tieren, die in der Hauswirtschaft zu dauernder Nutzung oder Dienstleistung gezüchtet und gehalten zu werden pflegen und dabei auf Grund von Erziehung oder Gewöhnung der Beaufsichtigung und dem beherrschenden Einfluß des Halters unterstehen...“ Es kam zum Ergebnis, daß Bienen keine Haustiere sind, weil sie weder durch Erziehung noch dadurch, daß sie sich an die Aufsicht gewöhnen, beherrscht werden können.

Die Wortlautauslegung des Merkmals „voneinander geschieden werden“ in § 921 BGB führt zu folgenden Überlegungen:

Es handelt sich weder um einen juristischen noch einen sonstigen Fachbegriff. „Scheiden“ wird im allgemeinen gleichbedeutend mit „trennen“ verwendet. Etwas, was zwei Grundstücke voneinander trennt, kann im übrigen hierzu gedacht sein oder dies nur tatsächlich tun. Die naheliegende Wortbedeutung des Merkmals ist also, daß die Einrichtung, um die es geht, zur Markierung der Grundstücksgrenze gedacht oder aber wenigstens geeignet sein muß.

Es ist allerdings auch denkbar, daß die Worte rein beschreibend gemeint sind, nämlich dahin, daß sich eine Einrichtung „zwischen zwei Grundstücken“ befindet, bzw., weil das ja so gar nicht möglich ist, teilweise auf jedem der Grundstücke liegt.

Der asphaltierte Weg ist nicht zum Zwecke der Abmarkung angelegt worden. Es ist zur Markierung der Grenze auch nicht geeignet, denn dadurch, daß die Grenze schräg durch ihn hindurchläuft, kann niemand aus dem Verlauf des Weges auf den Verlauf der Grenze schließen. Er liegt jedoch insofern „zwischen den Grundstücken“, als ein Teil von ihm auf dem der Klägerinnen, ein anderer auf dem der Beklagten liegt.

Damit ist festzuhalten: Der Wortlaut des § 921 BGB *legt* es *nicht nahe*, den Weg als Grenzanlage zu verstehen, er *steht* einer solchen Auslegung aber auch *nicht entgegen*.

c) systematische Auslegung

Wie bei anderen Texten auch, gilt der zweite Blick dem Kontext des verwendeten Begriffes.

Als Kontext kann dabei jeder Gesetzestext dienen, der in einem Zusammenhang mit der auszulegenden Norm steht, im Prinzip also die gesamte Rechtsordnung. Je enger dieser Zusammenhang ist, umso stärker sind freilich Kontextargumente für die Auslegung.

Am hilfreichsten ist der **unmittelbare Kontext**. So werden in § 823 Abs. 1 BGB verschiedene absolute Rechte aufgezählt, bevor diese Aufzählung mit dem offenen Begriff „oder ein anderes Recht“ abgeschlossen wird. Es ist mehr als naheliegend, das mehrdeutige Wort „Recht“ in diesem Zusammenhang dahin auszulegen, daß es sich dabei ebenfalls um eine *absolutes* Recht handeln muß. Aus systematischen Gründen ist § 823 Abs. 1 BGB daher so zu lesen:

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig das absolute Recht eines anderen, insbesondere dessen Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum widerrechtlich verletzt,...“

Wenn § 133 BGB bestimmt, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der „wirkliche Wille“ erforscht werden soll, so muß das doch im **nahen Kontext** von § 116 S. 1 BGB gelesen werden, wonach es nicht zulässig ist, sich darauf zu berufen, das, was man erklärt hat, *insgeheim* nicht gewollt zu haben. Die Pflicht, nach dem wirklichen Willen zu fragen, findet daher eine aus der Gesetzessystematik folgende Grenze dort, wo jemand *absichtlich* ein Zeichen verwendet, von dem er weiß, daß es nicht das bedeutet, was er tatsächlich will.

Der eher **fernere Kontext** wird in einigen Spezialfällen systematischer Auslegung in Bezug genommen:

So kann eine Norm **völkerrechtsfreundlich** auszulegen sein, wenn sie in einer ihrer denkbaren Wortbedeutungen mit völkerrechtlichen Abkommen in Einklang steht, in einer anderen nicht. Der Kontext ist dabei das - mit dem Gesetz auf einer Stufe stehende - durch Ratifikation umgesetzte völkerrechtliche Abkommen. Ein Beispiel hierfür ist die Auslegung des Begriffes des „gewöhnlichen Aufenthalts“ in § 6 Abs. 2 SGB VIII. Dort geht es um die internationale Zuständigkeit der deutschen Jugendämter für ausländische Minderjährige. Da der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I eine Legaldefinition erfährt, würde es eigentlich naheliegen, ihn so zu verstehen, wie er dort definiert wird. Andererseits sind die deutschen Behörden aufgrund eines internationalen Abkommens - des Haager Kinderschutzübereinkommens - verpflichtet, für Minderjährige, die sich gewöhnlich in Deutschland aufhalten, entsprechende Leistungen vorzuhalten. Das hat das *BVerwG* veranlaßt, den Begriff auch in § 6 Abs. 2 SGB VIII so zu verstehen, wie er für dieses Abkommen verstanden wird. Das ist freilich nur in den Fällen relevant, die nicht ohnehin unter das Abkommen fallen, denn § 6 Abs. 4 SGB VIII statet es mit Anwendungsvorrang aus (der sich wohl auch aus seiner Spezialität ergäbe).

Die §§ 312 ff. BGB dienen der Umsetzung verschiedener europäischer Richtlinien zum Verbraucherrecht. Das legt es nahe, die in ihnen verwendeten Begriffe **richtlinienkonform** auszulegen, nämlich so, wie sie auch in anderen europäischen Ländern, die die Richtlinien ebenfalls umgesetzt haben, verstanden werden. Der Gesetzgeber hat dies mit dem merkwürdigen Mittel der „amtlichen Anmerkung“ hier sogar vorgegeben.

Richtlinien- und völkerrechtsfreundliche Auslegung erschließen vor allem **zusätzliche Rechtserkenntnisquellen**, nämlich die Rechtsprechung und Literatur der anderen Rechtsordnungen, in denen die Verträge oder Richtlinien ebenfalls gelten. Außerdem eröffnen sie bei der Auslegung die Möglichkeit, auf den **fremdsprachigen Wortlaut** der Norm Bezug zu nehmen, wenn dieser deutlicher ist als der deutsche. Das geht freilich nur mit **authentischen Fassungen** des Textes, nicht mit Übersetzungen in eine Drittsprache. Hat ein Text mehrere authentische Fassungen, so darf man auf alle Bezug nehmen. Das ist nicht

selten. Das CISG z.B. hat sechs authentische Fassungen (die englische, französische, arabische, russische, chinesische und spanische). Ist die deutsche Fassung (wie beim CISG) nicht authentisch, *muß* man zum Zwecke der Wortlautauslegung sogar eine der authentischen Fassungen heranziehen.

Auf den weiteren Sonderfall der **verfassungskonformen Auslegung** wird weiter unten eingegangen.

In unserem Beispielfall fällt der Blick zunächst auf die beispielhaft aufgeführten Begriffe „Zwischenraum, Rain, Winkel, Graben, Mauer, Hecke und Planke“. Davon gehören nur einige zu den typischerweise zum *Zweck* der Markierung einer Grundstücksgrenze verwendeten Einrichtungen (Mauer, Hecke, Rain). Das legt es nahe, daß ein *finaler* Charakter für die Grenzanlage jedenfalls nicht verlangt werden kann. Aber auch, daß die Einrichtung zur Abmarkung jedenfalls *geeignet* sein muß, ist nach dieser Aufzählung eher nicht anzunehmen, denn dazu mag allenfalls noch der Graben wirklich geeignet sein, ein „Zwischenraum“ oder „Winkel“ zwischen zwei Grundstücken läßt den Grenzverlauf dagegen in der Regel nicht erkennen.

Der Bezug zu den in § 921 BGB genannten Beispielen deutet also eher darauf hin, daß es für eine Grenzanlage genügt, wenn sich die Einrichtung je zum Teil auf jedem der Nachbargrundstücke befindet.

Systematische Argumente können über die Grenzbedeutung des Wortlauts hinausreichen. Dann ist die Schwelle zur Rechtsfortbildung überschritten und es liegt schon eine **Analogie** vor. Die Grenze hierzu ist fließend, denn auch über die Grenzbedeutung des Wortlauts einer Norm kann man sich streiten. Für die Fallbearbeitung ist es wichtig, daß man klar erkennen kann, ob der Bearbeiter noch auslegt oder schon das Recht fortbildet, ob er das Argument noch innerhalb der Wortbedeutung der Norm - als Auslegungsargument - oder schon außerhalb von ihm - als Argument zur Begründung einer Analogie - verwendet. Zulässig ist beides.

d) historische Auslegung

Historische Argumente sind solche, die auf den Zeitpunkt zurückblicken, zu dem die Norm entstanden ist. Man unterscheidet:

(i) historisch-genetische Auslegung

Als historisch oder auch genetisch, besser historisch-genetisch bezeichnet man den Rückgriff auf Gesetzgebungsmaterialien zur Feststellung der Bedeutung des Gesetzes. Es handelt sich hierbei um eine verhältnismäßig junge Methode, denn früher war es nicht üblich, zum Gesetz in größerem Umfang Materialien über seine Entstehung zu publizieren.

Der Rückgriff auf diese Materialien - Bundestags- und Bundesratsdrucksachen und entsprechende Protokolle - stellt nicht eigentlich eine *Methode* der Auslegung des Gesetzes dar, sondern - wie *Savigny* richtig bemerkt - eher ein *Hilfsmittel* hierzu, denn die Materialien sind ja nicht Gesetz und gehören nicht zum Gesetz. Sie sind freilich ein zulässiges Hilfsmittel. Das *BVerfG* nimmt an, daß der Rückgriff auf Gesetzgebungsmaterialien nur eingeschränkte Bedeutung hat. Dafür gibt es vier gute Gründe:

1. Die Aussagen in den Materialien sind nicht Gesetz geworden. Hätte der Gesetzgeber das gewollt, hätte er auch dazu die Möglichkeit gehabt. Er hat hiervon aber gerade abgesehen.
2. Die Materialien werden von Referenten und Ausschußmitgliedern produziert. Sie besagen bestenfalls, aus welchen Gründen ein Gesetz in den Bundestag *einggebracht*

worden ist. Sie besagen nicht, weshalb die Abgeordneten für das Gesetz *gestimmt* haben.

3. Bundestag und Bundesrat sind zwar die Gremien, in denen ein Gesetz verabschiedet wird. Autor des Gesetzes ist in einer Demokratie aber *per definitionem* das ganze Volk. Auf seinen - im Parlament nur repräsentierten - Willen kommt es letztlich an. Volkes Wille ist aber nur im Gesetz selbst verkörpert, nicht in den Materialien.
4. Bei älteren Gesetzen kommt hinzu, daß zu der einen Entscheidung, es zu erlassen, viele Entscheidungen hinzugekommen sind, es nicht zu ändern, denen ganz andere Überlegungen zugrundegelegen haben können, die meist nicht publiziert sind und - selbst wenn sie es wären - noch weniger Verbindlichkeit hätten, denn sie haben ja gerade zu *keinem* Gesetz geführt.

Das alles heißt nicht, daß historisch-genetische Argumente nicht zulässig wären. Sie können in die Überlegung einfließen und sind um so gewichtiger, je neuer ein Gesetz ist. Den anderen (echten) Auslegungsmethoden kommt aber der Vorrang zu.

In unserem Ausgangsfall nimmt der *BGH* zur Stützung seiner Argumentation Bezug auf die Materialien zum BGB (Motive und Protokolle), obwohl der Text schon über 100 Jahre alt ist. Diese stützen das systematische Argument. Durch das Beispiel des „Zwischenraumes“ sollte (nach diesen Materialien) klargestellt werden, daß schon eine gemeinsam genutzte auf der Grundstücksgrenze liegende Fläche genügt, um die Vermutung des § 921 BGB auszulösen.

Schon wegen des Alters der Norm handelt es sich freilich um ein eher schwaches Argument in der gesamten Begründungskette.

(ii) historisch-systematische Auslegung

Von ganz anderem Gewicht ist eine andere Art von historischen Argumenten: die Überlegung, welches Problem eine Norm lösen sollte.

Normen sind dazu dazu, Interessenkonflikte einer Lösung zuzuführen. Ist man unschlüssig, wie eine bestimmte Norm auszulegen ist, kann man versuchen, herauszufinden, welche Interessenkonflikte bestehen, wie diese vor Erlass der Norm gelöst wurden und weshalb das eine unzureichende Lösung war. Wenn man einmal festgestellt hat, welche Lücke das Gesetz füllt, hat man möglicherweise ein starkes Argument für die Feststellung seiner Bedeutung gewonnen.

Letztlich handelt es sich hierbei um die Verknüpfung von historischen mit systematischen Argumenten, aber - weil auf keine außerhalb des Gesetzes liegenden Argumente zurückgegriffen wird - doch um echte Auslegung. Der entscheidende Unterschied zur historisch-genetischen Methode besteht darin, daß nicht außergesetzliche Veröffentlichungen, sondern ausschließlich die historische Rechtslage herangezogen wird.

In § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB ist bestimmt, daß das Betreuungsgericht bei der Auswahl des Rechtlichen Betreuers Vorschlägen des Betroffenen folgen muß, wenn das nicht das Wohl des Betreuten gefährden würde.

In § 1897 Abs. 6 S. 1 BGB wiederum heißt es, daß es einen Berufsbetreuer nur bestellen soll, wenn die Betreuung nicht auch ehrenamtlich geführt werden kann.

Es fehlt eine Regelung, welche dieser beiden Normen vor der anderen Anwendungsvorrang genießt, ob also, wenn der Betroffene einen Berufsbetreuer vorschlägt, diesem oder einem zur Verfügung stehenden ehrenamtlichen Betreuer der Vorzug zu geben ist.

Eine historische Untersuchung ergibt zunächst, daß § 1897 Abs. 4 BGB schon mit

dem BtG am 1.1.1992 in Kraft getreten ist, § 1897 Abs. 6 BGB dagegen erst mit dem 1.BtRÄG am 1.1.1999. Die historisch-systematische Auslegung des Gesetzes fragt nun danach, was denn ohne den Abs. 6 galt und inwiefern das ein Problem darstellte, das nun durch Abs. 6 gelöst wird. Diese Überlegung führt zu folgenden Feststellungen:

Vor 1999 war das Gericht in der Entscheidung, ob es einen Berufsbetreuer oder einen ehrenamtlichen Betreuer bestellt, frei. Diese Freiheit wird nun durch Abs. 6 eingeschränkt. Nun darf ein Berufsbetreuer nur noch bestellt werden, wenn kein ehrenamtlicher Betreuer zur Verfügung steht oder in besonders gelagerten Ausnahmefällen (das folgt aus dem „soll“). Welchen Sinn hat es, die Entscheidungsfreiheit des Vormundschaftsgerichts zu beschneiden? Doch offensichtlich den, zu *mehr* ehrenamtlich geführten Betreuungen zu gelangen, die mit geringerem Kostenaufwand verbunden sind, weil der Berufsbetreuer nach §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 2 BGB vergütet werden muß. Dabei spart die ehrenamtliche Betreuung im Vergleich zur Berufsbetreuung entweder dem Betroffenen Geld oder der Staatskasse, je nachdem, ob der Betroffene mittellos i.S.v. §§ 1836c, 1836d BGB ist.

Aus diesen Überlegungen heraus kann man nun auch die Eingangsfrage leicht beantworten: Durch Äußerung eines Wunsches nach § 1897 Abs. 6 BGB schränkt der *Betreute* die Auswahlentscheidung ein. Das ist sachgerecht, so lange er das auf seine Kosten tut, nämlich den Betreuer selbst finanziert, dagegen nicht, wenn es auf Kosten der Staatskasse geschieht. Historisch-systematische Überlegungen haben uns also zu dem Ergebnis geführt, daß § 1897 Abs. 6 BGB beim mittellosen Betreuten Vorrang vor Abs. 4 haben muß, während das beim nicht mittellosen Betreuten umgekehrt sein dürfte.

Im Ausgangsfall führt die historisch-systematische Auslegung nicht weiter. Das ist für Normen, die schon in der ursprünglichen Fassung des BGB enthalten sind auch schwierig, da ja ein einheitliches Sachenrecht in Deutschland vorher nicht existiert hat und das BGB ja vor allem *dieses* Problem lösen sollte.

e) Teleologische Auslegung

Mit der historisch-systematischen Auslegung nahe verwandt ist die Frage nach Sinn und Zweck, dem „Telos“ einer Regelung oder, wie man auch dazu sagt, der „*ratio legis*“. Nach ihr fragt die teleologische Auslegung, die *Savigny* ebenfalls nicht als Methode, sondern nur als Hilfsmittel zur Gesetzesauslegung begreifen will. Daran ist richtig, daß auch hier auf außerhalb des Gesetzestextes liegende Umstände zurückgegriffen wird. Dennoch gelten teleologische uns heute sogar als die stärksten unter den zulässigen Argumenten.

Teleologische Auslegung vollzieht sich in einem Dreischritt:

- ⊣ Zuerst ist zu ermitteln, welcher (abstrakte) Interessenkonflikt der Norm zugrundeliegt.
- ⊣ Dann ist festzustellen, mit welchen Mitteln der Gesetzgeber diesen Interessenkonflikt einer Lösung zugeführt hat, welche der beteiligten Interessen für ihn unter welchen Umständen Vorzug vor anderen beteiligten Interessen haben sollte.
- ⊣ Zuletzt wird festgestellt, bei welcher Auslegung der Norm der so gefundene Interessenausgleich optimal verwirklicht ist.

