

Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS)

Der folgende Dritte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) wird gewissermaßen den „Werkzeugkasten“, oder wenn man es martialischer will: das „Arsenal“ der üblichen juristischen Argumente vorstellen. Insofern will er dezidiert auch „für die Praxis“ tauglich sein. 1

Allerdings soll dieses Arsenal in einen neuen, durch und durch logischen Rahmen gestellt werden. So viel Theorie muss sein, wenn sich eine Wissenschaft über das, was sie tut, mit sich selbst und mit anderen Disziplinen unterhalten will.

Zur Terminologie: Es ist im Grunde gleich, ob man Argumentationsfiguren wie die Kanones der Auslegung (§ 15d), die Analogie (§ 16 II), die teleologische Reduktion (§ 16 Rn. 50–52) etc. als „Methoden“ oder als „Argumente“ bezeichnet. Ich bevorzuge die Bezeichnung „Argument“, weil es nach meiner Doktrin nur eine einzige juristische Methode gibt – sie definiert zugleich, was Jurisprudenz ist: nämlich Logik, Logik, Logik (plus Interpretation).¹ 2

1 Siehe schon *Joachim Lege*, Was leistet „die“ Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der“ Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45. – Die These lautete: Es gibt nur eine Methode, aber viele Methodenlehren.

§ 13 Das Prinzip der Darstellung

I. Die traditionellen Methodenlehren: „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“

- 1 Traditionell folgen die Juristischen Methodenlehren einer groben Zweiteilung. Unterschieden werden (1) die „Auslegung und Anwendung“ des Rechts, insbesondere der Gesetze, (2) die sogenannte „Rechtsfortbildung“.
- 2 Im Rahmen der *Auslegung* ist Kernbestand nach wie vor die Lehre von den vier „Kanones“ der Auslegung (Wortlaut, Historie, Systematik, Teleologie) – wobei die Rückführung auf Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) zumindest ungenau ist.¹ Ob es weitere „Kanones“ gibt, etwa die Rechtsvergleichung,² wird zurückhaltend beurteilt.³ Einigkeit besteht aber darin, dass sich die Interpretation des Rechts nicht stets in diesen vier Kanones erschöpft, insbesondere wird zur Ergänzung gern der Begriff „Konkretisierung“⁴ ins Spiel gebracht.

Was die „Anwendung“ des richtig ausgelegten Rechts angeht, so ist dies nach herrschender Doktrin Sache der „Subsumtion“. Wir haben in § 9 ausführlich begründet, dass dies ein durchaus irreführendes Bild ist: „Auslegung“ und „Anwendung“ lassen sich nicht wirklich trennen, es wird nicht „zuerst“ ausgelegt und „dann“ angewendet (= „subsumiert“). Beides hängt vielmehr bei der „Entscheidungsfindung“, also beim Ringen um den richtigen Vollständigen Syllogismus (VJS, § 8), untrennbar zusammen. Dass die endgültige *Darstellung* des VJS einen anderen Eindruck erweckt⁵ – das ist der Zauber⁶ der Jurisprudenz (und, *cum grano salis*,⁷ jeder Wissenschaft).

1 Das ist ganz unbestritten. Insbesondere kommt die „teleologische“ Auslegung, die nach dem (objektiven) Zweck des Gesetzes fragt und heute meist entscheidend ist, bei Savigny nicht vor.

2 Berühmt das Plädoyer von Peter Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, in: Juristenzeitung (JZ) 1989, S. 913–919 (916–918).

3 Siehe die Auflistung weiterer Canones bei Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 381–410.

4 Bei Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., München 2019, bildet „Konkretisierung“ sogar den Dritten von fünf (Haupt-) Teilen, eingezwängt zwischen „Auslegung“ und „Vorrang durch Verfassungs- und Europarecht“. – In der 5. Aufl. 2023 heißt der 3. Teil nunmehr „Konkretisierung und Konstruktion.“

5 Zur wissenschaftstheoretischen Unterscheidung von Entdeckungszusammenhang (*context of discovery*) und Begründungszusammenhang (*context of justification*) bereits § 5 II Rn. 87.

6 ... der auf der Logik beruht, siehe nochmals Paul Feyerabend, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 62 f.: Mit Hilfe der Logik konnte man „eine neue Art von Geschichten erzählen“, „Stories“, deren Ablauf als „von innen her geregelt“ erscheint.

7 Wörtlich: mit einem Körnchen Salz, das heißt, mit ein wenig „Querdenken“, in diesem Fall dahingehend, dass es auch in den anderen Wissenschaften um die Gewinnung „vollständiger Syllogismen“ geht – aber natürlich nicht „juristischer“.

Die Auslegung findet, so die herrschende Lehre („Doktrin“⁸), ihre Grenze am Wortlaut. Anders gewendet: Die Grenze des Wortlauts ist zugleich die Grenze zur Rechtsfortbildung. Das Problem ist dann freilich, dass Wörter keine festen Grenzen haben.⁹ 3

Man denke an die Begriffe „Mensch“ (wie sieht es aus bei der Zygote in vitro?) oder „Gewalt“ (Sitzstreik?) oder „Ehe“ (nur Mann und Frau?).¹⁰

Im Bereich der Rechtsfortbildung sind Standardthemen der Juristischen Methodenlehren sodann die Analogie (Anwendung des Gesetzes auf ähnliche Fälle), der Umkehrschluss (Nichtanwendung des Gesetzes auf einen ähnlichen Fall), die Argumente *a fortiori* (Erst-recht-Schlüsse) und die teleologische Reduktion (Ausnahmen vom Gesetz). Auch hier dürfte Einigkeit bestehen, dass mit diesem Kernbestand die Möglichkeiten der Rechtsfortbildung nicht ausgeschöpft sind. 4

Zudem sind die Grenzen zur Auslegung fließend. So wird der Umkehrschluss manchmal der Rechtsfortbildung,¹¹ manchmal der (systematischen) Auslegung¹² zugeordnet. Gelegentlich erscheinen „einfache Formen der Rechtsfortbildung“ sogar als Unterfall der Auslegung¹³ – auf viel Systemwillen lässt das nicht schließen.

Quer zu allem werden dann Phänomene wie Abwägung oder gar Rechtsdogmatik verortet.¹⁴ Ohnehin wird man sagen können, dass die traditionelle Unterscheidung von „Auslegung und Fortbildung“ des Rechts – in der Rechtsprechung nach wie vor eine geläufige Formel¹⁵ – in den jüngeren Methodenlehren eher verschwimmt und jedenfalls nicht mehr systembildend verwendet wird. 5

II. Die NJML: Konsequente Orientierung am Syllogismus (Regel, Fall, Ergebnis)

Ein System ist, wie Kant sagt, „die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee“¹⁶ oder, an anderer Stelle, „aus einem Prinzip“¹⁷. Die Idee, die der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) zu Grunde liegt, ist der durch und durch logische Charakter der Rechtsproduktion. Demgemäß sollen in diesem Dritten Teil der NJML die gängigen juristischen Argumente gewissermaßen ihren logischen Platz, genauer: 6

8 Lateinisch *doctrina* ist die Lehre, ein *doctor* daher ein Gelehrter.

9 Besonders kritisch (mit Schwerpunkt auf der Verfassungsinterpretation): Otto Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze, Heidelberg 1988, insb. S. 59 Thesen 9 und 10. – Siehe auch § 16 Rn. 2 und § 21a Rn. 9 Fn. 9.

10 Siehe oben § 5 Rn. 3–4, 12–17, 21 zu Mensch, Zygote und Embryo; zum Gewaltbegriff bei Sitzstreiks § 8, § 9 II, § 10 III (mit „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“); zur „Ehe für alle“ § 4 I.

11 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 390 f.

12 F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 3), Rn. 319–322.

13 Th. Möllers, Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023: § 6 III als Untergliederungspunkt von „2. Teil. Auslegung“.

14 Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 13), §§ 9 und 10 und durchgehend. Bei F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 12), Rn. 225, gehört die Abwägung in den Kontext „Das Recht konkretisieren“.

15 Aktuellster Treffer: BVerfG-K [Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts] vom 27.2.2024 – 2 BvR 637/23 –, Rn. 15 mit weiteren Nachweisen, zitiert nach beck-online.

16 Immanuel Kant, KrV B 860 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 860; „A“ ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

17 Kant, KrV B 673 (Fn. 16).

ihren Platz im Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, § 8) zugewiesen bekommen.

- 7 Daraus ergibt sich als Grundriss¹⁸ der folgenden Darstellung:

Gewinnung der *Regel*,
Aufbereitung des *Falls*,
Manipulation des *Ergebnisses*.

- 8 Bei der Gewinnung der **Regel** (Kapitel 3) wird es vor allem um die Präparierung ihrer Voraussetzungen gehen (des „Tatbestandes“) und um das Aufeinanderabstimmen mehrerer Regeln, aber auch um die Erfindung neuer Regeln. Bei der Aufbereitung des **Falls** (Kapitel 4) soll ganz bewusst und ganz prominent eine Methode vorgestellt werden, die in den akademisch-theoretischen Methodenlehren vollständig ausgespart wird, obwohl sie in der Praxis der Gerichte eine zentrale Rolle spielt; zudem spiegelt sie die Vernünftigkeit des Rechts in ähnlicher Weise wider wie das Prüfungsschema des Verwaltungsakts den Stufenbau der Rechtsordnung (§ 11 Rn. 42–44).

Gemeint ist die sogenannte Relationstechnik (§ 23), sie verwirklicht (= setzt in die Realität um) zum einen den Grundsatz *audiatur et altera pars* („auch die andere Seite muss gehört werden“), zum anderen das Gebot der Sachlichkeit („was ist rechtlich erheblich?“).

- 9 Im Hinblick auf das **Ergebnis** (Kapitel 5) wird es zunächst um die Frage gehen, welche Folgen bei rechtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen sind – dann aber auch darum, was methodisch guten Gewissens „noch geht“ und wo die Grenzen seriöser Rechtsproduktion (oder wenn man will: Rechtserzeugung) überschritten sind.¹⁹

Dies wird dann nahtlos weiterführen zum Vierten Teil: „Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit“. Er will, dies sei schon hier betont, keineswegs die gegenwärtig herrschende Ideologie von Dogmatik heiligen.²⁰ Umso mehr aber das Recht.²¹

18 Kant, KrV B 860 (Fn. 16), bezeichnet „die Kunst der Systeme“ als eine „Architektonik“.

19 Insofern haben wir mit der „Zweite-Reihe Rechtsprechung“ bei der Blockade von Straßen schon ein sehr unrühmliches Beispiel erörtert (§ 10 Rn. 25–28).

