



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN

# Einführung in die Juristische Methodenlehre

Prof. Dr. Ivo Bach

Wintersemester 2020/2021

# § 1 Grundlagen

## A. Die Funktionen der Methodenlehre

### I. Sicherung von Gewaltenteilung und Demokratieprinzip

Das deutsche Rechtssystem gehört zur römisch-germanischen Rechtsfamilie und organisiert sich über Kodifikationen.<sup>1</sup> Es zeichnet sich dadurch aus, dass es die inhaltlichen Anweisungen rechtlicher Entscheidungen nur abstrakt aufschreibt, anstatt sie von der Judikative von Fall zu Fall entwickeln zu lassen.<sup>2</sup> Ein Rechtssystem, das sich für eine Kodifikation entscheidet, entscheidet sich zugleich auch für eine Bindung des Richters an diese Kodifikation, denn sonst wäre der Bestand und die Anwendung der Kodifikation nicht gewährleistet.<sup>3</sup> Art. 20 III GG legt dementsprechend fest: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

Letztlich ist die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz Ausdruck zweier fundamentaler Prinzipien unserer Verfassung: der Gewaltenteilung und des Demokratieprinzips. Die – demokratisch allenfalls sehr mittelbar legitimierte – Judikative wendet das gesetzte Recht an; sie setzt es nicht selbst. Die Rechtssetzung bleibt der demokratisch legitimierten Legislative vorbehalten.

Nun sind Gesetze heutzutage bewusst abstrakt gehalten, um die Vielzahl möglicher Fallgestaltungen mit möglichst wenigen Regeln erfassen zu können. Diese Abstraktheit schafft Freiräume für die Gerichte, wenn es um die Anwendung der Gesetze im konkreten Einzelfall geht. Die Bindung an Recht und Gesetz ist dementsprechend nur dann gewährleistet, wenn die Gerichte bei der Anwendung der Gesetze, also bei deren Auslegung oder Fortbildung, an bestimmte Methoden gebunden sind, wenn sie also nicht mehr oder weniger frei „schöpferisch tätig werden“ können. Damit kommt diesen Methoden im Ergebnis keine geringere Aufgabe zu als die Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip zu sichern. Die juristische Methodenlehre genießt also gewissermaßen Verfassungsrang.

Streng genommen liegt bereits dann eine Verletzung der Gewaltenteilung vor, wenn ein Gericht sein Urteil nicht auf Basis einer eindeutigen Gesetzesvorgabe fällt. Mit jeder Auslegung und jeder Lückenfüllung (und damit letztlich auch bei jeder Anwendung einer Generalklausel) schafft das Gericht Recht. Tatsächlich enthielt das französische *droit intermédiaire* (das ist das Recht, das zwischen der französischen Revolution und der Machtergreifung Napoleons geschaffen wurde) eine Regelung, wonach den Gerichten die Gesetzesauslegung verboten war. War ein Gesetz nicht eindeutig, musste das Gericht das Verfahren aussetzen und die Auslegungsfrage dem Legislativorgan zur Vorabentscheidung vorlegen. Bemerkenswerterweise enthielt das Preußische Allgemeine Landrecht eine ganz ähnliche Regelung. Auch hier

---

<sup>1</sup> *David/Grasmann*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, S. 21 ff., 95; *Hassemer*, ZRP 2007, 213 (214).

<sup>2</sup> *Hassemer*, ZRP 2007, 213 (214).

<sup>3</sup> *Hassemer*, ZRP 2007, 213 (214).

war es den Gerichten verboten, Gesetze auszulegen oder gar Lücken im Gesetz eigenmächtig zu füllen. Kehrseite dieses Verbots war eine Fülle an Vorschriften: Das ALR umfasst etwa 19.000 Artikel; alles war in kasuistischer Detailschärfe geregelt. Heute würden wir angesichts der viel komplexeren Lebenswirklichkeit wohl allein im Zivilrecht ein Vielfaches dieser Vorschriften benötigen.

Diese strikte Bindung des Gerichts an das Gesetz hat sich als äußerst dysfunktional erwiesen. Zum einen wurde der Gesetzgeber mit Detailfragen überlastet; zum anderen konnte die Rechtsprechung nicht flexibel auf gesellschaftliche Entwicklungen reagieren, sondern musste auf eine Entscheidung des – mitunter schwerfälligen – Gesetzgebers warten.

Die Gewaltenteilung wird daher heute pragmatisch dahingehend gehandhabt, dass den Gerichten innerhalb des vom Gesetzgeber gesteckten Rahmens eine gewisse Handlungsfreiheit zugestanden wird. Sie dürfen und müssen Unklarheiten überwinden und Lücken füllen. Allerdings sind sie dabei – zumindest grundsätzlich – nicht völlig frei, sondern müssen sich an die herkömmlichen Methoden der Gesetzesauslegung und -fortbildung halten. Savigny formulierte:

„Die hierin [in der Auslegung] enthaltene freye Geistesthätigkeit läßt sich dahin bestimmen, daß wir das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen, das heißt so, wie uns dessen Wahrheit durch Anwendung eines regelmäßigen Verfahrens erkennbar wird.“<sup>4</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Dass es auch anders geht, dass Gerichten von vornherein die Aufgabe der Schaffung von Recht zukommen kann, zeigt das Beispiel England. Hier hat sich in fast tausend Jahren ein Fallrecht herausgebildet. Bis Mitte des 18. Jahrhunderts gab es überhaupt keine Gesetze; die Gerichte waren bei der Entscheidung frei von legislativen Vorgaben; eine Bindung bestand nur an Präzedenzen, also an bereits bestehende gerichtliche Entscheidungen (sog. case law, Fallrecht). Auch heute noch sind ganze Rechtsbereiche gesetzlich ungeregelt, besteht also ausschließlich ein Fallrecht.

## II. Gewährleistung von Gerechtigkeit

Gerechtigkeit gelingt besser, wenn die wesentlichen Entscheidungen abstrakt, also frei von den Einflüssen konkreter Sachverhalte getroffen werden. Die wesentlichen Entscheidungen muss demzufolge der Gesetzgeber treffen, dem Richter darf möglichst kein eigener Entscheidungsspielraum verbleiben. So formulierte bereits Aristoteles:

„Am zweckmäßigsten ist es also, wenn gerecht erlassene Gesetze nach Möglichkeit alles selbst entscheiden und möglichst wenig den Richtern überlassen; erstens ist es doch leichter, nur einen oder ein paar wenige zu finden als viele, die in der rechten Gesinnung Gesetze erlassen und Recht sprechen können, zweitens entspringen Gesetzeserlässe langen Überlegungen, Urteilssprüche hingegen dem Augenblick, so dass die Richtenden nur schwer gerecht, angemessen und gut entscheiden. Der Kern der Sache aber liegt darin, dass der Gesetzgeber nicht nach dem Einzelfall, sondern

<sup>4</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band I (1840), S. 207.

zukunftsorientiert und für die Allgemeinheit entscheidet, das Mitglied der Volksversammlung und der Richter hingegen bereits über gegenwärtig vorliegende und individuelle Fälle urteilen. Bei ihnen sind oft Parteinahme, Antipathie und persönliche Interessen im Spiel, so dass sie den wahren Sachverhalt nicht mehr ausreichend zu erkennen vermögen, sondern eigenes Freud und Leid das Urteil trüben.“<sup>5</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Wiederum zeigt sich am englischen Rechtssystem, dass die Praxis anders (besser) sein kann, als von der Theorie befürchtet. Das englische Fallrecht hat sich nämlich ausschließlich auf Basis konkreter Entscheidungen entwickelt, und es scheint nicht weniger gerecht als das abstrakt normierte deutsche Recht. Im Gegenteil: Der Nachteil abstrakter Rechtssetzung besteht darin, dass die Besonderheiten von einzelnen Fallgestaltungen unberücksichtigt bleiben. In diesen Fällen erweist sich das abstrakte Gesetzesrecht dann oftmals als konkret ungerecht. Deswegen sieht das deutsche Recht etliche Hintertürchen in Form von Generalklauseln vor, die dem Gericht ein Abweichen von der eigentlichen Regelung ermöglichen. Die sicherlich größte Hintertür bildet in § 242 BGB.

### III. Überzeugungskraft gerichtlicher Urteile

§ 313 I Nr. 6 ZPO bestimmt, dass grundsätzlich jedes Urteil einer Begründung bedarf. Dieses Begründungsgebot ist kein bloßer Formalismus, sondern eine ganz wesentliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Die Urteilsbegründung ermöglicht es den Parteien (und der Öffentlichkeit), die Entscheidungsfindung nachzuvollziehen und zu kontrollieren. Dies wiederum erhöht die Akzeptanz gerichtlicher Urteile: Der Verdacht von Justizwillkür wird im Keim erstickt.

**Vertiefender Hinweis:** Um dieses Ziel zu erreichen, genügt allerdings letztlich jedwede Art der Begründung, es genügt, wenn der Richter darlegt aus welchen rechtspolitischen, rechtsethischen, rechtsphilosophischen oder vielleicht auch ökonomischen Überzeugungen er zu seinem Urteil gelangt ist. Dass der Richter das Urteil unter Anwendung der vorgegebenen Methoden unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitet hat, stellt (nur?) klar, dass das Urteil nicht auf persönlichen Überzeugungen des Richters beruht. Für die Transparenz und die Kontrollfähigkeit an sich ist das nicht erforderlich, sondern ausschließlich für die Kontrolle der Einhaltung der Gewaltenteilung. Insofern dient die Auslegung also nicht der Überzeugungskraft des Urteils, sondern – diesmal mittelbar – wiederum der Gewährleistung von Gewaltenteilung.

<sup>5</sup> Aristoteles, Rhetorik, Erstes Buch, Reclam 2019, S.

## B. Das Ziel der Auslegung

### I. Subjektive und objektive Theorie

Entscheidend dafür, welche Methoden der Gesetzesauslegung ein Gericht anwenden kann bzw. muss, ist die Frage, worin das Ziel jener Gesetzesauslegung besteht. Diese Frage wird seit Ende des 19. Jahrhunderts kontrovers diskutiert. Gesetzlich geklärt ist sie bis heute nicht; wie überhaupt Methodenfragen hierzulande ungeregelt geblieben sind.

Friedrich Carl von Savigny, der gemeinhin als Begründer unseres heutigen Methodenkanons gilt, sah den Zweck der Auslegung darin, den Willen (Savigny benutzte den Begriff „Gedanken“) des historischen Gesetzgebers zu ermitteln. 1840 formulierte er:

„Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sey er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrthum und Willkühr gesichert werde. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältnis in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen. Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens. Nur auf diese Weise ist es möglich, eine sichere und vollständige Einsicht in den Inhalt des Gesetzes zu erlangen, und nur so ist daher der Zweck des Gesetzes zu erreichen.<sup>6</sup>

Knapp 50 Jahre später bildete sich eine Gegenauffassung, die grundlegend von Josef Kohler formuliert und vertreten wurde: Nicht der Wille des Gesetzgebers sei zu ermitteln, sondern der Wille des Gesetzes selbst.

„Die gewöhnliche Lehre ist irrig; nicht, was der Verfasser des Gesetzes will, ist entscheidend, sondern was das Gesetz will – allerdings hat das Gesetz keinen Willen im psychologischen Sinne, wohl aber einen Willen im teleologischen Sinne als organisches Zweckbestreben; und es treten nicht diejenigen Rechtsfolgen ein, welche der Verfasser des Gesetzes beabsichtigt, sondern diejenigen, welche sich aus dem organischen Zweckstreben des Gesetzes ergeben, welche sich als der Ausfluss des im Gesetze geschaffenen geistigen Organismus darstellen. Der Verfasser des Gesetzes kann ein Gesetz schaffen oder nicht schaffen; schafft er es aber, so schafft er es mit allen seinen unmittelbaren und mittelbaren rechtlichen Folgen, die möglicherweise weit ausserhalb seines Gesichtskreises liegen; das, was in dem Gesetzessatze als Rechtsergebniss enthalten ist, steht keineswegs immer in seinem vollen Umfang vor dem Auge dessen, welcher das Gesetz geschaffen hat – im Gegenteile, oft verhüllt sich seinem Blicke ein wichtiger Theil des juristischen und wirthschaftlichen Wesens des Gesetzes, und die Anwendung ergibt oft ein ganz anderes Bild, als er sich im Geiste vorgestellt hat. Mit anderen Worten: das Gesetz steht dem Verfasser des Gesetzes ebenso als ein Neues, Drittes, ja als ein Fremdes gegenüber, und die Erforschung seiner juristischen Wirkung ist für ihn ebenso eine neue Aufgabe, wie für den Musiker

---

<sup>6</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band I (1840), S. 212 f.

die Zergliederung der Ton-, wie für den Maler die Zergliederung der Farbeneffekte, auf welchen der ästhetische Zauber seiner Schöpfung beruht.“<sup>7</sup>

Bis heute herrscht Uneinigkeit darüber, ob der Wille des Gesetzgebers maßgeblich sei (subjektive Theorie)<sup>8</sup> oder der davon unter Umständen verschiedene Wille des Gesetzes (objektive Theorie)<sup>9</sup>. Dabei hat die Diskussion im Laufe der Jahrzehnte zwar vielfältige Nuancierungen erfahren, im Kern ist der Diskurs jedoch derselbe geblieben.

Für die Praxis hatte das Bundesverfassungsgericht den Streit zunächst im Jahr 1952 mit einem Urteil entschieden, und zwar im Wesentlichen zugunsten der objektiven Theorie:

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“<sup>10</sup>

Allerdings hat das Verfassungsgericht jüngst eine vorsichtige Kehrtwende eingeleitet. 2011 formulierte es:

„Der Aufgabe und Befugnis zur „schöpferischen Rechtsfindung und Rechtsfortbildung“ sind mit Rücksicht auf den aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung der Rechtsprechung jedoch Grenzen gesetzt [Nachweise]. Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Er hat hierbei den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen [Nachweis]. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein [Nachweise].“<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Kohler, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 1886, 1 ff.

<sup>8</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 1862, S. 48; Heck, Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz, 1914; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 332 ff.; letztlich auch Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 22.

<sup>9</sup> Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969, S. 254; Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage, 2010, S. 164;

<sup>10</sup>

<sup>11</sup> BVerfG, 25.1.2011, 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193.

## II. Konsequenzen der unterschiedlichen Theorien

Der Unterschied zwischen den beiden Theorien hat Auswirkungen auf den Wert, der den einzelnen Auslegungsmethoden beigemessen wird und damit auf das **Rangverhältnis**, in dem die Auslegungsmethoden zueinander stehen: Während Vertreter der subjektiven Theorie der historischen Auslegung naturgemäß besonders große Bedeutung beimessen, ist diese Auslegungsmethode für Vertreter der objektiven Theorie vergleichsweise unbedeutend (zum Rangverhältnis noch ausführlich unten ##).

Strukturelle Bedeutung erlangt der Theorienstreit, wenn es um die **Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung** durch Analogie bzw. teleologische Reduktion geht. Nach der objektiven Theorie wird die Grenze der Auslegung durch den Wortlaut des Gesetzes determiniert. Hat der Gesetzgeber einen Wortlaut gewählt, der seinem eigentlichen Regelungswillen nicht gerecht wird, so könne diesem Regelungswillen nicht durch bloße Auslegung zur Geltung verholfen werden; vielmehr müsse zur Rechtsfortbildung durch Analogie (oder teleologische Reduktion) gegriffen werden. Demgegenüber sieht die subjektive Theorie den Wortlaut nur als ein Mittel von vielen an, um den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln. Stehe – etwa wegen einer klaren Formulierung in der Gesetzesbegründung – fest, dass der Gesetzgeber etwas anderes wollte als das, was er formulierte, so trete der Wortlaut als nicht mit dem Gesetzgeberwillen übereinstimmend zurück. Die historische Auslegung setze sich gegen die Auslegung anhand des Wortlauts durch. Die Grenze zur Rechtsfortbildung verlaufe erst dort, wo sich der Gesetzesanwender über den Willen des historischen Gesetzgebers hinwegsetze. Dies sei etwa dann möglich und erforderlich, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes grundlegend geändert hätten und angenommen werden könne, dass der Gesetzgeber auf Basis der neuen Verhältnisse eine andere Regelung getroffen hätte.

## III. Argumente der subjektiven Theorie

Die subjektive Theorie kann sich vor allem auf staatsrechtliche Erwägungen stützen, allen voran darauf, dass nur die Berücksichtigung des historischen Gesetzgeberwillens dem Prinzip der **Gewaltenteilung** gerecht werde. Das Gesetz habe keinen Willen. Dementsprechend lasse sich ein Richter, der nach einem vom Gesetzgeberwillen unabhängigen „Willen des Gesetzes“ ermitteln sollen, oftmals (bewusst oder unbewusst) von persönlichen Überzeugungen leiten. Das Gericht werde „vom Diener zum Herrn des Gesetzes“,<sup>12</sup> die rechtsprechende zur rechtssetzenden Gewalt. Angesichts dessen, dass Richter in Deutschland (anders als etwa in den U.S.A.) nicht vom Volk gewählt, sondern von den Landesjustizministern ernannt werden, beeinträchtigt die Rechtssetzung durch Gerichte (zumindest mittelbar) auch das **Demokratieprinzip**.

Ein weiteres Argument, das Vertreter der subjektiven Theorie anführen, betrifft die o.g. Funktion der Methodenlehre, die Überzeugungskraft von Gerichtsentscheidungen zu stärken. Wenn Gerichte den Willen des Gesetzgebers durch Erwägungen zu einem vermeintlich objektiven Zweck des Gesetzes ersetzen könnten, dann verliere die Methodenlehre diese Funktion. Wenn das Gericht sich auf Basis objektiver Zweckerwägungen vom Willen des Gesetzgebers löse, dann dürfe es dies nicht unter dem Deckmantel der Auslegung tun, sondern müsse offenlegen, dass es vom Gesetz abweiche, also Rechtsfortbildung betreibe. Dies sei

---

<sup>12</sup> Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 182.

unter Umständen zulässig (dazu unten ##), müsse aber transparent gemacht werden; für die Überzeugungskraft von Urteilen sei **Methodenehrlichkeit** erforderlich.

#### IV. Argumente der objektiven Theorie

Die objektive Theorie beruht insbesondere auf der pragmatischen Erwägung, dass ein Gesetz im Laufe der Zeit zu versteinern droht, wenn es nur in den Grenzen dessen ausgelegt werden kann, was der historische Gesetzgeber ihm beigemessen hat. So hat etwa der historische BGB-Gesetzgeber die Entwicklung der Telekommunikationstechnik nicht vorhergesehen, weshalb sich für die Frage, ob Vertragsschlüsse via Telefon unter Anwesenden oder unter Abwesenden geschlossen werden, kein Gesetzgeberwille ermitteln lässt. Nach der subjektiven Theorie muss daher eine Auslegung scheitern. Allerdings bedeutet dies nicht, dass das Gesetz unangewendet, die Rechtsfrage also unbeantwortet bleiben muss; sie kann zwar nicht im Wege der Auslegung, wohl aber im Wege der Rechtsfortbildung (Analogie) beantwortet werden. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen ist eine gegenwartsorientierte Auslegung regelmäßig auch nach der subjektiven Theorie zulässig: Der Gesetzgeber habe mit der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs zum Ausdruck gebracht, dass er Detailfragen bewusst offen und dementsprechend der Beantwortung durch die Rechtsprechung (ergänze: auf Basis des jeweiligen Zeitgeistes) überlassen will. Das gilt insbesondere für die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Eine ebenso pragmatische wie staatstheoretische Erwägung der Vertreter einer objektiven Auslegung betrifft das Fundament der subjektiven Theorie: Eine Auslegung nach dem Gesetzgeberwillen setzt voraus, dass es einen solchen gibt und dass er sich ermitteln lässt. Das aber sei zu bezweifeln: Ebenso wie das Gesetz sei nämlich auch der Gesetzgeber keine natürliche Person, deren Willen man erforschen könne; den Willen jedes einzelnen Abgeordneten zu erforschen sei hingegen schwerlich möglich. Angesichts dessen, dass der Gesetzgeberwille oftmals nur aus Formulierungen der Gesetzesbegründung abgeleitet werden kann, kommt in der Tat auch die subjektive Theorie in Konflikt mit der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip: In aller Regel wird die Gesetzesbegründung nämlich nicht etwa vom Parlament (oder zumindest von einzelnen Abgeordneten) formuliert, sondern von der Regierung (respektive von den Ministerialbeamten).

Schließlich wird für eine objektive Auslegung angeführt, dass der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers für den Adressaten des Gesetzes in aller Regel nicht erkennbar ist; gehe dieser Wille dem Wortlaut einer Norm vor (zu dieser Konsequenz der subjektiven Theorie s.o. ###), so führe dies zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit. Im Strafrecht leitet das BVerfG aus Art. 103 II GG (nulla poena sine lege) ab, dass der mögliche Wortsinn die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation bildet.<sup>13</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Vor dem Hintergrund der genannten Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gesetzgeberwillens und unter Verweis darauf, dass der normale Gesetzesadressat in aller Regel keine Kenntnis von den Parlamentsdebatten und den gesetzesvorbereitenden Materialien habe, lehnen englische Gerichte eine historische Auslegung vollständig ab.

<sup>13</sup> St. Rspr., bspw. BVerf, 23.10.1985, 1 BvR 1053/82, NJW 1986, 1671.

## § 2. Die Auslegung von Gesetzen

### A. Der klassische Auslegungskanon

Gemeinhin wird der klassische Auslegungskanon aus vier Auslegungsarten gebildet. In der Formulierung des Bundesverfassungsgericht sind dies: „die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung).“<sup>14</sup>

Zusätzlich werden mitunter einige weitere Auslegungskriterien genannt, insbesondere die verfassungskonforme und die europarechts- bzw. richtlinienkonforme Auslegung. Streng genommen handelt es sich zumindest bei der verfassungskonformen Auslegung jedoch um einen Unterfall der systematischen Auslegung: eine gesetzliche Regelung ist nicht nur in ihrem (horizontalen) Verhältnis zu anderen gleichrangigen Regelungen zu interpretieren, sondern auch in ihrem (vertikalen) Verhältnis zu höherrangigen Vorschriften (dazu noch ausführlich unten ##).

Zurückgeführt wird der klassische Auslegungskanon auf Friedrich Carl von Savigny. Allerdings hat sich der Kanon seither entwickelt, so dass er in seiner heutigen Form nur noch teilweise mit den ursprünglichen Überlegungen Savignys übereinstimmt. Nicht zuletzt hat sich, wie oben dargestellt, das Ziel der Auslegung geändert: von der Erforschung des historischen Gesetzgeberwillens zur Feststellung eines objektiven Gesetzeswillens. Aber auch der Kanon selbst hat eine gewisse Veränderung erfahren. Savigny unterschied folgende „Vier Elemente“ der Auslegung: „ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches“<sup>15</sup> Dabei maß Savigny dem „logischen“ Element eine völlig andere Bedeutung bei, als sie heute der teleologischen Auslegung beigemessen wird. Das logische Element, so Savignys Definition, „geht auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältnis, in welchem einzelne Theile desselben zu einander stehen“.<sup>16</sup> So verstanden ist das logische Element heute wohl Bestandteil der systematischen Auslegung. Savignys systematisches Element erfasst denn auch einen anderen Teil der heutigen Verständnisses von systematischer Auslegung, nämlich das, was wir als „Einheit der Rechtsordnung“ bezeichnen würden: Es bezieht sich nach Savignys Vorstellung „auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“.<sup>17</sup> Das historische Element wiederum entspricht tendenziell dem, was wir heute unter der teleologischen Auslegung verstehen; es habe, so Savigny, „den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältnis durch Rechtsregeln bestimmten Zustand“ zum Gegenstand. Weiter heißt es: „In diesem Zustand sollte das Gesetz auf bestimmte Weise eingreifen, und die Art dieses Eingreifens, das

<sup>14</sup> BVerfG, 17.5.1960, 2 BvL 11/59 und 11/60, BVerfGE 11, 126.