Manche Gesetze erleichtern uns die Arbeit sehr, indem sie den Zweck, dem sie dienen sollen, angeben. Das ist vor allem bei internationalen Verträgen und auch dem europäischen Sekundärrecht häufig, die Präambeln oder Erwägungsgründe nennen, aus denen sich ergibt, wozu die Normen dienen sollen. Anders als bloße Materialien gehören diese mit zum Text der Normen und sind daher verbindlich. Dann kann der erste Schritt zuweilen übersprungen werden.

Die teleologische Auslegung erlaubt die Verwendung von ganz verschiedenartigen

Argumenten, denn oft verfolgt eine Norm nicht einen einzelnen Zweck, sondern ein Bündel davon. Wer teleologisch argumentiert, kann daher u.a. argumentieren mit

- ⌞ der praktischen Vernunft und der Frage der Praktikabilität der Norm,
- ⌞ der Betrachtung der ökonomischen oder sonstigen Folgen einer Auslegung,
- ⌞ dem Bezug der Norm zu allgemeinen Rechtsprinzipien,
- ⌞ den allgemeinen Gesetzeszwecken der Friedensstiftung und der Gerechtigkeit.

Die Grenze des Zulässigen ist beim Argumentieren hier erst erreicht, wenn der Bezug zur konkreten Norm verlorengeht.

Nicht erlaubt ist es, die Auslegung auf Besonderheiten des Einzelfalles zu gründen. Die Engländer sagen: *Hard cases make bad law*. Aus extrem gelagerten Einzelfällen drohen sich unhaltbare Gesetzesauslegungen zu entwickeln.

Unzulässig ist es auch, Interessen von Personen in die Abwägung mit einzubeziehen, die der Gesetzgeber erkennbar nicht in die Norm einbeziehen wollte. So darf z.B. bei der Frage, ob eine Schadensersatzpflicht besteht, nicht darauf abgestellt werden, ob der in Anspruch Genommene versichert ist oder ob das in seiner Position üblich ist, denn Schadensersatznormen beziehen das Interesse der Versicherung nicht ein.

Unzulässig ist die Argumentation mit völlig außerrechtlichen Argumenten von allgemein politischem Charakter. Die Frage, wie die gerechte Verteilung der Güter zu bewerkstelligen oder der Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken ist, ist politisch zu lösen und hat mit der Auslegung eines Gesetzes nichts zu tun.

Sehr vorsichtig nur darf auf die ganz hehren Ziele - Gerechtigkeit, Billigkeit, Achtung der Menschenwürde - zurückgegriffen werden. Das ist zwar nicht völlig ausgeschlossen, meist aber ein Zeichen dafür, daß einem grifffige Argumente fehlen. Und wenn schon auf Art. 1 Abs. 1 GG Bezug genommen wird, dann sollte doch auch jedenfalls ganz deutlich werden, daß man dessen Inhalt verstanden hat und anwenden kann. Es ist dann zu klären, inwieweit der Mensch bei einer bestimmten Auslegung der Norm zum bloßen Objekt staatlichen Handelns ohne Anerkennung als Rechtssubjekt degradiert würde.

In unserem Ausgangsfall hat der *BGH* folgende *teleologische* Erwägungen angestellt:

Durch § 922 S. 3 BGB werden die Eigentümerinteressen desjenigen, der die gemeinsame Anlage weaternutzen will, über diejenigen des anderen Eigentümers gestellt. Das kann diesem zugemutet werden, weil er mit der gemeinsamen Nutzung ja einmal einverstanden war. Andererseits trägt die Vorschrift einem objektiven volkswirtschaftlichen Interesse Rechnung, nämlich dem, daß es Ressourcenvergeudung wäre, eine noch nutzbare und auch noch genutzte Anlage zu zerstören, nur weil *einer* ihrer bisherigen Nutzer die Nutzung aufgeben will.

Sowohl dieses ökonomische Erhaltungsinteresse als auch die Überlegung, aus der das Interesse des nicht mehr nutzenden Eigentümers zurückzutreten hat, ist davon unabhängig, ob die Einrichtung lediglich auf der Grenze liegt oder die Grenze auch markiert.

Auch Sinn und Zweck des § 922 S. 3 BGB spricht daher für die weiteste denkbare Auslegung des Tatbestandsmerkmals „voneinander scheidet“.

Auch bei der teleologischen Auslegung kann der Punkt erreicht sein, an dem man sich darüber streiten kann, ob ein nach ihr naheliegender Inhalt der Norm noch von der Grenzbedeutung des Wortlauts erfaßt wird, ob man also noch **teleologische Auslegung** betreibt oder bereits Rechtsfortbildung in Form der **teleologischen Reduktion** oder **teleologisch begründeten Analogie**. In der Praxis mag das manchmal nur Geschmacksfrage

sein. Eine methodisch sauber durchgeführte Fallbearbeitung muß das aber erkennen lassen.

3. Verhältnis der Auslegungselemente zueinander

Die geschilderten allgemeinen Auslegungselemente bilden - wie gesagt - nicht etwa ein an der einzelnen Norm abzuarbeitendes Schema. Sie beschreiben und begrenzen zulässige Argumentationsformen für die Ermittlung der Bedeutung eines Gesetzestextes.

Die Auslegung des Gesetzes ist - laut *Savigny* - daher letztlich keine Technik, sondern eine **Kunst**. Die Kunst bedient sich bestimmter Techniken, um ein Werk zu erstellen, sie erschöpft sich darin aber nicht. Bei der Gesetzesauslegung besteht die Kunst darin, die Bedeutung des Gesetzes in einer Art und Weise darzulegen, die den Leser überzeugt. Die Rechtswissenschaft ist eine Begründungswissenschaft und Begründungen sind dazu da, zu überzeugen.

Aus diesem Grund existiert auch keine feste Reihenfolge, in der Auslegungsargumente darzulegen sind. Sie dürfen vielmehr einander in der rhetorisch geschickten Abfolge ablösen (ein gutes Argument am Anfang und am Schluß, die schwächeren in der Mitte). Das gilt sogar für die Bestimmung der Auslegungsgrenzen durch die Grenzbedeutung des Wortlauts. Auch eine Argumentationskette nach dem Muster: „Der Zweck der Norm, ..., würde es nahelegen, ... Indessen steht einer solchen Auslegung der insofern klare Wortlaut der Norm entgegen, denn ...“ ist korrekt.

4. Sonderfälle der Auslegung

Einige Spezialfälle der Auslegung bedürfen besonderer Erörterung.

a) Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Ich habe unbestimmte Rechtsbegriffe als solche Tatbestandsmerkmale definiert, deren Inhalt sich nicht abstrakt, sondern nur anhand einer wertenden Betrachtung des Einzelfalles bestimmen läßt. Daher geraten bei der Anwendung von Normen, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die Grenzen zwischen Subsumtion und Auslegung ins Schwimmen. Wenn ein solches Tatbestandsmerkmal wie z.B. der „guten Sitten“ in § 138 Abs. 1 BGB auf den Einzelfall angewendet wird, geschieht folgendes:

Die Auslegung wird darauf gerichtet, eine - noch abstrakte - **Teildefinition** zu erzeugen, die eine Subsumtion des konkreten Sachverhaltes zuläßt. Um eine solche Teildefinition des unbestimmten Rechtsbegriffes ermitteln zu können, müssen Elemente des konkreten Falles im notwendigen Umfang verallgemeinert werden. Auf diese Weise wird aus der Norm eine Art **Unternorm** erzeugt, die auf den konkreten Fall angewendet werden kann.

Hierfür gibt es drei Möglichkeiten:

(i) Analogien zu gesetzlichen Teildefinitionen

Enthält das Gesetz selbst Teildefinitionen, so ist zunächst festzustellen, ob sie zutreffen. Wenn sie das nicht tun, können solche Teildefinitionen als Basis für Analogien dienen. Ähnelt der Fall der gesetzlichen Teildefinition in ausreichendem Maße, kann das ein Grund sein, aus dem der unbestimmte Rechtsbegriff erfüllt ist. Das setzt allerdings voraus, daß untersucht wurde, ob die Unterschiede zwischen dem vorliegenden Fall und denjenigen, die von der Teildefinition erfaßt werden, erheblich sind oder nicht.

Um das an § 138 Abs. 1 BGB deutlich zu machen: § 138 Abs. 2 BGB enthält eine Teildefinition der Sittenwidrigkeit. Er bestimmt, daß es sittenwidrig ist, eine aus einem der genannten Gründe bestehende Einschränkung des freien Willens des anderen dazu

auszunutzen, diesen zu übervorteilen, nämlich, sich Vorteile versprechen oder gewähren zu lassen, die außer Verhältnis zu den dafür in Kauf genommenen Nachteilen stehen. Geschäfte, die unter § 138 Abs. 2 BGB fallen, sind als Wuchergeschäfte kraft Gesetzes sittenwidrig. Eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „guten Sitten“ ist für solche Geschäfte überflüssig.

Wucher setzt indessen das *bewußte Ausnutzen* der Einschränkung des freien Willens des anderen voraus. Liegt der Fall so, daß demjenigen, der den unverhältnismäßigen Vorteil durch ein Rechtsgeschäft erhält, diese Einschränkung nicht bewußt geworden ist, handelt es sich nicht um Wucher i.S.v. § 138 Abs. 2 BGB.

Der *BGH* hatte einmal einen Fall zu entscheiden, in dem eine alte Frau, deren Willensbildungsfähigkeit durch Altersdemenz zwar nicht ausgeschlossen (sonst wäre der Vertrag ja nach §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB nichtig gewesen), aber eingeschränkt war, ein Grundstück gegen Gewährung einer viel zu niedrigen Leibrente veräußert hatte. Das war leicht festzustellen, wenn man den - den Beteiligten in etwa bekannten - Verkehrswert des Grundstücks dem Kapitalwert der Leibrente gegenüberstellte, was die Beteiligten aber nicht taten, weil ihnen die Methoden der Kapitalisierung von Leibrenten nicht geläufig waren. Nun mußte der *BGH* entscheiden, ob der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig war. Die Voraussetzungen von § 138 Abs. 2 BGB lagen bis auf den Vorsatz des Grundstückserwerbers vor. Der *BGH* hat - wie vorher schon in anderen Zusammenhängen - entschieden, daß die in § 138 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommende *Wertung* es auch dann nahelegt, die Übervorteilung eines Willensschwachen als Verstoß gegen die guten Sitten zu betrachten, wenn sie nur auf *Fahrlässigkeit*, nicht auf Vorsatz beruhte. Er hat den Vertrag darum mit der Folge der Nichtigkeit aus § 138 Abs. 1 BGB als „wucherähnliches Geschäft“ eingeordnet.

Damit keine Mißverständnisse aufkommen: Diese Vorgehensweise hat mit der Analogie als Rechtsanwendungsmethode zwar große Ähnlichkeit, es handelt sich aber *noch* um Auslegung, denn das schließliche Ergebnis ist das einer Subsumtion unter § 138 Abs. 1 BGB. Das Gesetz ist ja dadurch, daß § 138 Abs. 2 BGB nur eine Teildefinition der Sittenwidrigkeit enthält, nicht lückenhaft. Wenn keine Lücke vorliegt, braucht sie auch nicht durch Analogie geschlossen zu werden.

(ii) Anwendung anerkannter Fallgruppen

Ist die Norm schon häufig angewendet worden, so gibt es schon zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung, in denen jeweils für einen konkreten Fall entsprechende Teildefinitionen entwickelt wurden. Solche Teildefinitionen haben zwar keine über den Einzelfall hinausreichende Bindungswirkung, denn es handelt sich ja gerade *nicht* um Normen. Teildefinitionen, die schon häufig in vielen unterschiedlichen Fällen von den Gerichten verwendet worden sind, gewinnen dadurch aber oft besondere Überzeugungskraft.

Ist diese **Überzeugungskraft** allgemein anerkannt, spricht man von anerkannten Fallgruppen. Soweit es solche zu einer Norm gibt, ist es zulässig und ausreichend, darzulegen, daß der konkrete Fall die Merkmale einer solchen anerkannte Fallgruppe erfüllt.

Zu § 138 Abs. 1 BGB beispielsweise hat sich die anerkannte Fallgruppe der „wirtschaftlichen Knebelung“ entwickelt. Danach verstößt es im wirtschaftlichen Rechtsverkehr gegen die guten Sitten, die Bedingungen eines Vertrages so zu gestalten, daß dem anderen Vertragspartner kein nennenswerter Spielraum für seine unternehmerischen Entscheidungen verbleibt. Das ist Gegenstand zahlloser Entscheidungen zu „Bierlieferungsverträgen“, mit denen Brauereien früher versucht haben, Gaststätten auf Dauer an sich zu binden.

Mit der Zeit bilden sich oft **Unterfallgruppen** zu bereits anerkannten Fallgruppen, die dann

ihrerseits den Status anerkannter Fallgruppen erlangen können:

Das oben schon erwähnte „wucherähnliche Geschäft“ hat eine interessante Entwicklung hinter sich, die dies illustriert. Die Rechtsprechung hat dazu irgendwann entschieden, daß es eine tatsächliche Vermutung sowohl für die Einschränkung des freien Willens des benachteiligten Vertragspartners als auch für die Fahrlässigkeit des anderen begründet, wenn das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht nur „auffällig“, sondern „besonders kraß“ ist.

Nachdem das häufig in Ratenkreditverträgen mit Verbrauchern zu entscheiden war, hat die Rechtsprechung schließlich Kriterien dafür entwickelt, wann der Kreditzins in solchen Fällen in „besonders krasser“ Weise von marktüblichen Zinsen abweicht. Ist der Kreditgeber eine Bank, wird sie im übrigen den ihr durch die tatsächliche Vermutung aufgebürdeten Beweis - nämlich, daß sie das nicht erkennen konnte oder aber der Kunde sich nicht in einer Lage eingeschränkter Willensfreiheit befand - praktisch nicht führen können und es ist auch kein einziger Fall bekannt geworden, in dem das einer Bank gelungen wäre. Daher kann man inzwischen ohne weiteres davon ausgehen, daß der „sittenwidrige Ratenkreditvertrag zwischen Bank und Verbraucher“ eine **eigenständige Fallgruppe** innerhalb von § 138 Abs. 1 BGB darstellt, deren Voraussetzung letztlich nur noch in der entsprechenden Abweichung des effektiven Jahreszinsens vom sog. Schwerpunktzins darstellt (nämlich: um 100% relativ oder 12% absolut).

Ebenso wie eine Analogie zu gesetzlichen Teildefinitionen in Betracht kommt, ist die **Analogie zu anerkannten Fallgruppen** möglich, wenn der Fall demjenigen einer anerkannten Fallgruppe zwar nicht entspricht, aber entsprechend ähnelt. Freilich muß auch hier darauf geachtet werden, ob nicht das, was den Fall von denen der anerkannten Fallgruppe unterscheidet, nicht gerade eine andere Wertung nahelegt.

Da den anerkannten Fallgruppen zwar große Überzeugungskraft, aber keine Bindungswirkung zukommt, sind sie für eine **Änderung der Rechtspraxis** offen. Dafür bildet die Rechtsprechung zum sog. Mätressentestament ein häufig zitiertes Beispiel. Während es das *RG* anfang des 20. Jahrhunderts noch für sittenwidrig hielt, wenn jemand letztwillige Verfügungen zugunsten seiner Geliebten erstellte, ohne dafür einen erkennbar außerhalb der ehewidrigen Beziehung liegenden Zweck zu haben, hat der *BGH* später umgekehrt entschieden, daß solche Testamente nur dann sittenwidrig seien, wenn sie ausschließlich zur Belohnung sexueller Verfügbarkeit dienen sollten. Da das praktisch nie zu beweisen war, werden entsprechende Prozesse inzwischen nicht mehr geführt. Nach dem Inkrafttreten des ProstG wird man jedoch annehmen müssen, daß solche Testamente nun nicht einmal mehr dann unter § 138 Abs. 1 BGB fallen dürften. Für all das war eine Änderung von § 138 Abs. 1 BGB nicht erforderlich. Das ist die außerordentliche Flexibilität, die in solchen Generalklauseln steckt.

(iii) Interessenabwägung in Einzelfall

Führt keine der beiden genannten Methoden weiter, bleibt nur, die Umstände des Einzelfalles und die darin zum Ausgleich zu bringenden Interessen gegeneinander abzuwägen.

Hierbei ist auch der Rückgriff aus **Rechtsprinzipien** statthaft, die außer in einer Norm auch in der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe konkretisiert werden können. Das *RG* hat z.B. in seiner Rechtsprechung zum Mätressentestament mit dem Prinzip des Schutzes der Ehe argumentiert.

Rechtsprinzipien begegnen in vielen Zusammenhängen. Vor allem haben die **Grundrechte**

den Charakter von Prinzipien, deren Verwirklichung im Privatrecht letztlich nur durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung erfolgen kann, denn der Gegner im Prozeß ist - in der Regel - wiederum ein Privater, der selbst Grundrechtsträger, kein Grundrechtsadressat ist. Es sind dann auch meist kollidierende Prinzipien zu einem Ausgleich zu bringen, der beiden ein höchstmögliches Maß an Verwirklichung (Optimierung) zuteil werden läßt. (Im *Einzelfall* freilich kann sich nur eines der kollidierenden Prinzipien durchsetzen.)