20 Dogmatik ist ja die Lehre – besser die Gesamtheit der Lehren – von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen (§ 11 Rn. 8).

21 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), in: Werkausgabe, Band 7, Frankfurt a.M. 1970, § 30: „Das Recht ist etwas *Heiliges überhaupt*, allein weil es das Dasein des absoluten Begriffes, der selbstbewussten Freiheit ist.“ – Mit „selbstbewusst“ ist hier nicht etwa „selbstsicher“ gemeint (im Sinn von: „ich lass mir doch nichts sagen!“) sondern: „sich ihrer [der Freiheit] selbst bewusst“ – und auch ihrer Voraussetzungen: Ohne Recht – und die vernünftigen Institutionen die es ermöglicht, darunter der Staat (a.a.O. §§ 257 ff.) – keine Freiheit.

Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel

In diesem Kapitel 3 geht es, grob gesagt, um das Herausfinden von und „Herumbasteln“¹ an **Regeln**, die wir bei der Entscheidung von Rechtsfällen im wahrsten Sinn des Wortes „zu Grunde legen“, das heißt: als Begründung verwenden (dass Grund auf Latein *ratio* heißt, haben wir schon erwähnt).

Insofern verhält es sich wie im wirklichen Leben: Schön, wenn es eine klare Regel schon gibt, auch wenn es manchmal etwas dauert, sie zu finden. Schwieriger wird es, wenn die Regel nicht völlig klar ist – was heißt „festliche Kleidung“? –, dann muss man sie interpretieren. Selbst klare Regeln können aber unangemessen sein, und mehrere Regeln können sich widersprechen – dann muss man sie korrigieren bzw. aufeinander abstimmen. Schließlich kommt es auch vor, dass man für eine ganz neue Situation ganz neue Regeln erfinden muss – sagen wir: in der Corona-Krise. Im radikalsten Fall muss man sich sogar von einem gesamten Regelwerk verabschieden und sich einem neuen unterwerfen. In der Wissenschaftstheorie nennt man dies einen Paradigmenwechsel, das schlagendste Beispiel ist der Wechsel vom ptolemäisch-geozentrischen Weltbild (die Sonne kreist um die Erde) zum kopernikanisch-heliozentrischen (die Erde kreist um die Sonne). Oder man nehme das Ur-Beispiel der Politik: die Französische Revolution mit ihrem Wechsel von der ständischen Gesellschaft (Adel, Geistlichkeit, „Dritter Stand“) zur Republik (nur noch „Bürger“).

Der politische Begriff „Revolution“ leitet sich tatsächlich ab von dem Titel des Buchs, in dem Nikolaus Kopernikus (1473–1543) sein neues Weltbild vorgestellt hatte: *De revolutionibus orbium coelestium* – Über die Umwälzungen der Himmelskreise (1543).²

In der Jurisprudenz war ein Paradigmenwechsel die Ablösung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“ (also dem Eigentumsgrundrecht) durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Stichwort „Nassauskiesung“). – Es wird sich zeigen, dass der BGH dieses neue Weltbild bis heute nicht vollständig übernommen hat; er navigiert in manchen Fällen immer noch so, als sei das Eigentum der Mittelpunkt, um den herum sich das Baurecht drehen sollte.²

1 Diese Metapher, allerdings nicht bezogen auf die Dogmatik, auch bei *Marietta Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Baden-Baden 2018, S. 33 ff. (36 f.).

2 Gemeint ist die Rechtsprechung zum sog. enteignungsgleichen Eingriff beim sog. qualifizierten Unterlassen, konkret: Es geht um einen Entschädigungsanspruch des Eigentümers, wenn er eine erforderliche (Bau-)Genehmigung zu spät bekommt, und zwar auch dann, wenn die Behörde kein Verschulden trifft (insbesondere: Ablehnung der Genehmigung mit vertretbarer Begründung). Klassisch: BGHZ 136, 182 – Reichenau (1997) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite). Kritik daran: *Joachim Lege*, System des deutschen Staatshaftungsrechts, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2016, 81–88 (81, 88). – Zur Kategorie „Vertretbarkeit“ unten § 33 II.

- 3 Demgemäß soll in diesem Kapitel 3 die **Systematisierung** der „Gewinnung von (Rechts-) Regeln“ wie folgt vom Einfachen zum Komplizierteren fortschreiten³:

- Regeln („Rechtssätze“) finden (§ 14)
- Regeln („Rechtssätze“) interpretieren (§§ 15–15d)
- Regeln („Rechtssätze“) korrigieren und anpassen (§ 16)
- Regeln („Rechtssätze“) erfinden (§ 17)
- Regeln („Rechtssätze“) aufeinander abstimmen (§ 18)
- Regeln („Rechtssätze“) systematisieren (§ 19)
- Paradigmenwechsel (§ 20)
- Das Verhältnis der Ebenen zueinander (§ 21)

In einem kurzen **Intermezzo** werden wir schließlich zusammenfassen, was – im Hinblick auf die Gewinnung von Regeln – die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) von den herkömmlichen Methodenlehren unterscheidet (§ 21a).

In Kapitel 4 und Kapitel 5 wird es dann – im Anschluss an die Gewinnung von **Regeln** – um die Aufbereitung des **Falls** und um die Manipulation des **Ergebnisses** gehen.

3 Ähnlich das Konzept von *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020: Rechtsvorschriften identifizieren, interpretieren, kombinieren. Und eine Ebene darüber: das Recht verstehen, konkretisieren, fortbilden, modifizieren und korrigieren. Wir sind unabhängig voneinander darauf gekommen.

§ 14 Regeln (Rechtssätze) finden

Dieser erste Paragraph des dritten Kapitels handelt in gewisser Weise – und ohne 1 dass dies abwertend gemeint ist – von Banalitäten. „Banal“ ist, wie wir schon erwähnt haben, sozusagen die Unterstufe¹ zu „trivial“ als Mittelstufe: Altgriechisch *bánausos* ist der Handwerker im schlichten Sinn, während die theoretisch höher durchdachten Tätigkeiten, z.B. die Medizin, die Musik oder die Rhetorik, als *téchnai* bezeichnet wurden (und diejenigen, die eine solche Kunst ausübten, als *technítai*). Die Rhetorik war im Mittelalter dann Teil des Triviums² (deshalb „trivial“), das war der erste Teil des Grundstudiums, das alle Studenten zu absolvieren hatten (*studium generale*).

Im Folgenden sollen daher zunächst auf einer schlicht-handwerklichen Ebene noch gar nicht die „Kunstregeln“ erörtert werden, mit denen man (Rechts-) Regeln handhabt. Vielmehr soll zunächst geklärt werden, wo man diese Regeln findet – genauer: die *Texte*, mit denen als sozusagen *Werkzeugen* man rechtliche Regeln produziert.³

Das gängige Bild in den juristischen Methodenlehren dürfte ein anderes sein: Die Regeln (oder „Normen“, insbesondere Gesetze) sind der *Gegenstand*, den es zu erkennen gilt. Das wäre so, als ginge es in der Physik primär darum, die Formel $E = mc^2$ zu verstehen – und nicht das Universum, nicht also das, was sie erklären will. Oder im Fall von Rechtsregeln: das, was sie in der Welt verändern wollen (indem sie einen Streit entscheiden).

Eine schöne Polemik: *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems, Baden-Baden 1996.

Nun gut, Metaphern sind Metaphern.

Aber *framing* ist auch *framing* (dazu untern § 35 Rn. 49). Und vielleicht bringen wir Texten sogar eine größere Achtung entgegen, wenn wir sie nicht als Gegenstand, sondern als *Werkzeuge* der Erkenntnis verstehen – die von sehr unterschiedlicher Qualität sein können. (Während die Welt so ist, wie sie ist bzw. sein sollte.)

I. Zum Begriff „Regel“

1. „Rechtssatz“: Tatbestand und Rechtsfolge

Mit dem Begriff „Regel“ sind im Folgenden natürlich nicht Regeln aller Art, sondern 2 nur *Rechtsregeln* gemeint. Rechtsregeln werden nach bundesdeutscher Terminologie in „Rechtssätzen“ formuliert, und diese werden dadurch definiert, dass sie eine Wenn-dann-Struktur haben (mit Luhmann: es sind Konditionalprogramme). Im „Wenn-Teil“

1 Man denke an das klassische deutsche Gymnasium mit jeweils drei Klassen in der Unter-, Mittel- und Oberstufe.

2 Dazu schon § 2 Rn. 34.

3 Beeindruckend *Markus Winkler*, Juristische Texte als „Werkzeuge“, in: Juristische Schulung (JuS) 1995, 1056–1062; Winkler war damals Rechtsreferendar, und es handelte sich um die Ausarbeitung eines Vortrags in einem Proseminar an der Universität Mainz.

des Rechtssatzes wird der (abstrakte⁴) *Tatbestand* der Norm formuliert („Wer einen Menschen tötet“), im „Dann-Teil“ die sogenannte *Rechtsfolge* („... wird mit Freiheitsstrafe ... bestraft“). Kurz:

Rechtssätze bestehen aus Tatbestand und Rechtsfolge.

- 3 Allerdings finden sich in den vielen Gesetzen, die man als Jurist anzuwenden hat, nicht nur derart vollständige Rechtssätze. Es gibt auch sogenannte Hilfsnormen, die zum Beispiel definieren, was unter einem bestimmten Rechtsbegriff zu verstehen ist. So lautet etwa § 1 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch): „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“ Oder § 3 BImSchG (Bundesimmissionsschutzgesetz): „Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne dieses Gesetzes sind Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen“ (ein Fall dazu unten § 17 Rn. 17) Vor allem die Gesetze des Besonderen Verwaltungsrechts⁵ beginnen meist mit einem ganzen Katalog von Definitionen (in § 3 BImSchG sind es mittlerweile neunzehn).

Wenn man genau hinschaut, kann man freilich auch Definitionen in einen Wenn-dann-Satz umformen: „Wenn Immissionen die Nachbarschaft erheblich belästigen, liegt eine schädliche Umwelteinwirkung im Sinne dieses Gesetzes vor.“

- 4 Das gleiche gilt für Vorschriften, die eine Kompetenz zuweisen. So heißt es etwa in

Art. 94 Abs. 1 GG Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligten, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind;
2. (...)