<sup>15</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band I (1840), S. 213.

<sup>16</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band I (1840), S. 214.

<sup>17</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band I (1840), S. 214.

was dem Recht durch dieses Gesetz neu eingefügt worden ist, soll jenes Element [also das historische] zur Anschauung bringen.“ Mit anderen Worten: Gegenstand des historischen Elements á la Savigny ist der Zweck des Gesetzes. Die historische Auslegung nach unserem heutigen Verständnis findet demgegenüber keine Entsprechung in Savignys Kanon.

**Vertiefender Hinweis:** Bemerkenswert ist zudem, dass Savigny zwei Auslegungskonstellationen unterschied, und zwar anhand des Zustands, in dem sich das auszulegende Gesetz befindet. Der genannte Vier-Elemente-Kanon sollte nur für die Auslegung solcher Gesetze gelten, die sich in einem „gesunden Zustand“ befinden. Für Gesetze in einem mangelhaften Zustand (das sind Gesetze, die einen unbestimmten oder gar einen unrichtigen Ausdruck verwenden) werden drei andere „Hilfsmittel“ erforderlich: Der innere Zusammenhang der Gesetzgebung (letztlich eine systematische Auslegung), der Zusammenhang des Gesetzes mit seinem Grunde (eine teleologische Auslegung) und – in eingeschränktem Maße – der innere Wert des aus der Auslegung hervorgehenden Inhalts (eine Art wertende Folgenbetrachtung). Vereinfacht formuliert lassen sich Savignys Überlegungen zur Auslegung mangelhafter Gesetze wohl in folgender Formel zusammenfassen: Bei unbestimmten oder unrichtig verwendeten Begriffen scheidet eine grammatische Auslegung aus; zur systematischen und teleologischen Auslegung tritt ergänzend eine (mit Vorsicht zu handhabende) wertende Folgenbetrachtung hinzu.

## B. Die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm

### I. Grundsätze

Die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm markiert den Ausgangspunkt jeder Auslegung. Sie umfasst sowohl die Untersuchung der verwendeten Begriffe (Wortsinnauslegung oder etymologische Auslegung) also auch als die Analyse des Satzbaus (grammatische Auslegung).

Die Wortsinnauslegung ihrerseits erfolgt wiederum mehrstufig. Auf einer ersten Stufe sind die vom Gesetz verwendeten Begriffe zunächst nach einem allgemeinen, alltäglichen Sprachverständnis zu untersuchen. Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob das Gesetz dem Begriff ausnahmsweise eine besondere, vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Bedeutung beimisst. So werden etwa die Begriffe „Eigentum“ und „Besitz“ im allgemeinen Sprachgebrauch synonym verwendet; das BGB verwendet sie hingegen für zwei grundlegend unterschiedliche Beziehungen einer Person zu einer Sache. Dass dies so ist, zeigen nicht zuletzt die §§ 985 ff. BGB: Ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis würde bei synonyme Verwendung der beiden Begriffe wenig Sinn ergeben.

Mitunter werden einzelne Begriffe im Gesetz sogar ausdrücklich definiert. Derartige Legaldefinitionen finden sich etwa in § 90 BGB („Sache“), § 121 BGB („unverzüglich“), § 194 BGB („Anspruch“) und § 305 I BGB („Allgemeine Geschäftsbedingungen“). Für das Strafrecht enthält § 11 StGB einen Katalog verschiedener „Personen- und Sachbegriffe“ (z. B. „Angehöri-

ger“, „Amtsträger“, „rechtswidrige Tat“). Derartige Legaldefinitionen sind für den Rechtsanwender verbindlich; eine Wortsinnauslegung ist von vornherein obsolet. Allerdings sind die einzelnen Worte der Legaldefinition ihrerseits einer Auslegung zugänglich.

Hat sich der Inhalt eines Begriffs im Laufe der Zeit seit Erlass des Gesetzes geändert, stellt sich die Frage, auf welchen **Zeitpunkt** abzustellen ist: auf denjenigen der Gesetzgebung oder auf denjenigen der Gesetzesanwendung. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, welcher Theorie man folgt: nach der subjektiven Theorie, die darauf zielt den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, muss konsequenterweise auf den Zeitpunkt der Gesetzgebung abgestellt werden; nach der objektiven Theorie, derzufolge der Inhalt des Gesetzes vom historischen Gesetzgeberwillen losgelöst dem Zeitgeist folgen kann, kommt es (zumindest tendenziell) auf den Zeitpunkt der Gesetzesanwendung an.

**Vertiefender Hinweis:** Oftmals wird man aber unterstellen können, dass der Gesetzgeber eine Norm schaffen wollte, die sich dynamisch an veränderte Gegebenheiten anpasst. Dies gilt insbesondere dann, wenn er unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. In solch einem Fall darf die „historische Wortsinnauslegung“ nicht etwa zu der Schlussfolgerung verleiten, eine bestimmte Gegebenheit sei nicht von dem Begriff erfasst, weil sie erst nachträglich entstanden sei und dementsprechend vom Gesetzgeberwillen nicht erfasst sei.

Bemerkenswerterweise hat selbst der BGH, der klar der objektiven Gesetzesauslegung zuneigt, mitunter historische Untersuchungen von fast wissenschaftlicher Gründlichkeit durchgeführt, um den Inhalt eines Gesetzesbegriffs zu verstehen. So hatte er etwa 1969 zu entscheiden, oder der Begriff „Bergwerkbesitzer“ im Preußischen Berggesetz (PrBergG) nur den Eigentümer oder auch einen Pächter des Bergwerks erfasse. Er stützte sich dafür nicht auf die zur Zeit der Entscheidung klare Bedeutung der Begriffe „Eigentümer“ und „Besitzer“, sondern untersuchte, ob dieses Begriffsverständnis auch zur Zeit des Erlasses des PrBergG im Jahr 1868 bereits vorherrschten; fündig wurde er in den §§ 6, 7 I 7 des Preußischen Allgemeinen Landrechts.<sup>18</sup>

## II. Lesenswerte Beispiele

### 1. § 252 StGB: „auf frischer Tat betroffen“

Ein räuberischer Diebstahl setzt gem. § 252 StGB voraus, dass der Täter eines Diebstahls „auf frischer Tat betroffen wird, und Gewalt anwendet, um sich im Besitz der gestohlenen Sache zu halten. Problematisch ist dabei, ob schon dann von einem „Betreffen“ auszugehen ist, wenn Dieb und Dritter (räumlich-zeitlich) aufeinandertreffen oder ob der Dritte den Dieb auch bemerken, also sinnlich wahrnehmen muss. Der BGH urteilte zugunsten der erstgenannten Auslegung:

„Die Worte „auf frischer Tat betroffen“ bedeuten in dem gegebenen Zusammenhang nicht mehr als das bewußte oder unbewußte, geplante oder zufällige, raumzeitliche

<sup>18</sup> BGH, 14.7.1969 – III ZR 235/65, BGHZ 52, 259.

Zusammentreffen einer Person mit dem Dieb als bald nach der Vollendung des Diebstahls. Jemand kann im reinen Wortsinn einen Dieb betreffen, ohne daß ihm dessen Anwesenheit bewußt wird.“<sup>19</sup>

## 2. § 142 II Nr. 2 StGB: berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen vom Unfallort

Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 Abs. 1 StGB) setzt neben der Verwirklichung des objektiven Tatbestands auch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands, sowie Rechtswidrigkeit und Schuld voraus. Wer sich „berechtigt oder entschuldig“ vom Unfallort entfernt, ist jedoch nach § 142 Abs. 2 StGB dann strafbar, wenn er die in Abs. 1 aufgezählten notwendigen Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht.

Problematisch ist dabei, ob ein berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen vom Unfallort nur dann vorliegt, wenn der Täter sich gerechtfertigt oder entschuldigt i.S.d. StGB entfernt hat oder auch dann, wenn eine Strafbarkeit wegen des Entfernens selbst aus anderem Grund scheitert (fehlende Handlung: der Täter ist nach Unfall bewusstlos und wird von Rettungswagen ins Krankenhaus gebracht; fehlender Vorsatz: der Täter hat den Unfall nicht wahrgenommen; Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB). Der BGH urteilte zugunsten der letztgenannten Auslegung:

„[D]as nicht vorsätzliche Sich-Entfernen [ist] dem ‚berechtigten‘ oder dem ‚entschuldigten‘ gleichzusetzen. Das ergibt sich schon aus dem Wortsinn. Die Begriffe ‚berechtigt oder entschuldig‘ sind keineswegs formal-dogmatisch auf die allgemein anerkannten strafrechtlichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe beschränkt. Ihnen kommt vielmehr, wie auch sonst bei ihrer Verwendung in der gesamten Rechtsordnung, ein darüber hinausgehender Sinn zu. In der Rechtssprache finden die Worte ‚berechtigt oder entschuldig‘ auch in bezug auf tatbestandsmäßig nicht vorsätzliche Verhaltensweisen Anwendung.“<sup>20</sup>

Das BVerfG sah in dieser Auslegung eine Verletzung des „Analogieverbots“ aus Art. 103 II GG:

„Der Auslegung des § 142 II Nr. 2 StGB, die auch das unvorsätzliche – und nicht nur das berechtigte oder entschuldigte – Sich-Entfernt-Haben vom Unfallort unter diese Norm subsumiert, steht die Grenze des möglichen Wortsinns der Begriffe ‚berechtigt oder entschuldig‘ entgegen [...]. Schon die Umgangssprache unterscheidet zwischen unvorsätzlichen im Sinne nicht absichtlicher und berechtigten oder entschuldigten Verhaltensweisen, die ‚das Recht auf ihrer Seite‘ haben bzw. deren Konsequenzen aus höherrangigen Gründen hinzunehmen sind. Stellt man auf den – für die Auslegung maßgeblichen – möglichen Wortsinn ab, wie er sich aus dem Kontext des Gesetzes erschließt, so kennzeichnen die Begriffe ‚berechtigt oder entschuldig‘ einen Sachverhalt, der an den in § 142 I StGB beschriebenen anschließt: Wer sich als Unfallbeteiligter an einem Unfallort befindet und also die erforderlichen Feststellungen ermöglichen muss, darf sich unter bestimmten, durch die Begriffe ‚berechtigt oder entschuldig‘ näher gekennzeichneten Voraussetzungen entfernen; er muss dann

<sup>19</sup> BGH, 27.2.1975 – 4 StR 310/74, NJW 1975, 1176, 1177.

<sup>20</sup> BGH, 30.8.1978 – 4 StR 682/77, NJW 1979, 434.

aber die Feststellungen nachträglich ermöglichen. Das unvorsätzliche Sich-Entfernt-Haben geht über diesen Sinngehalt hinaus, da es die normative Wertung, unter welchen Voraussetzungen das Sich-Entfernen zulässig ist, zu Gunsten einer empirischen Tatsache – der Kenntnis vom Unfallgeschehen – ausblendet. Auf Grund ihres normativen Gehalts können die Begriffe ‚berechtigt oder entschuldigt‘ nicht in einem nicht-normativen Sinne ausgelegt werden. Wer sich ‚berechtigt oder entschuldigt‘ vom Unfallort entfernt, handelt objektiv und subjektiv unter ganz anderen Voraussetzungen als derjenige, der das mangels Kenntnis des Unfallgeschehens tut. Dass unvorsätzliches Verhalten – wie zum Beispiel das Übersehen des Rotlichts bei einem dringenden Krankentransport – zugleich berechtigt oder entschuldigt sein kann, steht dem nicht entgegen.“<sup>21</sup>

### 3. Gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „gefährliches Werkzeug“ in § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB hatte das OLG Celle dem BGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: Ist ein ‚anderes gefährliches Werkzeug‘ gem. § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB ein Tatmittel, das allein nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, oder muss bei Werkzeugen, die als Gebrauchsgegenstand nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit sozialadäquat von jedermann bei sich geführt werden können – wie etwa ein Taschenmesser – als subjektives Element seitens des Täters hinzutreten eine generelle, vom konkreten Lebenssachverhalt losgelöste Bestimmung des Werkzeugs zur Verwendung gegen Menschen, wobei die in § 244 I Nr. 1 lit. b) StGB vorausgesetzte konkrete Verwendungsabsicht nicht vorliegen muss?“ In seiner Antwort stützte sich der BGH unter anderem auf den Wortlaut der Vorschrift:

„Die genannten Ansichten lassen sich bereits nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang bringen. § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB enthält nach seiner insoweit sprachlich klaren und eindeutigen Fassung – im Gegensatz zu § 244 I Nr. 1 lit. b) StGB – gerade kein über den Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale hinausgehendes, wie auch immer im Einzelnen zu definierendes subjektives Element. Insbesondere das Erfordernis einer auf den Einsatz des gefährlichen Werkzeugs als Nötigungsmittel gegen Personen gerichtete Absicht, sei sie generell gefasst oder auf den konkreten Diebstahl bezogen, lässt sich der Norm nicht entnehmen.“<sup>22</sup>

### 4. Übergang vom allgemeinen zum besonderen Leistungsstörungsrecht

Die Frage, ob die werkvertraglichen Sachmangelgewährleistungsrechte bereits vor oder erst nach einer Abnahme geltend gemacht werden können, beantwortete der BGH auf Basis einer ganzen Reihe methodischer Erwägungen. Unter anderem stützte er sich auf folgende Wortlautauslegung:

<sup>21</sup> BVerfG, 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06, NJW 2007, 1666, 1667.

<sup>22</sup> BGH, 3.6.2008 – 3 StR 246/07, BGHSt 52, 257 Rn. 27.

*„Bereits der Begriff ‚Nacherfüllung‘ in § 634 Nr. 1, § 635 BGB spricht dafür, dass die Rechte aus § 634 BGB erst nach der Herstellung zum Tragen kommen sollen. Die Erfüllung des Herstellungsanspruchs aus § 631 Abs. 1 BGB tritt bei einer Werkleistung regelmäßig mit der Abnahme ein, § 640 Abs. 1 BGB, so dass erst nach Abnahme von ‚Nacherfüllung‘ gesprochen werden kann.“<sup>23</sup>*

### III. Bedeutung

Nach der objektiven Theorie fungiert der Wortsinn nicht nur als Ausgangspunkt, sondern zugleich als äußerste Grenze der Auslegung: Ein Ergebnis, das vom Wortlaut nicht gedeckt ist, sei nicht per Auslegung zu erreichen, sondern nur im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung (s.o. ##). Nach der subjektiven Theorie ist eine Auslegung auch jenseits des Wortlauts möglich; nicht er, sondern der Wille des Gesetzgebers bilde die Grenze zwischen Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung. Im Strafrecht verbietet Art. 103 II GG die Anwendung eines Gesetzes, die nicht von dessen Wortlaut gedeckt ist.

**Hinweis:** Durch die Brille der objektiven Theorie stellt Art. 103 II GG ein Analogieverbot auf; durch die Brille der subjektiven Theorie handelt es sich um eine Beschränkung der Auslegungsmöglichkeiten.

Eng mit der Funktion des Wortsinns als Auslegungsgrenze verzahnt ist die sog. Eindeutigkeitsregel: Danach sollen dann, wenn der Wortlaut ein eindeutiges Ergebnis liefert, die übrigen Auslegungskriterien unberücksichtigt bleiben müssen; das Gericht sei an den eindeutigen Wortlaut gebunden. Für eine Auslegung sei nur dann Raum, wenn der Wortsinn zweifelhaft erscheine. Diese Eindeutigkeitsregel hat nicht zuletzt das BVerfG vertreten;<sup>24</sup> ob es das nach wie vor tut, ist vor dem Hintergrund zweifelhaft, dass es – wie oben dargestellt – nicht mehr vollumfänglich der objektiven Theorie folgt.

**Hinweis:** Zu beachten ist allerdings auch unter Geltung der objektiven Theorie, dass ein Begriff oftmals je nach Kontext eine unterschiedliche Bedeutung haben kann. Während etwa der Begriff Stunde üblicherweise genau 60 Minuten umfasst, wird er an Schulen und Universitäten mitunter anders verstanden, nämlich als „Unterrichtsstunde“, die regelmäßig 45 Minuten lang ist.

Folgt man der objektiven Theorie, hat der Wortlaut letztlich in zweierlei Hinsicht eine begrenzte Funktion bzw. bildlicher formuliert: in zwei Richtungen. Dass die Auslegung nicht zu einem Ergebnis führen darf, das mit dem Wortsinn unvereinbar ist, bedeutet nämlich zum einen, dass ein Umstand, der außerhalb des äußersten Wortsinns liegt, nicht mehr unter den verwendeten Begriff subsumiert werden darf. Zum anderen darf jedoch ein Umstand, der zweifelsfrei von dem Begriff umfasst wird, nicht unberücksichtigt bleiben. Im erstgenannten Fall muss der Rechtsanwender zur Rechtsfortbildung in Form der Analogie greifen, im letztgenannten Fall zur teleologischen Reduktion.

<sup>23</sup>

<sup>24</sup> BVerfG, 24.4.1952 – 1 BvR 36/52 = BVerfGE 1, 263.

Begriffsvorfeld	Begriffshof	Begriffskern
Auslegung unzulässig, aber Analogie	Auslegung zulässig!	Auslegung unzulässig, aber teleologische Reduktion

Als Beispiel zur Veranschaulichung mag der Begriff des „Zugangs“ einer Willenserklärung (§ 130 I 1 BGB) dienen:<sup>25</sup> Den Kern dieses Begriffs bildet die Kenntnisnahme durch den Adressaten; § 130 I 1 BGB darf also nicht historisch, systematisch oder teleologisch dahingehend ausgelegt werden, dass die Kenntnisnahme durch den Adressaten keinen Fall des Zugangs bildet. Möglich bleibt dann nur die Rechtsfortbildung (oder eher: -rückbildung, dazu unten ##) durch teleologische Reduktion. Im Begriffsvorfeld – also klar außerhalb der Begriffsbedeutung – ist der Fall anzusiedeln, dass der Erklärende seine brieflich abgefasste Erklärung in einen Postkasten wirft. § 130 I 1 BGB kann dementsprechend nicht im Wege der (historischen, systematischen oder teleologischen) Auslegung dahingehend verstanden werden, dass er einen derartigen Fall erfasst. Dafür bleibt dann allenfalls die Rechtsfortbildung durch Analogie. Eine Auslegung ist nur im Bereich des Begriffshofs möglich, also in denjenigen Fällen, die man unter den Wortlaut subsumieren kann, aber nicht muss – man könnte auch sagen: im Graubereich des Begriffs. Beispiel hierfür ist etwa der klassische Fall, dass der Brief in den Briefkasten des Empfängers eingeworfen wird, dieser aber nicht zuhause ist und den Brief daher nicht liest. In diesem Fall – und nur in diesem Fall – darf nach der objektiven Theorie auf die anderen Auslegungsarten zurückgegriffen werden.

**Vertiefender Hinweis:** Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass schon das Reichsgericht<sup>26</sup> und nun auch der BGH<sup>27</sup>, den Begriff der Sache in § 119 II BGB teleologisch dahingehend auslegen, dass auch unkörperliche Gegenstände erfasst werden. Nach der Legaldefinition in § 90 BGB sind hingegen nur körperliche Gegenstände erfasst. Sieht man diese Legaldefinition als „Wortlautgrenze“, so ist eine Anwendung des § 119 II BGB auf unkörperliche Gegenstände nur im Wege der Analogie zu erreichen. Zieht man die Wortlautgrenze hingegen nach Maßgabe des allgemeinen Sprachgebrauchs, besteht die Möglichkeit der Auslegung, weil es durchaus vertretbar erscheint, den Begriff „Sache“ in einem weiten Sinne so zu verstehen, dass auch unkörperliche Gegenstände erfasst sind. Unkörperliche Gegenstände sind also m.a.W. dem Begriffshof der „Sache“ zuzuordnen.

Auch die objektive Theorie gestattet eine Überschreitung des Wortlauts übrigens dann, wenn es sich um ein „Redaktionsversehen“ des Gesetzgebers handelt. Ein solches Redaktionsversehen wird teilweise etwa für § 254 Abs. 2 S. 2 BGB angenommen; der dortige Verweis auf § 278 BGB sei versehentlich an dieser Stelle platziert und nicht in einen gesonderten Abs. 3 eingestellt worden (dazu noch unten ##). Diese Behandlung von Redaktionsversehen ist insofern inkonsequent, als es ja gerade nicht auf den Willen des Gesetzgebers ankommen soll,

<sup>25</sup> Entnommen aus Wienbracke, Juristische Methodenlehre, Rn. 152

<sup>26</sup> RG, 22.11.1935 – V 77/35, RGZ 149, 235, 238.

<sup>27</sup> BGH, 14.11.1962 – V ZR 66/61, WM 1963, 252.

sondern auf das Gesetz selbst. Aus Sicht der subjektiven Theorie gilt ohnehin: *falsa demonstratio non nocet*.

## C. Die Auslegung aus dem Zusammenhang der Norm

### I. Grundlagen

Die systematische Auslegung lässt sich vereinfacht auf folgende Regel herunterbrechen: Unter mehreren möglichen Auslegungsergebnissen ist dasjenige zu wählen, dass sich (am besten) in den gesetzlichen Kontext einpasst.<sup>28</sup> Diese Auslegungsregel beruht auf der Prämisse, dass der Gesetzgeber ein einheitliches, in sich widerspruchsfreies Regelungssystem geschaffen hat (obj. Theorie) bzw. schaffen wollte (subj. Theorie). Diese Prämisse steht freilich auf vergleichsweise tönernen Füßen; je unterschiedlicher das Alter und der Regelungsgegenstand der Gesetze, desto eher wird die Einheit der Rechtsordnung zu einem realitätsfernen Idealzustand.<sup>29</sup> Umgekehrt wird man aber konstatieren können: Je näher die Regelungen einander in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht stehen, umso eher kann unterstellt werden, dass sie ein harmonisches Gesamtkonstrukt bilden, also einander nicht widersprechen (sollen).

**Hinweis:** Diese Prämisse greift grundsätzlich von vornherein nur für Regelungen, die von demselben Gesetzgeber erlassen werden.

Von Bedeutung ist die Bestandskraft der Prämisse von vornherein nur für die sog. horizontale Gesetzessystematik, also die Auslegung einer Vorschrift im Lichte einer anderen gleichrangigen Vorschrift. Als Teil der systematischen Auslegung wird man daneben aber auch diejenige anhand der vertikalen Gesetzessystematik einzustufen haben, also die Auslegung einer Vorschrift im Lichte (bzw. genauer: nach den Vorgaben) einer ranghöheren Norm. Die verfassungskonforme und die europarechtskonforme Auslegung sind demnach letztlich Unterformen der systematischen Auslegung. Wegen ihrer eigenständigen Bedeutung und aus Gründen der darstellerischen Klarheit werden sie hier jedoch zunächst ausgeklammert und weiter unten gesondert adressiert.

**Hinweis:** Keinesfalls darf eine höherrangige Vorschrift im Lichte einer niederrangigeren Vorschrift ausgelegt werden. Grob fehlerhaft wäre es beispielsweise, den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG unter Rückgriff auf §§ 903 ff. BGB auszulegen.

Neben der Unterteilung in horizontale und vertikale Systematik ist eine weitere Zweiteilung für das Verständnis hilfreich: diejenige in eine innere und eine äußere Systematik. Während mit dem Begriff der inneren Systematik letztlich der oben genannte Aspekt der inhaltlichen Widerspruchsfreiheit gemeint ist, zielt die äußere Systematik auf die Stellung der auszulegenden Vorschrift oder des auszulegenden Begriffs im gesetzlichen Gesamtgefüge – also letztlich auf den Standort der auszulegenden Vorschrift.

<sup>28</sup> So etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 146.