Es sind dann auch die zivilrechtlichen Generalklauseln, deren Anwendung häufig zu einer erfolgreichen **Verfassungsbeschwerde** geführt hat. Ein Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung zum „kraß überforderten Bürgen“:

Es ist verschiedentlich vorgekommen, daß Banken Kredite eines Kunden durch Bürgschaften von Angehörigen absicherten, die erkennbar wirtschaftlich nicht annähernd in der Lage waren, den Kredit zurückzuzahlen. Im Ergebnis waren diese Bürgen später auf Dauer darauf verwiesen, an der Pfändungsfreigrenze zu leben. Das *BVerfG* hat entschieden, daß dies gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstößt und dem *BGH* anheimgegeben, eine Lösung zu finden. Der *BGH* wiederum hat das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als Rechtsprinzip für diese Fälle nutzbar gemacht. Er hat entschieden, daß eine Kreditbürgschaft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist, wenn

- ⌞ sie den Bürgen kraß überfordert und
- ⌞ von diesem nur aufgrund persönlicher Verbundenheit mit dem Hauptschuldner ohne eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse an dem gewährten Kredit abgegeben worden ist.

In zahlreichen Entscheidungen zu §§ 573 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB hat bei der Auslegung des Begriffs „benötigen“ eine Rolle gespielt, daß das *BVerfG* sowohl beim Vermieter als auch beim Mieter davon ausgeht, daß sie hier in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG berührt sind. Das verbietet hier sowohl eine zu enge, einseitig am Mieterinteresse als auch eine zu weite, einseitig am Vermieterinteresse ausgerichtete Interpretation. (Übrigens ist das ein Beispiel dafür, wie sich unbestimmte Rechtsbegriffe manchmal auch hinter scheinbar klaren Formulierungen verstecken können.) Daher genügt es für eine solche Kündigung zwar nicht schon, daß der Vermieter die Wohnung selbst bewohnen *will*, er muß für den Umzug in seine Wohnung schon auch einen Grund haben. Andererseits ist es unzulässig, ihm vorzuwerfen, die Wohnung sei für ihn überdimensioniert, denn ob die Wohnung die richtige Größe für ihn hat, hat allein ihr Eigentümer das Recht zu entscheiden.

Wenn zwei gleichrangige höhere Rechtsprinzipien (hier sogar: zwei gleiche) gegeneinander streiten, kann der Fall nicht schon in der Anwendung der Prinzipien seine Lösung finden. An die Stelle der *abstrakten* Frage, welches der Prinzipien den höheren Rang hat, tritt die *konkrete* Frage, aufgrund welcher Umstände des Einzelfalles sich welches Prinzip *hier* durchsetzen muß. Dabei muß beiden Prinzipien so weit als möglich Genüge getan werden. Man nennt das die Herstellung **praktischer Konkordanz** im konkreten Einzelfall. Ob sich der Vermieter oder der Mieter mit seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG durchsetzt, ist eben nur aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Falles zu entscheiden.

Ein ähnliches Beispiel bildet die Rechtsprechung der Zivilgerichte zum Recht des ausländischen Mieters, eine Satellitenempfangsanlage am Haus anzubringen, wenn er nur so Programme in seiner Muttersprache empfangen kann. Hier streitet das Grundrecht des Mieters auf Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG) gegen das des Vermieters an seinem Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), wozu die Gestaltung der Außenfassade gehört. Praktische Konkordanz wird hier dadurch erreicht, daß nur Mietern mit einem bestimmten kulturellen Hintergrund und nur unter zusätzlichen Bedingung (Sicherheitsleistung für

Wiederherstellung des alten Zustandes, Bestimmungsrecht des Vermieters zum Standort der Anlage u.ä.) ein Recht zum Betrieb einer solchen Anlage zugestanden wird.

Zuweilen sind auch **Interessen derselben Person** gegeneinander abzuwägen. So sind für die Frage, was dem „Wohl des Kindes“ (z.B. in §§ 1666 Abs. 1, 1671 Abs. 2 Nr. 2, 1680 Abs. 2, 1684 Abs. 3, 1685 BGB und allgemein 1697a BGB) entspricht, das Kontinuitätsinteresse, das Förderungsinteresse, die Wünsche des Kindes und - kraft der Legalteildefinition in § 1626 III BGB - das Interesse an der Aufrechterhaltung bestehender Bindungen maßgeblich und im Einzelfall zum Ausgleich zu bringen, wobei die in Art. 6 Abs. 1 GG steckende Wertung (Präferenz der natürlichen Familie) als Rechtsprinzip auch in die Entscheidung hineinwirkt.

b) vertikale Normenharmonisierung

Normen mit Geltungsvorrang vor anderen Normen setzen sich jedenfalls durch. Das weiß auch die Institution, die die niederrangigen Normen erläßt. Daher kann man unterstellen, daß sie einen Widerspruch zum höherrangigen Recht nicht beabsichtigt. Dies wiederum zwingt uns dazu, das niederrangige Recht im Zweifel so auszulegen, daß es mit dem höherrangigen Recht vereinbar ist. Von mehreren möglichen Auslegungen eines Begriffes ist daher eine zu wählen, bei der die Gültigkeit der Norm nicht in Frage steht.

Entsprechend den verschiedenen Fällen des Geltungsvorrangs gibt es:

- ⌞ die **gesetzeskonforme Auslegung** von Rechtsverordnungen und Satzungen,
- ⌞ die **bundesrechtskonforme Auslegung** von Landesrecht,
- ⌞ die **primärrechtskonforme Auslegung** von EU-Sekundärrecht und - vor allem -
- ⌞ die **verfassungskonforme Auslegung** einfachen Rechts.

Diese Formen der vertikalen Normenharmonisierung stehen nicht etwa zur Disposition des Gesetzesanwenders. Das *BVerfG* hat mehrfach entschieden, daß dergleichen Vorrang vor der Nichtigerklärung von Normen hat. Ebenso wie im Vertragsrecht gilt auch für Gesetze: **Auslegung geht vor Nichtigkeit.**

Als ein Beispiel für die Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung kann § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB dienen: Danach haben Kinder ein „Recht auf gewaltfreie Erziehung“. Die Frage, was „gewaltfreie Erziehung“ ist, ist hier im Lichte von Art. 6 Abs. 2 GG zu betrachten, der dem Staat in Erziehungsfragen nur eine Wächterrolle zubilligt. § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB wäre danach nichtig, wenn man in ihm die Festlegung eines bestimmten Erziehungsstiles als verbindlich sehen wollte. Er ist daher verfassungskonform eng auszulegen, nämlich dahin, daß „gewaltfrei“ hier nur die Abwesenheit unmittelbarer körperlicher Gewalt meint.

Von der verfassungskonformen Auslegung unterscheidet sich die **verfassungsfreundliche Auslegung** darin, daß sie nicht zwingend ist. Verfassungsfreundlich wird eine Norm ausgelegt, wenn ihr von mehreren möglichen Bedeutungen diejenige gegeben wird, die ein Verfassungsprinzip *besser* zur Geltung bringt, ohne daß aber andere Auslegungen schon zur Verfassungswidrigkeit führen würden.

Auch das läßt sich an § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB demonstrieren: Der Wortlaut der Norm legt es zunächst nahe, in dem „Recht auf gewaltfreie Erziehung“ ein subjektives Recht des Kindes zu sehen, das sich gegen seine Eltern richtet. Nun gründet sich diese Norm aber - wie sich insbesondere aus § 1631 Abs. 2 S. 2 BGB ergibt - auf den Schutz der Menschenwürde des Kindes. Wäre mit § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB ein rein subjektives Recht des Kindes gemeint, wäre dieser Schutz sehr unvollkommen, denn das Kind kann seine subjektiven Rechte ja nur durch seinen gesetzlichen Vertreter durchsetzen, das sind aber gerade die Eltern. § 1631 Abs.

2 S. 1 BGB ist daher in dieser Auslegung, was den Schutz der Menschenwürde des Kindes angeht, ineffektiv. Er dürfte daher **verfassungsfreundlich** so zu lesen sein, daß er - zumindest auch - objektives Recht konstutuiert, dessen Durchsetzung durch die Allgemeinheit gewährleistet wird (z.B. durch die Strafnormen in §§ 223 ff. StGB).

Der Unterschied zwischen verfassungskonformer und verfassungsfreundlicher Auslegung liegt in der Einordnung der verwendeten Argumente: Die verfassungskonforme Auslegung gründet sich ausschließlich auf ein *systematisches* Argument, während sich bei der verfassungsfreundlichen Auslegung systematische mit teleologischen Argumenten vermischen, denn die Überlegung, bei welcher Auslegung die Prinzipien der Verfassung am besten zur Geltung kommen, ist eine Folgenbetrachtung, mithin ein teleologisches Argument.

Besonders stark ausgeprägt sind Argumente der genannten Art übrigens in der Rechtsprechung des *EuGH* zur Frage der Auslegung des europäischen Rechts. Der EuGH folgt hier dem sog. **Effet-utile-Prinzip**, wonach alle Normen des EU-Sekundärrechts so auszulegen sind, daß die EU-Freiheiten möglichst effektiv zur Geltung gelangen. Wie eben gezeigt, kann der Gedanke des *effet utile* aber durchaus auch bei der Auslegung inländischen Rechts eine Rolle spielen.

Eigentlich bildet die Grenzbedeutung des Wortlauts auch die Grenze der verfassungskonformen Auslegung einer Norm. Dennoch darf bei ihm nicht stehengeblieben werden. Das *BVerfG* verlangt, daß der Rechtsanwender auch prüft, ob eine Norm dem Nichtigkeitsverdikt nicht dadurch entgehen kann, daß sie verfassungskonform reduziert oder um eine verfassungskonforme Analogie ergänzt wird:

§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB z.B. lautete bis zum KindRG von 1998, dahin, daß die Mutter ihre Unterhaltspflicht in der Regel schon durch Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt. Das ist verfassungskonform so gelesen worden, daß dies auch für den Vater gilt, der sich ausschließlich um das Kind kümmert. Hier ist die Grenze der Auslegung in Wahrheit überschritten worden. Denn der Begriff „Mutter“ umfaßt auch in seiner Grenzbedeutung den Vater nicht. Damit § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB nicht wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG für nichtig gehalten werden mußte, wurde er in Wahrheit in Fällen der genannten Art *analog* angewendet, was freilich voraussetzte, daß die sonstigen Voraussetzungen für eine Analogie vorlagen. Da sie das taten, war die Analogie - weil zur Rettung der Norm vor der Nichtigkeit erforderlich - zwingend geboten.

Einen weiteren Anwendungsfall der verfassungskonformen Auslegung bildet die **Wechselwirkungstheorie** (auch „Schaukeltheorie“) des *BVerfG*. Danach ist ein Gesetz, das ein Grundrecht einschränkt, immer *im Lichte dieses Grundrechts* auszulegen, damit unverhältnismäßige Grundrechtseingriffe vermieden werden.

§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB schränkt z.B. die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2 GG ein. Im Lichte dieser Grundrechte ist er dahin auszulegen, daß eine freiheitsentziehende Unterbringung zur medizinischen Behandlung nur „erforderlich“ ist, wenn sie zugleich mit Blick auf die Folgen der Nichtbehandlung angemessen ist. Andernfalls würde § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nämlich auch *unverhältnismäßige* Eingriffe in die genannten Grundrechte gestatten und wäre nichtig.

B. Rechtsfortbildung

Die Methoden der Rechtsfortbildung lassen sich grob in zwei Kategorien einteilen, nämlich

- solche der **Gesetzesergänzung**, von denen wir drei behandeln, nämlich die

- Gesetzesanalogie, die Rechtsanalogie und die freie Rechtsfortbildung und
- solche der **Gesetzeskorrektur**, von denen wir wiederum drei behandeln, nämlich die berichtigende Auslegung, die teleologische Reduktion und die Entscheidung *contra legem*.

1. Gesetzesergänzung

Eine Gesetzesergänzung ist immer notwendig, wenn das Gesetz eine planwidrige Lücke aufweist. Dazu muß es in einem bestimmten Punkt unvollständig sein.

Es gibt drei Arten von **Gesetzeslücken**:

Die erste davon sind **logische Lücken**. Man erkennt sie daran, daß auf sie der Satz zutrifft: „**So kann es nicht sein!**“ Sie werden schon im ersten Schritt der Auslegung, der logischen Auslegung, offenbar. § 904 S. 2 BGB ist ein Beispiel hierfür: Es ist nicht möglich, daß der Eigentümer der in Anspruch genommenen Sache einen Schadensersatzanspruch hat, hierfür aber ein Anspruchsgegner nicht existiert.

Ein - schon subtileres - Beispiel liefert § 1318 BGB: Wenn eine Ehe aufgehoben wird, bestimmen sich die Rechtsfolgen gemäß § 1318 Abs. 1 BGB nur nach Scheidungsfolgenrecht, wenn das in den Folgeabsätzen bestimmt wird. In anderen Fällen sind die Folgen der Eheaufhebung also *nicht* die gleichen wie bei der Scheidung. § 1355 Abs. 5 S. 1 BGB regelt, welche Folgen die Scheidung für die Führung des Ehenamens hat, nämlich - zunächst - keine. Da das Namensrecht in § 1318 Abs. 2 bis 5 BGB nicht erwähnt wird, greift § 1318 Abs. 1 BGB, der - im Zusammenhang mit § 1355 Abs. 5 S. 1 BGB - als Rechtsfolge ergibt: Die Aufhebung der Ehe hat für die Führung des Ehenamens *nicht keine* Folgen. Das Gesetz erwähnt aber an keiner Stelle, *welche* Folgen sie denn hat. Mit anderen Worten: Das Gesetz bestimmt, *daß* Rechtsfolgen eintreten, aber nicht welche. Das kann nicht sein.

Ein weiteres Beispiel ergibt sich aus den §§ 1616 bis 1617a BGB: Wird ein Kind geboren, dessen Eltern einen gemeinsamen Namen führen, erhält es diesen (§ 1616 BGB). Haben sie keinen gemeinsamen Namen, sind aber gemeinsam sorgeberechtigt, regelt § 1617 BGB den Geburtsnamen und § 1617a BGB schließlich regelt, welchen Geburtsnamen ein Kind erhält, dessen Eltern verschiedene Namen haben und von denen nur einem die elterliche Sorge zusteht. Das Gesetz regelt nicht, welchen Geburtsnamen ein Kind erhält, dessen Eltern keinen gemeinsamen Namen haben und von denen *keinem* die elterliche Sorge zusteht. Das kann nicht sein.

Eine **systematische Lücke** erkennt man hingegen daran, daß auf sie der Satz zutrifft: „**So darf es nicht sein!**“ Das Gesetz ergibt hier zwar ein logisch denkbare Ergebnis. Dieses Ergebnis führt aber in einen Wertungswiderspruch. Das Gesetz soll solche Widersprüche - im Zweifel - nicht enthalten.

Ein Beispiel dieser Art folgt aus § 1004 Abs. 1 BGB. Er gibt demjenigen, dem eine Verletzung seines Eigentums droht, eine Anspruch auf Unterlassung (actio negatoria). Würde es § 1004 Abs. 1 BGB nicht geben, müßte er die Verletzung hinnehmen, um danach Schadensersatz verlangen zu können (§ 823 Abs. 1 BGB). Nun gilt § 823 Abs. 1 BGB für andere absolute Rechte, vor allem die Persönlichkeitsrechte, auch. Soll für diese denn nun gelten: „Dulde und liquidiere?“ Kann ich gegen jemanden, der mir auf den Kopf hauen will, nichts unternehmen, während ich den, der (nur) meiner Gipsstatue auf den Kopf hauen will, auf Unterlassung verklagen kann?

Das wäre widersprüchlich. Daher kann man analog § 1004 Abs. 1 BGB auf Unterlassung klagen, wenn die Verletzung eines anderen absoluten Rechts droht (acto

quasinegatoria).

Eine **teleologische Lücke** schließlich erkennt man daran, daß auf sie der Satz zutrifft: „**So soll es nicht sein!**“ Das Ergebnis, das sich aus der Auslegung des Gesetzes ergäbe, ist logisch möglich und auch widerspruchsfrei, es ist jedoch mit dem Zweck der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren.

Für die Versteigerung von Pfandsachen ordnet § 1240 Abs. 1 BGB an, daß solche aus Gold oder Silber nicht unter dem Materialwert zugeschlagen werden dürfen. Der Grund dafür ist, daß ja andernfalls durch freihändigen Verkauf nach § 1221 BGB ein höherer Preis erzielt worden wäre. Daß § 1240 Abs. 1 BGB eine Kette aus Platin nicht erfaßt - denn das wäre jenseits der Grenzbedeutung des Wortlauts - ist weder ein logischer Bruch, noch führt es in Wertungswidersprüche. Der Zweck von § 1240 Abs. 1 BGB trifft jedoch auf die Platinkette zu. Auch hier existiert ein von der Form unabhängiger, börsennotierter Materialwert, der bei freihändigem Verkauf jedenfalls erzielbar wäre. Das Ergebnis - Zuschlag der Platinkette unter dem Materialwert möglich - ist mit dem Zweck von § 1240 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren.