In diesem Gesetz ist *Tatbestand* das, was in Ziffer 1 beschrieben wird (man nennt es abgekürzt einen „Organstreit“), und die *Rechtsfolge* lautet: „Dafür ist das Bundesverfassungsgericht zuständig.“

- 5 Zu erwähnen bleibt, dass das Wort „Rechtssatz“ in der berühmten „Reinen Rechtslehre“ von Hans Kelsen eine abweichende Bedeutung hat. Kelsen versteht unter „Rechtssatz“ eine Aussage, die den Inhalt der eigentlichen „Norm“ – das ist der reale SINNZUSAMMENHANG (mein Terminus, § 5 Rn. 40–59) dass etwas sein *soll* (bei Kelsen: Sollenszusammenhang) – lediglich *beschreibt*.⁶

4 Unter dem konkreten Tatbestand versteht man die Verwirklichung des abstrakten Tatbestands im Einzelfall.

5 Das Besondere Verwaltungsrecht ist das vielfältigste aller Rechtsgebiete. Es umfasst u.a. das Recht der Gefahrenabwehr („Polizeirecht“), das Recht der Wirtschaftsverwaltung (Gewerberecht, Bankenaufsicht), das Recht der Bewirtschaftung natürlicher Ressourcen (Wasserhaushalt) und das Umweltrecht (Immissionsschutz), das Recht der Infrastruktur (Straßen, Wege, Luftverkehr, Energie); dann vor allem aber auch das Recht der sozialen Leistungen und Vorsorge (Kranken, und Rentenversicherung, Sozialhilfe) und so weiter. Im Studium bekommen die Studenten von dieser Vielfalt zu wenig vermittelt.

6 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1992, S. 72–83; dazu Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 409 f.

Ich nenne diesen „realen Sinnzusammenhang, dass etwas sein soll“, in meinem semiotischen Dreieck zur Erläuterung des Begriffs „Aussage“ auch eine *normative Wirklichkeit* (§ 5 Rn. 25).

Ich bleibe im Folgenden bei der bundesdeutschen Terminologie: Der Rechtssatz ist der Text, der die reale Rechtsregel repräsentiert.

2. Exkurs: Zwei Bedeutungen von „Tatbestand“

Ärgerlich ist, dass das Wort „Tatbestand“ in der deutschen Rechtssprache eine zweite, durchaus verschiedene Bedeutung hat. In den schriftlichen Fassungen gerichtlicher Urteile wird mit „Tatbestand“ die Schilderung des Lebenssachverhalts bezeichnet, auf den sich die darauf folgenden „Entscheidungsgründe“ beziehen. Die Regel, die dies vorschreibt, findet sich in der Zivilprozessordnung (ZPO; Hervorhebungen J.L.):

§ 313 Form und Inhalt des Urteils

- (1) Das Urteil enthält:
 1. die Bezeichnung der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Prozessbevollmächtigten;
 2. die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
 3. den Tag, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist;
 4. die Urteilsformel;
 5. den **Tatbestand**;
 6. die Entscheidungsgründe.
- (2) Im *Tatbestand* sollen die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der gestellten Anträge nur ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt werden. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes soll auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen verwiesen werden.
- (3) Die *Entscheidungsgründe* enthalten eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht.

Nebenbei: Die Angaben in den Nummern 1 bis 3, die das konkrete Verfahren identifizieren, bezeichnet man insgesamt als das *Rubrum* des Urteils (weil es in früheren Zeiten mit roter Tinte verfasst wurde). Der Bestandteil Nummer 4 – die „Urteilsformel“ – ist der praktisch wichtigste, man bezeichnet ihn auch als *Tenor* (langes „e“ und Betonung auf der ersten Silbe). Er „hält fest“ (lateinisch *tenēre* = haben, halten), was das Gericht als konkrete Rechtsfolge anordnet, zum Beispiel:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.000 Euro zu zahlen.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von ... vorläufig vollstreckbar, wenn nicht zuvor der Beklagte in dieser Höhe Sicherheit leistet.

Zu Ziffer 3: Der Kläger kann sofort⁷ den Gerichtsvollzieher losschicken, um die 1000 Euro beim Beklagten einzutreiben. Wenn der Beklagte allerdings noch Berufung einlegen und das Blatt sich deshalb wenden kann, muss sichergestellt sein, dass die

⁷ Natürlich nicht „ganz sofort“. Vielmehr muss ein ordentliches Vollstreckungsverfahren eingeleitet werden. – Bereits hier: Im Zivilprozess unterscheidet man das „Erkenntnisverfahren“ bis zum Urteil

Vollstreckung des Urteils wirklich „vorläufig“ bleibt. Deshalb muss der Kläger vor der Vollstreckung „Sicherheit leisten“, also etwa Geld beim Amtsgericht hinterlegen. Vorher kann dies aber auch der Beklagte tun: Dann hat der Kläger seine Sicherheit, und man spart sich die Gebühren für den Gerichtsvollzieher.

3. „Norm“ (Gesetz im formellen und materiellen Sinn; Gesetz versus Einzelfallentscheidung)

- 8 Was den Begriff „Norm“ angeht, so werde ich ihn weitgehend vermeiden. Im bundesdeutschen Sprachgebrauch versteht man darunter zuvörderst und geradezu synonym „das Gesetz“, verstanden als eine *abstrakt-generelle* Regelung – im Gegensatz zur konkret-individuellen Einzelfallentscheidung.

So insbesondere bei der Abgrenzung von Verwaltungsakten gegenüber sonstigen „Regelungen“ (!), siehe § 35 Satz 1 VwVfG.⁸ – Das Gegensatzpaar abstrakt/konkret bezieht sich auf die Anzahl der Sachverhalte, das Gegensatzpaar generell/individuell auf die Anzahl der Adressaten einer „Regelung“.

Klassische Frage zur Abgrenzung: In welches Kästchen gehören die Verkehrszeichen? Sind sie eine „Norm“/ein „Gesetz“ (genauer: eine Rechtsverordnung⁹) oder ein „Verwaltungsakt“?¹⁰

- 9 Wir haben allerdings schon erwähnt (§ 10 Rn. 18), dass der Begriff „Gesetz“ doppeldeutig ist. Gesetze im Sinn von abstrakt-generellen Regeln bezeichnet man als Gesetz *im materiellen* Sinn (das ist das, was wir in der Logik als „Regel“ bezeichnet haben). Gesetze *im formellen* Sinn sind demgegenüber alle Entscheidungen, die von den zuständigen Gesetzgebungsorganen (z.B. von Bundestag und Bundesrat oder einem Landtag) im Verfahren der Gesetzgebung (z.B. Art. 76–78 GG – Grundgesetz) beschlossen werden – auch wenn sie sich nur auf einen Einzelfall beziehen.

Bekanntestes Beispiel ist das Haushaltsgesetz (Art. 110 Abs. 2 GG). Es gibt aber auch das Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSWAG),¹¹ das in einem Anhang („Bedarfsplan“) konkret festlegt, welche Vorhaben zum „vordringlichen Bedarf“ gehören,¹² und ein entsprechendes (Bundes-) Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG)¹³.

(oder Beschluss) und das „Vollstreckungsverfahren“. Ein Urteil ergeht, wenn es eine mündliche Verhandlung gegeben hat, sonst ergeht ein Beschluss.

8 Die Vorschrift lautet: „§ 35 Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung [!] eines *Einzelfalls* auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.“ – Hervorhebungen J.L.

9 Zum Begriff siehe unten Rn. 36; bekanntestes Beispiel: die Straßenverkehrsordnung (StVO).

10 Antwort: ein Verwaltungsakt in Gestalt der Allgemeinverfügung; zu den Gründen § 10 Fn. 18.

11 Bundesschienenwegeausbaugesetz vom 15. November 1993 (BGBl. I S. 1874), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3221). – „BGBl.“ = Bundesgesetzblatt.

12 BGBl. I 2016, 3221–3223.

13 Fernstraßenausbaugesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 2005 (BGBl. I S. 201), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3354).

Einzelfallgesetze sind allerdings, sofern sie ein Grundrecht einschränken, verboten (siehe Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG).¹⁴

Nicht nur deshalb, sondern auch aus Sicht der Rechtsstaatlichkeit ist es daher bedenklich, wenn, „damit es schneller geht“,¹⁵ die Gesetzgebung (im formellen Sinn) an die Stelle von Verwaltungsentscheidungen treten soll – jüngstes Beispiel sind sogenannte Maßnahmengesetze im Planungsrecht. So soll etwa, damit es schneller nach Sylt geht, der Bundesgesetzgeber den Ausbau dieser Bahnstrecke genehmigen dürfen – anstelle der eigentlich zuständigen Planfeststellungsbehörde.¹⁶ Damit wird die Gewaltenteilung (ohne die es keine Freiheit gibt¹⁷) ausgehöhlt.

Es kann nun durchaus passieren, dass es in einem konkreten Fall an einem *formellen* Gesetz, das man sich wünscht, *fehlt*, z.B. an einem Gesetz, das einem Landwirt Entschädigung zuspricht, wenn die Möwen und Krähen, die sonst auf der nahen Mülldeponie Nahrung suchen, in einem milden Winter all sein Saatgut vertilgt haben.¹⁸ In solchen Fällen kann sich „die Norm“ – also der nötige Rechtssatz, das Gesetz im *materiellen* Sinn – aus einer anderen „Rechtsquelle“ ergeben, etwa aus dem Gewohnheitsrecht (nicht: „Richterrecht“!, dazu sogleich Rn. 92).

In unserem Fall der Möwen und Krähen wäre die nötige „Norm“ der ungeschriebene – und in seinen Tatbestandsvoraussetzungen reichlich unklare – Anspruch aus enteignendem Eingriff, besser: aus Eigentumsaufopferung.¹⁹

Erwähnenswert: Auch hinsichtlich der „Norm“ gibt es in der Reinen Rechtslehre einen abweichenden Sprachgebrauch. Eine „Norm“ ist für Kelsen jeder Satz, der ein objektives Sollen ausdrückt, sei er nun generell formuliert wie in den Gesetzen (im materiellen Sinn) oder individuell wie im gerichtlichen Urteil (oder in einem Verwaltungsakt).²⁰ Ich halte dies für sehr einleuchtend, glaube aber nicht, dass es sich jemals gegen den eingefahrenen bundesdeutschen Sprachgebrauch durchsetzen wird.

14 Ausführlich *Joachim Lege*, Verbot des Einzelfallgesetzes, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 66, Band III, Heidelberg etc. 2009, S. 439–492.

15 Denn: Gegen Planfeststellungsbeschlüsse kann man (Anfechtungs-)Klage erheben, gegen Gesetze gibt es keinen Rechtsschutz vor den sogenannten Fachgerichten. Möglich wäre allein ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (das sich dafür hoffentlich bedanken würde, indem es das Ganze für verfassungswidrig erklärt).