<sup>29</sup> Krit. etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie Rn. 774 f.

## II. Die äußere Systematik

Hinsichtlich der Auslegung anhand des Standortes der Vorschrift empfiehlt es sich, zunächst den Nahbereich der Vorschrift zu fokussieren und anschließend den Fokus zu erweitern. Folgende Aspekte können relevant sein.

Die **Stellung** der auszulegenden Passage oder des auszulegenden Begriffs **innerhalb einer Vorschrift**. So ist etwa allgemein anerkannt, dass es eine Beweislastumkehr bedeutet, wenn eine Voraussetzung negativ formuliert und als Ausnahme an die übrigen Voraussetzungen angehängt wird („es sei denn...“). Ferner kann aus der Stellung innerhalb einer Vorschrift zu folgern sein, dass sich die konkrete Passage nur auf einzelne Teile der Vorschrift bezieht, nämlich auf diejenigen, die davor stehen. Beispiel hierfür ist Art. 9 GG: In Abs. 1 wird das Grundrecht gewährt, Vereinigungen zu bilden, in Abs. 2 wird eine Schranke normiert (nämlich die Möglichkeit eines Vereinigungsverbots) und in Abs. 3 ist gesondert die Koalitionsfreiheit geregelt. Aus dieser Reihung ergibt sich das systematische Argument, dass die Schranken des Abs. 2 nicht für die Koalitionsfreiheit des Abs. 3 gelten. Ein weiteres wichtiges Beispiel bildet § 254 BGB. Dort ist der Verweis auf § 278 BGB in Abs. 2 S. 2 normiert. Bei rein systematischer Betrachtung müsste aus dieser Stellung geschlossen werden, dass sich der Verweis nur auf die Regelung in Abs. 2 S. 1 bezieht, nicht aber auch auf diejenige in Abs. 1. Die ganz h.M. geht – vor allem auf Basis teleologischer Erwägungen – jedoch davon aus, dass sich der Verweis auch auf Abs. 1 beziehen müsse; er sei „zu lesen wie ein Abs. 3“ (zur Hierarchie der Auslegungselemente ausführlich unten ##).

Ein wichtiger Hinweis zur Auslegung einer Vorschrift kann ihre **Überschrift** geben. Eines der seltenen Beispiele bildet § 615 BGB: Dessen S. 3 ordnet eine Anwendung der beiden vorangehenden Sätze für den Fall an, dass der „Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt“. Aus der Überschrift ergibt sich, dass damit nur das Betriebsrisiko gemeint ist, nicht etwa auch das Risiko eines Arbeitskampfs.<sup>30</sup> Aber Vorsicht: Die Überschrift darf nur berücksichtigt werden, wenn sie vom Gesetzgeber stammt (sog. amtliche Überschrift). Das ist nicht immer der Fall. Gerade bei älteren Gesetzen hat der Gesetzgeber oftmals keine Überschriften formuliert; dann haben sich oftmals die Verlage genötigt gesehen, Überschriften einzufügen, wohl um den Lesern ihrer Gesetzessammlungen den Überblick zu erleichtern. Dass eine Überschrift nicht vom Gesetzgeber, sondern vom Verlag stammt, erkennt man in aller Regel daran, dass sie in eckigen Klammern steht.

Auch aus der **Stellung innerhalb eines Gesetzes** (Abschnitt, Titel, Untertitel etc) lässt sich oftmals ein systematisches Argument ableiten. Ein – in der Praxis wichtiges – Beispiel hierfür ist § 15 II GewO. Dort heißt es: „Wird ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben, so kann die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden.“ Während sich der Wortlaut auf jedes Gewerbe bezieht, ergibt sich aus der Stellung der Norm eine Beschränkung: Sie steht in „Titel II: Stehendes Gewerbe“. Daher ist die Vorschrift nach allg. Ansicht nicht auf das Reisegewerbe sowie auf Messen anzuwenden

Schließlich kann sich die Antwort auf eine Auslegungsfrage ganz allgemein aus der Zuordnung einer Vorschrift zum Zivilrecht, zum öffentlichen Recht oder zum Strafrecht ergeben. So ist

<sup>30</sup> LAG Düsseldorf, 5.6.2003 – 11 Sa 1464/02, BeckRS 2003, 30458254.

etwa der Fahrlässigkeitsbegriff im Zivilrecht ein objektiver, im Strafrecht ein subjektiver. Dahinter steht der Umstand, dass es im Strafrecht um die subjektive Vorwerfbarkeit geht, im Zivilrecht hingegen um den Schutz des Rechtsverkehrs. An diesem Beispiel sehen Sie aber, dass sich die Zuordnung zu einem Rechtsgebiet regelmäßig an der Schnittstelle zur teleologischen Auslegung befindet (vielleicht sogar jenseits dieser Schnittstelle).

### III. Die innere Systematik

Während die äußere Systematik der gesetzlichen Regelungen nur in seltenen Fällen ein systematisches Argument stützt, kommt der inneren Systematik größere praktische Bedeutung zu. Sie gründet – wie eingangs dargestellt – auf der Prämisse, dass das Gesetz in sich widerspruchsfrei ist bzw. sein soll. Die systematische Auslegung zielt dementsprechend darauf, diese Widerspruchsfreiheit aufrechtzuerhalten. Das BVerfG formuliert wie folgt:

„Bei der systematischen Auslegung ist darauf abzustellen, daß einzelne Rechtssätze, die der Gesetzgeber in einen sachlichen Zusammenhang gestellt hat, grundsätzlich so zu interpretieren sind, daß sie logisch miteinander vereinbar sind. Denn es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber sachlich Zusammenhängendes so geregelt hat, daß die gesamte Regelung einen durchgehenden, verständlichen Sinn ergibt.“<sup>31</sup>

Aus der inneren Systematik lassen sich insbesondere die Argumente des Erst-Recht-Schlusses (argumentum a fortiori) und des Umkehrschlusses (argumentum e contrario) ableiten.

#### 1. Der Umkehrschluss

Sieht das Gesetz für Fall A eine bestimmte Rechtsfolge vor, für Fall B hingegen nicht, so kann dies den Umkehrschluss begründen, dass diese Rechtsfolge in Fall B eben nicht eintreten soll. Entsprechendes gilt für die Voraussetzungen: Sieht das Gesetz Rechtsfolge A nur unter einer bestimmten Voraussetzung vor, die im Tatbestand zu Rechtsfolge B fehlt, so lautet das argumentum e contrario, dass Rechtsfolge B unabhängig von dieser Voraussetzung eintreten soll. Beispiel: § 323 II sieht für den Rücktritt vor, dass die Fristsetzung in drei Fällen entbehrlich ist: bei einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung, bei einem relativen Fixgeschäft und bei Vorliegen besonderer Umstände. Für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung im Hinblick auf einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nennt § 281 II BGB nur die Leistungsverweigerung und die besonderen Umstände, nicht aber auch das Fixgeschäft. Hieraus ist e contrario zu folgern, dass dieser Entbehrlichkeitsgrund für den Schadensersatz nicht greift. Achtung: Das ist nur das Ergebnis der systematischen Auslegung; teleologische oder historische Aspekte können für das gegenteilige Ergebnis streiten.

Allerdings ist beim Umkehrschluss immer eine gewisse Vorsicht geboten. Er setzt – wie eingangs angerissen – voraus, dass der Gesetzgeber tatsächlich ein einheitliches und in sich stimmiges Regelungssystem geschaffen hat. Das ist jedoch oftmals nicht der Fall. Um sich auf einen Umkehrschluss stützen zu können, müssen Sie also letztlich zumindest darlegen, dass zu vermuten steht, der Gesetzgeber habe das betreffende Problemfeld umfassend wahrgenommen und stimmig geregelt. Hat er das nicht getan, so liegt eher eine Analogie als ein Umkehrschluss nahe (zur Analogie ausführlich unten ##).

**Merke:** Wenn eine Rechtsfolge oder eine Voraussetzung für Fall A geregelt ist, für Fall B hingegen nicht, so kann das stets entweder einen Erst-Recht-Schluss oder eine Analogie begründen.

## 2. Der Erst-Recht-Schluss

In gewisser Hinsicht das Gegenteil von einem Umkehrschluss ist der Erst-Recht-Schluss. Auch er greift in der Situation, dass A geregelt ist, B aber nicht, und lautet: Wenn schon für A eine bestimmte Regelung gilt, dann doch erst Recht für B. Dabei kann der unregelte Fall ein Minus gegenüber dem geregelten darstellen (*argumentum a maiore ad minus*) oder der unregelte Fall kann ein Plus gegenüber dem geregelten sein (*argumentum a minore ad maius*). Beide Schlussfolgerungen werden als Fälle des Schlusses vom Stärkeren her (*argumentum a fortiori*) verstanden: Wenn etwas für das Stärkere gelte, müsse es für das schwächere auch gelten. Ob das Größere oder das Kleinere „stärker“ ist, hängt vom Kontext ab:

- Wenn es um die Frage geht, ob etwas **erlaubt** ist, dann greift das **argumentum a maiore ad minus**: Wenn es erlaubt ist, in der Klausur einen Kommentar zu benutzen, dann muss es doch erst recht erlaubt sein, ihn dabei zu haben. Wenn die Behörde eine Abrissverfügung erlassen darf, dann doch erst recht eine Nutzungsuntersagung.
- Wenn es darum geht, ob etwas **verboten** ist, greift das **argumentum a minore ad maius**: Wenn laut Mietvertrag Haustiere verboten sind, dann darf der Mieter erst recht keine wilden Tiere bei sich aufnehmen. Wenn es verboten ist, den Rasen zu betreten, dann wird man ihn *erst recht* nicht befahren dürfen.
- Wenn es um Tatbestandsvoraussetzungen geht, greift das **argumentum a minore ad maius**: Wenn schon Fahrlässigkeit einen Schadensersatzanspruch begründet, dann erst recht vorsätzliches Handeln.
- Wenn es um die Rechtsfolge geht, greift das **argumentum a maiore ad minus**: Wenn in das Verhalten der einen Partei die andere zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, dann erst recht zu einer fristgebundenen.

Bei beiden Formen des Erst-Recht-Schlusses ist **Vorsicht geboten**. Der geregelte Fall A und der unregelte Fall B müssen tatsächlich in einen Größer-kleiner-Verhältnis zueinander stehen: Beim *argumentum a maiore ad minus* muss B ein Minus gegenüber A darstellen, beim *argumentum a minore ad maius* A ein Minus gegenüber B. Stehen A und B hingegen in einem *Aliud*-Verhältnis zueinander, ist ein Erst-Recht-Schluss unzulässig; dann bleibt allenfalls ein teleologisches Argument.

Beispiel: Dass in der Klausur die Verwendung eines Kommentars erlaubt ist, rechtfertigt nicht den Erst-Recht-Schluss, dass auch die eigenen Aufzeichnungen benutzt werden dürfen; diese sind nicht zwingend ein reines Minus zu jenem. Sie können nämlich neben inhaltlichen Informationen auch Formulierungshilfen etc. beinhalten, die der Kommentar nicht enthält.

**Vertiefender Hinweis:** Den Erst-Recht-Schluss als Fall der systematischen Auslegung einzuordnen, ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Diese Einordnung beruht, wie gesagt, auf der Überlegung, dass das Gesetz in sich widerspruchsfrei ist (bzw. sein soll) und dass es widersprüchlich wäre, das ein (das Starke) zu regeln, das andere (das weniger Starke) aber nicht.

Nicht weniger berechtigt ist es aber m.E., den Erst-Recht-Schluss als Unterfall der teleologischen Auslegung zu begreifen. Letztlich schließt man von der Norm auf ihren Zweck und von diesem Zweck darauf, dass die nicht geregelte Situation auch erfasst sein muss. Am Beispiel des Haustierverbots im Mietvertrag: Zweck dieses Verbots ist es, Beschädigungen der Wohnung und Belästigungen der übrigen Mieter zu vermeiden. Dieser Zweck gebietet es, auch wilde Tiere von dem Verbot umfasst zu sehen.

**Achtung:** Gleichgültig, ob man den Erst-Recht-Schluss der systematischen oder der teleologischen Auslegung zuordnet, gilt es, die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung im Blick zu behalten: Ein wildes Tier ist nicht mehr unter den Wortsinn des Begriffs Haustier erfasst, so dass hier (nach der objektiven Theorie) eine Auslegung scheitert und zur Analogie gegriffen werden muss (nach der subjektiven Theorie gilt dasselbe, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit, Wildtiere zu beherbergen, nicht bedacht und dementsprechend nicht in seinen Willen einbezogen hat).

### 3. Noscitur a sociis

Auch die Auslegung einer Norm im Lichte einer anderen (oder mehrerer anderer) ist letztlich im Kern eine systematische Herangehensweise. Während dieser Auslegungsform beispielsweise im englischen Recht unter dem Terminus „noscitur a sociis“ (bzw. „ejusdem generis“) eine herausragende Bedeutung zukommt, wird sie hierzulande selten ausdrücklich herangezogen.

Ein Beispiel findet sich in der Rechtsprechung des RG zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs § 224 I Nr. 2 StGB: Der Begriff sei als Speziesbegriff zu dem – ebenfalls in der Vorschrift genannten – Begriff der Waffe zu verstehen, weshalb eine unbewegliche Sache kein Werkzeug i.S.d. Vorschrift sein könne (im konkreten Fall ging es um einen „erhitzten Kochherd“).<sup>32</sup>

Ein weiteres – noch etwas subtileres – Beispiel liefert das eheliche Güterrecht. Dort finden sich in Bezug auf den gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zwei Regelungen zu deren Ende: eine für den Fall, dass die Ehe durch den Tod eines Ehegatten endet (§ 1371 BGB) und eine für „alle anderen Fälle“ (§ 1372). Welche dieser Regelungen gilt, wenn beide Ehegatten gleichzeitig sterben (etwa bei einem Unfall)? Streng nach Wortlaut greift § 1371 BGB nur im Fall des Todes „eines“ Ehegatten, so dass der Tod beider Ehegatten als anderer Fall eingestuft und § 1372 BGB unterworfen werden müsste. Aus den folgenden Vorschriften, auf die § 1372 BGB verweist, ergibt sich aber klar, dass nur Fälle erfasst sind, in denen die Ehe endet, obwohl beide Ehegatten überleben. So ordnet etwa § 1379 BGB an, dass „jeder Ehegatte von dem anderen Ehegatten“ Rechenschaft verlangen kann. Im Kontext dieser Vorschriften sind die §§ 1371 und 1372 BGB dahingehend systematisch auszulegen, dass der Tod beider Ehegatten von § 1371 BGB erfasst wird.

**Vertiefender Hinweis:** Folgt man der objektiven Theorie, stellt sich streng genommen die Frage, ob sich dieses Ergebnis wirklich im Wege der Auslegung erreichen lässt, oder ob es einer Analogie (zu § 1371 BGB) und einer teleologischen Reduktion (des § 1372 BGB) bedarf.

<sup>32</sup> RG, 2. 11.1893 – 2581/93, RGSt 24, 372.

#### IV. Enge Auslegung von Ausnahmvorschriften

Systematischer Natur ist auch die vielzitierte Formel, der zufolge Ausnahmvorschriften eng auszulegen sind. Ein klassisches Beispiel hierfür findet sich im Zivilprozessrecht. Dort gilt für die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts der alte Grundsatz actor sequitur forum rei – der Kläger folgt dem Gerichtsstand des Beklagten. Man kann also grundsätzlich nur vor dem heimischen Gericht verklagt werden, hat als Beklagter in einem Verfahren also ein Heimspiel. Ausnahmen von diesem Grundsatz enthalten die Vorschriften der §§ 20-40, die sog besondere Gerichtsstände normieren. Ist ein solcher besonderer Gerichtsstand eröffnet, darf der Kläger wählen, ob er den Beklagten an dessen Wohnsitz verklagt oder an dem besonderen Gerichtsstand. So darf der Geschädigte einer unerlaubten Handlung den Schädiger an dem Ort verklagen, an dem dieser die schädigende Handlung begangen hat (§ 32 ZPO). Die Regelungen zu den besonderen Gerichtsständen stellen Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip des actor sequitur forum rei dar und sind deshalb eng auszulegen.<sup>33</sup>

**Vertiefender Hinweis:** An der Richtigkeit dieser Formel werden immer wieder beachtliche Zweifel angemeldet. In der Tat ist es keineswegs zwingend, dass Ausnahmen anders (nämlich enger) ausgelegt werden als die zugrundeliegende Regel.

#### V. Lesenswerte Beispiele

##### 1. Gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB

Auf die o.g. Vorlagefrage zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gefährliches Werkzeug“ in § 244 I Nr. 1 lit. a StGB stützte sich der BGH nicht nur auf den Wortlaut (dazu oben ##), sondern ganz Wesentlich auch auf die Gesetzessystematik, nämlich auf einen Vergleich mit der Tatbestandsvariante in lit. b:

„Dieses aus dem Wortlaut der Norm folgende Ergebnis wird durch systematische und teleologische Gesichtspunkte bestätigt: Die Absicht, das Werkzeug gegen Personen einzusetzen, wird nur von § 244 I Nr. 1 lit. b StGB gefordert, dessen Tatbestand verlangt, dass der Täter ein sonstiges Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um es zu Nötigungszwecken zu verwenden. Diese Vorschrift ist vom Gesetzgeber als Auffangtatbestand konzipiert worden, unter den das Beisichführen von Gegenständen zu subsumieren ist, von denen zwar objektiv an sich keine Leibesgefahr ausgeht, die aber zur Verhinderung oder Überwindung des Widerstands einer anderen Person durch Gewalt oder der Drohung mit Gewalt eingesetzt werden sollen (vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 13/9064, S. 18). Tatmittel sind deshalb bei dieser Tatbestandsalternative grundsätzlich beliebige Gegenstände, ohne dass es auf deren objektive Gefährlichkeit ankommt; denn durch die beschriebene Verwendungsabsicht wird die Gefahr des Einsatzes auch solcher Gegenstände zu Zwecken der Gewaltanwendung oder Drohung konkretisiert (vgl. Fischer, § 244 Rdnrn. 7, 10) und damit die im Vergleich zum Grundtatbestand des Diebstahls (§242 StGB) höhere Strafdrohung gerechtfertigt.“<sup>34</sup>

<sup>33</sup> BGH, \*\*\*, ebenso der EuGH zur internationalen Zuständigkeit nach der Brüssel Ia-VO: \*\*\*.

<sup>34</sup> BGH, 3.6.2008 – 3 StR 246/07, BGHSt 52, 257 Rn. 29.

## 2. Nutzungsausfall als Verzögerungsschaden

Wenn der Käufer infolge einer (schuldhaft) mangelhaften Leistung des Verkäufers einen Nutzungsausfallsschaden erleidet, stellt sich die Frage, ob der betreffende Ersatzanspruch nach § 280 BGB ein solcher wegen Verzögerung der Leistung ist oder nicht. Ist er es, müssten gem. § 280 II BGB die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen; der Käufer müsste die Nacherfüllung also anmahnen. Der BGH hat sich dagegen entschieden und sich dabei unter anderem das folgende systematische Argument gestützt.

„Das gesetzgeberische Anliegen hat darüber hinaus seinen Niederschlag auch in der Systematik des Gesetzes gefunden. § 437 BGB regelt, welche Rechte der Käufer bei Lieferung einer mangelbehafteten Sache hat, und bestimmt in Nr. 3 im Wege der Verweisung die Voraussetzungen, unter denen der Käufer Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen kann. Hierzu verweist das Gesetz auf die Vorschriften der §§ 440, 280, 281, 283, 284 und 311a BGB. Gerade nicht Bezug genommen wird dagegen auf die Regelung des § 286 BGB. Zwar ergibt sich über § 280 II BGB eine mittelbare Verweisung auch auf § 286 BGB. Das gilt indessen – über § 280 III BGB – auch für die §§ 281 und 283 BGB, auf die § 437 Nr. 3 BGB jedoch unmittelbar Bezug nimmt. Auch das belegt, dass mangelbedingter Nutzungsausfallsschaden unabhängig von den Verzugsvoraussetzungen ersatzfähig sein soll.“<sup>35</sup>

## V. Exkurs: Gesetzeskonkurrenz

Wie eingangs erwähnt ist das Gesetz in der Realität nicht immer so widerspruchsfrei wie es idealiter sein sollte. So kommt es durchaus vor, dass sich zwei Regelungen diametral widersprechen, ohne dass sich diese Situation im Wege der systematischen Auslegung entschärfen ließe (etwa wegen des klaren Wortlauts bzw. Gesetzgeberwillens). In solch einem Fall muss entschieden werden, welche der beiden Regelungen zur Anwendung kommt. Diese Entscheidung ist zwar nicht mehr als systematische Auslegung einzustufen; wegen ihrer inhaltlichen Nähe sollen hier aber zumindest die drei wesentlichen Vorrangregelungen grob skizziert werden:

- Lex superior derogat legi inferiori; das höherrangige Recht verdrängt das niederrangige Recht. Steht eine StGB-Vorschrift im Widerspruch zu einer Vorschrift des Grundgesetzes, so geht letztere (man möchte sagen: selbstverständlich) vor. Allerdings besteht für Parlamentsgesetze ein Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts: Ein ordentliches Gericht, das ein Parlamentsgesetz für verfassungswidrig hält, darf es also nicht einfach unangewendet lassen, sondern muss die Frage der Verfassungswidrigkeit dem BVerfG zur Vorabentscheidung vorlegen (Art. 100 I GG).
- Lex posterior derogat legi priori; das neue verdrängt das alte Recht. Diese Regelung ist nicht ganz so selbstverständlich. Sie beruht letztlich auf der Überlegung, der Gesetzgeber lege mit der Einführung einer neuen Norm konkludent fest, dass alle wi-

<sup>35</sup> BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2674 Rn. 15.

dersprechenden Vorschriften (derer er unter Umständen nicht gewahr ist), zurückstehen sollen. Nicht viel weniger schlüssig ist indes die Annahme, der Gesetzgeber gehe davon aus, dass sich seine neue Vorschrift in das bestehende Normgefüge einpasst; auf Basis dieser Überlegung müsste die neue Norm zurückstehen, wenn es zu einem Konflikt mit einer anderen, älteren Norm kommt.

- Lex specialis derogat legi generali; die speziellere Norm verdrängt die allgemeinere. Eine Norm ist dann spezieller als die andere, wenn sie zusätzlich zu den Tatbestandsmerkmalen dieser Norm ein weiteres, zusätzliches Merkmal enthält. Im Zivilrecht gilt daher etwa, dass die Regeln des besonderen Schuldrechts denen des allgemeinen Schuldrechts vorgehen (im allgemeinen Schuldrecht geht es um Verträge als solche, im besonderen Schuldrecht kommt je ein Merkmal dazu, z.B. die Vereinbarung von Zahlung gegen Übergabe und Übereignung einer Sache beim Kaufvertrag). Im Verwaltungsrecht verdrängen die speziellen polizeilichen Befugnisnormen der §§ 12 ff. NSOG die Generalklausel des § 11 NSOG. Im Strafrecht verdrängt die Qualifikation den Grundtatbestand.

## D. Die Auslegung aus der Entstehungsgeschichte der Norm

### I. Grundlagen

Ziel der historischen Auslegung ist es, den Gesetzgeberwillen zu erforschen, und zwar zum einen durch eine Analyse der Gesetzesmaterialien (hat sich der Gesetzgeber zu der konkreten Auslegungsfrage geäußert?) und zum anderen durch eine Untersuchung des geschichtlichen Kontexts der Gesetzesentstehung. Der erstgenannte Aspekt wird auch als genetische Auslegung bezeichnet (von lat. genesis: Schöpfung, Entstehung)

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass dieses Ziel, nämlich die Erforschung des historischen Gesetzgeberwillens, letztlich vollständig dem Ziel der Auslegung insgesamt entspricht, wie es die subjektive Theorie formuliert. Für die Vertreter der subjektiven Theorie ist also insbesondere der zweite Teil des obigen Satzes von Bedeutung: die Art und Weise, auf die der Gesetzgeberwille erforscht werden soll (Materialien und geschichtlicher Kontext). Unter der objektiven Theorie ist hingegen der erste Teil von entscheidender Bedeutung: anders als bei den übrigen Auslegungsarten soll hier ausnahmsweise einmal nicht der Wille des Gesetzes, sondern derjenige des Gesetzgebers erforscht werden.