Nur logische Lücken machen die Rechtsfortbildung zwingend notwendig. Lücken anderer Art tun dies nicht, wenn der **Umkehrschluß** aus einer Norm möglich ist, man also in den Tatbestand das Wort „nur“ hineinlesen kann, ohne daß gerade dies zu einem unerträglichen Ergebnis führt. Dann ist die Lücke „planvoll“ und ein Lückenschluß durch Rechtsfortbildung ist verboten.

Es kommt für die Planwidrigkeit übrigens *nicht* darauf an, daß der Gesetzgeber die Lücke unbewußt geschaffen hat. Das wird zwar häufig so sein, doch kann gerade auch eine vom Gesetzgeber bewußt gelassene Lücke planwidrig sein, nämlich wenn der Gesetzgeber selbst sich den Lückenschluß durch die Rechtsanwender vorgestellt hat.

Für die Ermittlung der **Planwidrigkeit** der Lücke ist daher der Umkehrschluß näher zu betrachten. Die Lücke ist nicht planwidrig, wenn sich für das aus dem Umkehrschluß folgende Ergebnis gute Gründe anführen lassen.

§ 1363 BGB bestimmt die Zugewinnngemeinschaft zum gesetzlichen Güterstand. Das Vermögen der Ehegatten bleibt während der Ehe getrennt. Bei Auflösung der Ehe findet ein Ausgleich statt. Wird die Ehe unter Lebenden aufgelöst, richtet sich dieser nach den §§ 1372 ff. BGB. Wird die Ehe durch Tod eines Ehegatten aufgelöst, gilt § 1371 BGB. Was aber gilt, wenn die Ehe durch den *gleichzeitigen* Tod *beider* Ehegatten aufgelöst wird? Der Umkehrschluß aus §§ 1371, 1372 BGB lautet: Dann wird nichts ausgeglichen. Das hat der *BGH* in der Tat auch so entschieden und zwar mit der Begründung, es gebe gute Gründe dafür, den Ausgleich - in welcher Art auch immer - als ein *persönliches* Recht der Ehegatten zu begreifen. Dann ist es logisch, daß das Gesetz für diesen Sonderfall keinen Ausgleich vorsieht. Die Lücke ist (obwohl sicher unbewußt gelassen) planvoll.

Sogar wenn der Umkehrschluß in einen **Wertungswiderspruch** mündet, kann er planvoll sein, nämlich, wenn der Widerspruch unvermeidlich ist, also in jedem Fall auftritt. Ein Beispiel für solche eine Situation ist die Frage der Rechtsfolgen der anfechtbaren Vollmacht. Wenn A dem B eine Außenvollmacht erteilt, mit C einen Vertrag zu schließen und diese Vollmacht beruht auf einem relevanten Irrtum, so daß er sie nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten kann, haftet er gemäß § 122 Abs. 1 BGB lediglich auf das negative Interesse. Erteilt er gar keine Außenvollmacht, sondern erweckt er durch eine Erklärung i.S.v. § 171 Abs. 1 BGB nur den Eindruck, er habe B Vollmacht erteilt, obwohl er das gar nicht getan hat, haftet er dagegen voll aus dem abgeschlossenen Vertrag. Nun versuchen manche, dieses Ergebnis zu vermeiden, indem sie §§ 171, 172 BGB auf den Fall der irrtümlich erteilten

Vollmacht analog anwenden wollen. Das führt aber in einen anderen Widerspruch: Wer irrtümlich *Vollmacht* erteilt, muß schärfer haften als jemand, der das Geschäft irrtümlich gleich *selbst* vornimmt. Da *in jedem Fall* ein Widerspruch bleibt, fehlt auch dieser Regelungslücke die Planwidrigkeit.

Schließlich ist die Lücke hinzunehmen, wenn ein **Analogieverbot** besteht. Indem Art. 103 Abs. 2 GG für eine Bestrafung stets ein geschriebenes Gesetz fordert, erklärt er damit zugleich Strafbarkeitslücken für *per se* plangemäß. Die Bezeichnung „Analogieverbot“ ist freilich mißverständlich, denn Art. 103 Abs. 2 GG schließt *jede* Gesetzesergänzung von Straftatbeständen aus.

Ein - wenn auch eingeschränktes - Analogieverbot ergibt sich ferner aus den Bestimmungen im Grundgesetz, die die Einschränkung von Grundrechten nur durch oder aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulassen (sog. qualifizierter Gesetzesvorbehalt, vgl. z.B. Art. 12 GG). Hier bleibt die Gesetzesergänzung durch direkt auf andere Verfassungsbestimmungen gegründete Argumente zulässig.

a) Gesetzesanalogie

Gesetzesanalogie ist das Schließen der Lücke durch die entsprechende Anwendung einer **bestimmten Norm**.

Aus der Ähnlichkeit der vorliegenden Interessenlage mit derjenigen, die der Norm zugrundeliegt, wird der Schluß gezogen, daß der vorliegende Fall in einer dieser Norm entsprechenden Weise gelöst werden kann.

Drei zulässige Argumentationsmuster begegnen uns hierbei immer wieder:

- ⌞ Das argumentum **a maiore ad minus** lautet: „Wenn unter den in der Norm genannten Voraussetzungen die dort bezeichneten Rechtsfolgen eintreten, dann muß unter den hier ebenfalls vorliegenden Voraussetzungen die hier geltend gemachte und geringere Rechtsfolge ebenfalls eintreten.“
- ⌞ Das - eng verwandte - argumentum **a minore ad maius** lautet: „Wenn unter den in der Norm genannten - geringeren - Voraussetzungen die dort bezeichnete Rechtsfolge eintritt, dann muß diese Rechtsfolge erst recht unter den hier vorliegenden - stärkeren - Bedingungen eintreten.“
- ⌞ Das argumentum **a simili** lautet: Wenn unter den dort bezeichneten Rechtsfolgen die dort bezeichnete Rechtsfolge eintritt, so muß unter den hier vorliegenden - und von der Interessenlage gleichen - Voraussetzungen die entsprechende gleiche Rechtsfolge eintreten.

Die verwendeten Argumente können systematischer und teleogischer Natur sein. Sie müssen jedoch geeignet sein, in folgendem Dreischritt die Analogie zu begründen:

1. Es gibt eine Norm X, die nicht so *ausgelegt* werden kann, daß sie auf den vorliegenden Fall anwendbar ist.
2. Die Art und Weise, mit der die Norm X einen Ausgleich der Interessen der Beteiligten vornimmt, folgt einer bestimmten Wertung.
3. Diese Wertung trifft auf den vorliegenden Fall in gleicher Weise oder sogar erst recht zu.

Als Beispiel eines argumentum **a maiore ad minus**, das bei Verfahrensvorschriften häufig vorkommt, kann § 13 FamFG dienen. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht jedem Außenstehenden, der ein berechtigtes Interesse nachweist, Einsicht in die Verfahrensakten

gewähren. Da ein solches berechtigtes Interesse also *sogar* dazu führen kann, daß der Dritte den kompletten Vorgang kennt, kann das Gericht *erst recht* einzelne Auskünfte über aus den Akten ersichtliche Umstände erteilen, wenn ein berechtigtes Interesse dafür besteht. § 13 FamFG gilt daher für Auskünfte aus Verfahrensakten entsprechend. Auch ihre analoge Anwendung verdrängt - als Spezialregelung - die Datenschutzgesetze der Länder.

(Nicht zwingend wäre dieser Schluß für *Ansprüche* auf Akteneinsicht einerseits, Auskunftserteilung andererseits, denn das eine ist für das Gericht mit weniger Aufwand zu erfüllen als das andere. Um Auskünfte erteilen zu können, muß der Richter die Akte erst lesen.)

Mit dem argumentum **a minore ad maius** ist eine der oben erwähnten Lücken zu schließen: § 1240 Abs. 1 BGB soll verhindern, daß ein Pfandstück verschleudert wird, dessen Materialwert so hoch ist, daß er seinen Sachwert möglicherweise übersteigt. Wenn das *schon* für Silber und Gold angenommen wird, muß es *erst recht* für das noch wertvollere Platin gelten. § 1240 Abs. 1 BGB ist daher auf Wertsachen aus Platin analog anzuwenden.

(Nicht zwingend ist dieser Schluß für Schmuck, der Juwelen enthält, denn aus ihm kann das Rohmaterial nicht in börsenhandelsfähigem Zustand zurückgewonnen werden. Man kann Steine nicht einschmelzen und der Markt für Rohdiamanten ist ein anderer als der für geschliffene.)

Die Anwendung von § 177 bis 179 BGB auf den Boten ohne Botenmacht ist ein Beispiel für das **argumentum a simili**.

Zunächst ist festzustellen, daß das Gesetz den Fall, daß jemand behauptet, die Erklärung eines anderen zu überbringen, von dem eine solche Erklärung aber überhaupt nie abgegeben wurde, nicht regelt.

Dann ist festzustellen, daß die Lücke planwidrig ist. Ein Umkehrschluß (daß das Auftreten eines Boten ohne Botenmacht schlicht überhaupt keine Rechtsfolgen hat) ist zwar denkbar, er steht aber mit einem zentralen Prinzip des Zivilrechts, nämlich dem Schutz der Interessen des gutgläubigen Rechtsverkehrs nicht in Einklang. Es handelt sich um eine Lücke vom Typ: „So soll es nicht sein!“

Im dritten Schritt wird festgestellt, wie die §§ 177 bis 179 BGB die Interessen der drei Beteiligten, nämlich des Vertreters ohne Vertretungsmacht, des angeblich Vertretenen und des Dritten einem Ausgleich zuführen. Im dritten Schritt kann dann festgestellt werden, daß es für diese Wertung gleichgültig ist, ob ein falscher Vertreter oder ein falscher Bote aufgetreten ist. Das macht für den Dritten so wenig einen Unterschied wie für den angeblichen Urheber der Erklärung. Die Interessen des falschen Boten wiederum werden, soweit sie überhaupt schutzwürdig sind, durch die in §§ 179 Abs. 2 und 3 BGB geregelten Einschränkungen ebenso gut wie die eines falschen Vertreters gewahrt.

Daraus kann dann der Schluß gezogen werden, daß die §§ 177 bis 179 BGB für den Boten ohne Botenmacht analog gelten. Für § 179 Abs. 3 S. 2 BGB gilt das wieder mit der Maßgabe, daß die Freiheit von der Haftung für einen geschäftsunfähigen Boten *erst recht* gelten muß - ein *argumentum a minore ad maius*.

b) Rechtsanalogie

Die Rechtsanalogie wird auch - und vielleicht besser - Gesamtanalogie genannt. Der Lückenschluß erfolgt bei ihr dadurch, daß aus einer Gruppe von Normen, die vergleichbare Interessen in vergleichbarer Weise ausgleichen sollen, das dahintersteckende **allgemeine Prinzip** ermittelt wird, das dann auf andere - nicht gesetzlich geregelte - Fälle direkt angewendet werden kann. Da Prinzipien niemals direkt anwendbar sind, geschieht dies durch

die Konstruktion einer Regel, die als Analogie zu der Gesamtheit der einzelnen Normen auftritt, in denen das Prinzip im Gesetz verwirklicht ist.

Bei der Rechtsanalogie stellt die Feststellung der **Planwidrigkeit** der Lücke das entscheidende Problem dar. Prinzipien verwirklichen sich dadurch, daß sie die Gestalt konkreter Normen annehmen. Wenn mehrere Prinzipien miteinander kollidieren, löst die konkrete Norm zugleich diesen Konflikt. Dabei muß der Gesetzgeber den Konflikt nicht stets zugunsten des gleichen Prinzips lösen. Wenn er nur konkrete Einzelnormen - statt einer Generalklausel - schafft, kann darin gerade ein Plan stecken: Nur in den geregelten Situationen soll der Konflikt in der bezeichneten Art aufgelöst werden.

Mit anderen Worten: Der Umkehrschluß, der für eine Rechtsanalogie ausgeschlossen sein muß, ist der, daß die Einzelnormen als **abschließende Sonderfälle** zu begreifen sind.

Die zweite Schwierigkeit ist die, festzustellen, ob sich die Einzelnormen denn tatsächlich auf ein **einheitliches Prinzip** zurückführen lassen.

So hat des der *BGH* z.B. abgelehnt, die Genehmigungsbedürftigkeit der Einwilligung des Betreuers in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (siehe jetzt § 1904 Abs. 2 BGB) im Wege der Rechtsanalogie aus den §§ 1904 bis 1907 BGB abzuleiten. Es handele sich um Einzelvorschriften, denen ein gemeinsames Prinzip, auf das sie sich gründen fehlt.

Typisches Beispiel für eine Rechtsanalogie ist die **Anscheinsvollmacht**. Die §§ 170 bis 172 BGB ordnen für folgende Fälle an, daß jemand sich das Verhalten eines anderen in seinem Namen als eigenes zurechnen lassen muß, obwohl keine wirksame Vollmacht vorlag:

- ⊣ Die Außenvollmacht ist (ohne Widerruf) erloschen, ohne daß dies dem Dritten bekanntgegeben wurde (§ 170 BGB).
- ⊣ Jemand hat behauptet, eine Vollmacht erteilt zu haben, obwohl er das gar nicht (bzw. so nicht) getan hat (§ 171 BGB).
- ⊣ Es existiert eine Vollmachtsurkunde über eine nicht (oder so nicht) erteilte (§§ 172 I, 171 BGB) oder schon wieder erloschene (§§ 172 I, 170 BGB) Vollmacht.

Diesen Normen steckt folgende **allgemeine Überlegung** zugrunde:

In den genannten Fällen kollidieren das Prinzip des Schutzes des Rechtsverkehrs und der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts miteinander. Vorausgesetzt, der Erklärungsempfänger ist schutzwürdig, so ist es sachgerecht, das Selbstbestimmungsrecht des angeblich Vertretenen zurücktreten zu lassen, wenn dieser den Anschein der Vertretungsmacht selbst geschaffen hat. Daher ist in Fällen, die von den §§ 170 bis 172 BGB nicht erfaßt werden, ebenfalls von Vertretungsmacht auszugehen, wenn der Vertretene in zurechenbarer Weise den *Anschein* von Vertretungsmacht erweckt hat und der Erklärungsempfänger schutzwürdig ist. Was schutzwürdig ist und was nicht, folgt hierbei aus § 173 BGB: Der Erklärungsempfänger muß auf das Bestehen der Vertretungsmacht vertraut haben und ihm darf hierbei keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein (vgl. zum Kennenmüssen die Legaldefinition in § 122 Abs. 2 BGB).

Daraus ergibt sich folgende aus der Rechtsanalogie gewonnene **Regel**: Zugunsten eines Dritten, der den Mangel der Vertretungsmacht weder kennt noch kennen muß, gilt als bevollmächtigt derjenige, von dem der Vertretene in zurechenbarer Weise den Anschein erzeugt hat, er sei bevollmächtigt.

c) freie Rechtsfortbildung

Unter freier Rechtsfortbildung versteht man die Anwendung einer Regel auf den konkreten Fall, die im Gesetz keinerlei Stütze hat, sondern in Ergänzung der Gesetze zur Lösung des

Falles aufgestellt worden ist.

Hierfür braucht es

- ⊃ eine planwidrige Lücke im Gesetz, und
- ⊃ das Fehlen von Normen, die zur Schließung der Lücke analog angewendet werden könnten.

Die Lücke ist dann so zu füllen, wie es **allgemeine Rechtsprinzipien** erfordern. Auch hier werden die Prinzipien in einer Regel konkretisiert, allerdings einer, die der Rechtsanwender für den konkreten Fall selbst formuliert.

Der freien Rechtsfortbildung sind enge Grenzen gesetzt, denn sie stellt eine Durchbrechung der Gewaltenteilung dar. Entsprechend streng sind die Anforderungen an die Feststellung der planwidrigen Lücke. Im wesentlichen kommen folgende Anwendungsfälle in Betracht:

Möglich ist, daß die **Natur der Sache** eine Regelung zwingend erfordert, die aber nicht vorhanden ist. So ist in Art. 70 Abs. 1 GG ja geregelt, daß das Recht der Gesetzgebung den Ländern zusteht, soweit es dem Bund nicht durch die Verfassung gegeben ist. Über die im Grundgesetz genannten Bundeszuständigkeiten hinaus nimmt man jedoch an, daß es einige wenige Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes kraft „Natur der Sache“ gibt, weil es z.B. einfach nicht sein kann, daß die Länder bestimmen, welche nationalen Gedenk- und Feiertage begangen werden sollen, es aber ja auch schlecht sein kann, daß es Deutschland ganz verwehrt sein sollte, solche Tage festzulegen.

Weiter kann freie Rechtsfortbildung notwendig sein, wenn gesetzliche Vorschriften **außer Kraft getreten** sind und nichts an ihre Stelle getreten ist.

Als am 1. April 1953 gemäß Art. 117 Abs. 1 GG alle gleichberechtigungswidrigen Vorschriften außer Kraft traten, gab es oft nichts, was an ihrer Stelle hätte angewendet werden können.

Auch hier ist freilich Voraussetzung, daß der Umkehrschluß aus dem Fehlen von Normen nicht zu einem akzeptablen Ergebnis führt. Für das eheliche Güterrecht ist für die Zeit von 1953 bis 1958 z.B. angenommen worden, daß aus dem Fehlen der (gleichberechtigungswidrigen) Normen zum gesetzlichen Güterstand in allen vertraglosen Ehen Gütertrennung eingetreten sei.