16 Siehe § 2 Ziff. 6a (!) des – amtliche Bezeichnung! – „Gesetzes zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG)“ vom 22. März 2020 (BGBl. I S. 640), in Kraft getreten am 1. April desselben Jahres. – Mittlerweile wurde das Gesetz, auch wegen Drucks aus Brüssel, klammheimlich aufgehoben durch Artikel 13 des „Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes“ vom 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 409 S. 37).

17 Charles de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (1748), Buch XI Kapitel 6 (überschrieben übrigens: *De la constitution d'Angleterre*); deutsch (übersetzt von Ernst Forsthoff!): *Vom Geist der Gesetze*, 2 Bände, Tübingen 1992.

18 BGH (Bundesgerichtshof), in: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1980, 770–771.

19 Dazu etwa *Joachim Lege*, System des deutschen Staatshaftungsrechts, in: *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 2016, S. 81–88 (85, 87 f.).

20 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Fn. 6), S. 20, 121; auch dazu *Lege*, *Pragmatismus* (Fn. 6), S. 409 f.

Nebenbei zur Erinnerung: Für Luhmann sind „Normen“ – im Gegensatz zu „Kognitionen“ – lernunwillige Erwartungen (vgl. § 11 Rn. 29). Sie bleiben also bestehen, auch wenn jemand – einschließlich unserer selbst – ihnen zuwiderhandelt.

4. Der Begriff „Rechtsregel“: Definition

- 13 Angesichts der – bei genauem Hinsehen – Vielschichtigkeit der Begriffe will ich mich um eine abschließende Definition nicht drücken:

Unter „**Rechtsregel**“ verstehe ich ein Gesetz im materiellen Sinn („immer wenn – dann“), dies aber nicht als dessen Text, sondern als die **normative Wirklichkeit** („so soll es rechtens sein“), über die in diesem Text, als „**Rechtssatz**“ formuliert, die Aussage getroffen wird, dass sie geltendes Recht ist („**Rechtsaussage**“²¹).

Der Text „Wer einen Menschen tötet, ist zu bestrafen“ ist ein Rechtssatz, der die Aussage formuliert, dass dies als **reale Rechtsregel** so sein soll. Oder wenn man will: dass dies als Rechtsregel **verwirklicht** werden soll.

- 14 Ob diese Rechtsregel wirklich als Recht *gilt*, ist eine zweite Frage. Und die Antwort lautet: Dies hängt ganz allein davon ab, ob der *Autor des Textes* befugt war, diese Rechtsaussage zu treffen. Anders gewendet: Handelt es sich um einen autoritativen Text, oder ist es nur eine *rechtlich unverbindliche* Aussage darüber, wie die Rechtsregel lauten sollte?

II. Autoritative Rechtstexte

- 15 Wo findet man nun aber Regeln, genauer *Rechtsregeln*? Also Regeln, die zur Lösung sozialer Konflikte durch eine *rechtsverbindliche* Entscheidung taugen? Fragen wir besser zunächst: Was *macht* eine Regel zur Rechtsregel? Oder besser: einen Text zum *Rechtstext*?

1. „Rechtsquellen“ und „Rechtserkenntnisquellen“?

- 16 Insoweit trifft man häufig auf den Begriff „Rechtsquelle“. Der Begriff ist so verbreitet, dass man ihn kaum vermeiden kann, und für eine erste Orientierung („simple Heuristik“, vgl. § 15d Rn. 21–22) ist er vielleicht brauchbar. Nichtsdestoweniger ist er durchaus irreführend, und man sollte ihn ersetzen durch: *autoritative Rechtstexte*.²²

21 Mein Terminus. Die bezeichnete Sache dürfte dem entsprechen, was Kelsen – abweichend vom üblichen Sprachgebrauch – „Rechtssatz“ nennt, siehe bei und in Fn. 6.

22 Auch dieser Terminus ist weder in den Juristischen Methodenlehren noch in der Allgemeinen Rechtslehre noch in der juristischen Alltagssprache geläufig. Umso mehr hat es mich gefreut, ihn durch Zufall in einer – kritischen und schon zitierten – Publikation von *Knut Amelung* zu finden (Nötigung durch Straßenblockade, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht [NSfZ] 1996, 230–231 [231]): „Das BVerfG hat wie jeder Urheber eines autoritativen Rechtstextes einen Anspruch darauf, ernst genommen zu werden, und das bedeutet zumindest, daß man ihm keine Absurditäten unterstellt.“ – Kleine Korrektur: *Helmut Coing*, Juristische Methodenlehre, Berlin etc. 1972, S. 14, verwendet diesen Ausdruck ebenfalls, allerdings eher rechtsgeschichtlich. Ohnehin ist er in der historischen Forschung gebräuchlich, etwa im Hinblick

a) Eine klassische Rechtsquellenlehre: Gesetz, Vertrag, Gewohnheitsrecht

Durchaus hilfreich ist, dass eine klassische Rechtsquellenlehre²³ drei Arten von Rechtsquellen unterscheidet: Gesetz, Vertrag, Gewohnheitsrecht. Sie zeigt nämlich, dass Recht nicht allein vom Staat (als Gesetzgeber) geschaffen wird, sozusagen einseitig von oben. Vielmehr haben auch Private die Kompetenz (Rechtsmacht), im Wege der Übereinkunft (Vertrag) Rechtsregeln zu setzen (Beispiel: „Die Gitarre wird unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung verkauft.“) Oder man denke an völkerrechtliche Verträge zwischen mehreren Staaten. Gewohnheitsrecht schließlich, also ungeschriebenes Recht, ist innerstaatlich selten, insbesondere wenn ein Staat so „durchjuridifiziert“ ist wie der unsere. Im internationalen Recht erkennt man allerdings nach wie vor ein Völkergewohnheitsrecht an.²⁴

17

Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts sind traditionellerweise (1) eine lange Zeit der Übung – *consuetudo* –, verbunden (2) mit der Überzeugung, dass diese Übung *rechters* ist – *opinio iuris* –, also nicht lediglich Ausübung von Gewalt.

18

Bereits angedeutet wurde im Übrigen das „Richterrecht“: Es ähnelt dem Gewohnheitsrecht und behauptet seinen Platz dort, wo es nach Ansicht der Rechtsprechung an den nötigen gesetzlichen Regelungen fehlt. Dies ist angesichts des Grundsatzes der Gewaltenteilung nicht unproblematisch (s.u. Rn. 92).

19

Ein Beispiel: Die Anspruchsgrundlagen des enteignungsgleichen und des enteignenden Eingriffs – er wurde soeben schon erwähnt – beruhen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) auf dem „allgemeinen Aufopferungsgedanken in seiner richterrechtlichen Ausprägung“²⁵.

b) Kritik an der Quellen-Metapher

Trotz – oder gerade wegen – ihrer Plausibilität ist die Redeweise von der „Rechtsquelle“ als Metapher, das heißt: als ein Bild von „Quellen“, denen das Recht entspringt, nicht ungefährlich. Sie befördert die Vorstellung, „das Recht“ befinde sich *in* den Gesetzen (usw.), und man müsse diese gleichsam anzapfen, um für den Einzelfall daraus Recht „abzuleiten“. Dies führt allzu leicht dazu, in das Gesetz mehr hineinzulesen als drinsteht.

20

auf das Corpus Iuris Civilis im Mittelalter, siehe *Steffen Schlinker*, Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München 2023, § 16 Rn. 11, § 17 Rn. 13.

23 Sie scheint heute allerdings nicht mehr verbreitet zu sein. Im Hinblick auf staatliches Recht werden meist nur Gesetz und Gewohnheitsrecht genannt, die Verträge bleiben außen vor. Im Völkerrecht fehlen hingegen die Gesetze, zu Vertrag und Gewohnheitsrecht kommen noch die Allgemeinen Rechtsgrundsätze hinzu. Ich bleibe bei meiner „Klassik“. – Umfassend etwa *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln etc. 2008, §§ 66–76.

24 Genauer z.B. *Michael Schweitzer/Hans Georg Dederer*, Staatsrecht III. Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 12. Aufl., Heidelberg 2020, § 3 B III, Rn. 462–493.

25 So seit den beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (abgekürzt zitiert nach Band, Seite [Fundstelle]): BGHZ 90, 17 (31) – Sandabbau/enteignungsgleicher Eingriff (1984), BGHZ 91, 20 – Kläranlage/enteignender Eingriff (1984). – Für den größeren Rahmen: *Joachim Lege*, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG. Teil 2: Art. 14 GG und das Staatshaftungsrecht, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, S. 826–839.

Als Zitat etwas abgedroschen, aber nun einmal Goethe: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.“²⁶

- 21 Dies führt dann zu dem Problem, die wahren Rechtsquellen von bloßen „Rechtserkenntnisquellen“ abzugrenzen.²⁷ Insofern mag es klare Fälle geben: Juristische Literatur und die Gesetzesmaterialien, insbesondere die abschließenden Gesetzesbegründungen, sind nicht selbst das Gesetz, sondern nur eine „Quelle“ zu dessen Erkenntnis.²⁸ Aber wie steht es um gerichtliche Entscheidungen?²⁹ Insbesondere um deren *rationes decidendi*?

Nach einer schönen Formulierung von Martin Kriele (1931–2020) sind sie „präsumtiv verbindlich“, das heißt: Sie haben die Vermutung der Richtigkeit für sich, man kann aber von ihnen abweichen, wenn es dafür gute Gründe gibt.³⁰

Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) empfiehlt daher, den Begriff „Rechtsquelle“ und erst recht „Rechtserkenntnisquelle“ zu streichen³¹ – man muss sich nicht in Metaphern verhaspeln.

- 22 Stattdessen sollte man von „**autoritativen Rechtstexten**“ sprechen und sie definieren als:

Sprachakte³² (i.w.S.³³), die Rechtsverbindlichkeit erzeugen.

Und „Rechtserkenntnisquelle“ übersetzt man am besten mit ... „Dogmatik“!

2. Autoritative Rechtstexte und Dogmatik

- 23 Letztlich muss man nämlich konstatieren: Das Gesetz (genauer die *Rechtsregel*) – verstanden als ein *realer*, normativer SINNZUSAMMENHANG³⁴ – muss stets unterschieden werden von dem *Text*, in dem es (bzw. sie) formuliert wurde. Nur was diese *Texte* angeht, kann man unterscheiden zwischen denjenigen Autoren, die in ihren Texten Rechtsregeln verbindlich vorschreiben können, und Autoren, bei denen dies nicht der

26 Johann Wolfgang von Goethe, Gedichte (Ausgabe letzter Hand, 1827), Zahme Xenien 2, S. 653, [http://www.zeno.org/Literatur/M/Goethe,+Johann+Wolfgang/Gedichte/Gedichte+\(Ausgabe+letzter+Hand.+1827\)/Zahme+Xenien/Zahme+Xenien+2](http://www.zeno.org/Literatur/M/Goethe,+Johann+Wolfgang/Gedichte/Gedichte+(Ausgabe+letzter+Hand.+1827)/Zahme+Xenien/Zahme+Xenien+2) <30.11.2023>.