Entsprechend unterschiedlich wird folgerichtig die Bedeutung der Auslegungsmethode beurteilt. Findet sich eine klare Antwort auf die Auslegungsfrage in den Gesetzesmaterialien, so ist damit nach der subjektiven Theorie das Ziel der Auslegung erreicht: der Wille des Gesetzgebers ist erkannt. Andere Auslegungsarten müssten an sich nicht mehr bemüht werden. Demgegenüber ist die Antwort des historischen Gesetzgebers für die Vertreter der objektiven Theorie nur eines von mehreren Mitteln zur Feststellung der Antwort, die das Gesetz selbst gibt. Mit dem Willen des Gesetzgebers ist gewissermaßen nur festgestellt, von wo, um es mit Heck<sup>36</sup> zu sagen, der „Freiballon“ gestartet ist, nicht aber auch, wo er sich gerade befindet. Der Wille des Gesetzgebers mag also bekannt sein, der Wille des Gesetzes ist es aber damit noch nicht.

### II. Die Gesetzesmaterialien

Der erste Blick des historischen Gesetzesanalytikers gilt regelmäßig den Gesetzesmaterialien, insbesondere den Gesetzesbegründungen, sowie den Vorarbeiten und den Dokumenten des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens (wie etwa Stellungnahmen, Änderungsanträge etc.).

#### 1. Die Gesetzesbegründung

Heutzutage werden alle Gesetzesentwürfe mit einer Begründung versehen, die vielfach etliche Auslegungsfragen adressiert. Allerdings stammen derartige „Gesetzesbegründungen“ in aller Regel nicht vom Gesetzgeber, sondern von demjenigen, der den Gesetzentwurf in das Parlament eingebracht hat, also entweder von einzelnen Abgeordneten, von einer Fraktion oder – das ist wohl der mit Abstand häufigste Fall – von der Bundesregierung (respektive dem federführenden Ministerium). In allen drei Fällen ist es keineswegs selbstverständlich, dass

---

<sup>36</sup> Heck, AcP 112 (1914) 1, 62 (Fn. 87).

dem Begründungstext bei der Auslegung des Gesetzestexts Beachtung geschenkt werden darf oder gar muss. Grundlage für eine Berücksichtigung ist die Überlegung, dass der Gesetzgeber (also letztlich: die Parlamentsmehrheit) nicht nur dem Gesetzestext zustimmt, sondern auch die Begründung in seinen Willen aufnimmt. Der Gesetzgeber, so lautet letztlich die Vermutung – hat den Gesetzestext so verstanden, wie es die Begründung nahelegt.

Dass diese Vermutung in der Praxis sicher nicht immer der Realität entspricht, ist eines der überzeugendsten Argumente gegen eine starke Berücksichtigung von Gesetzesbegründungen, ja gegen eine zu starke Berücksichtigung des Gesetzgeberwillens überhaupt – und damit gegen die subjektive Theorie (dazu oben ##).

Andererseits gilt dasselbe wohl für den Gesetzestext selbst. Die meisten Gesetze werden in Ausschüssen diskutiert; der federführende Ausschuss gibt anschließend eine Beschlussempfehlung ab, nach der sich die Parlamentarier richten. In den Ausschüssen wird die Gesetzesbegründung sicherlich zur Kenntnis genommen; stößt eine Passage auf Ablehnung, so wird dies regelmäßig in einer Stellungnahme oder auf anderem Wege kenntlich gemacht. Man darf also durchaus die Vermutung anstellen, der Ausschuss (bzw. seine Mitglieder) habe sich die Gesetzesbegründung zu eigen gemacht. Für den einzelnen Parlamentarier, der auf Basis der Ausschussempfehlung seine Stimme abgibt, wird man dies dann auch tun können. Nur diese Vorgehensweise entspricht letztlich der heutigen arbeitsteiligen Funktionsweise eines Parlaments.

Dennoch gilt: Wenn Sie sich bei Ihrer Auslegung auf eine Passage in einer Gesetzesbegründung stützen, sollten Sie zumindest darauf hinweisen, wer die Begründung verfasst hat und dass sie nicht notwendigerweise den tatsächlichen Willen jedes einzelnen Abgeordneten wiedergibt. Wenn Sie der subjektiven Theorie folgen, sind einige Worte der Begründung erforderlich, warum Sie dennoch den Text der Gesetzesbegründung mit dem Willen des Gesetzgebers gleichsetzen.

## 2. Die Vorarbeiten

Vielfach ist der Gesetzesentwurf, der in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingebracht wird, bereits im Vorfeld (regelmäßig: im Ministerium) einmal oder gar mehrmals abgeändert worden. In solch einem Fall kann der Abgleich des Textes mit der Vorversion (regelmäßig: ein Referentenentwurf) wertvolle Aufschlüsse liefern, etwa weil die Formulierung der Vorversion die konkrete Auslegungsfrage klarer erfasst oder weil eine Regelung, die ursprünglich vorgesehen war, später fallengelassen wurde.

Allerdings ist bei dieser Art der Textstufenanalyse insofern Vorsicht geboten, als oftmals nicht klar ist, worauf die Änderung im Regelungstext zielte: Sollte nur die Formulierung geändert werden oder war eine Inhaltsänderung beabsichtigt? Ist unklar, ob der Gesetzestext einen bestimmten Sachverhalt umfasst und ist dieser Sachverhalt in einer Vorversion noch klar genannt, dann kann im erstgenannten Fall (rein redaktionelle Änderung) der Text der Vorversion als Auslegungshilfe herangezogen werden, im letztgenannten Fall (inhaltliche Änderung) liegt eher eine Art Umkehrschluss nahe.

Mitunter basiert ein Gesetzgebungsverfahren auf wissenschaftlichen Vorarbeiten. Auch diese Vorarbeiten können als Gegenstand einer Textstufenanalyse dienen. Zurückhaltung ist indes geboten, wenn es darum geht, die Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Regelungen heranzuziehen. Sie hat der Gesetzgeber sicher nicht in seinem Willen aufgenommen.

Eine Sonderrolle nehmen diesbezüglich die Vorarbeiten zum BGB ein. An ihm arbeiteten nacheinander zwei Kommissionen, die vom Reichstag eingesetzt worden waren und deren Überlegungen ausführlich protokolliert wurden (diejenigen der ersten Kommission allerdings mit einem gewissen zeitlichen Versatz in Form der sog. „Motive“). Bei diesen Überlegungen lässt sich wohl die Vermutung rechtfertigen, dass der Gesetzgeber sie in seinen Willen aufgenommen hat, so dass sie im Rahmen der historischen Auslegung herangezogen werden können.

### **3. Das (parlamentarische) Gesetzgebungsverfahren**

Von besonderer Aussagekraft ist es, wenn während des Gesetzgebungsverfahrens einzelne Begriffe oder gar ganze Vorschriften abgeändert werden. Aus einer solchen Änderung lässt sich regelmäßig schließen, dass der Inhalt der ursprünglichen Regelung nicht gewollt war. Zwar ist auch hier insofern eine gewisse Vorsicht geboten, als solche Änderungen unter Umständen auch bloß semantischen bzw. sprachästhetischen Zwecken dienen können. In aller Regel ergeben sich die maßgeblichen Erwägungen jedoch aus den Erläuterungen, die den Änderungsanträgen beigefügt sind.

### **III. Der historische Kontext**

Der zweite Aspekt der historischen Auslegung besteht darin, das Gesetz in seinem historischen Kontext zu sehen. Dabei geht es vor allem um den rechtlichen Kontext, also um die Frage, welcher Rechtszustand herrschte, bevor die konkrete Regelung in Kraft trat. Letztlich läuft die Untersuchung des Kontexts also auf eine Art historische Rechtsvergleichung hinaus: die aktuelle Vorschrift wird mit ihrer Vorgängerregelung verglichen. Dabei hängt die Schlussfolgerung aus diesem Vergleich davon ab, ob die neue Regelung die überkommene Rechtslage ändern sollte oder ob sie die alte Rechtslage fortschreiben, sich in sie einfügen sollte. So sollte etwa mit der Schuldrechtsreform von 2002 ein weitgehender Systemwechsel einhergehen. Demgegenüber diente das Patientenrechtegesetz, mit dem die Regelungen zum Behandlungsvertrag ins BGB eingefügt wurden (§§ 630a ff.), im Wesentlichen dazu, die bisherige richterrechtlich geprägte Rechtslage zu kodifizieren. Dementsprechend sind die neuen Schuldrechtsregeln nicht im Lichte der alten auszulegen; vielmehr liegt oftmals ein Umkehrschluss nahe. Zur Auslegung der Behandlungsvertragsregeln kann hingegen auf die (alte) Kasuistik des BGH zurückgegriffen werden: Der Gesetzgeber hat sie sich zu eigen gemacht.

Enthalten die Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte dafür, ob der Gesetzgeber die alte Regelung fortschreiben oder ändern wollte, so liegt regelmäßig die Vermutung nahe, er habe sie fortschreiben wollen (sog. Kontinuitätsvermutung): Einen Änderungswillen wird der Gesetzgeber in aller Regel ausdrücklich kundtun.

**Vertiefender Hinweis:** Sehr weitgehend ist in diesem Zusammenhang die Forderung, römisch-rechtliche Quellen zur Auslegung heranzuziehen, weil sich das BGB stark an die römischen Pandekten anlehnt.<sup>37</sup>

Neben dem rechtlichen Kontext kann aber auch der historische Kontext im Übrigen (also etwa die gesellschaftlichen oder sozialen Umstände zur Zeit der Gesetzesentstehung) einen Hinweis auf die Bedeutung der auszulegenden Regelung geben.

#### IV. Lesenswerte Beispiele

##### 1. Nutzungsausfall als Verzögerungsschaden

Für seine (oben schon einmal angeführte) Entscheidung zu der Frage, ob der Schadensersatzanspruch wegen Nutzungsausfalls infolge einer mangelhaften Leistung als Verzögerungsschaden einzustufen ist oder nicht, hat sich der BGH neben dem systematischen (oben ##) und einem teleologischen (unten ##) auch auf ein historisches Argument gestützt:

„Aus den Materialien ergibt sich mit aller Klarheit, dass der Ersatz von Schäden der hier in Rede stehenden Art nicht von dem Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen abhängig sein sollte. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf heißt es unzweideutig (BT-Dr 14/6040, S. 225): ‚§ 437 Nr. 3 RE verweist auch auf § 280 II RE, der den Ersatz von Verzögerungsschäden von den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RE abhängig macht. Das entfaltet insoweit keine Wirkung, als die Pflichtverletzung i.S. des § 280 I 1 RE darin liegt, dass der Verkäufer entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 433 I 2 RE eine mangelhafte Sache geliefert hat. Eine Anwendung des § 286 RE ist insoweit in § 280 I RE nicht vorgesehen. Liefert der Verkäufer also beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 I RE zu ersetzen.‘“<sup>38</sup>

##### 2. Konkretisierung nach § 243 II BGB

Nach § 243 Abs. 2 BGB geht die Leistungsgefahr auf den Gläubiger über, wenn der Schuldner „das zur Leistung [dieser] Sache seinerseits Erforderliche getan hat“. Nach einer Ansicht, der sog. **Lieferungstheorie**, ist hierfür stets eine Übergabe an den Käufer notwendig. Hierzu sei der Verkäufer nämlich nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet; erst mit Übergabe (ergänze: und Übereignung) der Kaufsache habe er alles seinerseits Erforderliche getan. Die heute klar herrschende Ansicht vertritt demgegenüber eine extensive Auslegung des § 243 Abs. 2 BGB. Sie kritisiert, die Lieferungstheorie führe dazu, dass der Gefahrübergang von der Mitwirkung des Käufers abhängige. Dies sei unbillig. Auch deute der Wortlaut des § 243 Abs. 2 BGB („... alles seinerseits Erforderliche ...“) darauf hin, dass es nur auf das Verhalten des Verkäufers

<sup>37</sup> So etwa *Honsell*, Das rechtshistorische Argument (1982); aufgegriffen in Staudinger/Eckpfeiler, Kap. A Rn. 55.

<sup>38</sup> BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2674 Rn. 14.

ankommen dürfe. Bei der Holschuld soll es daher genügen, wenn der Verkäufer – seine Leistungsberechtigung vorausgesetzt – ein Exemplar aus der Gattung aussondert, es für den Käufer bereitstellt und diesen über die Bereitstellung informiert. Bei der Bringschuld müsse der Verkäufer dem Käufer ein ausgesondertes Exemplar der Gattung an dessen Wohnsitz tatsächlich anbieten. Bei der Schickschuld bedürfe es der Übergabe an die Transportperson. Diese Ansicht wird als **modifizierte Ausscheidungstheorie** bezeichnet. Eine rein historische Auslegung müsste jedoch zur Anwendung der Lieferungstheorie führen, zu deren Gunsten sich die Verfasser des BGB ausdrücklich entschieden haben:

„Die Frage, durch welchen Akt des Schuldners, bzw. in welchem Zeitpunkte die Konkretisierung [sic!] des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Spezies sich vollziehe, hat der Entwurf im Interesse der Rechtssicherheit wegen ihrer großen Wichtigkeit und der bestehenden Kontroverse durch die Vorschrift des § 214 Abs. 1 [= § 243 Abs. 2 n.F.] positiv im Sinne der Erfüllungstheorie entschieden. Hiernach gilt erst dann, wenn die Leistung durch die Uebergabe der ausgewählten Sache bewirkt und damit die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist [...], die Auswahl als vollzogen. Die nicht abzuweisende innere Konsequenz wie die Billigkeit erheischen aber, der Erfüllung durch Uebergabe in dieser Richtung diejenigen Akte des Schuldners gleichzustellen, an welche in besonderen Fällen (vergl. § 257 Abs. 2, § 465) das Gesetz in Beziehung auf die vom Schuldner behufs der Erfüllung ausgewählte Spezies schon vor der Uebergabe an den Gläubiger den Übergang der Gefahr an letzteren knüpft.“<sup>39</sup>

## E. Die Auslegung aus dem Zweck der Norm

### I. Grundlagen

In der heutigen Gerichtspraxis spielt die teleologische Auslegung die mit Abstand bedeutendste Rolle. Dabei wird unter mehreren möglichen Auslegungsergebnissen dasjenige gewählt, das dem Zweck des Gesetzes (*der ratio legis*) am besten gerecht wird. Die Schwierigkeit der teleologischen Auslegung besteht indes oftmals darin, diesen Gesetzeszweck zu bestimmen. Während bei neueren (und in der Regel monothematischen) Gesetzen der Zweck oftmals in einer Präambel oder in der ersten Norm des Gesetzes ausdrücklich genannt ist, finden sich derartige Zweckangaben bei älteren Gesetzen selten; bei polythematischen Gesetzen lässt sich ein einheitlicher Zweck in aller Regel nicht feststellen. Das BGB etwa verfolgt wohl keinen universellen Zweck. Allerdings können selbstverständlich einzelne Vorschriften oder Abschnitte einem bestimmten Zweck dienen (wie etwa Verbraucherschutzvorschriften).

Enthält das Gesetz keine ausdrücklich Zweckbestimmung, so ist der Zweck letztlich selbst im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei erlangt der Theorienstreit zwischen objektiver und subjektiver Auslegung erneut Bedeutung, mehr noch: hier liegt gewissermaßen sein innerster Kern: Während nach der subjektiven Theorie entscheidend ist, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Schaffung des Gesetzes verfolgte, ist es nach der objektiven Theorie durchaus möglich, dass dem Gesetz zwischenzeitlich ein Zweck beizumessen ist, den der historische

---

<sup>39</sup> Motive II, S. 12.

Gesetzgeber nicht im Auge hatte (oder gar ablehnte). In der Tat findet man in der gerichtlichen Praxis nicht selten Ausführungen zum Zweck (oder zum „Geist“) eines Gesetzes oder einer einzelnen Vorschrift, die jedes historischen Nachweises entbehren. Dies führt zu dem Vorwurf, die Gerichte nutzten das teleologische Element, um die eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen zur Geltung zu bringen. Pointiert formuliert etwa Rüthers: „Es erscheint und wirkt wohl immer nur der Geist des konkreten Rechtsanwenders.“ Dies kann zwar durchaus angemessen sein; es sollte dann aber nicht als vermeintlich objektive teleologische Auslegung getarnt, sondern als das benannt werden, was es ist: richterliche Rechtsfortbildung. Wiederum formuliert Rüthers eingängig, es sei ein „Gebot wissenschaftlicher und richterlicher Methodenehrlichkeit und geistiger Hygiene, ein Schweigen des Gesetzes als Lücke und die Abweichung vom Gesetz als rechtspolitisch begründete richterliche Gesetzeskorrektur offen zu legen“.<sup>40</sup>

## II. Exkurs: Von der Begriffs zur Interessenjurisprudenz

Die heutige Bedeutung der teleologischen Auslegung ist umso bemerkenswerter, als der Urvater des klassischen Auslegungskanons, Savigny, ihr noch durchaus skeptisch gegenüberstand („nur mit großer Vorsicht zulässig“).<sup>41</sup> Diese Skepsis fußte auf der – später so genannten<sup>42</sup> – Begriffsjurisprudenz, die vor allem Georg Friedrich Puchta (Savignys Nachfolger auf dessen Berliner Lehrstuhl) maßgeblich prägte. Ihr lag die Prämisse zugrunde, Recht sei ein historisch gewachsenes, überpolitisches und in sich widerspruchsfreies System, das von der Rechtswissenschaft systematisiert und dargestellt werde. Innerhalb dieses Systems könne (und müsse) eine juristische Entscheidung auf logischen Schlussfolgerungen basieren.

**Vertiefender Hinweis:** Allerdings galt Savignys Skepsis – zumindest vornehmlich – dem Fall, dass das auszulegende Gesetz sich in einem gesunden Zustand befand, dass sich also aus Wortlaut (zumindest unter Zuhilfenahme logisch-systematischer Methoden) ein klares Auslegungsergebnis ableiten ließ; für mangelhafte Gesetze (also solche mit unbestimmten oder unrichtigen Begrifflichkeiten) ging wohl auch Savigny davon aus, dass ein Rückgriff auf die *ratio legis* notwendig und zielführend sei.<sup>43</sup>

Die Abkehr von dieser Begriffs- hin zu einer Interessen- bzw. Wertungsjurisprudenz ist eng mit den Namen Rudolph von Jhering und Philipp Heck verbunden. Ihr liegt die Überlegung zu Grunde, das Recht diene stets der Entscheidung von Interessenkonflikten. Im Lichte dieses Interessenkonflikts bzw. genauer: der Lösung dieses Interessenkonflikts müsse das Gesetz deswegen ausgelegt werden – nicht logisch-systematisch, sondern zweckorientiert. Auch bilde das Gesetzesrecht kein in sich geschlossenes, vollständiges System, sondern sei notwendigerweise lückenhaft. Diese Lücken müssten ebenfalls im Lichte der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung des Interessenkonflikts geschlossen werden.

<sup>40</sup> Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie* Rn. 724.

<sup>41</sup> Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I (1840), S. 215.

<sup>42</sup> Den Begriff prägte wohl Jhering (Scherz und Ernst in der *Jurisprudenz*, 1884, S. 337), einer der Hauptwidersacher von Puchtas Lehren.

<sup>43</sup> Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I (1840), S. 221.

### III. Die Ermittlung des Gesetzeszwecks

Wie eingangs erwähnt ist es oftmals leicht, den Gesetzeszweck zu bestimmen, weil er in einer einleitenden Vorschrift (oder einer Präambel) ausdrücklich genannt ist. Manchmal ergibt er sich auch aus dem Titel des Gesetzes (gerade heutzutage tragen Gesetze ja oftmals schillernde Begriffe). Wenn dies nicht der Fall ist oder wenn es sich – wie beim BGB um eine Kodifikation mit einer Vielzahl unterschiedlicher Normen handelt, hilft dem Rechtsanwender nur die Auslegung innerhalb der Auslegung: Der Zweck, anhand dessen eine Norm ausgelegt werden soll, muss anhand von Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte dieser Norm ermittelt werden.

Folgende Gesetzeszwecke sollten Sie auf dem Schirm haben:

- Verbraucherschutz. Ihm dienen insbesondere die Regeln zum Widerrufsrecht, zum AGB-Recht und zum Verbrauchsgüterkauf. Der EuGH kombiniert dieses Ziel regelmäßig mit dem Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*), wonach eine Vorschrift so auszulegen ist, dass ihr größtmöglicher Effekt zukommt. Gebetsmühlenartig formuliert der EuGH, eine bestimmte Auslegung sei erforderlich, weil sich anderenfalls der Verbraucher genötigt sehen könnte, von seinen Rechten keinen Gebrauch zu machen (etwa von seinem Ersatzlieferungsanspruch, wenn er Nutzungsersatz für die zurückzugebende mangelhafte Sache schulden würde<sup>44</sup>). Dazu ausführlich unten ##.
- Beweisfunktion, Warnfunktion und Übereilungsschutz. Ihnen dient vor allem die Anordnung einer bestimmten Form für Willenserklärungen. Deswegen ist etwa eine schriftliche Blanko-Bürgschaft formunwirksam; sie entfaltet keine hinreichende Warnfunktion.
- Rechtsfrieden. Ihm dient insbesondere die Verjährung, aber auch die familienrechtlichen Haftungsprivilegien der §§ 1359 und 1664 BGB.

**Aber Achtung:** Kaum eine Norm dient ausschließlich einem einzigen Interesse. Vielmehr stellen vor allem die zivilrechtlichen Regelungen zumeist Kompromisse zwischen den Interessen der beteiligten Parteien dar. Das gilt auch und gerade für das Verbraucherschutzrecht: Aus rein verbraucherschützender Sicht müsste das Widerrufsrecht unbegrenzt bestehen, müsste die Beweislastumkehr für Sachmängel endlos laufen und dürfte dem Verkäufer kein Verweigerungsrecht hinsichtlich unverhältnismäßig teurer Nacherfüllungswünsche des Käufers zustehen. Dass derartige Regeln nicht gelten, zeigt, dass der Gesetzgeber eben nicht nur die Interessen des Verbrauchers im Blick hatte, sondern auch diejenigen des Unternehmers. Gesetze sind (fast) immer Abwägungsentscheidungen. Die Kunst der teleologischen Auslegung besteht dementsprechend darin, den Maßstab dieser Abwägung auf die Auslegungsfrage zu übertragen.

---

<sup>44</sup> Bspw. EuGH, ECLI:EU:C:2008:231 – Quelle, Rn. 34.

## IV. Lesenswerte Beispiele

### 1. Nutzungsausfall als Verzögerungsschaden

Als Beispiel für eine saubere teleologische Argumentation kann einmal mehr die Entscheidung des BGH zur Frage des Nutzungsausfallschadens (Verzögerungs- oder einfacher Schaden) dienen. Neben dem historischen und dem systematischen Argument stützte sich der BGH auf folgende teleologischen Erwägungen:

„Untermuert wird das Normkonzept des Gesetzgebers schließlich durch teleologische Erwägungen.