Manche Bundesländer erlassen zur Zeit Rechtsbereinigungsgesetze, durch die eine Fülle von Vorschriften ersatzlos gestrichen wird. Auch hierbei könnten eventuell entsprechende Lücken entstehen.

Schließlich ist es denkbar, daß **neue Rechtsfragen** auftreten, für die eine gesetzliche Regelung fehlt, obwohl sie notwendig wäre. Freilich sind Gesetze abstrakt formuliert, gerade *weil* die zu entscheidenden Fälle nicht vorhersehbar sind. Rechtsfortbildung kommt daher so lange nicht in Frage, wie ein akzeptables Ergebnis auch durch Auslegung oder analoge Anwendung bestehender Regeln gelöst werden kann.

Bis vor wenigen Jahren gab es z.B. keinen Grund dafür, gesetzlich zu regeln, wer die Mutter eines Kindes ist. Erst als die Medizin die Leihmutterchaft möglich gemacht hat, hat sich die Frage gestellt, ob „Mutter“ im Rechtssinne denn die Frau ist, von der die Eizelle stammt oder die, die das Kind ausgetragen und geboren hat. Das war aber eine Frage, die die *Auslegung* des Wortes Mutter in den entsprechenden Vorschriften betraf und dementsprechend auch durch Auslegung gelöst werden konnte. Andere haben vorgeschlagen, die Vorschriften über Feststellung und Anfechtung der Vaterschaft analog anzuwenden. Seit

1998 wird das Problem durch § 1591 BGB gelöst. Eine Lösung durch freie Rechtsfortbildung war aber zu keiner Zeit erforderlich.

Manchmal ist es das **verfassungsrechtliche Untermaßverbot**, das zur freien Rechtsfortbildung zwingt. Hierunter versteht man die staatliche Pflicht, die Grundrechte des Bürgers effektiv zu schützen. Diese Pflicht trifft *alle* Staatsgewalten. Erfüllt sie der Gesetzgeber nicht, ist die Justiz hierzu im Wege der Rechtsfortbildung aufgerufen.

So hat der *BGH* z.B. entschieden, daß es dem effektiven Schutz des Lebens (Art. 2 II 1 GG) widersprechen würde, könnte der gesetzliche Vertreter eines Erwachsenen in dessen Namen in die Beendigung von lebenserhaltenden Maßnahmen ohne vorherige vormundschaftsgerichtliche Überprüfung der Entscheidung einwilligen. Daher sei in freier Rechtsfortbildung ein entsprechendes Genehmigungserfordernis anzunehmen (siehe nunmehr § 1904 Abs. 2 BGB).

In freier Rechtsfortbildung hat der *BGH* wegen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dem Geschädigten Ansprüche auf Ersatz des immateriellen Schadens zugebilligt. Das sei notwendig, um den in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG verankerten Anspruch gegen den Staat auf Achtung und Schutz seiner Persönlichkeit zu erfüllen. Die - analog § 1004 Abs. 1 BGB - gegebenen Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung seien hierzu ebensowenig ausreichend wie der aus § 823 Abs. 1 BGB folgende Anspruch auf Ersatz der *materiellen* Schäden, wenn beides für den Schädiger zu wenig lästig sei, um ihn von Persönlichkeitsverletzungen zuverlässig abzuhalten.

Das ist auch in der Tat anders nicht begründbar, weil § 253 Abs. 2 BGB eine Analogie nicht zuläßt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat keine annähernd gleiche Bedeutung wie die dort genannten persönlichen Rechtsgüter.

d) Gesetzesergänzung und Gewohnheitsrecht

Existieren Normen des Gewohnheitsrechts schon, die auf den Fall angewendet werden können und geeignet sind, die planwidrige Gesetzeslücke zu füllen, so ist für Gesetzesergänzungen kein Raum. Insofern ist das Gesetz als um die Normen des Gewohnheitsrechts ergänzt zu denken.

Ansonsten kann durch Gesetzesergänzung im Ergebnis Gewohnheitsrecht *entstehen*. Allen Formen der Gesetzesergänzung ist gemein, daß abstrakt formulierte Regeln angewendet werden, die für den anzuwendenden Fall erst entwickelt werden müssen. Geschieht dies über einen längeren Zeitraum hinweg in einer Vielzahl von gleichartigen Fällen, liegen die Voraussetzungen dafür vor, in diesen Regeln nunmehr Normen zu sehen, die auch für künftige Fälle Gültigkeit beanspruchen. Das ist für die freie Rechtsfortbildung nicht weiter umstritten. M.E. gibt es keinen Grund, es nicht für Regeln, die ursprünglich als Gesetzes- oder Rechtsanalogien entstanden sind, ebenso zu sehen.

Jedenfalls aber ist es für die **Fallbearbeitung** zulässig, alle Fälle einer entsprechend gefestigten Gesetzesergänzung *wie* Gewohnheitsrecht anzuwenden, sich nämlich darauf zu beschränken, die entsprechende Regel als „allgemein anerkannt“ einzuführen und dann anzuwenden.

2. Gesetzeskorrektur

Zuweilen fehlen nicht Normen, sondern sie sind im Überfluß vorhanden. Das Gesetz besagt etwas, was es gar nicht besagen kann oder jedenfalls vernünftigerweise nicht besagen sollte. In engen Grenzen kann dann der Rechtsanwender zur Korrektur des Gesetzes aufgerufen sein. Diese gibt es in drei Formen, nämlich

- ⌊ als reine Textberichtigung,

- ⊣ als teleologische Reduktion und
- ⊣ als Nichtanwendung des Gesetzes (Entscheidung *contra legem*).

a) Textberichtigung

Offensichtliche gesetzgeberische Versehen darf man dadurch bereinigen, daß man das Gesetz so liest, wie es *gemeint* war, statt wie es formuliert wurde. Offensichtlich ist ein solches Versehen, wenn es schon aus dem Text selbst klar ersichtlich ist. Meistens werden Beispiele hierfür bei Gelegenheit vom Gesetzgeber selbst korrigiert. Eines, das seit über 100 Jahren im Gesetz steht, findet sich in § 919 Abs. 1 BGB, wo natürlich ein Grenzstein gemeint ist, der „verrückt worden“ ist.

Berichtigt werden dürfen auch sog. „Redaktionsversehen“ des Gesetzgebers, wenn sie eindeutig genug sind, der Gesetzestext nämlich keinen rechten Sinn ergibt.

In einigen Vorschriften des Verjährungsrechts (z.B. in §§ 199 und 203 BGB) werden die Beteiligten als „Gläubiger“ und „Schuldner“ bezeichnet. Das sind nach der Legaldefinition in § 241 Abs. 1 S. 1 BGB der Inhaber und der Gegner eines schuldrechtlichen Anspruchs. Da nach § 194 Abs. 1 BGB aber *alle* Ansprüche (nicht nur schuldrechtliche) der Verjährung unterliegen sollen und die entsprechenden Vorschriften auch nicht für andere Ansprüche einfach fehlen können, kann man dies als reines Versehen des Gesetzgebers betrachten und dahin korrigieren, daß man „Anspruchsinhaber“ und „Anspruchsgegner“ liest.

Wenn man will, kann man auch sprachliche Entgleisungen wie in § 24 Abs. 3 S. 1 SGB VIII dazu rechnen, denn natürlich, soll nicht „ein“ Kind, sondern „jedes“ Kind ab drei Jahren Anspruch auf den Besuch einer Tageseinrichtung haben - oder wie in § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II, wo der „andere“, gegen den Ansprüche bestehen in Wahrheit ein Dritter ist, denn der Leistungsempfänger und der Leistungsträger sind ja schon zwei.

Die Grenze der Textberichtigung ist erreicht, wenn es nicht mehr darum geht, festzustellen, was der Gesetzgeber sagen *wollte*, sondern was er *hätte sagen sollen*. Mit teleologischen Argumenten kann eine reine Textberichtigung nicht mehr begründet werden.

Wo die Grenze im Einzelfall liegt, ist schwer zu sagen. Wohl eben noch zulässig ist die Textberichtigung, die für § 129 Abs. 3 HGB vertreten wird:

In dieser Vorschrift geht es darum, ob der persönlich in Anspruch genommene Gesellschafter einer OHG dem Anspruch Einwendungen entgegensetzen kann, die gar nicht ihm, sondern der Gesellschaft zustehen. § 129 Abs. 1 HGB bejaht dies für bestehende Einwendungen. § 129 Abs. 2 HGB erweitert dies auf den Einwand der Anfechtbarkeit durch die Gesellschaft. In § 129 Abs. 3 HGB ist dann - plötzlich - von einem Einwand der Aufrechenbarkeit durch den *Gläubiger* die Rede. Das kann eigentlich nicht sein. Denn in dem gegebenen Sinnzusammenhang kann es allenfalls darauf ankommen, ob die *Gesellschaft* aufrechnen könnte.

b) teleologische Reduktion

Mit der teleologischen Reduktion wird der Anwendungsbereich einer Norm über das nach dem Wortlaut zulässige Maß hinaus eingeschränkt.

In gewisser Weise bildet die teleologische Reduktion das **Gegenstück zur Analogie**. Durch analoge Anwendung wird eine Norm für einen Fall nutzbar gemacht, der von ihrem Wortlaut in seiner *weitest möglichen Bedeutung* nicht mehr erfaßt wird. Mit der teleologischen Reduktion wird eine Norm auf einen Fall nicht angewendet, obwohl der Wortlaut der Norm dies sogar in seiner *engsten möglichen Bedeutung* noch verlangen würde.

Daraus wird deutlich: Der Wortlaut hat streng genommen nicht eine Grenzbedeutung,

sondern zwei, die äußere, jenseits der die Analogie beginnt - und eine innere, die nicht mehr ohne Gesetzeskorrektur weiter eingeeengt werden kann.

Elemente der teleologischen Reduktion sind:

1. Der konkrete Fall muß von einer Norm auch noch in ihrer engsten möglichen Wortbedeutung erfaßt werden.
2. Es muß der *ratio legis* widersprechen, die in der Norm bestimmte Rechtsfolge auf Fälle dieser Art anzuwenden.
3. Es muß möglich sein, auf der Basis der in der Norm zum Ausdruck kommenden Wertungen eine **abstrakte Ausnahmeregel** für Fälle der vorliegenden Art zu formulieren und so deren Anwendungsbereich abstrakt einzuschränken.

Ein ganz aktuelles Beispiel für die teleologische Reduktion ergibt sich aus § 828 Abs. 2 S. 1 BGB. Danach ist für einen Schaden, den er „bei dem Unfall mit einem Kraftfahrzeug“ hervorgerufen hat, nicht verantwortlich, wer noch nicht zehn Jahre alt war, während die bedingte Deliktsfähigkeit sonst allgemein schon mit sieben Jahren vorhanden ist (§ 828 Abs. 1, 3 BGB).

Nun hatte der *BGH* den Fall eines Neunjährigen zu entscheiden, der beim Wettrennen mit Kickboards gegen ein parkendes Kraftfahrzeug gestoßen war und dieses beschädigt hatte. Er gab den Vorinstanzen recht, die eine Verpflichtung des Kindes aus § 823 I BGB bejaht hatten. Sinn des § 828 II 1 BGB sei es, die reduzierten Fähigkeiten von Kindern, sich im fließenden Verkehr zu bewegen, angemessen zu berücksichtigen, insbesondere deren fehlende Fähigkeit, Entfernungen und Geschwindigkeiten angemessen einzuschätzen. Dieser Zweck werde hier verfehlt. Denn auf diese Fähigkeiten sei es im vorliegenden Fall gar nicht angekommen.

Mit *Auslegung* hat das nichts mehr zu tun. Denn daß ein Unfall *mit* einem Kraftfahrzeug stattgefunden hatte, war klar. In Wahrheit hat der *BGH* hier eine *teleologische Reduktion* von § 828 Abs. 2 S. 1 BGB vorgenommen, die sich abstrakt so formulieren läßt: § 828 Abs. 2 S. 1 BGB gilt nicht, wenn sich das Kraftfahrzeug bei dem Unfall überhaupt nicht im Betrieb befunden hat.

c) Entscheidung contra legem

Die Zeit des Nationalsozialismus hat uns die Erkenntnis gebracht, daß ein auf Unterdrückung und Terror gegründetes Staatssystem auch seine Rechtsordnung zum Instrument dieser Unterdrückung machen kann. Es gab nach 1933 im ordnungsgemäßen Verfahren erlassene Gesetze mit einem schlechterdings unerträglichen Inhalt. Von einem *streng positivistischen* Standpunkt aus hätte man allerdings immer noch zu dem Ergebnis kommen müssen, daß es sich hierbei um Recht handelt, wenn auch um sehr schlechtes.

Nicht zufällig hat ein deutscher Exiljurist, nämlich *Gustav Radbruch*, die Auffassung begründet, die heute - zumindest in Deutschland - zu dieser Frage als herrschend gilt: Er hält eine ordnungsgemäß erlassene Norm für unanwendbar, wenn „der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“

Die Anwendung dieser **Radbruch-Formel** auf in einem Rechtsstaat erlassene Normen ist praktisch unmöglich. Es ist kein Gesetz dieser Art denkbar, das nicht schon wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz nichtig wäre. Letztlich benötigt man diese Formel nur zur Aufarbeitung von totalitären Regimen. So ist sie z.B. in den sog. Mauerschützenprozessen angewendet worden. Die Vorschriften der *DDR*, die das Schießen auf sog. Republikflüchtlinge erlaubten (förmliche Gesetze waren es interessanterweise nicht), seien

nach der Radbruch-Formel unanwendbar gewesen, weshalb es bei der Strafbarkeit der Mauerschützen aus § 112 DDR-StGB (Totschlag) verbleiben müsse.

Der Unterschied zur teleologischen Reduktion ist, daß jene dazu dient, dem Gesetzeszweck möglichst zur Durchsetzung zu verhelfen. Hier geht es dagegen um Gesetze, deren *Zweck* nicht erträglich ist.

C. Anwendung von Gewohnheitsrecht

Normen des Gewohnheitsrechtes verfügen nicht über einen authentischen Text. Sie können daher auch nicht *ausgelegt* werden. Ihr Inhalt muß vielmehr - vor ihrer Anwendung - durch Vergleich der Rechtspraxis *festgestellt* werden. Das verläuft - wie die Auslegung - mit der Subsumtion Hand in Hand, denn natürlich brauchen die Tatbestandsmerkmale der Norm auch hier nur insoweit festgestellt zu werden, als das für den zu entscheidenden Fall von Bedeutung ist. Im übrigen geschieht es durch Vergleich des vorliegenden Falles mit Fallgestaltungen, in denen die Anwendung der Norm anerkannt ist. Aus den anerkannten Anwendungsfällen sind durch Abstraktion die entscheidenden Kriterien zu ermitteln und auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Dann gibt es zwei Möglichkeiten:

Der Fall erfüllt diese Kriterien. Dann erfüllt er auch den Tatbestand der Norm des Gewohnheitsrechtes.

Der Fall erfüllt eines der Kriterien nicht. Dann muß darüber nachgedacht werden, ob er sich insoweit auch von der *Interessenlage* her maßgeblich unterscheidet oder nicht („distinguishing“). Ist das wiederum nicht der Fall, kommt sowohl eine *analoge* Anwendung der Norm des Gewohnheitsrechtes in Betracht als auch die Überlegung, ob aus den schon anerkannten Fällen nicht eine *weitere Fassung* des nicht erfüllten abstrakten Kriteriums möglich ist.

Die Rechtspraxis der Vornamensgebung ging lange Zeit dahin, nur solche Vornamen zuzulassen, die als Vornamen gebräuchlich waren.

Spätestens nach dem zweiten Weltkrieg wurde es aber nicht mehr für bedeutsam gehalten, ob diese Namen *in Deutschland* als traditionelle Vornamen galten. So wurde z.B. für ein Mädchen der Doppelname „Malaika-Vannina“, eine krude Mischung aus einem afrikanischem und einem polynesischen traditionellen Vornamen eingetragen. Als es nun darum ging, ob auch „Monja“ als Vorname eintragungsfähig ist, obwohl er *nirgendwo* auf der Welt Tradition hat, verglich das Gericht die Interessenlage. Es kam zum Ergebnis, daß es für das Kind letztlich unbedeutend ist, ob sein Name in Deutschland exotisch klingt, weil er aus einem exotischen Land stammt oder weil er erfunden ist. Es wandte die Norm, wonach ausländische Namen als Vornamen auch in Deutschland eintragungsfähig sind, dahin analog an, daß das auch für erfundene Vornamen gelte, so lange sie nur überhaupt vom Rechtsverkehr als Namen identifiziert würden. „Monja“ mit seiner Ähnlichkeit zu den traditionellen Namen „Monika“ und „Sonja“ erfülle diese Voraussetzung.

Ebenso wie jede andere Analogie kann sich auch die zu einer Norm des Gewohnheitsrechtes durch langjährige Rechtspraxis wiederum selbst zu Gewohnheitsrecht verdichten. Und so kann man heute davon ausgehen, daß Eltern ein „Namenserfindungsrecht“ zusteht.

VI. Technik der Fallbearbeitung

In sämtlichen Übungen und Prüfungen wird von Studenten meistens eine Fallbearbeitung verlangt. Sogar die Bachelorabschlußarbeit kann in einer Fallbearbeitung bestehen. Das ist nicht weiter verwunderlich, denn es handelt sich um die Form des wissenschaftlichen Arbeitens, die den Aufgaben, die der Jurist später in der Praxis zu erfüllen hat, am nächsten kommt.