27 Siehe etwa Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 2 Rn. 6, § 3 Rn. 1–22 und öfter; für das Völkerrecht etwa Schweitzer/Dederer, Staatsrecht III (Fn. 24), § 3 A, Rn. 267, aber auch § 3 B II 2 b, Rn. 480: Bei der Rechtsquelle Gewohnheitsrecht sei die Voraussetzung *opinio iuris* ein Ergebnis der Rechtserkenntnis.

28 So Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 27), § 3 Rn. 103 bezogen auf die juristische Literatur.

29 Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 27), § 3 II, schlägt u.a. vor: „sekundäre Rechtsquelle“ (Rn. 31–42). Die Gerichte selbst hingegen leiten ihren Tenor (oben Rn. 7) gern mit der Formel ein, sie hätten ihn „für Recht erkannt“ (!).

30 Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 243–268.

31 Skeptisch zur Rechtserkenntnisquelle wohl auch Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 27), § 3 Rn. 6 mit Hinweis auf Franz Bydliński.

32 Klassiker zur Sprechakttheorie John Langshaw Austin, How to Do Things With Words, Oxford 1955, 2. Aufl. 1962; auf Deutsch – geradezu typisch deutsch – erschienen unter dem Titel „Zur Theorie der Sprechakte“, Stuttgart 1972. – Mein Begriff „Sprachakt“ statt „Sprechakt“ macht deutlich, dass es nicht nur um die gesprochene Sprache geht.

33 Kürzel für „im weiteren Sinn“; hier insbesondere auch: schlüssiges („konkludentes“) Verhalten (Trierer Weinversteigerung (s.o. § 10 Rn. 9 und unten bei Fn. III).

34 Zum Begriff § 5 II Rn. 40–59 4; siehe auch oben Rn 5: „Sollenzusammenhang“ (Kelsen).

Fall ist. Kurz: Es handelt sich um ein Kompetenzproblem (wie so vieles im Recht, folglich auch in seiner Methode).

Klassisch Thomas Hobbes (1588–1679): *Auctoritas non veritas facit legem* – die Urheberschaft (Autorschaft) schafft das Gesetz, nicht etwa dessen Wahrheit³⁵ (bzw. Richtigkeit³⁶).

Es ist bei Hobbes also nicht etwa die Macht – *potestas* –, die Recht schafft! Und erst recht nicht Gewalt.³⁷

Natürlich ist dies schon die Antwort auf die eingangs (unter II) gestellte Frage: Was *macht* eine Regel zur Rechtsregel?

Anders gewendet: Es gibt autoritative (rechtlich verbindliche) und nicht-autoritative Rechtstexte. Und *welche* Rechtstexte autoritativ gelten, richtet sich nach der jeweiligen Rechtsordnung. 24

In einem Fallrechtssystem sind Präjudizien, genauer deren *rationes decidendi*, autoritative Rechtstexte. In Gesetzesrechtssystemen sind sie es jenseits des Falls, den sie zu entscheiden haben, nicht³⁸ – es sei denn, dies wird gesetzlich so angeordnet (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz³⁹). Wir kommen darauf zurück.

Was sodann aber das *Verständnis* der autoritativen Rechtstexte angeht, so gilt: Es gibt **Regeln immer nur so, wie wir sie verstehen**⁴⁰. Und zwar *normativ* verstehen: Welches „Sollen“ schreiben sie vor (erster Schritt), und ist dieses Sollen in meinen Augen richtig oder nicht (zweiter Schritt)? Dabei wissen wir natürlich, dass hinter jedem „Sollen“ ein „Wollen“ steht,⁴¹ bei autoritativen Texten also der Wille des Normgebers oder der Normgeberin (z.B. eines Staates, einer Stadt, einer Gemeinde; eines Vertragspartners; eines Strafrichters). 25

Diesem Willen sollte man zunächst einmal unterstellen, dass dem Autor *klar* war, was er gemeint hat – bei der aktuellen Gesetzgebung kann man daran leider oft Zweifel haben (Stichwort Kölner Silvesternacht,⁴² Stichwort § 214 Abs. 3 Satz 2 Halb-

35 Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Chapter 26; deutsch: *Leviathan*, 10. Aufl., Frankfurt a.M. 2020.

36 Siehe oben § 5 II Rn. 66–84.

37 Ganz im Gegenteil: Nackte Gewalt herrscht im Naturzustand, und dies ist bei ihm ganz explizit ein Zustand *ohne* Recht. Hobbes ist eben ein großer Humanist (und Humorist).

38 Man sagt: Sie gelten nur *inter partes* – zwischen den Parteien.

39 Die Vorschrift lautet: „In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft.“

40 Stichwort mit Luhmann: „doppelte Kontingenz“ (vgl. § 10 Rn. 31): Bei jeder Kommunikation, auch der Kommunikation zwischen Normsetzer und Normadressat, begegnen sich zwei unterschiedlich geprägte Verständnishorizonte (desgleichen natürlich auch bei der Kommunikation zwischen Juristen und Nicht-Juristen ... etwa in einem Buch zur Neuen Juristischen Methodenlehre – NJML).

41 Klassiker ist immer noch *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig etc. 1934 (Studienausgabe: Tübingen 2008); 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1992.

42 Dazu schon § 10 Rn. 40.

satz 2 BauGB⁴³). Dass der Gesetzgeber die heiklen Dinge manchmal sogar bewusst der Rechtsprechung „zur Klärung“ überlässt, ist wenig seriös.⁴⁴

- 26 Wie auch immer: Das „Wollen“ des Normsetzers hat natürlich seine **Gründe**. Deshalb gibt es „hinter“ dem autoritativen Text – sei dies nun ein Gesetz, eine Urteilsformel oder ein Vertrag – immer sehr vieles, was ihn verständlich, aber auch kritisierbar macht. All dieses Viele dient letztlich dazu, den autoritativen Text – genauer: seine Aussage, dass diese reale Rechtsregel gelten soll – als „richtig“ zu erweisen. Anders gewendet: Hinter jedem autoritativen Text steht die **Meinung** – altgriechisch *dóxa* –, so sei es richtig. In diesem Sinn hat dann auch, ohne dass dies ein Widerspruch wäre, der Gesetzgeber seine **Dogmatik** – eine Dogmatik, die ihm sozusagen „vorgeschwebt“⁴⁵ hat.

Dogmatik, so wie sie von der NJML verstanden wird, ist nichts anderes als die Lehre – besser die Gesamtheit der Lehren – von der *rechtlichen Richtigkeit* rechtlicher Entscheidungen (§ 11 Rn. 8).

- 27 Und diese **Dogmatik** des Gesetzgebers kann für sich keine höhere Autorität in Anspruch nehmen als die Meinung aller anderen Interpreten im Diskurs um das, was ich **rechtliche Richtigkeit** nenne.

Nebenbei: Bei Platon findet man die etwas seltsame Formulierung, die „Wächter“ des Staates – aus heutiger Sicht: die Polizei und überhaupt die Beamten – müssten die „richtige Meinung vom Schrecklichen“ (*orthé dóxa toū deinoū*) haben; wobei der Gesetzgeber (*nomothētēs*) definiert, was und inwieweit (*taúta te kai toiaúta*) es schrecklich ist.⁴⁶ Auch Platon wusste also schon, dass nicht der autoritative Text richtig ist, sondern erst das, was er anordnet – sofern man es „richtig“ versteht.

III. Die Fundorte autoritativer Rechtstexte

- 28 Wie auch immer: Die „Regeln“ (Rechtssätze), mit denen die Rechtsfindung arbeiten will und soll, müssen zuvörderst mithilfe von autoritativen Rechtstexten gefunden werden. Wie findet man nun diese Texte? Beginnen wir mit dem

1. Gesetzesrecht

Die folgenden Ausführungen wenden sich zunächst eher an Nicht-Juristen, vor allem, um terminologische Missverständnisse zu vermeiden. Vielleicht bereiten sie aber auch gestandenen Juristen wenigstens Vergnügen.

43 Eine widersprüchliche „Angstklausel“, die im Gesetzgebungsverfahren auf den letzten Drücker eingefügt wurde, siehe *Wilfried Erbguth*, Abwägung auf Abwegen?, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2006, S. 484–492 (490); auch *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre“? in: *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV) 2015, S. 361–374.

44 Kritisch auch *Franz Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 572.

45 Vgl. hiermit die Formulierung von Savigny in der berühmten Stelle zu den vier „Canones“ der Auslegung (zitiert unten § 15d Rn. 7) zum „systematischen Element“.

46 *Platon*, *Politeia* IV 7 (429b–d, 430a–b); dazu *Joachim Lege*, „Die richtige Meinung vom Schrecklichen“. Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: *Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow*, *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, S. 271–280.

Und gleich vorweg: Für Jurastudenten gibt es ein sehr hilfreiches und sogar kritisches Buch: Otto Lagodny, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Berlin etc. 2012.

a) „Gesetze“: ein Überblick

Das Wichtigste zuerst: Unter „Gesetz“ versteht man je nach Kontext durchaus Verschiedenes.

aa) Einzelne Gesetze

Sofern es im Hinblick auf die Rechtsproduktion Gesetze gibt – Gesetze im formellen⁴⁷ und materiellen Sinn (s.o. Rn. 9) – ist keineswegs klar, dass die Gesetze *alles* regeln, was rechtlich geregelt werden müsste. In der Antiken Gerichtsrhetorik hat man staatliche Gesetze daher als „Beweismittel“ angesehen, die von den streitenden Parteien in den Prozess eingebracht werden mussten⁴⁸ – es war schlicht nicht selbstverständlich, dass es für alles ein Gesetz gibt, noch weniger, dass die Richter (oft Laien) alle Gesetze kannten.

29

Auch im Mittelalter bildeten die Gesetze keineswegs ein geschlossenes System. Insbesondere ergaben die sogenannten „Reichsgrundgesetze“ (*leges fundamentales*) – etwa die Goldene Bulle oder das Wormser Konkordat – keine einheitliche Verfassung, vielmehr waren es Ad-hoc-Regelungen etwa zur Frage der Königswahl (Kurfürsten!) oder zur Kompetenzverteilung zwischen Kaiser und Papst (Investiturstreit).⁴⁹ Und noch Savigny unterscheidet die Auslegung „einzelner Gesetze“ von der Auslegung der „Rechtsquellen im Ganzen“.⁵⁰

bb) Kodifikationen

Die Idee einer Kodifikation, also eines Rechtstextes, der das gesamte Recht in einem widerspruchsfreien System zusammenfasst, ist vor allem im Corpus Iuris Civilis (CIC) aus dem Jahr 533 verwirklicht worden – jenem gewaltigen, unter dem oströmischen Kaiser Justinian I. entstandenen Text, der in seinem umfangreichsten Teil – den Digesten oder Pandekten – das bisherige römische Fallrecht⁵¹ (!) in ein System von Regeln zusammenfasste.