Von der Interessenlage ist zu unterscheiden, ob der Schuldner lediglich untätig bleibt oder ob er zwar leistet, die Leistung aber fehlerhaft erbringt. Vor den Folgen einer Säumnis kann sich der Käufer regelmäßig dadurch schützen, dass er einen kalendermäßig bestimmten Termin für die Lieferung vereinbart oder den Verkäufer bei Ausbleiben der Leistung mahnt. Diese Möglichkeiten bestehen bei einer mangelhaften Lieferung regelmäßig nicht, weil der Mangel vielfach erst bemerkt werden wird, wenn die Kaufsache ihrer Verwendung zugeführt wird. Ein mangelbedingter Nutzungsausfall lässt sich dann häufig nicht mehr abwenden [...]. Bei der Lieferung einer mangelbehafteten Sache dringt der Schuldner damit in gefährlicherer Weise in die Gütersphäre des Gläubigers ein, weil die Verzögerung als solche für den Gläubiger leichter beherrschbar ist [...].

Diese Sicht entspricht auch den unterschiedlichen Konzepten, die der Gesetzgeber für den Ausgleich der Interessen des Gläubigers und des Schuldners bei der Verzögerung der Leistung einer- und bei der Schlechtleistung andererseits gewählt hat. Schadensersatzansprüche wegen Verzögerung der Leistung stellt der Gesetzgeber nach § 280 II BGB deshalb unter die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs, weil die Leistung bei Fehlen einer vertraglich festgelegten Leistungszeit nicht sofort erbracht werden muss, sondern erst dann, wenn der Gläubiger dies verlangt (§ 271 I BGB). Mit Blick auf die Verpflichtung zur Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustand bedarf es einer solchen Konkretisierung in zeitlicher Hinsicht dagegen nicht [...]. Sie ist nach § 433 I 2 BGB von vornherein geschuldet, wobei sich die Sollbeschaffenheit der Kaufsache ohne weiteres entweder aus dem Vertrag oder aber – bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung – aus dem Anforderungsprofil der §§ 434 I 2 und 3, 435 BGB ergibt.“<sup>45</sup>

<sup>45</sup> BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, NJW 2009, 2674 Rn. 16 ff.

## F. Die Hierarchie der Auslegungsarten

### I. Grundsatz: Gleichrangigkeit

Oftmals lässt sich ein Auslegungsergebnis auf mehrere Argumente stützen, also beispielsweise sowohl auf systematische als auch auf teleologische Erwägungen. Es kommt jedoch vor (und zwar nicht einmal selten), dass eine Auslegungsart das eine Ergebnis und eine andere Auslegungsart ein anderes Ergebnis nahelegt. In solch einem Fall stellt sich die Frage, ob eine Hierarchie zwischen den Auslegungsarten besteht, ob also eine Methode der anderen vorgeht. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen. Vielmehr gilt, dass es auf die Überzeugungskraft des jeweiligen Arguments ankommt. Spricht die Systematik des Gesetzes stark für das Auslegungsergebnis 1 und deuten teleologische Erwägungen hingegen nur schwach auf Auslegungsergebnis 2 hin, so ist dem starken systematischen Argument der Vorzug zu geben. Umgekehrt muss sich Auslegungsergebnis 2 durchsetzen, wenn der teleologische Aspekt stark, die systematische Überlegung hingegen vage ist. Mitunter stützt sogar ein und dieselbe Auslegungsart (oft ist es die teleologische) gleichzeitig das eine und das andere Ergebnis.

Savigny beschreibt das Verhältnis der Auslegungsarten so:

„Mit diesen vier Elementen ist die Einsicht in den Inhalt des Gesetzes vollendet. Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Thätigkeiten, die vereinigt werden müssen, wenn die Auslegung gelingen soll. Nur wird freylich bald die eine, bald die andere wichtiger seyn und sichtbarer hervortreten, so daß nur die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerläßlich ist, wenngleich in vielen einzelnen Fällen die ausdrückliche Erwähnung eines jeden dieser Elemente als unnütz und schwerfällig unterlassen werden kann, ohne Gefahr für die Gründlichkeit der Auslegung.“<sup>46</sup>

### II. Ausnahmen

#### 1. Eindeutigkeitsregel

Von dem Grundsatz der Gleichrangigkeit muss jedoch eine entscheidende Ausnahme machen, wer der objektiven Theorie folgt: Dann gilt die oben (##) beschriebene Eindeutigkeits-theorie, wonach ein klarer Wortlaut alle anderen Auslegungsarten sperrt. Der Wortlaut hat also Vorrang.

#### 2. Nachrangigkeit der historischen Auslegung?

Und auch in die andere Richtung gibt es unter der objektiven Theorie eine Ausnahme: die historische Auslegung ist im Zweifel nachrangig. Mit ihr lässt sich ja – wie gesagt – nur der Startpunkt des Freiballons bestimmen. Für die Frage, wo sich dieser Ballon jetzt befindet, hat der Startpunkt indes nur indirekte Bedeutung, bzw. um im Bild zu bleiben: nur dann, wenn

---

<sup>46</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band I (1840), S. 215.

man die Windrichtung kennt. Dabei gilt: je älter das Gesetz, umso unwichtiger ist der Startpunkt. Mitunter ignorieren Gerichte jedoch auch bei ganz neuen Gesetzen den Willen des Gesetzgebers und entscheiden auf Basis (man ist versucht zu sagen: vermeintlicher) systematischer und teleologischer Erwägungen zugunsten eines Auslegungsergebnisses, das dem erklärten Gesetzgeberwillen diametral zuwiderläuft. Lesenswert sind in diesem Zusammenhang zwei Entscheidungen des Bundessozialgerichts zu der Frage, ob eine Liposuktion auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung durchgeführt werden kann. Das BSG verneinte diese Frage<sup>47</sup>, woraufhin der Gesetzgeber reagierte und – so dachte er wohl jedenfalls – seinen gegenteiligen Willen durch eine Ergänzung des Gesetzeswortlauts unzweifelhaft zum Ausdruck brachte. Die Begründung des Gesetzentwurfs (verfasst von der Bundesregierung) wies ausdrücklich auf das Urteil des BSG hin und stellte klar, dass die Gesetzesänderung dazu dient, dass die dort verneinte Frage künftig bejaht werden müsse:

„Die Regelung ist erforderlich, weil die Gesetzesauslegung in der jüngsten höchst-richterlichen Rechtsprechung (vgl. etwa BSG, Urteil vom 21. März 2013, Az. B 3 KR 2/12 R) mit dem in [der einschlägigen Vorschrift des SGB V] zum Ausdruck gebrachten Regelungs-gehalt in einem Wertungswiderspruch steht. Es erfolgt eine gesetzliche Konkretisierung und Klarstellung [...].“<sup>48</sup>

Kurz nachdem die Änderungen in Kraft getreten waren, musste sich das BSG ein weiteres Mal mit derselben Frage beschäftigen – und verneinte sie wieder:

„Soweit die Gesetzesmaterialien zu einem von Vorstehendem abweichenden Ergebnis führen, vermag der erkennende Senat dem nicht zu folgen. Gesetzesmaterialien sind mit Vorsicht, nur unterstützend und insgesamt nur insofern heranzuziehen, als sie auf einen objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben (stRspr, vgl zB BVerfGE 62, 45 mwN). [...]. Besteht - wie hier - eine Diskrepanz, muss dem Gesetzeswortlaut, dem Regelungssystem und dem Regelungsziel der Vorrang zukommen.“<sup>49</sup>

### 3. Vorrang der verfassungskonformen und der europarechtskonformen Auslegung

Auch der verfassungskonformen sowie der europarechtskonformen Auslegung kommt ein besonderes Gewicht zu. Sie gehen den übrigen Auslegungsarten daher regelmäßig vor. Aber: Auch die verfassungs- und europarechtskonforme Auslegung kann nicht zu einem Ergebnis führen, dass im Widerspruch zum klaren Wortlaut (objektive Theorie) bzw. zum zweifelsfrei festgestellten Gesetzgeberwillen (subjektive Theorie) steht. Dazu noch ausführlicher unten ##.

---

<sup>47</sup> BSG, 21.3.2013 – B 3 KR 2/12 R, MedR 2013, 820.

<sup>48</sup> *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, BR-Drs. 641/14, S. 147. f.

<sup>49</sup> BSG, 24.4.2018 – B 1 KR 13/16 R, BeckRS 2018, 16147.

## G. Die verfassungskonforme Auslegung

Verstößt ein einfaches Gesetz gegen die Verfassung, so gilt nach dem Grundsatz „lex superior derogat legi inferiori“, dass das einfache Gesetz unangewendet bleiben muss (wobei die Frage, ob das einfache Gesetz tatsächlich gegen die Verfassung verstößt, gem. Art. 100 I GG nur vom BVerfG beantwortet werden kann). Oftmals ist es aber so, dass das einfache Gesetz nur bei einer bestimmten Auslegung gegen die Vorgaben des Grundgesetzes verstößt, bei einer anderen Auslegung hingegen nicht. In den Worten des BVerfG:

„Das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung verlangt, von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Eine Norm ist daher nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung vereinbare Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten.“<sup>50</sup>

Grundlage einer solchen verfassungskonformen Auslegung ist zweierlei: Zum einen führt die Gesetzesbindung der Judikative dazu, dass sie den Vorgaben der Verfassung Folge leisten muss; zum anderen greift die o.g. Vermutung, der Gesetzgeber habe ein widerspruchsfreies Regelungssystem normieren wollen (diese Vermutung beschränkt sich nicht auf die horizontale Systematik, sondern gilt in gleicher Weise für die vertikale Systematik). Vor diesem Hintergrund wird man die verfassungskonforme Auslegung als Unterfall der systematischen Auslegung einzuordnen haben. Dass sie dennoch oftmals als eigenständige Auslegungsform genannt wird, dürfte daran liegen, dass sie eben gewissermaßen ein zweites Standbein besitzt, nämlich die Bindung der Gerichte an die Verfassung.

Die verfassungskonforme Auslegung geht den übrigen Auslegungsarten in aller Regel vor (dazu unten ##). Allerdings scheidet eine verfassungskonforme Auslegung dann aus, wenn der Wortlaut (objektive Theorie) bzw. der Wille des Gesetzgebers (subjektive Theorie) eindeutig ist. Über diese Grenze der Auslegung kann auch die verfassungskonforme Auslegung nicht hinweg. Im Gegenteil: Das Gericht, das unter Berufung auf die Verfassung vom klaren Wortlaut bzw. vom klaren Gesetzgeberwillen abweicht, verletzt das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts (Art. 100 I GG). Dies stellt das BVerfG ausdrücklich klar:

„Auch im Wege der verfassungskonformen Interpretation darf aber der normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt werden. Die zur Vermeidung eines Nichtigkeitsausspruchs gefundene Interpretation muss daher eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige Auslegung sein. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergeben sich damit grundsätzlich aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt (Art. 20 II GG) gebietet es dabei, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat. Er fordert mithin eine verfassungskonforme Auslegung der Norm, die durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt ist und die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahrt. Die Deutung darf nicht

<sup>50</sup> BVerfG, 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247.

dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird.“<sup>51</sup>

Für das Zivilrecht ergibt sich die Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung daraus, dass den Grundrechten nicht bloß die Funktion von Abwehrrechten des Bürgers gegen den Staat zukommt, sondern dass ihnen darüber hinaus mittelbare Drittwirkung zukommt, dass sie sich also mittelbar – nämlich vermittelt über die Auslegung zivilrechtlicher Normen – auch auf das Verhältnis von Bürgern untereinander auswirken. Die grundlegende Entscheidung dazu sollten Sie kennen: das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, daß der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat.

Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...], in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt [...]. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse.

**So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.**

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“<sup>52</sup>

<sup>51</sup> BVerfG, 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247.

<sup>52</sup> BVerfG, 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198

## H. Die europarechtskonforme Auslegung

### I. Grundlagen

Nicht nur die Verfassung enthält Vorgaben für das einfache Recht, sondern auch die Europäischen Verträge und das auf ihnen beruhende europäische Sekundärrecht. Auch diesbezüglich gilt: Wenn für eine Norm mehrere Auslegungsergebnisse in Betracht kommen und eines davon den europäischen Vorgaben entspricht, das andere hingegen nicht, so ist dem erstgenannten Auslegungsergebnis der Vorzug zu geben.

Die Pflicht der nationalen Gerichte zur europarechtskonformen Auslegung der nationalen Vorschriften ergibt sich unmittelbar aus Art. \*\*\* AEUV.

Es ist daran zu erinnern, dass die nationale Gerichte bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der fraglichen Richtlinie auslegen müssen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Artikel 249 III EG [= Art. \*\*\* AEUV] nachzukommen [...]. Diese Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung betrifft das gesamte nationale Recht, unabhängig davon, ob es vor oder nach der Richtlinie, um die es geht, erlassen wurde [...].

Das Gebot einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist dem EG-Vertrag immanent, da dem nationalen Gericht dadurch ermöglicht wird, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, wenn es über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidet [...].<sup>53</sup>

Wiederum gilt aber auch: Im Wege der europarechtskonformen Auslegung kann der klare Wortlaut (objektive Theorie) oder der eindeutig feststellbare Wille des Gesetzgebers (subjektive Theorie) nicht überwunden werden. Umso bemerkenswerter ist, dass der BGH eine Europarechtskonformität mitunter gegen den klaren Wortlaut einer Norm herstellt, zwar nicht im Wege der Auslegung, wohl aber im Wege der Rechtsfortbildung (teleologische Reduktion). Dazu ausführlich unten ##.

Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird zwar durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt; auch darf sie nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen [...].

Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verlangt jedoch, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt [...].<sup>54</sup>

<sup>53</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2006:443 – Adeneler, Rn. 108 f.

<sup>54</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2006:443 – Adeneler, Rn. 110 f.

**Vertiefender Hinweis:** Ebenso wie die Vorgaben der deutschen Verfassung und des europäischen Primär- und Sekundärrechts bei der Auslegung einer (einfachgesetzlichen) Norm zu berücksichtigen sind, müssen die Gerichte auch völkerrechtliche Vorgaben beachten (bzw. genauer: andere völkerrechtliche Vorgaben; auch die Europäischen Verträge sind schließlich völkerrechtlicher Natur). Unter mehreren möglichen Auslegungsergebnissen ist also dasjenige zu wählen, mit dem eine Völkerrechtsverletzung vermieden wird. In Ihrem Pflichtfachstudium dürften Ihnen völkerrechtliche Vorgaben indes kaum einmal begegnen (und selbst in Ihrem Berufsleben allenfalls ganz ausnahmsweise einmal).

## II. Exkurs: Vorgaben des Europäischen Primärrechts

Im Bereich des Primärrechts stellen vor allem die Europäischen Grundrechte (geregelt in der Charta der Europäischen Grundrechte, GRCh) und die europäischen Grundfreiheiten (geregelt im AEUV) wichtige Schranken für die Freiheit der nationalen Gesetzgeber auf. Für die Grundfreiheiten gelten die Grundsätze, die der EuGH in seiner berühmten Entscheidungstrilogie „Dassonville – Cassis de Dijon – Keck“ aufgestellt hat:

- *Dassonville*: Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit ist bei allen Regelungen anzunehmen, die „geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.<sup>55</sup>
- *Cassis de Dijon*: Das gilt auch für nicht-diskriminierende Vorschriften (also solche, die gleichermaßen auch für inländische Personen gelten). Bei ihnen ist ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit (nur) dann gerechtfertigt, wenn die Regelung notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden (wirksame steuerliche Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes).<sup>56</sup> In letzter Zeit ist der EuGH bei der Beurteilung der rechtfertigenden Umstände äußerst streng: Er verlangt von den Mitgliedstaaten den Nachweis, dass die betroffene Regelung zur Erreichung des angestrebten Ziels tatsächlich geeignet und erforderlich ist; den Mitgliedstaaten bleibt also keine rechtspolitische Einschätzungsprärogative.<sup>57</sup>
- *Keck*: Reine Vertriebsmodalitäten verstoßen nur dann gegen die Warenverkehrsfreiheit, wenn sie diskriminierend sind; die Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung gilt nur für Produktmodalitäten.<sup>58</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Nach der Keck-Formel ist wohl das gesamte Zivilrecht auf eine reine Diskriminierungskontrolle beschränkt; hier werden letztlich nur „Vertriebsmodalitäten“ geregelt. Hinzu kommt, dass eine Regelung ohnehin von vornherein nicht gegen die Grundfreiheiten verstoßen kann, wenn sie dispositiv ist, wenn die Parteien also vertraglich von ihr abweichen können.

<sup>55</sup> EuGH, ECLI:EU:1974:82 – Dassonville.

<sup>56</sup> EuGH, ECLI:EU:1979:42 – Cassis de Dijon

<sup>57</sup> Vgl. nur EuGH, ECLI:2016:776 – Deutsche Parkinson Vereinigung.

<sup>58</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1993:905 – Keck und Mithouard.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH den Grundfreiheiten mittelbare Drittwirkung beimisst (ein wichtiges Einfallstor ist etwa das AGB-Recht). In bestimmten Fällen sollen die Grundfreiheiten sogar unmittelbare Drittwirkung entfalten, nämlich zulasten bestimmter privatrechtlicher Vereinigungen (wie etwa Sportverbänden)<sup>59</sup>

### III. Auslegung des europäischen Rechts

Für die Frage, ob eine deutsche Regelung europarechtskonform in der einen oder anderen Weise ausgelegt werden muss, ist es oftmals einmal erforderlich, die betreffende europäische Vorschrift selbst auszulegen. Ebenso wie deutsche Normen ist auch der Inhalt europäischer Normen nämlich nicht immer eindeutig. Aber Achtung: Für die Auslegung der europäischen Vorschrift dürfen Sie nicht einfach auf unsere deutschen Auslegungsmethoden zurückgreifen. Vielmehr ist das europäische Recht autonom auszulegen, also nach autonomen europäischen Methoden. Allerdings ähnelt der Methodenkanon des EuGH stark unserem deutschen: Auch der der EuGH stützt sich in seinen Entscheidungen regelmäßig auf den Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und vor allem auf Sinn und Zweck eines Gesetzes. Dabei gelten jedoch folgende Besonderheiten:

- Bei der Wortlautauslegung müssen grundsätzlich alle (!) amtlichen Sprachversionen berücksichtigt werden. Unklar ist bislang, was gelten soll, wenn nach einigen Sprachversionen Auslegungsergebnis A naheliegt, andere Sprachversionen hingegen eher auf Auslegungsergebnis B schließen lassen. Eine Art demokratische Entscheidung nach der Anzahl der Sprachversionen, die das eine oder das andere Auslegungsergebnis stützen, scheidet wohl aus. Allenfalls mag man andenken, eines der Auslegungsergebnisse dann zu favorisieren, wenn es von der ganz überwiegenden Mehrzahl der Sprachversionen gestützt wird. Näherliegend (aber ebenfalls alles andere als vollständig überzeugend) scheint es zu sein, sich auf diejenigen Sprachversionen zu konzentrieren, die im Gesetzgebungsverfahren genutzt wurden (zumeist die englische und/oder die französische). Am ehesten wird man in einem solchen Fall wohl davon auszugehen haben, dass die Wortlautauslegung scheitert, wenn nicht alle Sprachversionen ein und dasselbe Auslegungsergebnis stützen.
- Bei der systematischen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass das europäische Recht bislang nicht das Niveau eines vollständigen, geschlossenen Systems erreicht hat. Daraus folgt aber lediglich, dass nicht von der Lückenlosigkeit ausgegangen werden kann. Demgegenüber gilt natürlich auch für das europäische Recht die Prämisse, dass die bestehenden Regeln untereinander widerspruchsfrei sind bzw. sein sollen (natürlich gelten aber wiederum die o.g. Zweifel an der Richtigkeit dieser Prämisse). Dementsprechend stellte der EuGH bereits in seiner berühmten CILFIT-Entscheidung klar: „Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.“<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Grundlegend EuGH, ECLI:EU:C:1995:463 – Bosmann, Rn. 83 ff.

<sup>60</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1982:335 – C.I.L.F.I.T., Rn. 20.

- Die historische (und die teleologische) Auslegung wird bei europäischen Verordnungen und Richtlinien dadurch (jedenfalls theoretisch) erleichtert, dass die gesetzgeberischen Überlegungen als Erwägungsgründe formuliert und den eigentlichen Regelungen vorangestellt werden. Grundlage dafür ist Art. 296 II AEUV. Diese Erwägungsgründe entfalten zwar keine unmittelbare Bindungswirkung, können also „weder herangezogen werden [...], um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht“.<sup>61</sup> Sie bilden aber gewissermaßen die Basis für die Auslegung der jeweiligen Verordnung/Richtlinie, indem sie den (historischen) Willen des Gesetzgebers wiedergeben und Hinweise zum Zweck der gesetzlichen Regelungen enthalten.
- Auch im europäischen Recht gilt die Kontinuitätsvermutung: „Nach einem den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen, auf das römische Recht zurückgehenden Grundsatz ist bei Änderung der Gesetzgebung, soweit der Gesetzgeber nicht einen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck gebracht hat, der Auslegung der Vorzug zu geben, welche die Kontinuität der Rechtsstrukturen gewährleistet.“<sup>62</sup>

Achtung: Ein deutsches Gericht darf europäisches Recht nicht etwa einfach selbst auslegen. Vielmehr liegt die Auslegungshoheit beim EuGH; nur so lässt sich eine europaweit einheitliche Auslegung gewährleisten. Nationale Gerichte können bzw. müssen (wenn sie letztinstanzlich sind) Auslegungsfragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen (Art. 267 AEUV). Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht besteht nur, wenn „die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder [...] die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt“ (sog. Acte-clair-Doktrin).<sup>63</sup> Die Vorabentscheidungen des EuGH binden das vorlegende Gericht (und dessen Instanzenzug). In anderen Verfahren entfalten sie zwar keine rechtliche Bindungswirkung, aber zumindest eine faktische Präjudizwirkung.

#### IV. Lesenswerte Beispiele

##### 1. Beweislastumkehr hinsichtlich des Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang

Mängelgewährleistungsrecht stehen einem Käufer nur dann zu, wenn die Kaufsache bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war. Grundsätzlich trifft den Käufer die diesbezügliche Beweislast. Für den Verbrauchsgüterkauf enthält jedoch § 477 BGB eine Beweislastumkehr: Diese Regelung beruht auf Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: „...“.

Problematisch ist, was in Fällen gelten soll, in denen sich innerhalb von sechs Monaten nach Lieferung ein Mangel zeigt, der in seiner konkreten Form bei Gefahrübergang unstreitig nicht vorlag (z.B. völlige Funktionslosigkeit) – und wenn nicht klar ist, ob dieser Mangel auf einer minderen Qualität der Kaufsache beruht (auf einem sog. Grundmangel) oder auf einer Fehl-

---

<sup>61</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2005:716 Rn. 32 – Deutsches Milchkontor.

<sup>62</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1969:3 Rn. 13 – Klomp.

<sup>63</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1982:335 – C.I.L.F.I.T.

behandlung durch den Käufer. Nachdem der BGH eine Anwendung des § 477 BGB in derartigen Fällen zunächst stets abgelehnt hatte, entschied der EuGH für Art. 5 III VGKRL zugunsten einer Anwendbarkeit:

„Falls die Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar wird, erleichtert Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44 die dem Verbraucher obliegende Beweislast, indem er für diesen Fall die Vermutung aufstellt, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestand.

Um diese Beweiserleichterung in Anspruch nehmen zu können, muss der Verbraucher jedoch das Vorliegen bestimmter Tatsachen nachweisen.

Erstens muss der Verbraucher vortragen und den Beweis erbringen, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist, da es z. B. nicht die im Kaufvertrag vereinbarten Eigenschaften aufweist oder sich nicht für den Gebrauch eignet, der von einem derartigen Gut gewöhnlich erwartet wird. Der Verbraucher muss nur das Vorliegen der Vertragswidrigkeit beweisen. Er muss weder den Grund für die Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass sie dem Verkäufer zuzurechnen ist.

Zweitens muss der Verbraucher beweisen, dass die in Rede stehende Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, also sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat.