Die Bearbeitung eines Prüfungsfalles unterscheidet sich von der praktischen Tätigkeit vor allem in der Art, wie der Sachverhalt festgestellt werden muß. In der Praxis ist dies eine komplexe Tätigkeit, die sich von der Feststellung der Beweisbedürftigkeit eines Umstands über die Ermittlung der möglichen Beweismittel und deren Einzug bis zur Beweiswürdigung erstreckt, wobei diese gesamte Tätigkeit an den Regeln über die Beweis- und Darlegungslast ausgerichtet ist. Im Prüfungsfall dagegen ist der Sachverhalt vorgegeben, was nicht heißt, daß er nicht Fragen aufwerfen kann, wozu ich die fünf dafür geltenden Regeln ja bereits erwähnt habe.

Die Arbeit mit diesem Sachverhalt bis zum schließlichen Ergebnis geschieht am besten schrittweise.

A. Vorüberlegungen

Man sollte damit beginnen, sich die Aufgabenstellung vollkommen klarzumachen. Das geschieht dadurch, daß der **Sachverhalt** zu der **Fragestellung**, die der Prüfer aufwirft, in Bezug gesetzt wird.

Es wird zuweilen empfohlen, der Student solle zuerst den Sachverhalt vollständig erfassen, bevor er sich mit der Falllösung eingehender befaßt. Das ist aus mehreren Gründen so nicht richtig, denn

- ▮ es ist bei komplexen Sachverhalten gar nicht möglich, sich jedes Detail zu merken, noch *bevor* man weiß, weshalb es wichtig sein könnte,
- ▮ es kommt bisweilen gar nicht auf jedes mitgeteilte Detail an, und
- ▮ der menschliche Verstand neigt dazu, alles, was er erfaßt, sofort in Schubladen und Kästchen einzuteilen, was zu fast tödlichen Irrtümern führen kann, wenn man die richtigen Schubladen und Kästchen noch gar nicht kennt.

Daher empfehle ich immer, folgende Grundregeln zu beachten:

1. Lies *zuerst* die Fragestellung und *dann* erst den Sachverhalt!
2. Lies den Sachverhalt nicht nur *einmal*, sondern vor *jedem* Prüfungsschritt erneut!

1. Erfassen des Sachverhaltes

Es ist beim ersten Durchlesen wichtig, die **Grundstruktur** des mitgeteilten Falles zu erfassen. Ist diese einfach, erfordert das keine besondere Technik. Die Prüfung ist dann so aufgebaut, daß es vor allem auf eine oder mehrere schwierige Rechtsfragen ankommen wird. Das nennt man auch eine „Wollknäuel-Klausur“. Der Löser steht vor einem Wollknäuel an Rechtsfragen, das er nur aufzudröseln im Stande ist, wenn er den richtigen Anfang findet, dann allerdings wird er es vollständig abwickeln können.

Ist der Sachverhalt dagegen verwickelt und kompliziert, kommen in ihm gleich eine Fülle von Personen oder Ereignissen vor, hat man es häufig mit einer „Blumenbeet-Klausur“ zu tun. Es werden dann meist viele einzelne, teils einfache, teils mittelschwere Rechtsfragen aufgeworfen. Die Hauptschwierigkeit besteht hier darin, nichts zu übersehen. In diesem Fall kann man empfehlen, den Sachverhalt durch eine **Sachverhaltsskizze** zu visualisieren. Es gibt verschiedene Systeme hierfür. Keines von ihnen paßt auf alle Arten von komplexen Klausuren. Man muß vielmehr je nach Art des Sachverhalts das jeweils passende System verwenden. Folgende Möglichkeiten dafür kann es geben:

Sind die örtlichen Verhältnisse des Falles komplex oder besteht die Schwierigkeit darin, genau zu erfassen, was an einem Ort unter mehreren Beteiligten passiert ist, empfiehlt sich eine **geographische Skizze**, in der man den Ort der Geschehnisse graphisch darstellt und dann die Handlungen der Beteiligten - oder andere relevante Dinge - einzeichnet. Das kann vor allem bei nachbarrechtlichen Sachverhalten wichtig sein oder auch, wenn die Rechtsfolgen eines Unfallgeschehens festgestellt werden sollen.

Werden im Sachverhalt relativ viele Ereignisse mitgeteilt, ist die Zahl der Beteiligten aber begrenzt, leistet oft eine **Zeittabelle** gute Dienste, in der die Einzelereignisse in ihrer zeitlichen Abfolge mit Stichworten notiert werden. In solchen Fällen kommt es nämlich relativ häufig vor, daß die Reihenfolge der Ereignisse später bei der Lösung verwechselt wird. Das ist Sachverhaltsveränderung und damit ein schwerer Fehler! Die Zeittabelle hilft, ihn zu vermeiden.

Kommen viele Personen vor, ist es wichtig, sich deren Beziehungen zueinander zu visualisieren. Hier sollte man eine **Rechtsverhältnisskizze** anfertigen, in der die Personen als Punkte und die sie verbindenden Rechtsverhältnisse mit Linien dargestellt sind. Die Linien können dann mit Vorschriften oder kurzen Stichworten dargestellt werden. Es gibt unzählige Systeme hierfür. Es ist nicht wichtig, welches Sie verwenden, sondern nur, daß Sie sich für eines entscheiden, damit Sie Ihre eigene Skizze auch richtig lesen. Oft bleibt man auch später bei dem System, das man selbst als Student einmal gelernt hat, deshalb wird es hier wohl auch keine zwei Hochschullehrer geben, die dieselben Zeichen verwenden. Wenn ich eine solche Skizze anfertige, bedeuten bei mir in der Regel:

- ⌞ solide Linien dingliche Rechtsverhältnisse (Übereignungen usw.),
- ⌞ gestrichelte Linien schuldrechtliche Verträge,
- ⌞ durchgestrichene Linien angefochtene Rechtsgeschäfte,
- ⌞ Kreuze neben Personen deren Insolvenz,
- ⌞ Doppelkreuze neben Personen (Zeichen für Schachmatt) deren Tod.

Es ist nicht wichtig, daß die Wertungen, die hier oft schon notwendig sind, der endgültigen Lösung entsprechen. Wichtig ist nur, daß der Löser sie mit den Teilen des Sachverhalts in Verbindung bringt. Auch bei dieser Art Skizze ist es eminent wichtig, auch die **zeitliche Abfolge** der Ereignisse mit darzustellen, da sonst genau hierbei Fehler wahrscheinlich sind. Das kann man z.B. durch das Hinzufügen von Zeitziffern bewerkstelligen.

Familien-, erb- oder konzernrechtliche Klausuren erfordern es häufig, die personalen Beziehungen im Überblick zu behalten. Dann empfiehlt sich eine **baumförmige Skizze**, in der die Abstammungs- bzw. Beteiligungsverhältnisse zwischen den Personen des Sachverhalts dargestellt sind. Auch hier kann man wieder mit einem ausgeklügelten Zeichensystem arbeiten, um z.B. natürliche von juristischen Personen, Ehen von außerehelichen Beziehungen, Mehrheits- von Minderheitsbeteiligungen oder Beteiligungen von reinen Beherrschungsverträgen optisch unterscheiden zu können.

Es kann auch durchaus sinnvoll sein, zwei dieser Methoden nebeneinander zu verwenden und z.B. eine baumförmige Skizze zusätzlich zu einer Zeittabelle zu erstellen. Mehr als zwei Skizzen aber sollte man sich nicht machen, da das die Übersichtlichkeit, die man damit erreichen will, wieder beseitigt.

Niemals darf die Skizze Sie aber davon abhalten, vor jedem wichtigen neuen Prüfungspunkt noch einmal den Sachverhalt selbst - bzw. die für den anstehenden Teil der Prüfung wichtigen Teil davon - erneut zu lesen. Wenn Sie merken, daß Sie in Gefahr sind, den Fall nur noch nach der Skizze zu lösen, erstellen Sie lieber gar keine!

2. Erfassen der Fallfrage

Ein eiserner Grundsatz lautet: Sie sollen nur die gestellten Fragen beantworten!

Daher ist es entscheidend, daß Sie herausfinden, welche Fragen denn eigentlich gestellt worden sind. Ein guter Aufgabensteller wird hieran keine Zweifel lassen. Dennoch gibt es auch bei der Interpretation der Fallfrage einiges, was man falsch machen kann.

Auch bei der Fallfrage dürfen **Laienerklärungen** nicht wörtlich genommen werden, sondern müssen darauf untersucht werden, was der Laie letztlich erreichen will. Heißt es z.B.: „A meint, er habe in Notwehr gehandelt und sei daher freizusprechen. Hat er recht?“ darf man die Prüfung nicht auf § 32 StGB beschränken, denn es ist aus Sicht des A ja letztlich egal, *weshalb* er freigesprochen wird. Die Prüfung ist daher damit zu beginnen, ob A überhaupt einen Straftatbestand erfüllt hat und muß sich im übrigen auf alle in Frage kommenden Rechtfertigungs-, Strafausschließungs- und Entschuldigungsgründe erstrecken.

Fragt ein Laie nach der „Zulässigkeit“ eines behördlichen Verhaltens, meint er damit in der Regel, ob die Behörde rechtmäßig gehandelt hat. Die Antwort darf sich dann nicht auf die technische Frage der Zulässigkeit beschränken.

Der logische Vorrang einer Frage kann die **Ausdehnung** der Fallfrage erfordern. Lautet eine Frage etwa: „Ist die Abtretung wirksam?“ so muß auch hier zuerst geprüft werden, ob denn der angeblich abgetretene Anspruch existiert. Das ist nur dann nicht nötig, wenn das schon vorher geprüft oder im Sachverhalt eindeutig vorgegeben ist, etwa wenn dort steht: „A hat gegen C einen fälligen Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens von 3.000.“

Die **Anzahl** der Fragen ergibt sich nicht aus der Anzahl der Fragezeichen.

In einer einheitlichen Frage können **mehrere Einzelfragen** stecken. Das ist sogar recht häufig. Ungeahnte Schwierigkeiten hat in einer von mir gestellten Klausur einmal die Fallfrage aufgeworfen: „Wie ist über die gestellten Anträge zu entscheiden.“ Bei genauem Lesen des Sachverhalts konnte man feststellen, daß drei Beteiligte insgesamt sechs Anträge gestellt hatten. Es handelte sich also sechsmal um die Frage, ob der jeweilige Antrag zulässig und begründet ist. Kaum ein Löser hat das aber auch so aufgebaut.

Umgekehrt kann es auch vorkommen, daß mehrere gestellte Fragen in Wirklichkeit nur Teilaspekte **einer einheitlichen Frage** sind. So verhält es sich z.B. mit der Frage: „Wird A auf seinem Schaden sitzenbleiben? Von wem kann er ggf. Ersatz verlangen?“ Die erste Frage ist schon die nach Schadensersatzansprüchen. Wer sie beantworten will, kann das gar nicht tun, ohne auch schon zu prüfen, gegen wen solche Ansprüche in Frage kommen.

Am meisten Interpretation erfordern **offene Fragen**, von denen das gefürchtete „Wie ist die Rechtslage?“ nur ein Beispiel von vielen ist. Offen sind z.B. auch die Fragen: „Welche Rechte hat A?“ „Wer kann aus diesem Geschehen Ansprüche ableiten?“ oder „Was würden Sie dem X raten?“

In diesem Fall soll der Fallbearbeiter sich zunächst gedanklich in den Laienstand zurückversetzen und überlegen, welche unbefriedigten Interessen existieren und in welche Richtung sie gehen. Ist nach den Rechten einer bestimmten Person gefragt, soll man prüfen, was diese Person wollen könnte und von wem. Ist die Frage noch offener, muß zunächst überlegt werden, welcher der Beteiligten denn wohl mit der bestehenden Situation unzufrieden ist.

Offene Fragen stellt der Aufgabensteller gerade, damit er feststellen kann, ob Sie in der Lage sind, die Interessen der Beteiligten auszuloten. Auch das gehört zum juristischen Handwerk. Wenn Sie später Verträge formulieren, müssen Sie auch vorhersehen können,

welche Interessen die Beteiligten haben, die sie dazu veranlassen könnten, Ansprüche abzuleiten.

Schließlich kommt es nicht selten auch auf die **Bearbeiterrolle** an. Man unterscheidet hier die Richterklausur von der Anwaltsklausur.

Eine Richterklausur verlangt vom Bearbeiter die objektive Prüfung eines bestimmten Begehrens. Er soll die Rechtslage so prüfen, wie sie sich aus dem Sachverhalt ergibt.

Die Anwaltsklausur dagegen ist so formuliert, daß der Bearbeiter die rechtlichen Möglichkeiten eines bestimmten Beteiligten feststellen soll. Dazu gehört dann auch die Prüfung, ob dieser Beteiligte die Möglichkeit hat, die Rechtslage zu seinem Vorteil zu *gestalten*.

Ist nur danach gefragt, ob A einen *bestimmten Anspruch* hat, so ist auch nur das zu prüfen. Die Prüfung einer Irrtumsanfechtung kann dann z.B. damit abbrechen, daß keine Anfechtungserklärung vorliegt. Ist dagegen gefragt, welche *Rechte* A hat, so muß geprüft werden, ob er die Anfechtung ggf. *noch erklären* kann. Ähnliches gilt für den Rücktritt.

B. Auffinden der richtigen Normen

Das Auffinden der Normen, die zur Erarbeitung der Falllösung zu prüfen sind, bereitet nicht wenig Schwierigkeiten. Fehlt es Studenten anfangs oft überhaupt an Ideen hierzu, neigt der geübtere Jurist dazu, seinem ersten brauchbaren Gedanken zu folgen und deshalb andere, vielleicht sogar näherliegende Lösungswege zu übersehen. Letztlich handelt es sich beim Auffinden des Einstiegs in den Fall um eine kreative Tätigkeit, die vor allem Verstand und Phantasie erfordert und nur in begrenztem Umfang erlernt werden kann. Immerhin gibt es ein paar Techniken, die weiterhelfen:

1. Anwendung von Suchschemata

Für viele Rechtsgebiete gibt es Suchraster, die angewendet es unwahrscheinlicher machen, daß man etwas wichtiges übersieht. Im Zivilrecht laufen die meisten Fallfragen (aber bei weitem nicht alle!) darauf hinaus, daß im Gutachten Ansprüche festzustellen sind. Der Einstieg in den Fall geschieht dann zwangsläufig über Normen, deren Rechtsfolge ein Anspruch ist. Man nennt solche Normen Anspruchsgrundlagen. Ihre Wichtigkeit erkennt man darin, daß eines der für die Examensvorbereitung empfehlenswertesten Bücher das gesamte Zivilrecht nach Anspruchsgrundlagen gegliedert darstellt. Wenn man nach **Anspruchsgrundlagen** sucht, kann man sich folgende Fragen stellen:

- a) Gibt es Ansprüche aus Rechtsgeschäften?
 - ┌ Erfüllungsansprüche?
 - ┌ Leistungsstörungenansprüche?
 - ┌ Ansprüche aus gescheiterten Rechtsgeschäften (z.B. aus §§ 122, 179 BGB)?
- b) Gibt es dingliche Ansprüche?
 - ┌ aus Eigentum?
 - ┌ aus beschränktem dinglichem Recht an einer fremden Sache?
 - ┌ aus Besitz?
 - ┌ aus anderen absoluten Rechten (§ 12 BGB, actio quasinegatoria)?
- c) Gibt es Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag?
- d) Gibt es deliktische Ansprüche?
 - ┌ aus unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB)?

- ↯ aus Spezialgesetzen (z.B. §§ 7, 18 StVG)?
e) Gibt es Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung?

Wer eine Antwortnorm gefunden hat, hat damit aber natürlich noch nicht den Fall gelöst, denn er steht oft vor dem Problem, daß die Tatbestandsmerkmale der Antwortnorm gar keine besonderen Probleme aufzuweisen scheinen. Die kritische Frage des Falles kann ja auch in der Prüfung einer **Gegennorm** stecken. Für das Auffinden in Frage kommender Gegennormen kann man im Grunde dieselben Techniken wie für das der Antwortnorm anwenden. Auch hier gibt es für den im Zivilrecht wichtigsten Fall der Prüfung von Ansprüchen ein Suchschema, das es unwahrscheinlicher macht, Gegennormen komplett zu übersehen. Angenommen, man hat einen Anspruch bejaht. So stelle man sich folgende Fragen:

- a) Ist das den Anspruch begründende Rechtsgeschäft wirksam oder gibt es Unwirksamkeitsgründe (z.B. §§ 142 I, 134, 138, 125 S. 1 BGB)?
- b) Ist der Anspruch fällig?
- c) Gibt es rechtsvernichtende Einwendungen (z.B. Erfüllung, Erfüllungssurrogate, Verwirkung)?
- d) Gibt es rechtshemmende Einwendungen (z.B. eine Stundungsabrede, Verjährung, Zurückbehaltungsrechte)?
- e) Steht der Anspruch seinem ursprünglichen Inhaber noch zu oder ist er wirksam abgetreten?
- f) Ist der Anspruch durchsetzbar oder existieren Prozeßhindernisse oder Prozeßeinreden?

2. Rollenspiel

Wer nun einige Ideen gefunden hat, kann in einem Rollenspiel seine Gedanken auf Vollständigkeit überprüfen.