30

⁴⁷ Also erlassen von hierfür zuständigen „besondere[n] Organen der Gesetzgebung“ (so die Formulierung in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG).

⁴⁸ So etwa in der Rede des Apollodoros gegen Neaira, siehe: *Antiphon*, Gegen die Stiefmutter/Apollodoros, Gegen Neaira, griechisch/deutsch, hrsg. von Kai Brodersen, Darmstadt 2004, S. 66/67. Das dort eingebrachte Gesetz lautete (von mir modifizierte Übersetzung): „Wenn ein Fremder (*xénos*) mit einer Stadtbürgerin (*astḗ*) zusammenwohnt (...), so kann jeder beliebige Athener gegen ihn Klage erheben. Wenn er [der Fremde] verurteilt wird, so soll er in die Sklaverei verkauft und sein Vermögen eingezogen werden und ein Drittel davon dem Ankläger zufallen.“

⁴⁹ Einzelheiten: Rolf Grawert, Gesetz II 4 d, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* (GGb), Band 2, Stuttgart 1975, Nachdruck 1992, S. 887–889.

⁵⁰ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Berlin 1840, §§ 33, 42.

⁵¹ Mit Recht stets betont von Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., München 2011, § 18 II.

Wegen der Fallnähe sind die Regeln des CIC durchweg anschaulicher als die des heutigen BGB. Man vergleiche etwa die Regeln über den Eigentumserwerb durch Vermischung und Verarbeitung in den Institutionen⁵² (2.1.25 – 34) – dort ist die Rede von Getreide, von Honigwein, von fremden Purpurfäden, die jemand in sein Gewand einwebt – mit den Regelungen in §§ 946 bis 948 und in § 950 BGB.

- 31 Zu einer Renaissance der Kodifikation kam es erst um die Wende zum 19. Jahrhundert. Oft zu wenig gewürdigt wird insoweit das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) von 1794. Es enthielt in einem einzigen, freilich „sehr dicken“⁵³ Werk das gesamte in Preußen geltende staatliche Recht – vom Zivilrecht über das Öffentliche Recht (Staatsrecht, Verwaltungsrecht) bis zum Strafrecht.⁵⁴

Eine Kuriosität: Die Ansprüche auf Entschädigung wegen „Aufopferung für das gemeine Wohl“ berufen sich bis heute auf die §§ 74, 75 der Einleitung zum ALR. Sie lauten:

§ 74 Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehen.

§ 75 Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.

- 32 Die berühmteste und wohl auch gelungenste Kodifikation war dann der von Napoléon Bonaparte (1769–1821) initiierte französische *Code Civil* aus dem Jahr 1804. Nicht zu vergessen ist daneben das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1812. Beide Kodifikationen regeln, wie der Name schon sagt, das Zivilrecht bzw. Bürgerliche Recht, und beide sind noch heute in Kraft.

Zum Stil: Der Code Civil ist sprachlich offenbar derart gelungen, dass der Schriftsteller Stendhal (1783–1842, bekanntester Roman: *Le Rouge et le Noir*), bevor er an die Arbeit ging, stets einige Paragraphen aus dem *Code Civil* las: *pour prendre le ton*.⁵⁵

cc) Staatsverfassungen

- 33 In gewisser Weise ebenfalls Kodifikationen sind die neuzeitlichen Staatsverfassungen, beginnend mit der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787. Auch sie gilt noch heute – und ist in ihrem Haupttext bis heute nicht verändert worden (allerdings gibt es 27 Zusätze, die sogenannten *amendments*).

52 Die Institutionen sind der erste Teil des Corpus Iuris Civilis. Leicht erhältliche Ausgabe: Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohse/Thomas Rüfner (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis – Die Institutionen, 4. Aufl., Heidelberg etc. 2013.

53 Dies angeblich der Kommentar Friedrichs II. (oft genannt: der Große), als ihm das Werk vorgestellt wurde.

54 Neuere Ausgabe: Hans Hattenhauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 2. Aufl., Neuwied etc. 1994. Würdigung mit viel Sympathie: Elmar Hucko, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, in: NJW 1994, 1449–1453.

55 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 202 Fn. 3 (übrigens in „§ 14 Ästhetik des Rechts“, wo der Lapidarstil des Rechts gelobt wird, also sein knapper Stil [wie bei einer Inschrift auf einem Stein, lateinisch *lapis*]. Von diesem Stil ist heute kaum noch etwas übrig).

Das Grundgesetz hingegen ist seit 1949 nicht weniger als 69 mal geändert worden (Stand März 2025). Und dass es ausgerechnet die 66. Änderung war, mit der zur Stärkung der Bundeswehr die Errichtung eines Sondervermögens von 100 Milliarden Euro ermöglicht wurde (Art. 87a Abs. 1a GG), hat ein gewisses Etwas.⁵⁶

Die Idee der neuzeitlichen Verfassung besteht darin, das politische System eines Staates – oder wenn man so will: die Ausübung der staatlichen Herrschaft – umfassend unter die Herrschaft „der Gesetze“ zu stellen (so wie in Platons „Nomoi“⁵⁷), genauer: unter ein „Verfassungsgesetz“, das alle hierfür erforderlichen Regeln („Gesetze“) enthält. Dies ist der ursprüngliche und eigentliche Sinn des Begriffs „Rechtsstaat“ (*rule of law*). 34

Umso schlimmer, dass neuerdings unter „Rechtsstaat“ ein Staat verstanden wird, der gefälligst Recht und Ordnung zu gewährleisten hat – etwa nach der schon erwähnten Kölner Silvesternacht⁵⁸ („Da muss der Rechtsstaat mit voller Kraft zurückschlagen“).⁵⁹ Aber in Deutschland – genauer: in den deutschen Staaten⁶⁰ – wurde und wird vom Recht schon immer mehr erwartet als nur die Kontrolle von Macht.⁶¹

Nebenbei: Die „Verfassungsgeschichte der Neuzeit“ ist ein eigenes, großes, lohnendes Feld der Rechts-, Politik- und Geschichtswissenschaft.⁶² Mir persönlich gefällt besonders, dass die amerikanische Verfassung so deutlich wie wohl keine andere die Idee der Gewaltenteilung spiegelt – sie ist schlicht gegliedert in die drei Gewalten „Exekutive“ (der Präsident), „Legislative“ (der Kongress) und „Judikative“ (der Supreme Court).⁶³ Schön ist auch, dass die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 bis heute gilt. Allgemein unterschätzt wird offenbar die Belgische Verfassung von 1831. Die deutsche Verfassungsgeschichte ist besonders wechselhaft (Frühkonstitutionalismus, Deutscher Bund, Paulskirche, Bismarck, Weimar, „Drittes Reich“, DDR und Grundgesetz). 35

56 Die Zahl 666 wäre noch diabolischer gewesen siehe (Offenbarung [Apokalýpsis] des Johannes – das ist das letzte, sehr merkwürdige Buch der Bibel – Kapitel 13, Vers 18: *hexakósioi hexakónta héx*). – Man kann auch an die *order 66* in der Star Wars-Saga denken – ich kenne sie freilich nur vom Hörensagen.

57 Die Väter der amerikanischen Verfassung waren stark von der römisch-griechischen Antike beeinflusst!

58 Dazu schon § 10 Rn. 40.

59 Kritisch daher *Joachim Lege*, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: *Anwaltsblatt* 12 (2019), S. 887–891.

60 Genau genommen gibt es „Deutschland“ ja erst seit dem Bismarck-Reich von 1871. Das zuvor bestehende Heilige Römische Reich Deutscher Nation war ein verschachteltes „Monstrum“ (Pufendorf) und der Deutsche Bund von 1815 gerade kein Bundesstaat, sondern ein Staatenbund.

61 Zur Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs seit dem frühen 19. Jahrhundert *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1991, S. 143–169 (155 ff.); rechtsvergleichend *Stephan Kirste*, Die Rule of Law in der deutschen Rechtsstaatstheorie des 19. Jahrhunderts, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 21 (2013), S. 23–62. – Sogar der Nationalsozialismus hatte seinen Begriff von Rechtsstaat, siehe *Christian Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich, Tübingen 2003. – Neueres Beispiel für eine Überanstrengung des Rechts: *Daniel Loick*, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Frankfurt a.M. 2017.

62 Juristisches Standardwerk: *Bodo Pieroth/Werner Frotzcher* *Verfassungsgeschichte*, 20. Aufl., München 2022.

63 Es folgen dann noch einige Vorschriften zur auswärtigen Gewalt etc.

Dass der Vorrang der Verfassung vor allem sonstigen Recht erst hat erfunden werden müssen, wurde schon erwähnt (§ 11 Rn. 48; *Marbury v. Madison*). Dass zu einer Verfassung Grundrechte gehören, ist ein Kann, kein Muss.

dd) Rechtsverordnungen und Satzungen

- 36 Während eine Verfassung *über* den normalen, den sogenannten „einfachen Gesetzen“ steht, gibt es auch „Rechtsnormen“ (im Sinn von *Rechtsregeln*, also Gesetzen im materiellen Sinn), die im Rang *unter* dem einfachen Recht stehen. Man unterscheidet insoweit Rechtsverordnungen und Satzungen. Mit Hilfe von Rechtsverordnungen wird für einen bestimmten Lebensbereich, etwa den Straßenverkehr, die Befugnis zum Erlass von Rechtsregeln auf einen Minister oder auch die gesamte Regierung delegiert.⁶⁴ Voraussetzung ist allerdings, dass diese Delegation in einem formellen Gesetz („Parlamentsgesetz“) erfolgt – etwa in § 6 StVG (Straßenverkehrsgesetz) – und dass dieses Gesetz „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ der Ermächtigung „bestimmt“ (Art. 80 GG⁶⁵). Ob dies immer hinreichend genau „bestimmt“ ist, wurde im Hinblick auf die Rechtsverordnungen in der Corona-Krise mit Recht stark bezweifelt.⁶⁶ In der Tat ist die Verordnungsermächtigung in § 32 mit ihrem Verweis auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Infektionsschutzgesetz – IfSG – äußerst weit gefasst.⁶⁷

Nebenbei: Das Infektionsschutzgesetz hieß früher sehr viel treffender „Bundesseuchengesetz“. Ob diese Bezeichnung – denn Sprache gestaltet ja die Welt (§ 5 Rn. 56) – die Akzeptanz einer Impfpflicht erhöht hätte? Weil man statt Niesen die Pest auf dem Schirm hätte?