Wenn diese Tatsachen nachgewiesen sind, ist der Verbraucher vom Nachweis befreit, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes bestand. Das Auftreten dieser Vertragswidrigkeit in dem kurzen Zeitraum von sechs Monaten erlaubt die Vermutung, dass sie zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits vorlag, auch wenn sie sich erst nach der Lieferung des Gutes herausgestellt hat (vgl. die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie, KOM[95] 520 endg., S. 14).

Es ist dann also Sache des Gewerbetreibenden, gegebenenfalls den Beweis zu erbringen, dass die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes noch nicht vorlag, indem er dargetut, dass sie ihren Grund oder Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach dieser Lieferung hat.“<sup>64</sup>

Der BGH sah sich infolgedessen genötigt, § 477 BGB entsprechend richtlinienkonform auszulegen:

„Die nationalen Gerichte sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen [...].

Eine richtlinienkonforme Auslegung setzt allerdings voraus, dass hierdurch der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht verändert wird, sondern die Auslegung seinem Willen (noch) entspricht [...].

<sup>64</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2015:357 – Faber, Rn. 68 ff.

Gemessen an diesen Maßstäben ist im Streitfall eine richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB dahin zulässig und geboten, dass die dort geregelte Vermutung auch dann einsetzt, wenn offen ist, ob der eingetretene mangelhafte Zustand auf einer dem Verkäufer zuzurechnenden Ursache oder auf einem sonstigen Grund beruht.

Eine solche Auslegung ist vom Wortlaut des § 476 BGB noch gedeckt [...]. Denn die Tatbestandsvoraussetzungen "Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein Sachmangel" lassen sich bei weitem Wortverständnis auch dahin interpretieren, dass schon allein das Auftreten eines mangelhaften Zustands, also einer nachteiligen Abweichung von der Sollbeschaffenheit, binnen der vorgesehenen Frist die Vermutungswirkung auslöst.

Auch der Wille des Gesetzgebers steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien war der Gesetzgeber bestrebt, § 476 BGB so auszugestalten, dass diese Vorschrift mit Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar ist. Dabei hat er - im Einklang mit der vom Gerichtshof auf Art. 2 Abs. 2 (Vermutung der Vertragsgemäßheit) und auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie (Haftung des Verkäufers für jede bei Lieferung bestehende Vertragswidrigkeit) gestützten Beweislastverteilung (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 52 f., 67 - Faber) - die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr als abweichende Sonderregelung zu den allgemeinen, aus § 363 BGB abgeleiteten Beweislastgrundsätzen aufgefasst (BT-Drucks. 14/6040, S. 81, 245).

Allerdings lässt die Gesetzesbegründung klare Worte dazu vermissen, in welchem Umfang die allgemeinen Beweislastgrundsätze (§ 363 BGB) durch § 476 BGB verdrängt werden. Es wird nur ausgeführt, § 476 BGB übernehme die Vermutung aus Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; dabei handele sich um eine Umkehr der Beweislast zugunsten des Verbrauchers hinsichtlich der Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach der Lieferung offenbar würden (BT-Drucks. 14/6040, S. 245). Direkt daran anschließend wird erläutert, dass nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen, die bei der Lieferung einer mangelhaften Sache aus § 363 BGB hergeleitet würden, der Käufer die Voraussetzungen seines Gewährleistungsanspruchs zu behaupten und zu beweisen habe. Dazu gehöre auch, dass der Mangel bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei und nicht erst später infolge des anschließenden (übermäßigen) Gebrauchs der Sache durch den Käufer entstanden sei (BT-Drucks. 14/6040, aaO).

Diesen Ausführungen lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob sich der Gesetzgeber von der Vorstellung hat leiten lassen, § 476 BGB verdränge die allgemeinen Beweislastgrundsätze nur teilweise, nämlich allein hinsichtlich seiner Reichweite, oder ob er im Rahmen des § 476 BGB dem Käufer auch Erleichterungen bezüglich des Nachweises der Vermutungsvoraussetzungen zugutekommen lassen wollte. Auch die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie (KOM[95] 520 endg., S. 14 = BR-Drucks. 696/96, S. 13), auf deren Erwägungen die Gesetzesbegründung letztlich basiert, gibt keine hinreichenden Aufschlüsse über den Willen des nationalen Gesetzgebers. Dort werden zwar vom Gerichtshof angeführte (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 54 - Faber) und auch von der Gesetzesbegründung aufgegriffene (BT-Drucks.

14/6040, aaO) Verbraucherschutzerwägungen angestellt, jedoch im Anschluss hieran ausgeführt, zugunsten des Verbrauchers sei in Bezug auf den Zeitpunkt des Vorhandenseins der Vertragswidrigkeit eine teilweise Beweislastumkehr während eines Zeitraums von sechs Monaten nach Lieferung vorgesehen. Die darin anklingende Beschränkung der Beweislastumkehr auf eine rein zeitliche Komponente wird durch die Unterstreichung des Wortes "Zeitpunkt" noch betont (KOM[95] 520 endg., S. 14 = BR-Drucks. 696/96, S. 13).

Ungeachtet der aufgezeigten Unklarheiten in den Gesetzesmaterialien lässt sich diesen jedenfalls kein der beschriebenen Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch den Gerichtshof (Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 69 ff. - Faber) entgegenstehender Wille des nationalen Gesetzgebers entnehmen. Letztlich ergibt sich hieraus nur, dass im Gesetzgebungsverfahren der Umfang der vom Käufer für das Eingreifen der Vermutung des § 476 BGB nachzuweisenden Umstände nicht hinreichend in den Blick genommen worden ist. Dass sich der Gesetzgeber bei entsprechendem Problembewusstsein einem mit der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie in Deckung stehenden Verständnis des § 476 BGB verschlossen hätte, kann dagegen aus der Gesetzesbegründung nicht abgeleitet werden.

Im Gegenteil zeigen die weiteren Ausführungen in der Einzelbegründung zu § 476 BGB im Gesetzesentwurf, dass mit der Schaffung dieser "spezifisch Verbraucher schützenden" Vorschrift ausdrücklich die - in ähnlicher Weise schon in der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie (KOM[95] 520 endg., S. 14 = BR-Drucks. 696/96, S. 13) genannte und vom Gerichtshof als entscheidend angesehene (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015 - C-497/13, aaO Rn. 54 - Faber) - Zielsetzung verfolgt worden ist, zur Stärkung des Verbraucherschutzes einen Ausgleich zwischen den "schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers" gegenüber den "- jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe - ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers" zu erreichen (BT-Drucks. 14/6040, S. 245 [...]). Unter diesen Umständen ist von einem Willen des Gesetzgebers zur richtlinientreuen Umsetzung auszugehen.<sup>65</sup>

#### **V. Sonderfall: Auslegung bei überschießender Umsetzung**

Ein Folgeproblem zur richtlinienkonformen Auslegung stellt sich dann, wenn sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden hat, die Vorgaben einer Richtlinie über deren Anwendungsbereich hinaus umzusetzen. Eine solche überschießende Umsetzung dient dem Zweck, die nationalen Regeln möglichst einheitlich zu gestalten und Sonderregeln zu vermeiden. So hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gleich in mehrfacher Hinsicht überschießend umgesetzt:

- Etliche Regeln sind nicht auf Verbraucherverträge beschränkt, sondern auf jegliche Kaufverträge erstreckt (Beispiel: § 439 BGB)

---

<sup>65</sup> BGH, 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224, Rn. 37-45.

- Manche Regelungen sind sogar im Allgemeinen Schuldrecht angesiedelt, gelten also auch für andere Vertragstypen (Beispiel: § 323 BGB)
- Von denjenigen Regeln, die auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt sind (§§ 474 ff. BGB), gelten einige auch für Schadensersatzansprüchen (Beispiel: § 477 BGB)
- Der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufvorschriften richtet sich nach dem Verbraucherbegriff des § 13 BGB, der weiter ist als derjenige in Art. \*\* VGKRL.

Man spricht von hybriden Normen, weil sie teilweise auf der Vorgabe einer Richtlinie (hier: der VGKRL) beruhen, teilweise aber eben auch nicht. Muss das Gericht solch eine hybride Norm auf einen Sachverhalt anwenden, der nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen würde, so stellt sich die Frage, ob die Norm in dennoch richtlinienkonform auszulegen ist – oder anders formuliert: ob die Norm einheitlich auszulegen ist (für alle Sachverhalte gleich) oder gespalten (für Sachverhalte, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen richtlinienkonform, für alle anderen Sachverhalte ohne Berücksichtigung der Richtlinienvorgaben).

Klar ist in solch einem Fall zunächst einmal, dass das Europarecht in solch einem Fall keine richtlinienkonforme Auslegung verlangt. Der EuGH hat dies ausdrücklich klargestellt:

„Betrifft der Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht also einen Sachverhalt, der nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, so ist dieses Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht weder verpflichtet, seine Rechtsvorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, noch, sie unangewendet zu lassen. Falls ein und dieselbe Vorschrift in einer in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallenden Situation unangewendet bleiben müsste, in einer nicht in diesen Anwendungsbereich fallenden Situation jedoch weiterhin angewandt werden könnte, wäre das zuständige Organ des betreffenden Staates verpflichtet, diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, soweit sie die sich aus Gemeinschaftsvorschriften ergebenden Rechte beeinträchtigen könnte.“<sup>66</sup>

Auch das deutsche Recht enthält nach zutreffender ganz h.M. weder Vorgaben, die pauschal eine einheitliche Auslegung verlangen, noch Vorgaben, die pauschal eine gesplattene Auslegung gebieten. Tendenziell für eine einheitliche Auslegung spricht zwar der Aspekt der Rechtssicherheit; demgegenüber spricht jedoch der Souveränitätsgedanke tendenziell für eine gesplattene Auslegung.

Der BGH entscheidet daher richtigerweise nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Maßgebliches Kriterium ist dabei der Gesetzgeberwille bzw. genauer: die Frage, ob dem Gesetzgeber die Strukturentscheidung (einheitliche Regelung) oder die konkrete Sachentscheidung wichtiger war (Inhalt der konkreten Regelung).

Für § 477 BGB geht der BGH davon aus, dass die Strukturentscheidung im Vordergrund gestanden habe, so dass er die richtlinienkonforme Auslegung auch dann praktiziert, wenn es um Schadensersatzansprüche geht (die von der VGKRL nicht erfasst werden):

„Die in zweifacher Hinsicht gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB gilt nicht nur hinsichtlich der von der Verbrauchsgüter-RL erfassten Nacherfüllungsansprüche und Gewährleistungsrechte des Rücktritts und der Minderung, sondern

---

<sup>66</sup> EuGH, ECLI:EU:1998:370 – ICI, Rn. 34.

auch bezüglich hiervon nicht betroffener Schadensersatzansprüche (§ 437 Nr. 3 BGB). Dem nationalen Gesetzgeber stand die Reichweite der Umsetzungspflicht bei der Schaffung der den Verbrauchsgüterkauf betreffenden Vorschriften der §§ 474 ff. BGB deutlich vor Augen (vgl. BT-Drs. 14/6040, 245 [zu § 475 BGB-E]). In bestimmten Fällen hat er daher Sondervorschriften für Schadensersatzansprüche vorgesehen (§475 III BGB), in anderen Bereichen hat er dagegen die Verbrauchsgüter-RL überschießend (vgl. Art. 8 II der Richtlinie) auch auf Schadensersatzansprüche umgesetzt (vgl. BT-Drs. 14/6040, 245). Dies gilt auch für die Beweislastumkehrregelung in § 476 BGB, die mangels ausdrücklich angeordneter Beschränkung alle in § 437 BGB geregelten Mängelrechte des Verbrauchers erfasst. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die in § 437 BGB aufgeführten Rechte auch bezüglich der Beweislast einheitlich zu behandeln, ist daher auch im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung zu respektieren.“<sup>67</sup>

Für § 439 und die Frage, ob der Ersatzlieferungsanspruch auch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der ersatzweise gelieferten Sache erfasst, sah der BGH hingegen die Sachentscheidung als gewichtiger an:

„Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB über den Verbrauchsgüterkauf hinaus ist nach dem oben Gesagten aber weiter, dass eine Ausdehnung der Nachlieferungspflicht im Sinne des Urteils des Gerichtshofs dem Willen des deutschen Gesetzgebers entspricht [...]. Davon kann nicht ausgegangen werden. Denn der Gesetzgeber ist bei der richtlinienüberschießenden Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Nacherfüllung von einem anderen Verständnis der Richtlinie ausgegangen als der Gerichtshof. Aus den Gesetzesmaterialien der Schuldrechtsreform ist zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der Gerichtshof vorgenommen hat, nicht vor Augen gestanden und er sie deshalb jedenfalls nicht für das gesamte Kaufrecht gewollt haben würde. Dies rechtfertigt es, die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB [...] auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken und nicht auf andere, der Richtlinie nicht unterfallende Kaufverträge auszudehnen.“<sup>68</sup>

## J. Die Auslegung anhand einer Folgenbetrachtung

### I. Grundsätze

Bei mangelhaften Gesetzen sieht Savigny gewissermaßen als ultima ratio vor, die Auslegungsentscheidung auf den „innere[n] Wert des aus der Auslegung hervorgehenden Inhalts“ zu stützen. Gemeint ist damit wohl, dass jedes in Betracht kommende Auslegungsergebnis darauf untersucht wird, welche Konsequenzen es nach sich zieht – und dann dasjenige gewählt wird, dass zu den „wertvollsten“ Konsequenzen führt.

<sup>67</sup> BGH, 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224, Rn. 53.

<sup>68</sup> BGH, 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135.

Diese Form der Folgenbetrachtung bzw. -bewertung wird man indes kritisch zu sehen haben: Die Frage, welche Konsequenzen am wertvollsten sind, dürfen nicht dem Gericht vorbehalten bleiben bzw. genauer: das Gericht darf diese Entscheidung nicht als Auslegung tarnen, sondern muss offenlegen, was es tut: Es fällt eine Entscheidung auf Basis der eigenen Wertvorstellungen; es betreibt also letztlich Rechtsfortbildung.

Allerdings ist die Folgenbetrachtung in aller Regel ohnehin keine eigenständige Auslegungsform, sondern erschöpft sich letztlich in der Vorbereitung einer teleologischen oder systematischen Auslegung. Die Frage, welches Auslegungsergebnis dem Zweck oder der Systematik des Gesetzes am besten entspricht, lässt sich oftmals nämlich erst beantworten, wenn man sich die Folgen der einen oder anderen Auslegung vergegenwärtigt.

Als besondere (wenngleich recht verdeckte) Form der Folgenbetrachtung mag man Fälle einordnen, in denen sich die Rechtsprechung von der Frage leiten lässt, ob die eine oder andere Partei (im konkreten Fall oder typischerweise) Versicherungsschutz genießt. So hat der BGH etwa entschieden, dass das Haftungsprivileg der Eltern gegenüber ihren Kindern (§ 1664 BGB) im Straßenverkehr nicht greift. Hintergrund: Hier sind die schädigenden Eltern haftpflichtversichert; den Schaden übernimmt also ein Dritter. Umgekehrt geht der BGH davon aus, dass der potentielle Autokäufer, der vorab eine Probefahrt durchführen möchte, in den Genuss einer – gesetzlich nicht vorgesehenen – Haftungsprivilegierung kommt. Eine solche Haftungsprivilegierung sei in der Probefahrtabrede stillschweigend mitvereinbart. Hintergrund auch hier: Der Autohändler hat das Fahrzeug regelmäßig vollkaskoversichert.

Oftmals wird die Folgenbetrachtung nicht positiv als Stütze der einen Auslegungsmöglichkeit herangezogen, sondern negativ als Argument gegen die andere, als *argumentum ad absurdum*: Diese andere Auslegungsart führe zu Konsequenzen, die der Systematik oder dem Zweck des Gesetzes widersprüchen oder zumindest untragbar seien. Auch bezüglich dieser negativen Folgenbetrachtung gilt: Sofern sich die Ablehnung der anderen Auslegungsmöglichkeit nicht auf teleologische oder systematische Überlegungen, sondern auf rechtspolitische Erwägungen zur „Zumutbarkeit“ stützt, handelt es sich letztlich nicht um eine Form der Auslegung, sondern um eine richterliche Rechtsfortbildung.

## II. Lesenswerte Beispiele

### 1. Übergang vom allgemeinen zum besonderen Leistungsstörungenrecht

Ein schönes Beispiel für eine Folgenabwägung findet sich in der oben bereits angeführten Entscheidung des BGH zu der Frage, ob die werkvertraglichen Sachmangelgewährleistungsrechte bereits vor oder erst nach der Abnahme bestehen können. Wie gesagt entschied sich der BGH aus verschiedenen Gründen für ein Entstehen der Rechte erst mit Abnahme. Unter anderem argumentierte er auf Basis einer Folgenbetrachtung:

„Die Auslegung der werkvertraglichen Vorschriften dahingehend, dass dem Besteller die Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme zustehen, führt zudem zu einem interessengerechten Ergebnis.

Vor der Abnahme steht dem Besteller der Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB zu, der ebenso wie der Anspruch auf Nacherfüllung aus § 634 Nr. 1 BGB die mangelfreie Herstellung des Werks zum Ziel hat. Der Besteller kann diesen Anspruch einklagen und, falls notwendig, im Regelfall nach § 887 ZPO vollstrecken.

Die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks verbleibt beim Unternehmer, der Werklohn wird nicht fällig und die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln geht nicht auf den Besteller über, solange er den Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB geltend macht.

Die Interessen des Bestellers sind durch die ihm vor der Abnahme aufgrund des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zustehenden Rechte angemessen gewahrt: etwa Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, § 280 Abs. 2, § 286 BGB, Rücktritt nach § 323 BGB oder Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 314 BGB.

Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 BGB ist zwar anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB verschuldensabhängig (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung liegt aber auch vor, wenn der Unternehmer die Frist aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verstreichen lässt [...].

Der Besteller hat hiernach die Wahl, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium oder aber die grundsätzlich eine Abnahme voraussetzenden Mängelrechte aus § 634 BGB geltend macht. Ein faktischer Zwang des Bestellers zur Erklärung der Abnahme für ein objektiv nicht abnahmefähiges Werk besteht damit entgegen verbreiteter Meinung nicht. Im Übrigen wird der Besteller, der eine Abnahme unter Mängelvorbehalt erklärt, über § 640 Abs. 2, § 641 Abs. 3 BGB geschützt.<sup>69</sup>

## 2. Ein- und Ausbau im Rahmen der Nacherfüllung

Auch der EuGH bemüht mitunter eine Folgenbetrachtung, so etwa in seiner berühmten Entscheidung „Putz und Gebr. Weber“ zu der Frage, ob der Käufer im Rahmen seines Nacherfüllungsanspruchs vom Verkäufer verlangen kann, dass die bereits verbaute mangelhafte Sache ausgebaut und die ersatzweise gelieferte Sache stattdessen eingebaut wird. Der EuGH bejaht die Frage bekanntlich und führt dazu unter anderem aus:

„In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine solche Auslegung auch nicht zu einem ungerechten Ergebnis führt. Selbst wenn nämlich die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts nicht auf einem Verschulden des Verkäufers beruht, hat dieser doch auf Grund der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, nicht ordnungsgemäß erfüllt und muss daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen. Dagegen hat der Verbraucher seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt [...]. Zudem kann der Umstand, dass der Verbraucher im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit des gelieferten Verbrauchsguts das mangelhafte Verbrauchsgut vor

<sup>69</sup> BGH, 19.1.2017 – VII ZR 301/13, NJW 2017, 1604, Rn. 40 ff.

Auftreten des Mangels gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut hat, kein Verschulden darstellen, das dem betreffenden Verbraucher zur Last gelegt werden könnte.“<sup>70</sup>

## K. Die rechtsvergleichende Auslegung

Betrachtet man die Rechtsprechung des BGH, so finden sich dort nur ausnahmsweise Bezugnahmen auf das ausländische Recht. Zu nennen sind hier etwa der Hinweis auf das englische Recht bei der Frage, inwieweit bei nicht ermöglichter Abtreibung Schadensersatz zu leisten ist (sog. „wrongful life“-Entscheidung),<sup>71</sup> die Berücksichtigung schweizerischen Rechts bei der Frage, ob im Falle der Verletzung des Persönlichkeitsrechts Geldersatz verlangt werden kann,<sup>72</sup> sowie ferner die Bezugnahme auf italienisches und schweizerisches Recht bei der Beurteilung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters im Todesfall.<sup>73</sup> Allerdings handelte es sich in allen aufgeführten Entscheidungen um eher ergänzende Erwägungen. Sie beinhalteten im Wesentlichen den Hinweis darauf, dass die vom BGH jeweils gefundene Lösung mit den Ergebnissen in bestimmten anderen europäischen Staaten im Einklang stand, dienen also gewissermaßen als Rechtsfertigung für das (ohnehin) favorisierte Ergebnis.

In der Tat darf ein im Wege der herkömmlichen Auslegungsmethoden (grammatische, systematische, historische und teleologische Auslegung) erzieltetes Ergebnis nicht auf Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung geändert werden; die Rechtsvergleichung kann also allenfalls – gewissermaßen subsidiär – dann helfen, wenn die herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht zu einer eindeutigen Antwort führen. Dann aber spricht in der Tat vieles dafür, Überlegungen ausländischer Gesetzgeber oder Gerichte zumindest als „persuasive authority“ zur Kenntnis zu nehmen.<sup>74</sup>

Berechtigung hat eine rechtsvergleichende Auslegung insbesondere dann, wenn bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts an eine ausländische Regelung angelehnt sind bzw. – wie etwa das deutsche Schuldrecht nach der Schuldrechtsreform – in einem internationalen Kontext gesehen werden müssen, also bereits die Gesetzgebung (s.o.) durch eine rechtsvergleichende Vorarbeit gekennzeichnet war. Da der Richter den Willen des Gesetzgebers ausführen soll, muss er bei der Auslegung grundsätzlich dessen rechtsvergleichende Perspektive übernehmen bzw. – bei der richterlichen Rechtsfortbildung – fortführen. Kurz: Wenn ein Gesetz auf rechtsvergleichender Basis zustande gekommen ist, stellt die Rechtsvergleichung ein Element der historischen Auslegung dar.

---

<sup>70</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2011:396, Rn. 56 – Gebr. Weber & Putz.

<sup>71</sup> BGHZ 86, 240, 250 f. = NJW 1983, 1371.

<sup>72</sup> BGHZ 35, 363, 369 = NJW 1961, 2059.

<sup>73</sup> BGHZ 24, 214, 218. Vgl. ferner BGHZ 39, 124 (132); 86, 240 (250 f.) sowie BGHZ 21, 112, 119 (Verhältnis des § 616 BGB zur Schadensersatzpflicht des deliktisch Verantwortlichen).

<sup>74</sup> Vgl. von Bar, ZfRV 1994 221, 231.

## L. Die Ökonomische Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts zielt darauf, rechtliche Fragestellungen nach Effizienzgesichtspunkten zu beurteilen. Ihre wohl bekannteste Ausprägung ist die sog. efficient breach doctrine. Danach soll es jeder Vertragspartei offenstehen, ihren vertraglichen Pflichten nicht nachzukommen und stattdessen der anderen Partei den aus der Nichtleistung entstehenden Schaden zu ersetzen. Dafür wird sie sich immer dann entscheiden, wenn dieser Schaden geringer ist, als der Aufwand, den eine Leistung erfordern würde.

Auf Basis dieser Überlegungen billigt etwa das englische Recht dem Gläubiger (jedenfalls grundsätzlich) keinen Anspruch auf Vertragserfüllung zu, sondern verweist ihn stattdessen auf einen Schadensersatzanspruch (der denn auch verschuldensunabhängig durch die Nichterfüllung ausgelöst wird). Demgegenüber gestattet es das deutsche Recht (konkret: § 275 II BGB) dem Schuldner erst bei einem groben Missverhältnis zwischen eigenem Aufwand und drohendem Gläubigerschaden, die Erfüllung zu verweigern (wobei dem Gläubiger in diesem Fall dann oftmals auch kein Schadensersatzanspruch eingeräumt wird).