Dazu versetzt man sich nacheinander in jede der im Sachverhalt geschilderten Personen und stelle sich vor, welche - laienhaft formulierten - Argumente diese für ihre jeweilige Position wohl nennen würden. Aus der Laienantwort auf die Frage: „Warum willst du [nicht]...?“ läßt sich sehr oft eine juristische Argumentation herleiten.

„Warum willst du den Mantel haben?“

„Weil er mir gehört!“ (Anspruch aus § 985 BGB prüfen!)

„Weil er dir nicht zusteht!“ (Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung prüfen!)

„Weil du ihn mir weggenommen hast!“ (deliktische und Besitzschutzansprüche!)

„Warum willst du nicht zahlen?“

„Weil ich schon gezahlt habe!“ (Erfüllung?)

„Weil das alles doch schon ewig her ist!“ (Verjährung? Verwirkung?)

„Weil du das so doch nicht machen kannst!“ (Rechtsmißbrauch?)

3. Gedächtnisstützen

Natürlich kann man Antwort- wie Gegennormen nur finden, wenn man das Gesetz kennt. Dabei kommt es nicht darauf an, zu wissen, *was* genau im Gesetz steht. Entscheidend ist das Wissen darum, *wo* im Gesetz wozu etwas steht. Diese **Kenntnis der Gesetzessystematik** ist das wichtigste Hilfsmittel, über das der Jurist verfügt. Sie im entscheidenden Moment auch abrufen zu können, gepaart mit Beherrschung der Methodik, macht den guten Juristen aus. Daher verwende man die Vorbereitungszeit auf Prüfungen vor allem dazu, die Systematik des

geprüften Rechtsgebietes zu verstehen. Dazu kann man

- ▭ in einer Mußestunde das Gesetz Paragraph für Paragraph schlicht lesen (ohne das Bemühen um das Behalten des Inhalts),
- ▭ sich ein Inhaltsverzeichnis des Gesetzes anhand der Abschnitts-, Unterabschnitts- und Paragraphenüberschriften selbst fertigen (Abschreiben des Inhaltsverzeichnisses in der Gesetzessammlung hat keinen Lerneffekt),
- ▭ ein systematisch aufgebautes Lehrbuch lesen (aber immer parallel zum Gesetz!)

Nachdem man meint, die Systematik verstanden zu haben, prüfe man sein Wissen anhand einer **Fallsammlung** des entsprechenden Rechtsgebietes nach, wobei stattdessen auch das Lesen von Gerichtsentscheidungen in Frage kommt, aber immer so, daß man zuerst den Sachverhalt liest, dann den Fall in Gedanken selber entscheidet und dann erst nachschaut, wie das erkennende Gericht ihn gelöst hat. (Das muß natürlich nicht richtig sein.)

Es ist dagegen **fast immer schädlich**, *zuerst* fertig gelöste Fälle anzusehen, weil das dazu führt, daß man das Rechtsgebiet als in einzelne Rechtsprobleme gegliedert speichert, die man nur abrufen zu müssen meint („Schublädchensystem“). Leider ist das Leben zu vielfältig, als das jeder Lebenssachverhalt (oder Prüfungsfall) in ein Schublädchen passen würde. Wenn man Fälle und Lösungen (oder wieder Gerichtsentscheidungen) aus unbekanntem Rechtsgebieten liest, dann nur darauf, ob man erkennen kann, mit welchen *Methoden* gearbeitet und ob diese richtig eingesetzt wurden.

Nun ist es natürlich dennoch möglich, daß einen das Gedächtnis in der Prüfungssituation im Stich läßt. Dann gibt es noch zwei Hilfen, die unschätzbare Dienste leisten können, nämlich:

- ▭ die **Inhaltsübersicht** vor dem in Frage kommenden Gesetz und
- ▭ das **Sachverzeichnis** der Gesetzessammlung.

Der Blick in das Sachverzeichnis (Juristenjargon: „Idiotenwiese“) offenbart natürlich vorübergehende vollkommene Hilflosigkeit, weshalb er ungern eingesetzt wird. Die Scheu ist aber unbegründet, denn es ist für das Prüfungsergebnis nicht von Bedeutung, *wie* man auf die entscheidenden Gedanken gekommen ist. Einige meiner am besten bewerteten Klausurergebnisse hatten ihren Ursprung in einem beherzten Blick in das Sachverzeichnis.

In **Hausarbeiten** hat man natürlich noch ein paar weitere Möglichkeiten - bis hin zum „Googeln“.

C. Aufbau der Lösung

Der Aufbau einer juristischen Falllösung folgt keinem bestimmten, vom konkreten Fall unabhängigen Muster. Er wird vielmehr durch den Fall und die Fragestellung bestimmt. Im übrigen muß er nur den Gesetzen der Schlüssigkeit gehorchen.

Es gibt daher unterschiedliche **Aufbaumethoden**, deren Wahl keine Geschmacksfrage ist, sondern sich nach den Notwendigkeiten des konkreten Falles richtet. Dabei hat der Bearbeiter einen gewissen Spielraum. Auch dessen Überschreitung ist kein fürchterlicher Beinbruch, denn im Unterschied zur Sachverhaltsveränderung - die als schwerer Fehler betrachtet wird - gelten Aufbaufehler als solche als eher läßliche Sünden.

Aber man sollte dennoch eine gewisse Sorgfalt auf den Aufbau verwenden, denn die Gefahr eines falschen Aufbaus besteht weniger in dem Punktabzug, der dafür droht, als darin, etwas zu übersehen. Ein falscher Aufbau bringt häufig **gravierende Folgefehler** mit sich. So gehört es z.B. zu den allgemeinen Grundsätzen, nicht zwei Ansprüche gleichzeitig zu prüfen. Daher sollte man, wenn nach zivilrechtlichen Ansprüchen gefragt ist, die Beteiligten in Zweipersonenverhältnisse zerlegen. Es ist ein Aufbaufehler, die Ansprüche des A gegen B und C *gleichzeitig* zu prüfen. Wenn nun aber dabei das richtige Ergebnis herauskommt, daß A

sowohl gegen B als auch gegen C einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB hat (weil diese ihn gemeinsam verprügelt haben), so ist das so weit noch nicht schlimm. Schlimm wird es, wenn der Löser infolge seines Aufbaufehlers zu prüfen vergißt, in *welchem Verhältnis* die Ansprüche des A gegen B und gegen C zueinander stehen und ob B von C oder C von B Regreß verlangen kann, falls er an A leistet. Dieser Fehler liegt sehr nahe, wenn man B und C gleichsam als Einheit behandelt.

1. Gutachtens- und Urteilsaufbau

a) *allgemeines*

Jede juristische Fallbearbeitung besteht in einem begründeten Ergebnis. Der Bearbeiter schuldet demnach ein Ergebnis und dessen Begründung. Das gilt im Ganzen wie auch für alle Zwischenschritte, die für die Lösung notwendig sind.

Ein Urteil beginnt - in Deutschland - traditionell mit dem Ergebnis, dem Urteilstenor. Die Begründung folgt. Auch alle Zwischenschritte werden so gegangen. Treten Vorfragen auf, werden sie folglich *nach* der Hauptfrage beantwortet. Urteile zu schreiben wird von Ihnen nicht verlangt werden. Auch Jurastudenten müssen das normalerweise erst im Referendariat üben.

Das Gutachten dagegen beginnt mit einer Hypothese, auf die eine Untersuchung folgt, die mit einem Ergebnis schließt. Niemals darf, wer ein Gutachten schreibt, ein Ergebnis vorwegnehmen. Der Argumentationsgang entspricht daher im Prinzip der Vorgehensweise beim Finden der Lösung. Das sollte eigentlich einfacher sein als beim Urteil, bei dem man quasi den gefundenen Weg noch einmal zum Anfang zurückgehen muß. Die Praxis zeigt, daß es nicht einfacher ist. Wir neigen nämlich durchaus dazu, mit dem Ergebnis herauszuplatzen, wenn wir es erst gefunden zu haben glauben.

b) *ein Beispiel*

V schickt K am 6.1. um 15.00 Uhr eine e-Mail mit dem Inhalt: „Willst Du für □□□ 500 mein Moped kaufen?“ K liest das sofort und beginnt zu überlegen, ob er daran Interesse hat. Um 16.00 Uhr erhält er eine weitere e-Mail des V, in der er schreibt: „Ich habe es mir anders überlegt. Mein Moped ist unverkäuflich.“ Am 9.1. um 13.00 Uhr ruft K den V an und erklärt ihm, daß er das Moped haben wolle. V weigert sich. Wie ist die Rechtslage?

Zunächst ist zu prüfen, was mit der Fragestellung gemeint ist. Das ist hier offensichtlich, denn da K etwas ändern will und V nicht, ist nach Ansprüchen des K gegen V gefragt. Die Frage, was er haben will, ist auch nicht schwer einzuordnen: Er will das Moped für □□□ 500 haben. Gefragt ist demnach nach einem Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Mopeds.

Das *Gutachten* würde demnach wie folgt lauten:

K kann von V Übergabe und Übereignung des Mopeds verlangen, wenn zwischen beiden ein Kaufvertrag zustandegekommen ist (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB). Das setzt ein entsprechendes Angebot und dessen Annahme voraus.

Ein Angebot des V könnte in dessen e-Mail vom 6.1., 15.00 Uhr zu sehen sein. Dafür spricht, daß sie mit Kaufpreis, Kaufsache und Vertragspartner alle für einen Kaufvertrag wesentlichen Elemente enthielt. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, daß die Erklärung etwa nicht ernst gemeint gewesen sein könnte. Ein Angebot des V lag also vor.

Das Angebot des V könnte nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sein, wenn V es noch vor seinem Zugang widerrufen hat. V hat am 6.1. um 16.00 Uhr geschrieben, daß er es sich „anders überlegt“ habe. Darin liegt die Erklärung, das Angebot aufheben zu wollen, also

dessen Widerruf. Der Widerruf müßte dem K spätestens gleichzeitig mit dem Angebot zugegangen sein. Eine e-Mail geht jedenfalls zu, wenn der Empfänger sie tatsächlich liest. K hat das Angebot schon um 15.00 Uhr gelesen. Der Widerruf war zu dieser Zeit noch nicht einmal abgeschickt. Er ist daher verspätet. Das Angebot ist wirksam geworden.

K hat am 9.1. um 13.00 Uhr erklärt, daß er das Angebots annehme. Ein Vertrag kommt hierdurch zustande, wenn das auch rechtzeitig war. Nach § 147 Abs. 2 BGB ist das nur der Fall, wenn die Annahme innerhalb eines Zeitraums erfolgte, innerhalb dessen V nach den gewöhnlichen Umständen mit einer Erklärung rechnen durfte. Hierbei ist zweierlei zu berücksichtigen, nämlich erstens die Laufzeit der gewählten Übermittlungsart und zweitens die Überlegungsfrist, die man dem anderen Teil in Anbetracht der Bedeutung des Geschäfts zubilligen muß. E-Mails werden in sehr kurzer Zeit zugestellt, so daß die Übermittlungszeit hier vernachlässigt werden kann. Es fragt sich daher, ob das Geschäft von solcher Bedeutung war, daß man K eine Überlegungsfrist von knapp drei Tagen zubilligen muß. Hier ging es um den Kauf eines gebrauchten Mopeds für □□□ 500. Das ist nicht von solcher Bedeutung, daß man nicht innerhalb von 24 Stunden mit einer Antwort rechnen durfte. K hat das Angebot demnach verspätet angenommen.

Ein Kaufvertrag ist nicht zustandegekommen. K hat keine Ansprüche gegen V.

Das *Urteil* würde lauten:

K hat keinen Anspruch gegen V auf Übergabe und Übereignung des Mopeds aus § 433 Abs. 1 S. BGB, denn es ist zwischen beiden kein Vertrag zustandegekommen. Zwar hat V am 6.1. um 15.00 Uhr ein wirksames Verkaufsangebot abgegeben. Sein Widerruf ist nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB verspätet, denn er ist erst um 16.00 Uhr bei K angekommen. Zu dieser Zeit hatte K das Angebot schon gelesen. Es war ihm also schon zugegangen. K hat das Angebot aber nicht rechtzeitig angenommen. Er hätte dies nach § 147 Abs. 2 BGB innerhalb einer Zeit tun müssen, in der für V mit einer Antwort zu rechnen war. Das war spätestens am Abend des 7.1., denn der Kauf eines Mopeds für □□□ 500 ist nicht so bedeutsam, daß eine längere Überlegungsfrist als 24 Stunden angemessen war und die Übermittlung von Nachrichten per e-Mail dauert nur wenige Minuten.

c) Aufbau des Gutachtens

Das Beispiel zeigt: Das Urteil ist kürzer. Wer so formuliert, tendiert zum Weglassen so mancher seiner Überlegungen. Deswegen wird von Studenten - in ihrem eigenen Interesse - ein Gutachten verlangt! Das ist keine Stilfrage. Es ist eine der Selbstdisziplinierung zwecks Erzeugung einer einwandfreien Lösung.

Eine Frage wird gutachtentechnisch gelöst, indem folgende Schritte gegangen werden:

- ↯ Eine Gutachtenshypothese wird formuliert.
- ↯ Das Untersuchungsprogramm wird deutlich gemacht.
- ↯ Die Untersuchung wird durchgeführt.
- ↯ Das Ergebnis wird festgestellt.

Nr. 1 und 2 sollen und dürfen zusammenfallen. Sie dienen nur der Schlüssigkeit der Darstellung, sollen den Leser in die Lage versetzen, zu verstehen, was denn geprüft wird.

Die **Gutachtenshypothese** formuliert man am besten in einer Form, die zu erkennen läßt, daß es sich um eine erst zu untersuchende These handelt. Das geht recht gut mit der Einleitung „In Frage kommt...“ Zuweilen wird die Verwendung des Konjunktiv empfohlen. Auch das ist

richtig, so lange der Potentialis und nicht etwa der Irrealis verwendet wird. „A könnte gegen B einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB haben.“ ist eine häufige Form des Eingangssatzes.

Das **Untersuchungsprogramm** soll so deutlich angegeben sein, daß der Leser die Untersuchung nachvollziehen kann. Vor Versuchen, es vollständig zu umreißen, muß gewarnt werden. Generell gilt: Wird eine Vorschrift genannt, genügt dies für gewöhnlich, weil deren Tatbestandsmerkmale auch dem Leser bekannt sind. Sie müssen nicht noch einmal aufgezählt werden. Das birgt nur Gefahren. Es kommen dann Sätze heraus wie: „A hätte gegen B einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, wenn A Eigentümer und B Besitzer wäre.“ (Irrealis!) Aber selbst eine korrekte Formulierung birgt Gefahren, denn selbst bei anscheinend einfachen Fragestellungen ist sie entweder umständlich und lang oder unvollständig oder womöglich beides.

„A könnte von B Eigentum gutgläubig nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB erworben haben. Dazu müßte zwischen A und B Einigung und Übergabe stattgefunden haben und A gutgläubig gewesen sein.“ Recht umständlich, aber unvollständig. Es fehlt das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Verkehrsgeschäfts.

Besser ist es daher, in gewissen Grenzen auf das Rechtsverständnis des Lesers zu vertrauen. In beiden Beispielfällen genügt das Erwähnen der zu prüfenden Vorschrift völlig.

Mehr Aufwand auf die Vorstellung des Untersuchungsprogramms muß der Löser natürlich verwenden, wenn er Normen des Gewohnheitsrechts anwenden oder gar Rechtsfortbildung betreiben will.

Die **Untersuchung** kann wiederum die Prüfung von Vorfragen bedingen. Dann wird der gesamte Vierschritt zwischengeschoben, wobei das Ergebnis hier nur die Antwort auf die Vorfrage enthält und entsprechend in die Untersuchung eingebaut wird.

Das **Ergebnis** schließt die Untersuchung ab. Es ist ein grober Fehler, *danach* noch etwas zu prüfen. Muß man das tun, war es nur ein Zwischenergebnis und mußte entsprechend gekennzeichnet sein.

Prüft man einen Anspruch von A gegen B und ist fraglich, ob A ihn nicht an einen Dritten abgetreten hat, so darf die Prüfung der Entstehung des Anspruchs nicht mit dem Satz schließen: „A *hat* demnach einen Anspruch gegen B.“ Das wäre das Endergebnis. Richtig heißt es: „In der Person des A ist ein Anspruch gegen B entstanden.“ Das ist ein Zwischenergebnis. Dann kann man fortfahren: „A könnte ihn durch Abtretung an C verloren haben.“

d) Urteilssätze im Gutachten

Oft hören Sie den Ratschlag, die Wörter „weil“, „denn“ und „da“ möglichst gar nicht zu verwenden. Daran ist richtig, daß die Verwendung dieser Wörter auf einen Urteilssatz hindeutet. Das ist ein Warnsignal. Indessen sind solche Urteilssätze im Gutachten nicht ganz unzulässig. Zumindest unter dem Zeitdruck einer Klausur ist es meist gar nicht möglich, ein Gutachten ganz ohne solche Urteilssätze zu schreiben.

Zulässig sind sie immer dann, wenn etwas dargestellt wird, was wegen Evidenz nicht prüfungsbedürftig ist, aber Ihnen zugleich nicht evident genug erscheint, um es ganz wegzulassen. Immerhin: Mit „weil“, „denn“ oder „da“ geben Sie eine Begründung und wenn Sie das schon tun, ist das ganze vielleicht nicht so evident, wie es scheinen mag.