- 37 Bei Satzungen denke man am besten sogleich an z.B. Städte und Gemeinden, Universitäten, Rundfunkanstalten. Sie können ermächtigt werden, für ihre eigenen Angelegenheiten Rechtsregeln zu erlassen, etwa eine Friedhofs- oder Sportstättenatzung, Studien- und Prüfungsordnungen, Satzungen über das Verfahren zur Leistung der Rundfunkbeiträge.⁶⁸ Satzungen stammen somit nicht vom „Staat im engeren Sinn“, also nicht von Bund oder Ländern (mit ihren Organen wie Bundestag oder Bundesminister). Sie stammen vielmehr von Hoheitsträgern, die den „Staat im weiteren Sinn“ bilden: In ihm haben sie einen eigenen, autonomen Bereich, in den ihnen der „Staat“

64 In „de-leg-ieren“ steckt in der Tat das lateinische Wort *lex* = Gesetz.

65 ... und die entsprechenden autoritativen Texte in den Verfassungen der Länder.

66 Zum Beispiel *Uwe Volkmann*, Heraus aus dem Verordnungsregime, in: NJW 2020, 3153–3160; *Andrea Edenharter*, Grundrechtseinschränkungen in Zeiten der Corona-Pandemie, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (JöR) 69 (2021), 555–581. Geradezu programmatisch jetzt *Anika Klafki*, Differenzierte Rechtsgrundlagen als Gebot effektiver Krisenbewältigung, in: NJW 2023, 1340–1344.

67 Die Vorschriften lauten:

§ 32 Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 28b und 29 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. (...)

§ 28 Schutzmaßnahmen (1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 28a, 28b und 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere (...).

68 Die Satzungsermächtigung findet man in § 9 Abs. 2 des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags (RBStV).

im engeren Sinn nur bedingt hineinreden darf (siehe zur Garantie der kommunalen Selbstverwaltung etwa Art. 28 Abs. 2 GG⁶⁹).

Auch in diesem Bereich sind viele juristische Methodenfragen in Wahrheit Kompetenzfragen.

Gemeinsam ist den Rechtsverordnungen und Satzungen: Die Rechtsregeln, die sie enthalten, werden als Gesetze im (nur) materiellen Sinn bezeichnet – eben weil sie nicht von den gesetzgebenden Körperschaften des „Staates“ im engeren Sinn stammen. 38

Gesetze im formellen und im materiellen Sinn (s.o. Rn. 9 – wichtige Unterscheidung) bilden mithin zwei sich überschneidende Kreise.⁷⁰ Die meisten Gesetze sind Gesetze sowohl im formellen als auch im materiellen Sinn. Einige Gesetze sind dies nur formell (BSWAG), einige nur materiell (die Rechtsverordnungen und Satzungen).

Skurril dann allerdings: Es gibt auch „Gesetze im materiellen Sinn“, die dies *nur formell* sind, weil sie nämlich gerade nicht ein (materielles) „Gesetz“ (= eine Regel) formulieren, sondern einen Einzelfall regeln – so die Bebauungspläne der Gemeinden (gemäß § 10 Abs. 1 BauGB – Baugesetzbuch – sind es Satzungen), so die Rechtsverordnungen, die einen Landesentwicklungsplan feststellen oder die Regionalpläne für verbindlich erklären (z.B. § 7 Abs. 4, § 9 Abs. 5 LPlG M-V – Landesplanungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern). 39

Vielleicht wird an „so etwas“ besonders deutlich, dass Juristen geradezu Weltmeister im Interpretieren⁷¹ sein müssen: Je nach Kontext heißt „Gesetz“ (und vieles andere) mal dies und mal das.

ee) Gesetz als Gesamtwerk und als Einzelschrift

Zum Abschluss: Angeklungen ist, dass der Begriff „Gesetz“ auch noch in einer weiteren Hinsicht doppeldeutig ist. Gemeint sein kann ein Gesetzeswerk als Ganzes, zum Beispiel das Bundesfernstraßengesetz (FStrG), das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), das „Gute-Kita-Gesetz“⁷². Als „Gesetz“ kann aber auch jeder einzelne Rechtssatz (jeder „Paragraph“) bezeichnet werden. Wenn in den Juristischen Methodenlehren (und auch sonst im Recht) von „Gesetz“ die Rede ist, ist allermeistens dies letztere gemeint. 40

69 Wortlaut: „Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“

70 Siehe Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

71 In den Worten des berühmten Rechtsphilosophen Ronald Dworkin, Law, Philosophy, and Interpretation, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1994, 463–475 (475): „I said earlier that philosophers have insufficiently studied the phenomenon of interpretation. ... Indeed, I go so far as to suggest that lawyers are better equipped than members of those other disciplines (sc. art and literature) self-consciously to reflect on the nature and character of interpretation. But you will now be saying, ‘How like an American professor of jurisprudence to claim that this subject is at the center of the universe!’“

72 Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Verbesserung der Teilhabe in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege (KiTa-Qualitäts- und -Teilhabeverbesserungsgesetz – KiQuTG) vom 19.12.2018 (BGBl. I S. 2696).

b) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (!): Begriffsbäume (Hierarchie)

- 41 Schaut man zurück auf die Vielgestaltigkeit der „Gesetze“, die man als Jurist (und vor allem auch als Rechtsunterwerfener) für die Lösung eines Rechtsproblems zu beachten hat, stellt sich natürlich die Frage: Wie findet man in diesem riesigen Haufen autoritativer Rechtstexte „die passende Norm“?

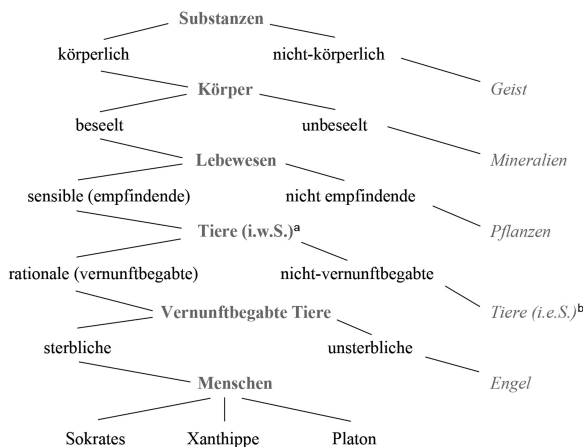
Die Antwort ist leicht: Man muss sich halt gut auskennen.

Oder wie Hobbes gesagt hat: „The best prophet naturally is the best guesser; and the best guesser, he that is most versed and studied in the matters he guesses at, for he hath most signs to guess by.“⁷³

Aber kommt es wirklich auf die *Menge* der Gesetze an, die man kennt (*most signs*)?

- 42 Natürlich nicht. Am wichtigsten ist, im Dickicht der Gesetze die gängigen Pfade zu kennen, auf denen man zu den entscheidenden Vorschriften gelangt – mit anderen Worten: die Systematik, das heißt die *Prinzipien* zu kennen, gemäß denen die Gesetze *angeordnet* sind.

Ein insoweit wichtiges Prinzip haben wir schon erwähnt (§ 11 Rn. 48): Hierarchie, das heißt Über- und Unterordnung. Klassisch aus dem nicht-juristischen Bereich sind insofern die sogenannten Begriffsbäume. In ihnen geht man von einem Oberbegriff aus und ordnet ihm in immer feineren Verästelungen immer speziellere Unterbegriffe zu. Am berühmtesten ist der *arbor Porphyrii* (Baum des Porphyrios), auch ihn hat der Logiker (!) Petrus Hispanus (1205–1277) populär gemacht (zu ihm bereits § 1 Rn. 13, § 5 Rn. 104, 111).⁷⁴ In Übersetzung und ergänzt (vor allem um die rechte Spalte):



⁷³ Hobbes, *Leviathan* (Fn. 35), Chapter 3.

⁷⁴ Petrus Hispanus, *Logische Abhandlungen/Summulae Logicales* (ca. 1240), lateinisch-deutsch, München 2006, S. 26; mitgeteilt auch von Fritjof Haft, *Einführung in das juristische Lernen*, 6. Aufl., Bielefeld 1997, S. 141.

^a Abkürzung für „im weiteren Sinn“.

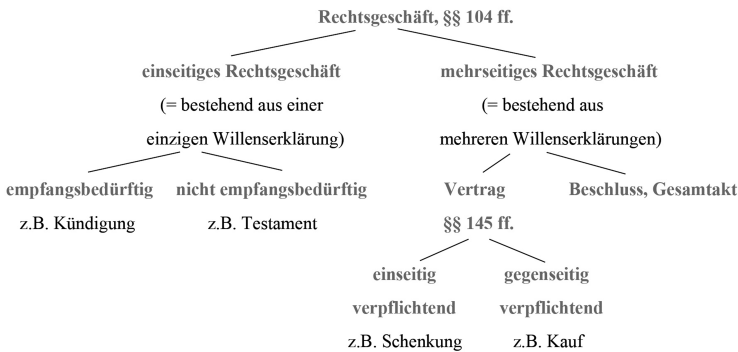
^b Abkürzung für „im engeren Sinn“.

Man sieht recht deutlich, dass hinter diesen Begriffsbäumen eine ontologische Auffassung von Logik steht (§ 4 Rn. 2): Es ist die *Welt*, die logisch geordnet ist, und die Begriffe bilden dies bloß ab. Man sieht zugleich, dass sich die Weltbilder wandeln: Porphyrios und Petrus Hispanus gehen ganz selbstverständlich davon aus, dass es unter den vernünftigen Lebewesen „sterbliche und unsterbliche“ gibt, nämlich Menschen und Engel. Diese sehr spezielle *differentia specifica* (= spezielle Differenz, dazu sogleich § 15a Rn. 14–15) ist uns fremd geworden.

43

In der Jurisprudenz gibt es, auch in den gängigen Methodenlehren, entsprechende Begriffsbäume oder (wie man meist sagt) *Begriffspyramiden*, etwa zu den Arten und Unterarten des Rechtsgeschäfts. Ein Beispiel (leicht vereinfacht mit Angabe der „Normen“, d.h. Paragraphen, soweit vorhanden)⁷⁵:

44



Es gibt sogar ganze Bücher, die „den Stoff“ des Rechts in dieser Weise graphisch-systematisch aufarbeiten, so etwa das Lehrbuch von Martini⁷⁶ zum Verwaltungsprozessrecht. Eine in dieser Art vorgenommene Systematisierung des Bürgerlichen Rechts von Gernhuber⁷⁷ hat sich nicht durchgesetzt: Klassiker zur Examensvorbereitung wurde vielmehr „der Medicus“, gemäß Untertitel „eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung“.⁷⁸ Es geht also auch anders als „hierarchisch“.