Für die Frage, inwieweit ökonomische Aspekte bei der Auslegung eine Rolle spielen können, gilt letztlich dasselbe wie für die rechtsvergleichenden Aspekte: Sie lassen sich immer dann heranziehen, wenn das Gesetz tatsächlich eine ökonomisch effiziente Lösung anstrebt. Das ist, wie das Beispiel des § 275 II BGB zeigt, hierzulande jedoch oftmals gerade nicht der Fall. Dann muss auch eine ökonomische Auslegung grundsätzlich ausscheiden.

Nichtsdestotrotz finden sich in Entscheidungen des BGH durchaus immer wieder ökonomische Überlegungen, mal offen, häufig jedoch verdeckt. Insbesondere der – oben bereits angeführte – Umstand, dass die eine oder andere Seite Versicherungsschutz genießt, hat oftmals ausschlaggebende Bedeutung für die Entscheidung. Letztlich handelt es sich dabei um eine ökonomische Überlegung: Wer ein Risiko versichern kann (und es üblicherweise auch tut), soll es tragen müssen.

## § 3. Die richterliche Rechtsfortbildung

### A. Grundlagen

#### I. Bindung der Gerichte an „Gesetz und Recht“

Wenn das Gesetz zu einer Frage so sehr schweigt, dass sich ihm auch im Wege der Auslegung keine Antwort entnehmen lässt, so befreit dies das Gericht nicht davon, seinerseits den Parteien eine Antwort geben zu müssen. Es gilt ein Rechtsverweigerungsverbot – oder positiv formuliert: Der einzelne hat einen Anspruch auf Justizgewähr, auf effektiven Rechtsschutz. Das Gericht muss daher – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – rechtsschöpferisch tätig werden.<sup>75</sup> Allerdings steht einer Entscheidung an sich Art. 20 III GG entgegen, der die Gerichte an Gesetz und Recht bindet: Wenn das Gesetz dem Kläger keine Anspruchsgrundlage zur Verfügung stellt, dann ist das Gericht an sich daran gebunden und muss die Klage abweisen. Wenn umkehrt das Gesetz dem Kläger eine Anspruchsgrundlage zur Verfügung stellt, dem Beklagten jedoch kein Gegenrecht einräumt, ist der Klage stattzugeben. Mit dieser Gesetzesbindung der Gerichte verträgt es sich nicht, wenn die Gerichte selbst Recht schöpfen, also beispielsweise im Wege der Analogie eine Anspruchsgrundlage oder ein Gegenrecht generieren.

Allerdings bindet Art. 20 III GG die Gerichte nicht nur das Gesetz, sondern auch an das Recht. Nach der Lesart des BVerfG ist dies keine tautologische Dopplung; Gesetz und Recht seien zwar regelmäßig, aber eben nicht immer deckungsgleich. Hier die berühmte Passage aus der Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (am besten lesen Sie aber die gesamte Entscheidung!):

„Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes und damit der Rechtsstaatlichkeit, ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach dahin abgewandelt, daß die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist (Art. 20 Abs. 3). Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzli-

---

75

che Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den „fundierte[n] allgemeinen Gerechtigkeit[s]vorstellungen der Gemeinschaft.“<sup>76</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 97 GG den einzelnen Richter dem „Gesetz“ unterwirft, das „Recht“ jedoch unerwähnt lässt.

## II. Rechtsfortbildung preter und contra legem

### 1. Grundsätzliches

Die Rechtsfortbildung kann unterschiedliche Funktionen erfüllen, zwischen denen es zu differenzieren gilt. Erstens kann sie dazu dienen, Lücken im Gesetz zu füllen; zweitens kann sie dazu dienen, eine als bestehende Vorschrift unangewendet zu lassen, also gewissermaßen eine Lücke ins Gesetz zu reißen. Sowohl die Lückenfüllung als auch das Lückenreißen dienen dabei in aller Regel dem Ziel, den Gesetzeszweck zu verwirklichen: Lückenfüllung dort, wo eine Regelung unterblieben ist, nach dem Gesetzeszweck aber eigentlich hätte erfolgen müssen; Lückenreißen dort, wo ein Sachverhalt von einer Regelung umfasst ist, nach dem Gesetzeszweck aber eigentlich nicht umfasst werden dürfte. Man spricht von einer Rechtsfortbildung preter legem. Die Rechtsfortbildung bleibt innerhalb des Gesetzesplans, verhilft dem Gesetz gewissermaßen zu einer zweckkonformen Anwendung.

Demgegenüber kann die Rechtsfortbildung auch dazu eingesetzt werden, das Gesetz zu überwinden, indem eine Lücke gefüllt wird, die der Gesetzgeber bewusst gelassen hatte, oder indem eine Norm unangewendet bleibt, die der Gesetzgeber bewusst auf den in Rede stehenden Sachverhalt erstreckt hatte. Man spricht von einer Rechtsfortbildung contra legem. Das Gericht stellt sich gegen (eigentlich sogar: über) das Gesetz.

Während eine Rechtsfortbildung preter legem nicht nur zulässig ist, sondern sogar erforderlich sein kann, ist eine Rechtsfortbildung contra legem allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen statthaft.

<sup>76</sup> BVerfG, 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269.

## 2. Rechtsfortbildung preter legem

Eine Rechtsfortbildung preter legem ist immer dann zulässig, wenn die Auslegung zu einem Ergebnis führt, das in einem Widerspruch zu Sinn und Zweck des Gesetzes steht. Das dies vorkommen kann, liegt daran, dass weder nach der objektiven, noch nach der subjektiven Theorie die teleologische Auslegung Vorrang vor allen anderen Auslegungsformen genießt. Nach der objektiven Theorie ist ein zweckorientiertes Auslegungsergebnis ausgeschlossen, wenn ihm der Wortlaut der auszulegenden Vorschrift entgegensteht (oben ##); nach der subjektiven Theorie ist es ausgeschlossen, wenn der Wille des historischen Gesetzgebers entgegensteht.

Ein entgegenstehender Gesetzgeberwille schließt jedoch regelmäßig auch die Rechtsfortbildung aus bzw. genauer: führt dazu, dass eine Rechtsfortbildung nicht mehr als preter legem, sondern als contra legem einzustufen ist und daher den diesbezüglichen strengen Anforderungen genügen muss (unten ##). Unter der subjektiven Theorie besteht daher nur dann Raum (und: Notwendigkeit) für eine Rechtsfortbildung, wenn der historische Gesetzgeber eine Frage nicht in seinen Willen einbezogen hat, sei es, weil er die betreffende Frage nicht bedacht hat, sei es, weil sich die gesellschaftlichen Gegebenheiten seit Erlass des Gesetzes geändert haben. Aber Achtung: Eine Auslegung ist immer dann möglich, wenn der Gesetzgeber eine Regelung bewusst so offen formuliert hat, dass sie neue oder unbedachte Gegebenheiten umfasst – wie dies insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Fall ist.

Für die Rechtsfortbildung preter legem enthält die juristische Methodik zwei Instrumente: die Analogie und die teleologische Reduktion.

- Die **Analogie** dient der Lückenfüllung: Weist das Gesetz dem in Rede stehenden Tatbestand A keine Rechtsfolge zu, wohl aber dem wertungsmäßig vergleichbaren Tatbestand B, so bewirkt die Analogie, dass die Rechtsfolge, die das Gesetz für Tatbestand B vorsieht, auf Tatbestand A übertragen wird. Die Analogie dient also der Lückenfüllung.
- Die **teleologische Reduktion** dient exakt dem gegenteiligen Zweck, nämlich nicht der Lückenfüllung, sondern dem Lückenreißen: Ordnet das Gesetz eine Rechtsfolge sowohl für Tatbestand A als auch für Tatbestand B an, bewirkt die teleologische Reduktion, dass die Rechtsfolge für Tatbestand A nicht eintritt.

## 3. Rechtsfortbildung contra legem

Eine Rechtsfortbildung gegen das Gesetz ist im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung höchst problematisch. Hinzu kommt, dass Art. 100 I GG den Gerichten vorgibt, bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, eine Klärung durch das Bundesverfassungsgericht herbeizuführen. Wenn die Gerichte ein verfassungswidriges Gesetz nicht selbständig unangewendet lassen dürfen, dann doch erst Recht ein Gesetz, das zwar aus der Zeit gefallen sein mag, aber dennoch verfassungskonform ist. Allerdings trägt dieser Erst-Recht-Schluss (argumentum a maiore ad minus) nicht vollständig, weil sich die beiden Situationen in einem wesentlichen Aspekt unterscheiden: Bei verfassungswidrigen Gesetzen besteht nicht nur die Pflicht, sondern auch die Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht anzurufen;

bei Gesetzen, die dem Zeitgeist nicht mehr entsprechen, besteht diese Möglichkeit hingegen nicht. Insofern wird man es – in äußerst engen Grenzen! – für zulässig halten können und müssen, dass Gerichte sich im Wege der Rechtsfortbildung über eine bestehende Regelung hinwegsetzen. Der BGH formuliert diesbezüglich:

“Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zu den Aufgaben der Dritten Gewalt [...], die im Bereich der Zivilrechtspflege nach § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO gerade dem BGH zugewiesen ist. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht jedoch nicht schrankenlos, sondern wird durch Art. 20 II und III GG begrenzt [...]. Mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begäben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entzögen [...]. Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst [...]. Diese können sich aus der Verfassung [...], insbesondere den Grundrechten [...], oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben [...].“<sup>77</sup>

Greift das Gericht zur Rechtsfortbildung *contra legem*, muss es diesen Umstand transparent darstellen. Dass Gerichte dies in der Praxis oftmals nicht tun, ist einer der Hauptkritikpunkte an der objektiven Theorie: Denn sie führt dazu, dass das Gericht das Gesetz, wenn erforderlich, flexibel an die neuen Gegebenheiten anpassen kann, und zwar im Wege der teleologische Auslegung. Der Gesetzeszweck kann sich ja im Laufe der Zeit wandeln.

Ein prominentes Beispiel einer richterlichen Rechtsfortbildung gegen das Gesetz ist das Institut des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage. Bis zur Schuldrechtsreform im Jahr 2002 war dieses Institut im BGB nicht vorgesehen; vielmehr galt dort an sich der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“. Bei Schaffung des BGB war es ausdrücklich abgelehnt worden, diesen Grundsatz im Falle einer Störung der Geschäftsgrundlage zu durchbrechen.<sup>78</sup> Dennoch sah sich das Reichsgericht gezwungen, in Folge der Umwälzung durch den ersten Weltkrieg und der anschließenden dramatischen Geldentwertung die Vertragsbindung im Einzelfall aufzuheben.<sup>79</sup> Auch in der oben zitierten Soraya-Entscheidung ging es darum, eine bestehende gesetzliche Regelung zu übergehen: § 253 BGB, der anordnet, dass immaterielle Schäden nicht ersatzfähig sind (es sei denn, das Gesetz ordnet eine Ersatzfähigkeit ausdrücklich an). Der BGH wollte diese Regelung bei einer schweren Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unangewendet lassen, und das BVerfG hielt dies – mit der oben zitierten Begründung – für verfassungskonform.

Diese Beispiele dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Rechtsfortbildung gegen das Gesetz auf absolute Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss und nur unter strengen Voraussetzungen statthaft sein kann. Es muss gewissermaßen zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage in Bezug auf die betreffende gesetzliche Regelung gekommen sein: Zum einen

<sup>77</sup> BGH, 14.12.2006 – IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187.

<sup>78</sup> Mot. I, S. 249.

<sup>79</sup> RGZ 103, 328 – Vigognespinnerei.

müssen sich also die gesellschaftlichen Umstände seit Erlass des Gesetzes schwerwiegend verändert haben; zum anderen muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass der Gesetzgeber unter den geänderten Umständen eine andere Regelung getroffen hätte.<sup>80</sup>

## B. Die Analogie

### I. Voraussetzungen

#### 1. Planwidrige Regelungslücke

Grundvoraussetzung einer Analogiebildung ist das Bestehen einer planwidrigen Gesetzeslücke. Das Gesetz muss zunächst einmal also unvollständig sein; der in Rede stehende Sachverhalt darf nicht von einer gesetzlichen Regelung erfasst sein. Neben dieser – man mag sagen: selbstverständlichen – Grundvoraussetzung einer Lücke wird verlangt, dass diese Lücke „planwidrig“ ist, dass der Gesetzgeber sie also gewissermaßen „aus Versehen“ gelassen hat. Eine Analogie scheidet also dort aus, wo der Gesetzgeber ganz bewusst von einer Regelung abgesehen hat, bzw. genauer: wenn er also bewusst die Entscheidung getroffen hat, nur den Tatbestand A mit einer Rechtsfolge zu sanktionieren, nicht aber auch Tatbestand B.

Achtung: Es kommt vor, dass der Gesetzgeber aus einem anderen Grund *bewusst* von einer Regelung absieht, nämlich mit dem Ziel, der Rechtsprechung die Entscheidung zu überlassen. Diese Delegation der Entscheidung auf die Judikative kann darauf beruhen, dass sich für eine bestimmte Regelung keine Mehrheit im Parlament finden ließ, oder aber – häufiger – darauf, dass die Materie zu kleinteilig ist, um sie sinnvoll gesetzlich zu regeln. Auch dann ist die Lücke planwidrig: der Gesetzgeber möchte die Lücke gefüllt sehen; er will sie nur nicht selbst füllen.

**Hinweis:** Ob eine Lücke planwidrig ist oder nicht, können Sie in einer Klausur kaum jemals feststellen; allerdings liegt die Vermutung dann nahe, wenn der in Rede stehende Sachverhalt auf aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen beruht und bei Erlass des Gesetzes nicht abzusehen war. Ein wichtiger Hinweis auf die Planwidrigkeit ergibt sich letztlich auch aus der Vergleichbarkeit der Interessenlagen: Je größer die Vergleichbarkeit zwischen dem geregelten und dem unregulierten Tatbestand ist, umso eher liegt die Vermutung nahe, dass die Gesetzeslücke planwidrig ist. In der Klausur kann es sich daher anbieten, zuerst die Voraussetzung der vergleichbaren Interessenlage zu prüfen und erst anschließend die Planwidrigkeit der Regelungslücke (also 1. Regelungslücke, 2. Vergleichbare Interessenlage, 3. Planwidrigkeit der Regelungslücke).

#### 2. Vergleichbare Interessenlage

Eine bestehende Regelung zu Tatbestand A darf nur dann analog auf Tatbestand B angewendet werden, wenn die Interessenlage bei beiden Tatbeständen vergleichbar ist. Sie muss also

---

<sup>80</sup> Heck, AcP 112 (1914) 197, 222; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie Rn.960; vgl. auch Wank, Juristische Methodenlehre Rn. 80 ff.

nicht identisch sein und auch nicht zwingend im Verhältnis „größer-kleiner“ zueinander stehen, wohl aber muss es als unangemessen erscheinen, Tatbestand A mit der Rechtsfolge zu belegen, Tatbestand B hingegen nicht. Dahinter steht letztlich das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot aus Art 3 I GG: Gleiches darf nicht ungleich behandelt werden.

**Vertiefender Hinweis:** Allerdings gerät die Analogie gleichzeitig auch in Konflikt mit verfassungsrechtlichen Vorgaben, nämlich mit dem Gebot der Rechtssicherheit (das eine Ausprägung des Rechtsstaatsgebots ist). Wie immer ist es Aufgabe des Gerichts, die beiden widerstrebenden Grundsätze (Gleichbehandlung vs. Rechtssicherheit) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Bei der Bewertung, ob die Interessenlagen A und B vergleichbar sind, ist der Rechtsanwender vergleichsweise frei. Allerdings darf er selbstverständlich keine Bauchentscheidung fällen; auch bei der Analogiebildung besteht ein Willkürverbot. Vielmehr müssen alle Umstände, die für und gegen die Annahme einer Vergleichbarkeit sprechen, sorgsam zusammengetragen und anschließend gewichtet werden. Diese Gewichtung ist am Wertmaßstab des Gesetzes vorzunehmen; dessen Sinn und Zweck sind also zu berücksichtigen. Der BGH formuliert:

„Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.“<sup>81</sup>

### 3. Kein Analogieverbot

Eine Analogie muss dann ausscheiden, wenn das Gesetz sie untersagt. Das wichtigste Analogieverbot normiert der bereits mehrfach erwähnte Art. 103 II GG. Ein weniger ausdrücklich, aber nicht minder wichtiges Analogieverbot ergibt sich aus dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) und der Wesentlichkeitslehre, wonach grundrechtsrelevante (belastende) Hoheitsmaßnahmen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen.<sup>82</sup> Ein Eingriff in die Grundrechte kann daher nicht auf die analoge Anwendung einer gesetzlichen Regelung gestützt werden.<sup>83</sup>

## II. Sonderfall: Gesamtanalogie

Einen Sonderfall der Analogie bildet die sog. Gesamtanalogie. Dabei wird nicht die Rechtsfolge einer einzelnen gesetzlichen Vorschrift auf einen unregulierten Tatbestand übertragen, sondern die (gemeinsame) Rechtsfolge mehrerer Vorschriften. Aus diesen Vorschriften wird gewissermaßen ein gemeinsamer Grundgedanke abstrahiert, der dann auf den unregulierten

---

<sup>81</sup> BGH, 12. 07.2017 – XII ZR 26/16 BGHZ 215, 236 Rn. 34.

<sup>82</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 253.

<sup>83</sup> BVerfG, 14.8.1996 – 2 BvR 2088/93, NJW 1996, 3146.

Sachverhalt übertragen wird. Ein derartiger Rückgriff auf mehrere Vorschriften ist dann nötig, wenn eine Vergleichbarkeit zu einer einzelnen Vorschrift nur schwer zu begründen ist und sich die Vergleichbarkeit erst aus dem Gesamtbild verschiedener Vorschriften ergibt.

Das klassische Beispiel für eine Gesamtanalogie liefert die Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1905, in der das Gericht die §§ 12, 862 und 1004 BGB analog heranzog, um einen sog. quasi-negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zu begründen.<sup>84</sup> Hintergrund: Die §§ 12, 862, 1004 BGB regeln jeweils tatbestandlich eng begrenzte Unterlassungsansprüche (§ 12 zum Namensrecht, § 862 zum Besitz und § 1004 zum Eigentum). In diesen Bereichen kann der (potentielle) Geschädigte also vorbeugend gegen den (potentiellen) Schädiger vorgehen: Er muss nicht erst eine Schädigung abwarten, um dann Schadensersatz zu verlangen, sondern er kann vor Eintritt einer drohenden Rechtsgutsverletzung verlangen, dass der potentielle Schädiger das schädigende Handeln unterlässt. Dieses Schutzbedürfnis besteht jedoch nicht nur für Namen, Besitz und Eigentum, sondern in gleicher Weise auch für alle anderen Rechtsgüter des § 823 I BGB (sie sind ja schließlich „absolut geschützt“).

**Vertiefender Hinweis:** Letztlich wird aus den herangezogenen Vorschriften zunächst ein gemeinsamer Grundsatz abstrahiert, der dann auf den konkreten Fall angewendet wird. Oftmals kommt es zu einer gewissen Verselbständigung des so gewonnenen Grundsatzes, der dann in Folgeentscheidungen als „allgemeines Rechtsprinzip“ herangezogen wird. Herausragendes Beispiel ist der Grundsatz „pacta sunt servanda“, der an keiner Stelle im BGB ausdrücklich geregelt ist, sondern nur in verschiedenen Regelungen zum Ausdruck kommt (etwa denjenigen die strenge Voraussetzungen an einen Rücktritt oder eine Anfechtung stellen).

Bei der Begründung einer Gesamtanalogie ist allerdings stärkere Zurückhaltung geboten als bei der Begründung einer einfachen (= Einzel-) Analogie. Dass der Gesetzgeber nur einzelne Fälle geregelt, aber keine allgemeine Vorschrift erlassen hat, legt oftmals eher einen Umkehrschluss nahe, als dass es eine Analogiebildung rechtfertigt.

### III. Lesenswerte Beispiele

#### 1. Analogie zu § 566 BGB bei Personenverschiedenheit von Veräußerer und Vermieter?

Wird eine vermietete Immobilie veräußert, so führt dies nicht zu einem Ende des Mietverhältnisses; vielmehr tritt der Erwerber automatisch in den Mietvertrag ein, wird also zum Vermieter. § 566 I BGB normiert wörtlich: „Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.“ Dem Wortlaut nach greift die Vorschrift jedoch nur dann, wenn der Vermieter den Wohnraum veräußert. Was aber, wenn Vermieter und Eigentümer nicht dieselbe Person sind? Gilt § 566 BGB dann analog? Der BGH hat diese Frage bejaht, und zwar mit einer lesenswerten, weil schulbuchmäßigen Begründung:

„Gem. §§ 566 I, 578 II 1 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums

<sup>84</sup> RG, 5.1.1905 – VI 38/04, RGZ 60, 6.

aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat [...]. Nach seinem Wortlaut findet § 566 I BGB allerdings nur dann Anwendung, wenn das vermietete Grundstück durch den Vermieter veräußert wird. Wie das BerGer. richtig sieht, ist § 566 I BGB deshalb grundsätzlich nur bei Identität zwischen Vermieter und Veräußerer unmittelbar anwendbar [...].

[...]

Zutreffend ist das BerGer. auch davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall § 566 I BGB entsprechend anwendbar ist.

[...]

Mit dem BerGer. ist der Senat der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 566 I BGB jedenfalls dann vorliegen, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat. In diesem Fall ist nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, sondern der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat.

Eine Gesetzeslücke im Sinn einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes liegt vor. Ob eine derartige Lücke vorhanden ist, die im Weg der Analogie ausgefüllt werden kann, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrunde liegenden Regulationsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regulationsabsicht, unvollständig sein [...].

Aus dem Wortlaut des § 566 I BGB ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 566 I BGB (= § 571 BGB aF) eine abschließende Regelung dahingehend treffen wollte, den Mieter nur dann bei einem Eigentumswechsel an der Mietsache zu schützen, wenn die Identität zwischen Vermieter und Veräußerer gewahrt ist.

Durch die Einführung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete“ in das BGB wollte der historische Gesetzgeber vornehmlich Mieter von Gewerberäumen und Pächter von Landgütern und Gewerbebetrieben umfassend davor schützen, bei einer Veräußerung des Grundstücks ihren Besitz an dem Miet- oder Pachtobjekt zu verlieren (Prot. II, 1873 f., zit. bei Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. II, 815 f.). Um diesen Mieterschutz vor vorzeitiger „Austreibung“ [...] zu gewährleisten, wollte der Gesetzgeber mit § 571 BGB aF eine Vorschrift schaffen, mit der

‘der Mieter das nach dem Inhalt des Mietvertrags geschuldete trotz eines Wechsels in der Person des Eigentümers der vermieteten Sache von dem Eigentümer in natura verlangen‘

kann (Mot. II, 385, zit. bei Mugdan, Bd. II, 244). Um diesen Schutzzweck zu erreichen, entschied sich der Gesetzgeber zu einer Regelung, die eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am

Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen, enthält. Dem Mietverhältnis wurde für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung beigelegt, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt [...].

Nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers hatte die Regelung damit Ausnahmecharakter, weil sie eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Relativitätsprinzips beinhaltet [...]. Ihr Anwendungsbereich sollte daher auf Miet- und Pachtverhältnisse über Grundstücke oder Grundstücksteile beschränkt sein. Aus den Gesetzesmaterialien lassen sich hingegen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den durch die Vorschrift vermittelten Bestandsschutz des Mieters auch im Übrigen beschränken wollte. Der historische Gesetzgeber ist dabei offensichtlich davon ausgegangen, dass der veräußernde Vermieter gleichzeitig auch Eigentümer der Mietsache ist. Die Möglichkeit, dass ein Dritter den Mietvertrag im eigenen Namen, aber im Einvernehmen mit dem Eigentümer und in dessen wirtschaftlichem Interesse abschließt, wurde bei den Beratungen der Vorschrift nicht in den Blick genommen.