Es gibt einen Fall, in dem Urteilssätze sogar zwingend erforderlich sind: Das sind die des

zulässigen Offenlassens. Wer im Gutachten etwas offenlassen will, muß die Fragestellung an einem logisch eigentlich nachrangigen Punkt entscheiden. Er muß ergo ein Ergebnis vorwegnehmen. Das geht *nur* im Urteilsaufbau. Wann man überhaupt etwas offenlassen darf, wird später noch erörtert werden.

2. Prüfungsreihenfolge

a) Logik und Praktikabilität

Der Aufbau der Prüfung erfolgt im übrigen nach den Gesetzen der **Logik** und der **Praktikabilität** und zwar in dieser Rangfolge! Das was oben schon für die Prüfung der Tatbestandsmerkmale einer Norm beschrieben wurde, gilt für den Aufbau der kompletten Prüfung in gleicher Weise:

Die Gesetze der Logik erzwingen die Reihenfolge, wenn das eine Prüfungsergebnis zugleich die Grundlage einer späteren Prüfung bildet. Die erste Prüfung ist dann **logisch vorrangig**. Logischen Vorrang vor der Frage, ob ein Anspruch erfüllt wurde, hat z.B. die Frage, ob er überhaupt wirksam begründet ist. Man kann nicht sinnvoll prüfen, ob ein Anspruch abgetreten wurde, wenn man ihn nicht vorher festgestellt hat.

Zuweilen ist die Reihenfolge nicht so zwingend, wie sie auf den ersten Blick aussieht. Hat A z.B. dem B ein Darlehen gewährt, dessen Rückzahlung er verlangt und ist zweifelhaft, ob der Darlehensvertrag wirksam ist (weil er z.B. als wucherähnliches Geschäft sittenwidrig sein könnte), so ist es nicht schlechthin zwingend, zuerst Ansprüche aus Darlehen (§ 488 Abs. 1 S. 1 BGB) und § 138 Abs. 1 BGB als Gegennorm zu prüfen. Man kann auch mit einem Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB beginnen und die Frage, ob ein wirksamer Darlehensvertrag vorliegt, im Rahmen der Prüfung des Tatbestandsmerkmals „ohne Rechtsgrund“ beantworten. Das entspricht der Logik, weil „ohne Rechtsgrund“ und „aufgrund eines Anspruches“ einander ausschließende Gegensätze sind. Logisch möglich, aber weil stark verschachtelt, rhetorisch schlecht!

Das oben erwähnte Suchschema für Ansprüche ist **kein zwingendes Aufbauschema**. Freilich entspricht die Prüfung in dieser Reihenfolge im allgemeinen den Prinzipien der Praktikabilität, wenngleich auch das nicht unbedingt so sein muß.

Die **Fragestellung** kann eine Umstellung der naheliegenden Reihenfolge auf einen „Schachtelaufbau“ sogar **erfordern**. Der Kollege Schöne hat z.B. einmal eine Klausur gestellt, in der D einen Vertrag mit X geschlossen hat, der als Vertreter von Y auftrat (bzw. aufzutreten glaubte). Die Fallfrage lautete: „Welche Ansprüche hat D gegen X?“ Die „übliche“ Reihenfolge (vertragliche Ansprüche gegen Y - quasivertragliche Ansprüche gegen X) läßt sich hier nicht durchhalten. Offenlegen und Vertretungsmacht - normalerweise anspruchsbegründende Merkmale eines wirksamen Vertreterhandelns - *müssen* hier als negative Merkmale geprüft werden, indem man prüft:

- ⊣ Ansprüche aus dem abgeschlossenen Vertrag gegen X (Voraussetzung: X hat das Vertreterhandeln *nicht* wirksam offengelegt)
- ⊣ Ansprüche aus § 179 BGB gegen X (Voraussetzung: X hat *ohne* Vertretungsmacht gehandelt)

Das ist logisch problemlos möglich, denn Offenlegung/Nichtoffenlegung und mit Vertretungsmacht/ohne Vertretungsmacht sind kontradiktorische Gegenteile, so daß die Prüfung inhaltlich identisch ist und nur das Vorzeichen des Ergebnisses wechselt.

Die Gesetze der Praktikabilität lauten:

- ⊣ Verschachtelungen soweit als möglich vermeiden!
- ⊣ Das Naheliegende zuerst prüfen!

Natürlich ist es - vor allem am Anfang des Studiums - alles andere als einfach, zu beurteilen, was **naheliegend** ist und was nicht. Einige Faustregeln dazu lauten:

1. Was dem näher kommt, was der Beteiligte haben will, liegt näher als das, was davon weiter entfernt ist. (Darum sind Herausgabeansprüche meist vor Schadensersatzansprüchen zu prüfen, Erfüllungsansprüche vor Sekundäransprüchen usw.)
2. Was dem Beteiligten größeren Vorteil bietet, liegt näher als das, was ihm nur geringeren Vorteil bietet. (Welcher Anspruch ist umfangreicher? Welcher Anspruch hat die geringeren Anforderungen? Welcher Anspruch ist einfacher durchsetzbar? Welcher Anspruch bietet ihm die größere Sicherheit?)
3. Die Prüfung eines Rechtes (oder auch Gegenrechtes), das wahrscheinlich besteht, liegt näher als das eines Rechtes, bei dem ein positives Prüfungsergebnis unwahrscheinlich ist.

b) Weglassen und Offenlassen

Die Prüfung soll Ihr Ergebnis begründen, nicht mehr und nicht weniger. Umfangreiche nicht zielführende Ausführungen sind daher zu vermeiden. Das ist freilich nicht immer ganz einfach, zumal am Anfang nicht, wenn der Student noch kein Gefühl dafür entwickelt hat, was denn schwierig sein könnte und was nicht. Dieses Gefühl (wir nennen es **Problembewußtsein**) werden Sie - hoffentlich - im Laufe Ihres Studiums bekommen. Man kann es letztlich nur durch Übung schulen.

Das Vermeiden von Ausführungen zu Problemen, auf die es im Ergebnis nicht ankommt, ist ein wichtiges Gebot. Besonders wichtig ist es in Klausuren, denn diese sind meistens so konzipiert, daß man in der vorgegebenen Zeit nicht mehr als die *entscheidenden* Probleme bearbeiten kann. Wer umfangreiche Ausführungen auf ein nicht fallentscheidendes Problem verwendet, verliert Zeit, die er für die Bearbeitung der wirklichen Probleme des Falles dann nicht mehr hat.

Deshalb übe man sich frühzeitig in der Kunst des **Weglassens**. Weglassen darf man alles, was nicht zur Herstellung der Schlüssigkeit der Argumentation erforderlich ist. Dazu gehören:

- logisch nachrangige Prüfungspunkte, deren Prüfung sich durch das Ergebnis der logisch vorrangigen Prüfung erledigt hat
- logisch gleichrangige Prüfungspunkte, deren Prüfung sich dadurch erledigen läßt, daß andere logisch gleichrangige Prüfungspunkte zuerst geprüft werden (nach dem Prinzip: was einfach ist zuerst, das Schwierigere anschließend).

Wenn die Prüfung eines Rechtes (oder Gegenrechtes) an einem relativ unproblematischen Punkt scheitert, ist es nicht notwendig, auf andere - logisch gleich- oder nachrangige - Prüfungspunkte überhaupt erst einzugehen. Man kann sie weglassen.

Schwieriger ist es, wenn die Prüfung an einem logisch nachrangigen Punkt unproblematisch scheitern wird. Der logische Nachrang verbietet es, diesen Punkt vorzuziehen. Es kann aber notwendig sein, ihn zu verwenden, um sich die - im Prinzip ja unnötige - Prüfung eines logisch vorrangigen, aber schwierigen Punktes zu ersparen. Das geschieht durch **Offenlassen**.

Offenlassen erfordert eine **Erwähnung**. Was logisch vorrangig ist, kann nicht *weggelassen* werden, sonst fehlt dem Gedankengang die Schlüssigkeit. Man greift vielmehr zu folgendem Kniff: Ich zeige, daß das Gesamtergebnis der Prüfung negativ ist, *egal* wie der logisch vorrangige Punkt zu beantworten ist. Damit habe ich - schlüssig - nachgewiesen, daß es auf eine Entscheidung zu diesem Punkt nicht ankommt.

Vorraussetzung des Offenlassens ist: Die Entscheidung muß sofort getroffen werden. Ist auch der nachrangige Punkt schwierig, muß ich ihn auch nachrangig prüfen. Der Prüfungspunkt, der das Offenlassen begründet, muß also **einfach** sein. Daher erkennt man zulässiges Offenlassen auch dadurch, daß es mit einem im **Urteilsstil** gefaßten Einschub erfolgt.

„Geprüft werden müßte nun, ob X Eigentümer der Sache ist. Das kann indes offenbleiben, weil ja Y aus dem oben schon festgestellten Mietvertrag mit X diesem gegenüber ein Recht zum Besitz hat (§ 535 Abs. 1 BGB).“

„Ob V sich beim Abschluß des Kaufvertrages über eine wesentliche Eigenschaft der Sache geirrt hat, kann offenbleiben, weil er nach § 121 Abs. 2 BGB jedenfalls nun nach über zehn Jahren deswegen keine Anfechtung mehr erklären könnte.“

„Ob T das Eigentum des A an der Sache verletzt hat, kann offenbleiben, da er ohne Fahrlässigkeit angenommen hat, die Sache gehöre ihm selbst und er handle daher nicht rechtswidrig.“

Für das Offenlassen ist Problembewußtsein die entscheidende Gabe. Die Regel lautet: Im *Zweifel* lieber nichts offenlassen!

Manchmal steht man vor der Frage, ob man eine relativ einfach zu begründende Prüfung mit negativem Ergebnis nicht wiederum **insgesamt weglassen** kann. Das ist freilich oft mehr eine Stilfrage, denn etwas mit ganz dünnen Worten zu begründen, kostet ja nicht wirklich Zeit, ob es Pluspunkte bringt oder nicht, ist also nicht wirklich wichtig.

Freilich gilt: Jeder Prüfungspunkt muß eine - wenn auch kurze - Prüfung auch tatsächlich enthalten. Ein Satz wie „Vertragliche Ansprüche bestehen nicht.“ *ohne* jeden erklärenden Zusatz ist daher ein echter Aufbaufehler. Hier wird nichts geprüft, also soll auch nichts geschrieben werden. Daran würde es auch nichts ändern, wenn man Scheinbegründungen einbaut, wie „offensichtlich“ oder „zweifellos“. Solche Füllwörter haben in seriösen Gutachten überhaupt nichts zu suchen.

Im übrigen gibt es einen Unterschied, der sich aus dem **Endergebnis** ableitet:

- ⌞ Ist das Endergebnis positiv, darf man *negativ* verlaufende Teilprüfungen weglassen, wenn sie nicht besonders naheliegend sind.
- ⌞ Ist das *Endergebnis* negativ, darf man dagegen nur Teilprüfungen weglassen, die sehr fern liegen.

Kommen die Ansprüche A, B, C, D und E in Frage, greift aber im Ergebnis keiner davon durch, sind daher alle zu prüfen. Greift dagegen A, muß man von den anderen nur diejenigen prüfen, bei denen die negative Antwort einen gewissen Prüfungsaufwand erfordert.

3. Hilferwägungen

Das „zweite Standbein“ für ein Ergebnis ist - streng genommen - nicht erforderlich. Trotzdem soll die Lösung eines Gutachtens wenn möglich auf zwei Standbeine gestellt werden. Die Situation des Gutachters ist die eines Parteiberaters, der der Partei den „sichersten Weg“ zu empfehlen hat. Hierzu gibt es zwei Regeln:

Anspruchsgrundlagen und **Unwirksamkeitsgründe** kann man nie genug haben! Treffen mehrere davon zu, sind sie daher *immer alle* zu prüfen. Das gilt nur dann nicht, wenn die Prüfung einer weiteren Norm aus Gründen des Anwendungsvorrangs der schon bejahten Norm ausscheidet.

Ein problematisches Nein kann durch ein zweites problematisches Nein etwas sicherer

werden. Wenn die Prüfung an einem bestimmten Punkt *aufgrund problematischer Erwägungen* negativ verlaufen ist, darf man eine **Hilfsbegründung** nachschieben, mit der man zeigt, daß das negative Ergebnis auch aus einem *anderen* Prüfungspunkt heraus negativ zu sein hat.

Dabei dürfen die beiden Prüfungspunkte logisch vor- und nachrangig oder auch gleichrangig sein. Immer aber müssen **beide problematisch** sein, andernfalls das negative Ergebnis ja rasch und einfach durch Weglassen oder Offenlassen zu erzielen ist.

Beispiele: Bei der Prüfung eines Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB ist sowohl die Prüfung des Eigentums als auch die des Besitzes problematisch. Liegt im Ergebnis beides nicht vor, darf man (in beliebiger Reihenfolge) *beides* darstellen.

Ist bei einem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB sowohl die Rechtswidrigkeit als auch das Verschulden zweifelhaft, darf man darlegen, daß *weder* das eine, *noch* das andere vorliegt, das aber in der logisch gebotenen Reihenfolge (Rechtswidrigkeit vor Verschulden).

Noch schwieriger liegen die Dinge, wenn der logisch vorrangige Prüfungspunkt ein problematisches negatives Ergebnis liefert und ein logisch nachrangiger Prüfungspunkt - erkennbar - ebenfalls problematisch ist, die Prüfung an ihm aber *nicht* scheitert. Dann - und nur dann! - kann ein sog. **Hilfsgutachten** veranlaßt sein. Das erkennt man daran, daß man andernfalls auf ein Problem des Falles, das nach der Aufgabenstellung vermutlich zentral ist, nicht stößt.

Bei logischem Gleichrang ist das Hilfsgutachten immer vermeidbar! Man zieht dann einfach den Prüfungspunkt mit dem positiven Ergebnis vor.

Ist einer der Prüfungspunkte unproblematisch, ist ein Hilfsgutachten ebenfalls nicht veranlaßt. Das Problem ist dann durch Weglassen oder Offenlassen zu erledigen.

Schließlich läßt man das Hilfsgutachten sein, wenn die aufgeworfenen Fragen an ganz anderer Stelle im Gutachten schon beantwortet worden sind oder - ohne Hilfserwägung - wieder aufgegriffen werden können. Problematische Eigentumsverhältnisse, auf die es - z.B. - bei einem Anspruch aus § 985 BGB im Ergebnis nicht ankommt, können ja erneut auftreten, wenn später ein Anspruch aus § 1004 I BGB geprüft wird.

Korrekte Hilfsgutachten sind also selten, kommen aber doch gelegentlich vor.

4. Alternativprüfung

Hin und wieder kann es notwendig sein, zwei Lösungswege alternativ zu prüfen, um festzustellen, ob das Ergebnis identisch oder unterschiedlich ist. Im ersteren Fall kann es dann - unabhängig von der ursprünglichen Verzweigung - festgestellt werden.

Das wird immer wieder für einen **Meinungsstreit** vorgeschlagen. Man könne ihn unentschieden lassen, wenn es im Ergebnis nicht auf ihn ankomme. Das ist so aber nicht richtig, denn in Wirklichkeit muß man hier zwei Situationen unterscheiden:

Ist der Meinungsstreit durch **Ausweichen in eine unumstrittene Teildefinition** vermeidbar, verbietet es schon das Gebot der Fallbezogenheit der Prüfung, ihn aufzugreifen und zu entscheiden. Herrscht über die Auslegung eines Tatbestandsmerkmals Streit, so wird der Streit gar nicht erst erwähnt, wenn es für die Subsumtion auf ihn nicht ankommt. Der Streit, ob es subjektive oder objektive Gesichtspunkte sind, die die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer einer Straftat bedingen, kann offenbleiben, wenn der Tatbeteiligte *sowohl* objektiv *als auch* subjektiv nur Teilnehmer sein kann. „Jedenfalls wer weder tatsächlich eigene Tatherrschaft besaß, noch die Tat beherrschen wollte, ist nicht Täter.“

Dagegen ist das manchmal erwähnte Unentschiedenlassen des Meinungsstreits, weil die Prüfung später **an einem anderen Punkt scheitert**, nicht sinnvoll. Das läßt sich eleganter

mit den schon besprochenen Mitteln des Weglassens, des Offenlassens oder der Hilfsbegründung lösen.

Alternativprüfungen sollten sich daher auf Fälle **unvollständigen** oder **unklaren Sachverhalts** beschränken. Dann muß zwar eventuell auch auf die **Beweislast** eingegangen werden. Die Frage, ob der offene Punkt überhaupt entscheidend ist, ist der Beweislastfrage gegenüber aber logisch vorrangig, weil das Gericht Beweise nur einzieht, wenn das Ergebnis von der zu beweisenden Frage auch abhängt.

5. Schema

Folgende kleine Tabelle informiert über die vorgeschlagenen Reaktionen, wenn zwei Prüfungspunkte A und B in einer Prüfung vorkommen.

Situation bei logischem Gleichrang

A einfach +	B einfach + oder -	normale Prüfung
A einfach -	B schwierig + oder -	B weglassen
A schwierig + oder -	B einfach -	B vorziehen, A weglassen
A schwierig -	B schwierig -	Hilfsbegründung
A schwierig -	B schwierig +	B vorziehen

Situation bei logischem Vorrang von A

A einfach +	B einfach + oder -	normale Prüfung
A einfach -	B schwierig + oder -	B weglassen
A schwierig + oder -	B einfach -	A offenlassen
A schwierig -	B schwierig -	Hilfsbegründung
A schwierig -	B schwierig +	Hilfsgutachten