Dass § 566 BGB (§ 571 BGB aF) nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers auch auf andere Sachverhalte Anwendung finden sollte, in denen ein Mieter Gefahr läuft, aufgrund eines Wechsels der dinglichen Berechtigung an dem Mietgegenstand sein Besitzrecht zu verlieren, zeigt zudem die Vielzahl an Vorschriften, die eine Verweisung auf die §§ 566 ff. BGB anordnen (vgl. § 581 II [Pacht]; § 567 S. 1 BGB [Belastung des Wohnraums durch den Vermieter]; §§ 1056 I, 1059d BGB [Nießbrauch], § 2135 BGB iVm § 1056 BGB [Nacherbfolge]; § 37 WEG [Dauerwohnrecht]; § 11 ErbbauRG [Erbbaurecht]; § 57 ZVG [Zwangsvorsteigerung]).

**Hinweis:** Sie sehen, dass schon die Feststellung einer planwidrigen Regelungslücke mit einem erheblichen Begründungsaufwand verbunden sein und letztlich eine (grammatische, historische und systematische) Auslegung der bestehenden Regelung erfordern kann.

Es besteht auch die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Vorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen [...]. So liegen die Dinge hier.

Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 I BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 II 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung – der berechtigte Besitz – soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben [...].

Dieser Gesetzeszweck greift indes nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts gemietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nicht-eigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber mit Zustimmung des Eigentümers abschließt. Zwar hat der Mieter auch in diesen Fällen aus dem Mietvertrag kein unmittelbar gegen den Eigentümer wirkendes Recht zum Besitz. Er kann sich jedoch gem. § 986 I 1 Alt. 2 BGB auf ein von seinem Vermieter abgeleitetes Besitzrecht berufen [...]. Der Eigentümer, der die Fremdvermietung seines Grundstücks gestattet, räumt demjenigen, der als Vermieter auftritt, regelmäßig ein Besitzrecht und die Berechtigung zur Gebrauchsüberlassung an den Mieter ein. Diese bis zum Eigentümer reichende Besitzkette genügt, um dem Mieter ein abgeleitetes Besitzrecht iSv § 986 I 1 Alt. 2 BGB zu verschaffen [...].

Der von § 566 I verfolgte Zweck, das Bestandsinteresse des Mieters zu schützen, rechtfertigt es, ihm bei einer Veräußerung der Mietsache dieses abgeleitete Besitzrecht gegenüber dem Erwerber zu erhalten. Die Vorschrift verlangt nicht, dass sich der Mieter vor dem Abschluss des Mietvertrags über die Eigentumsverhältnisse des Mietobjekts informiert. Sie knüpft vielmehr an das sich aus dem Mietvertrag ergebende Recht des Mieters zum Besitz der Mietsache an [...]. Sein Interesse, nach einem Wechsel der Eigentumsverhältnisse unbeeinträchtigt die angemieteten Wohn- oder Geschäftsräume weiter nutzen zu können, besteht unabhängig davon, ob er den Mietvertrag mit dem Eigentümer selbst oder einer anderen Person abgeschlossen hat, die hierbei für den Eigentümer mit dessen Wissen und Einverständnis tätig geworden ist. Im Übrigen könnte sonst der von § 566 I BGB gewährte Mieterschutz dadurch umgangen werden, dass der Eigentümer nicht selbst den Mietvertrag abschließt, sondern eine dritte Person einschaltet, die formal als Vermieter auftritt, letztlich aber allein im Interesse des Eigentümers handelt.

Auch der Vermieter erfährt keine Nachteile durch die entsprechende Anwendung des § 566 I BGB, wenn er den Mietvertrag mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen wirtschaftlichem Interesse abgeschlossen hat. Er verliert zwar durch die Überleitung des Mietvertrags auf den Erwerber des Grundstücks seine Vermieterstellung. Da er jedoch für den Eigentümer tätig geworden ist, besteht bei ihm regelmäßig kein eigenes Interesse am Fortbestand seiner Vermieterstellung bei einem Eigentumswechsel. Entgegen der Auffassung der Revision wird der Vermieter in diesen Fällen auch nicht dadurch unangemessen benachteiligt, dass er gem. § 566 II BGB gleich einem Bürgen für die Erfüllung der auf den Erwerber übergegangenen mietvertraglichen Pflichten haftet. Lehnt man mit der Revision in dieser Sachverhaltskonstellation eine analoge Anwendung des § 566 I BGB und damit einen Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis auf den Erwerber ab, bliebe der Vermieter bei einer Veräußerung des Mietobjekts durch den Eigentümer weiterhin gegenüber dem Mieter nach § 535 I 1 BGB zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet, obwohl er nach der Übertragung des Eigentums auf den Erwerber in der Regel diese Verpflichtung nicht mehr erfüllen könnte. Er wäre deshalb Schadensersatzansprü-

chen des Mieters ausgesetzt. Deshalb wird die Rechtsstellung des Vermieters bei einer analogen Anwendung des § 566 BGB und der damit verbundenen bürgengleichen Haftung nach § 566 II BGB nicht verschlechtert.

Die Interessen des Erwerbers stehen in dieser Konstellation einer analogen Anwendung des § 566 I BGB ebenfalls nicht entgegen. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Mietsache vor der Veräußerung dem Mieter überlassen worden ist. Das Erfordernis der Überlassung der Mietsache an den Mieter erfüllt eine Publizitätsfunktion, denn der Erwerber kann in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss [...].

Durch eine Beschränkung der analogen Anwendung des § 566 I BGB auf die Fälle, in denen der Dritte nicht nur mit Zustimmung des Eigentümers, sondern auch in dessen wirtschaftlichem Interesse handelt, ist schließlich gewährleistet, dass bei einer bloßen Untervermietung eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ausscheidet. Bei der Untervermietung gestattet der Eigentümer zwar dem Hauptmieter auch, das Mietobjekt weiterzuvermieten. Der Abschluss des Untermietvertrags erfolgt jedoch nicht im Interesse des Eigentümers, sondern stellt eine besondere Art der Nutzung der Mietsache durch den Hauptmieter dar.<sup>85</sup>

**Hinweis:** Die Argumente zur Vergleichbarkeit der Interessenlagen sind teleologischer Natur; sie enthalten auch folgenorientierte Gesichtspunkte sowie allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen.

## C. Die teleologische Reduktion

### I. Voraussetzungen

Für die teleologische Reduktion gelten letztlich dieselben Voraussetzungen wie für die Analogie – nur mit umgekehrten Vorzeichen:

- Es muss eine planwidrige Zuvielregelung bestehen; der Normtext muss – gemessen am Gesetzesplan – zu weit sein.
- Der mitgeregelte Sachverhalt muss Unterschiede gegenüber den übrigen geregelten Sachverhalten aufweisen; das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 I GG muss also dergestalt verletzt sein, dass Ungleiches gleich behandelt wird.
- Es darf kein Rechtsfortbildungsverbot bestehen. Bei der teleologischen Reduktion eines Strafgesetzes greift Art. 103 II GG jedoch nicht: Eine Rechtsfortbildung ist nur zu Lasten des Angeklagten unzulässig. Nicht teleologisch reduziert werden dürfen also Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Entsprechendes gilt für wiederum im Bereich hoheitliche Eingriffe in Grundrechte; auch hier dürfen zwar Eingriffsgrundlagen, nicht aber Ausnahmen von diesen teleologisch reduziert werden.

---

<sup>85</sup> BGH, 12.7.2017 – XII ZR 26/16, BGHZ 215, 236.

## II. Lesenswertes Beispiel

§ 828 III BGB regelt, dass Kinder zwischen ihrem siebten und ihrem zehnten Geburtstag für Schäden bei „einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug“ nicht verantwortlich (= nicht deliktfähig) sind. Der BGH hat diese Regelung dahingehend teleologisch reduziert, dass Unfälle mit parkenden Kraftfahrzeugen ausgenommen sind; auch Siebenjährige können hier also verantwortlich sein.

„Der erkennende Senat hat [...] eine teleologische Reduktion des Wortlauts dieser Vorschrift in Fällen vorgenommen, in denen Kinder der privilegierten Altersgruppe mit einem Kickboard oder Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß geparktes Kraftfahrzeug gestoßen sind und dieses beschädigt haben. Er hat hierzu ausgeführt, die Vorschrift greife nach ihrem Sinn und Zweck nur ein, wenn sich bei der gegebenen Fallkonstellation eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert habe [...].

Der Gesetzgeber hat nämlich mit der Einführung der Ausnahmegesetzgebung des § 828 II BGB dem Umstand Rechnung getragen, dass Kinder bis zur Vollendung ihres zehnten Lebensjahres regelmäßig überfordert sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs zu erkennen, insbesondere die Entfernungen und Geschwindigkeiten von anderen Verkehrsteilnehmern richtig einzuschätzen und sich den Gefahren entsprechend zu verhalten. Dabei hat er sich von der Erkenntnis leiten lassen, dass Kinder in diesem Alter wegen ihres Lauf- und Erprobungsdrangs, ihrer Impulsivität, Affektreaktionen, mangelnden Konzentrationsfähigkeit und ihrem gruppendynamischen Verhalten oft zu einem verkehrsgerechten Verhalten nicht in der Lage sind (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 16f. und 26f.). Allerdings wollte er die Deliktsfähigkeit nicht generell und nicht bei sämtlichen Verkehrsunfällen erst mit Vollendung des zehnten Lebensjahres beginnen lassen. Er wollte die Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit vielmehr auf im motorisierten Straßen- oder Bahnverkehr plötzlich eintretende Schadensereignisse begrenzen, bei denen die altersbedingten Defizite eines Kindes, wie zum Beispiel Entfernungen und Geschwindigkeiten nicht richtig einschätzen zu können, zum Tragen kommen, weil sich das Kind durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Verkehr in einer besonderen Überforderungssituation befindet (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 26f.).“<sup>86</sup>

## D. Die Rechtsfortbildung contra legem

### I. Voraussetzungen

Soll die Rechtsfortbildung dazu eingesetzt werden ein als fehlerhaft erkanntes Gesetz gegen dessen Wortlaut und gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers anzuwenden (oder unangewendet zu lassen), so spricht man von einer Rechtsfortbildung contra legem. Sie ist – wie gesagt – im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung höchst problematisch und

<sup>86</sup> BGH, 17.4.2007 – VI ZR 109/06, NJW 2007, 2113, Rn. 8f.

daher nur unter äußerst engen Voraussetzungen zulässig: Es muss auf Basis geänderter gesellschaftlicher Verhältnisse ein „unabdingbares Bedürfnis“ bestehen, den Willen des Gesetzes und des Gesetzgebers unberücksichtigt zu lassen. Der BGH formuliert wie folgt:

„Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst [...]. Diese können sich aus der Verfassung [...], insbesondere den Grundrechten [...], oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben [...].“<sup>87</sup>

Es muss – wie gesagt – letztlich zu einer Art zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage in Bezug auf die betreffende gesetzliche Regelung gekommen sein: Zum einen müssen sich also die gesellschaftlichen Umstände seit Erlass des Gesetzes schwerwiegend verändert haben; zum anderen muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass der Gesetzgeber unter den geänderten Umständen eine andere Regelung getroffen hätte.<sup>88</sup>

## II. Lesenswertes Beispiel

Wenn ein Schuldner nicht freiwillig zahlt, kann der Gläubiger seinen Einspruch vor Gericht einklagen und das Urteil anschließend vollstrecken lassen. Bei einer solchen Vollstreckung können Gegenstände des Schuldners versteigert und der Erlös aus dieser Versteigerung an den Gläubiger ausgezahlt werden. Ist der Schuldner verheiratet, stellt sich jedoch die praktische Schwierigkeit, dass er behaupten kann, der konkrete Gegenstand gehöre gar nicht ihm, sondern dem Ehegatten. Dann hätte es der Gläubiger schwer, das Gegenteil zu beweisen. Deshalb schützt ihn § 1362 BGB: „Zugunsten der Gläubiger eines der Ehegatten wird vermutet, dass die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören. Diese Vermutung gilt nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben und sich die Sachen im Besitz des Ehegatten befinden, der nicht Schuldner ist.“ Was gilt, wenn zwei Personen in einem gemeinsamen Haushalt leben, aber nicht verheiratet sind, sondern nur eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bilden? Kann (oder muss) § 1362 BGB dennoch angewendet werden. Der BGH verneinte diese Frage. Dabei schloss er zunächst eine Analogie aus, weil sich der Gesetzgeber ganz bewusst gegen eine Ausdehnung der Vorschrift auf nichteheliche Lebensgemeinschaften entschieden habe. Anschließend prüfte er die Notwendigkeit einer teleologischen Extension – und verneinte sie:

„§ 1362 BGB kann auch nicht im Rahmen einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ [...] auf nichteheliche Lebensgemeinschaften angewendet werden.

Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zu den Aufgaben der Dritten Gewalt [...], die im Bereich der Zivilrechtspflege nach § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO gerade dem BGH zugewiesen ist. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht jedoch nicht

<sup>87</sup> BGH, 14.12.2006 – IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187.

<sup>88</sup> Heck, AcP 112 (1914) 197, 222; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie Rn.960; vgl. auch Wank, Juristische Methodenlehre Rn. 80 ff.

schränkenlos, sondern wird durch Art. 20 II und III GG begrenzt [...]. Mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begäben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entzögen [...]. Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst [...]. Diese können sich aus der Verfassung [...], insbesondere den Grundrechten [...], oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben [...].

Unabweisbare Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sind hier nicht gegeben. Auch die Grundrechte erfordern es nicht, die Vermutung des § 1362 I 1 BGB auf Gemeinschaften zu erstrecken, die nicht personenstandsrechtlich verfestigt sind. Ein solches Bedürfnis ergibt sich weder aus dem Schutz der Ehe (Art. 6 I GG) noch aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 I GG) oder dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

Die bisher ergangenen Entscheidungen des BVerfG könnten darauf hindeuten, dass die vollstreckungsrechtliche Schlechterstellung von Ehegatten von dem Gericht als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden ist. So hat es angenommen, die von ihm für nichtig erklärte Vorschrift des § 45 KO verletze das Übermaßverbot, weil die Gläubiger bereits durch die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB und die Vorschriften über die Schenkungsanfechtung bei Eheleuten (§ 32 Nr. 2 KO) hinreichend geschützt seien [...]. Diese Begründung setzt voraus, dass die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB nicht ihrerseits verfassungswidrig ist [...]. Auch in anderem Zusammenhang hat sich das BVerfG mittelbar mit der Problematik befasst. So hat es § 3 I Nr. 4 AnfG a.F. als verfassungsgemäß angesehen. Die bei unentgeltlichen Verfügungen an Ehegatten bestehende Anfechtungsfrist von zwei Jahren verstoße nicht gegen Art. 6 I GG und behandle Eheleute nicht ohne sachlichen Grund schlechter als nicht miteinander verheiratete Personen [...]. Eine unmittelbar einschlägige Entscheidung des BVerfG steht allerdings aus.

Letztlich kann die Verfassungsmäßigkeit des § 1362 BGB auch dahingestellt bleiben. Sollte es an ihr fehlen, führte dies keineswegs dazu, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift im Wege der Auslegung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken wäre. Kann eine Korrektur der verfassungswidrigen Regelung auf verschiedene Weise vorgenommen werden, ist der Verfassungsverstoß grundsätzlich durch eine Neuregelung der einschlägigen Vorschriften durch den Gesetzgeber zu beseitigen [...]. So liegt es hier. Die von der Revision behauptete Diskriminierung von Eheleuten durch § 1362 BGB kann vermieden werden, indem die Regelung insgesamt beseitigt wird oder ihr Anwendungsbereich auf einen näher zu definierenden Personenkreis erstreckt wird. Der Gesetzgeber hat von einer Erstreckung der Vermutungen der § 1362 BGB, § 739 ZPO auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft bewusst abgesehen. Auch andere Rechtsprobleme, die aus dem nichtehelichen Zusammenle-

ben typischerweise herrühren, hat er bislang nicht geregelt. So bestehen weder während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Unterhaltspflichten noch nach der Trennung (Ausnahme: § 1615I BGB). Nach Trennung der unverheirateten Partner hat keiner von beiden Anspruch auf Zugewinn. Mögliche Lösungsansätze waren schon im Jahr 1988 Gegenstand der Erörterungen des Deutschen Juristentags [...]. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber bis heute nicht zu einer Regelung entschließen können. Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus dem Jahre 1997 (Nicht-eheliche-LebensgemeinschaftenG, BT-Dr 13/7228) ist nicht Gesetz geworden. Ein einheitliches Regelungssystem, in das sich die entsprechende Anwendung des § 1362 BGB einfügen könnte, ist danach bisher nicht erkennbar.

Schließlich zwingt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes [...]) nicht zu einer Erstreckung der Vermutungswirkung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften.

Dem Gläubiger stehen im Interventionsprozess zur Verteidigung seines Verwertungsrechts die Beweismittel der ZPO zur Verfügung. Diese gewährleisten im Allgemeinen die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die erstrebten gesetzlichen Beweiserleichterungen können demgegenüber dazu führen, dass der Gläubiger seinen titulierten Zahlungsanspruch im Wege der Verwertung schuldnerfremden Eigentums verwirklicht. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, eine derartige Regelung einzuführen. An diese Wertung sind die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 1362 BGB gebunden. Es kommt hinzu, dass die Gewährung der Beweiserleichterung zu Lasten des Dritteigentümers dessen grundgesetzlich geschütztes Eigentum (Art. 14 I GG) berührt.<sup>89</sup>

## E. Die europarechtskonforme Rechtsfortbildung

### I. Grundlagen

Auch europäische Vorgaben können eine Rechtsfortbildung erfordern, zumindest eine solche praeter legem. Der EuGH verlangt von den Gerichten Folgendes:

„Ermöglicht es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.“<sup>90</sup>

Der BGH kommt dieser Vorgabe regelmäßig dadurch nach, dass er zu einer Analogie oder (häufiger) einer teleologischen Reduktion greift.

<sup>89</sup> BGH, 14.12.2006 – IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187.

<sup>90</sup> EuGH 27.4.2004, ECLI:EU:C:2004:584 – Pfeiffer, Rn 116

„Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs „Auslegung“ nicht von der im deutschen Rechtskreis – anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen – üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen. Auch die vom EuGH formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen darf [...], bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze. Der Begriff des Contra-*legem*-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist [...]. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden [...].<sup>91</sup>

Voraussetzung einer Rechtsfortbildung *praeter legem*, ist jedoch – wie gesagt – die Planwidrigkeit des *status quo*: Das Gesetz muss planwidrig zu eng (Analogie) oder planwidrig zu weit (teleologische Reduktion) sein. Oftmals entspricht die getroffene Regelung aber exakt dem Gesetzesplan, hat der Gesetzgeber sie exakt so formuliert, wie er sie formulieren wollte. Nur war er davon ausgegangen, dass seine Regelung den europäischen Vorgaben genüge. Auch in einem solchen Fall geht der BGH indes regelmäßig von einer Planwidrigkeit des Gesetzes aus: Der Plan des Gesetzes (bzw. des Gesetzgebers) sei es, den Richtlinienvorgaben zu genügen. Werde dieser Plan verfehlt, sei auch eine bewusst getroffene Regelung als planwidrig einzustufen.<sup>92</sup> Dieser Kunstgriff hat in der Literatur viel Kritik auf sich gezogen, ist aber m.E. durchaus statthaft und angemessen.<sup>93</sup> Der Gesetzgeber verfolgt bei der Umsetzung einer Richtlinie zwei Pläne gleichzeitig: Er will eine bestimmte Regelung treffen und er will die Richtlinienvorgaben erfüllen. Schlägt einer der beiden Pläne fehl, dürfte das für die methodische Zulässigkeit einer – nicht zu vergessen: vom Europarecht geforderten – Rechtsfortbildung ausreichen. Der Gesetzgeber hätte die betreffende Regelung nicht in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht.<sup>94</sup>

## II. Lesenswertes Beispiel

Die wohl bekannteste Entscheidung des BGH stammt aus dem Jahr 2008. Sie ist zwar zwischenzeitlich überholt, weil der Gesetzgeber reagiert und das Gesetz selbst reduziert hat; dennoch bleibt sie lesenswert. In der Sache ging es um die Frage, ob ein Käufer, der eine mangelhafte Sache über einen gewissen Zeitraum genutzt und anschließend wegen des Mangels eine Ersatzlieferung verlangt und bekommen hat, die gezogenen Nutzungen herausgeben muss (bzw. eigentlich natürlich: Wertersatz dafür). § 439 IV BGB a.F. (= § 439 V BGB n.F.) ordnet dies qua Verweis auf § 346 BGB ausdrücklich an. Der BGH reduzierte diese Anordnung teleologisch auf Fälle, in denen kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt.

<sup>91</sup> BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 - Quelle, BGHZ 179, 27 Rn. 21.

<sup>92</sup> BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 - Quelle, BGHZ 179, 27 Rn. 25.

<sup>93</sup> Etwa *Gsell*, JZ 2009, 522.

<sup>94</sup> So völlig zu Recht BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 - Quelle, BGHZ 179, 27 Rn. 25.

„Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus [...]. Diese Voraussetzung ist erfüllt.

In der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz heißt es in der Einzelbegründung zu § 439 IV BGB (BT-Dr 14/6040, S. 232f.):

„Ebenso wie bisher § BGB § 480 BGB § 480 Absatz 1 2 i.V. mit § BGB § 467 S. 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gem. §§ 439 IV, § 346 I RE auch die Nutzungen, also gem. § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll. (...) Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar. Zwar bestimmt deren Art. 3 II ausdrücklich den Anspruch des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. (...) Der vertragsgemäße Zustand wird indes durch die Lieferung der neuen Ersatzsache hergestellt. (...) Zu den Kosten kann aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezahlt werden. (...) Des Weiteren werden dem Verbraucher auch nicht Kosten, auch nicht solche der Rückgabe der gebrauchten, mangelhaften Sache auferlegt. Es geht vielmehr um die Herausgabe der Vorteile, die der Verbraucher (Käufer) aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat, (...) Schließlich wird diese Wertung durch den Erwägungsgrund (15) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt. (...)“

Daraus ergibt sich, dass die Absicht des Gesetzgebers einerseits dahin ging, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte aber – was die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung belegen – auch eine Regelung geschaffen werden, die mit der Richtlinie vereinbar ist. Die explizit vertretene Auffassung, dass die Regelung über den Nutzungsersatz den Anforderungen der Richtlinie genüge, ist jedoch fehlerhaft, wie der EuGH nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat.

Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig. Es liegt eine verdeckte Regelungslücke[...] vor, weil die Verweisung in § 439 IV BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Dass diese Unvollständigkeit des Gesetzes planwidrig ist, ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, auch und gerade hinsichtlich des Nutzungsersatzes eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit steht die konkrete Regelungsabsicht hinsichtlich des Nutzungsersatzes nicht lediglich im Widerspruch zu einem generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen [...]. Vielmehr besteht ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers. Deshalb ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber § 439 IV BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die

Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber nunmehr eine Gesetzesänderung in die Wege geleitet hat, die der im Streitfall ergangenen Entscheidung des EuGH Rechnung tragen und eine richtlinienkonforme Umsetzung der Richtlinie gewährleisten soll (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 15. 10. 2008, BT-Dr 16/10607, S. 4, 5f.). Danach soll § 474 II BGB dahingehend neu gefasst werden, dass § 439 IV BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.