⁷⁵ Nach Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 27), § 4 Rn. III.

⁷⁶ Mario Martini, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., München 2023.

⁷⁷ Joachim Gernhuber, Bürgerliches Recht. Ein systematischer Leitfaden in 50 Übersichten, Tübingen 1976; ab der zweiten Auflage erschien es als „ganz normales“ Buch unter dem Titel „Bürgerliches Recht. Ein systematisches Repetitorium“, zuletzt fortgeführt von Barbara Grunewald (9. Aufl., München 2014). – Ich muss mich leicht korrigieren: Gernhubers Übersichten sind weitgehend auch Fluss- und Ablaufdiagramme.

⁷⁸ Dieter Medicus, Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 28. Aufl., München 2021 (fortgeführt von Jens Petersen); die erste Auflage erschien im Jahr 1968.

Allerdings könnte es durchaus sein, dass diese Anordnung „nach Anspruchsgrundlagen“ diejenigen überfordert, die nicht schon einen Überblick über das Gesamtsystem haben.

c) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (II): Ablaufdiagramme

- 45 Eine weitere Form der Systematisierung kann durch Ablauf- oder Flussdiagramme erfolgen. Das wohl beste Beispiel dafür liefern die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), sie regeln „Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten“. In einfachen Worten lautet das Problem, das sie lösen, wie folgt:

Wenn eine Behörde eine Entscheidung getroffen hat, dann soll sich der Bürger darauf verlassen können. Es soll aber auch die Behörde nach einiger Zeit den Rücken frei bekommen, um sich anderen Dingen zu widmen. Deshalb werden die sogenannten Verwaltungsakte⁷⁹ nach einem Monat „unanfechtbar“ (was sich freilich erst aus einer Zusammenschau der §§ 42 Abs. 1, 68 Abs. 1, 70 Abs. 1 und 74 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO⁸⁰ – ergibt). Für den Bürger ist dann der Zug abgefahren: Wer sich nicht wehrt (z.B. dagegen, dass ihm kein Wohngeld gewährt wird), lebt verkehrt.

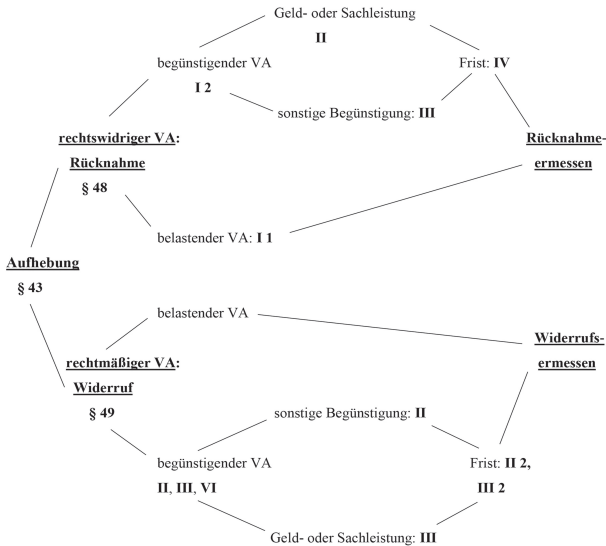
- 46 Wie aber, wenn die Behörde selbst merkt, dass sie sich geirrt hat? Dann muss man offenbar *in erster Linie* unterscheiden: Hat sie wegen dieses Irrtums eine rechtswidrige Entscheidung getroffen? Dann sollte sie dies grundsätzlich revidieren dürfen (Rechtsstaatsprinzip!) – **es sei denn**, der Bürger hat guten Glaubens darauf vertraut, dass er sein Häusle bauen durfte (zur Baugenehmigung z.B. § 70 Abs. 1 LBauO M-V⁸¹) oder dass er „sein BAföG“ (= Geldleistung nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz) behalten darf. War die Entscheidung hingegen ursprünglich rechtmäßig, dann sollte sie grundsätzlich bestehen bleiben – **es sei denn**, der Bürger hat sich, zum Beispiel, die Subvention erschlichen. Man sieht: Es geht *in zweiter Linie* auch darum („es sei denn“), ob es sich um einen „begünstigenden Verwaltungsakt“ handelt (§ 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) oder nicht. Je nachdem sind die Voraussetzungen, unter denen die Behörde den rechtswidrigen Verwaltungsakt *zurücknehmen* (§ 48 VwVfG) oder den rechtmäßigen Verwaltungsakt *widerrufen* darf (§ 49 VwVfG), mal strenger, mal weniger streng.
- 47 Man sieht zudem recht deutlich: Die Sache ist komplex, aber auch logisch geordnet. Deshalb kann man sie, ähnlich dem *arbor Porphyrii*, als ein Ablaufdiagramm darstellen⁸² (von links ausgehend die Ausdifferenzierung der Tatbestände, ganz rechts außen die Rechtsfolgen):

79 Zum Begriff schon oben Rn. 8 mit Fn. 8 (Gesetzestext) und weiter unten Rn. 87 f.

80 Die VwGO regelt das oder genauer: *die* Verfahren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

81 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern; Wortlaut: „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.“ – Der Relativsatz bereitet gelegentlich Schwierigkeiten.

82 Meine Mitschrift des Tafelbildes von Udo Steiner (Vorlesung Verwaltungsrecht 1978/79 in Bielefeld).



Mit diesem System vor Augen fällt es nicht schwer, den folgenden Fall einzuordnen:

48

Student A hat zu viel BAföG erhalten, weil der Sachbearbeiter B sich verrechnet hat. A hat sich deshalb eine kleine Urlaubreise leisten können, von dem Geld ist also nichts mehr übrig. Kann die BAföG-Behörde den Bewilligungsbescheid rückwirkend kürzen?

Die Antwort lautet: Klarer Fall – nein. Zwar kann ein Verwaltungsakt, soweit er rechtswidrig ist, auch mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden (§ 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Ein begünstigender Verwaltungsakt, der Geld gewährt, *darf* jedoch *nicht* zurückgenommen werden, soweit⁸³ der Begünstigte – hier A – erstens auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat und dieses Vertrauen zweitens schutzwürdig war, was (a) der Fall ist, wenn das Geld verbraucht wurde (§ 48 Abs. 2 Sätze 1 und 2 VwVfG), freilich (b) nicht der Fall ist, wenn A wusste, das B sich verrechnet hat (zu allem § 48 Abs. 2 Sätze 1 bis 3 VwVfG). Und weil zu dieser letzten Variante „im Sachverhalt nichts steht“, kann (b) ausgeschlossen werden.

Man wird zugeben müssen: Auch all dies ist „durch und durch logisch“ (dies ist ja die erste Hauptthese der NJML). Man muss freilich auch zugeben: Im Verwaltungsrecht (und überhaupt im Recht) sind die Gesetze nicht immer so logisch – „logisch“ im Sinn von „übersichtlich“ und von „klar zuendgedacht“.

49

Bereits erwähnt wurde eingangs: Das Tatbestandsmerkmal „unanfechtbar“, das in § 48 und § 49 VwVfG wie selbstverständlich vorausgesetzt wird, muss man sich erst aus

83 Für Jurastudenten: Das „soweit“ (nicht „wenn“!) ist auch in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (Begründetheit der Anfechtungsklage) ein wichtiges Wort!

mehreren Paragraphen eines anderen Gesetzes zusammenklauben (§§ 42 Abs. 1, 68 Abs. 1, 70 Abs. 1, 74 VwGO).

Zudem gibt es auch zum Thema „Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten“ Streitfragen, bei denen die Auslegung des Gesetzes umstritten ist. Was genau meint § 48 Abs. 4 VwVfG mit dem „Zeitpunkt der Kenntnisnahme“, also dem Zeitpunkt, an dem die Behörde bemerkt (oder bemerken muss?), dass sie einen Fehler gemacht hat – von da an läuft die Rücknahmefrist von einem Jahr?⁸⁴ Und was genau regelt § 50 VwVfG, der gewiss nicht aus sich heraus verständlich ist und noch dazu eine recht irreführende Überschrift trägt? Es geht nämlich nicht so sehr um Rücknahme und Widerruf „im Rechtsbehelfsverfahren“, sondern um Rücknahme und Widerruf *nach Anfechtung durch Dritte* (die ebenfalls Vertrauensschutz verdienen).⁸⁵ Dies sind Denksportaufgaben,⁸⁶ mit denen man Juristen im Staatsexamen (und sonstigen Prüfungen) gern konfrontiert.

d) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (III): Allgemeines

- 50 Es dürfte klar geworden sein: Das auf einen Rechtsfall passende Gesetz zu finden, setzt voraus, dass man sich mit den Gesetzen auskennt, dass man vor allem ihre Struktur im Großen und im Kleinen durchschaut. Das ist in der Tat banal, es setzt aber zugleich etwas nicht-Banales voraus: Gesetze von hinreichender – und das heißt: logisch klarer – Qualität. Dass die heutige Gesetzgebung dieser Anforderung immer genügt, kann man bezweifeln.

Jüngstes Beispiel: das Bundeswahlgesetz 2020. Ob dieses Gesetz den Grundsätzen von Bestimmtheit und Klarheit noch genügte, war und blieb unter den acht Richtern des Zweiten Senats des BVerfG umstritten. Drei von ihnen, darunter die Vizepräsidentin Doris König, hielten das Gebot der Klarheit für verletzt: Das Gesetz „mutet den Wahlberechtigten im Ergebnis eine Wahrnehmung ihres fundamentalen Rechts auf demokratische Selbstbestimmung ‚im Blindflug‘ zu.“⁸⁷ – Zum BWahlG 2023 siehe Rn. 73.

- 51 Im Übrigen gibt es zu dem Thema „das passende Gesetz finden“ eine Reihe banaler Faustregeln. Die bekannteste lautet: Man lese stets nicht nur den Paragraphen bzw.

84 Dazu statt vieler *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 70), § 11 Rn. 40–45; *Annette Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht (mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht), 11. Aufl., Baden-Baden 2023, § 16 Rn. 20–23.

85 Siehe etwa *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 70), § 11 Rn. 95–97; knapper *Guckelberger* (Fn. 84), § 16 Rn. 31–32. Eingehend zu dieser vielschichtigen Vorschrift *Joachim Lege*, Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten nach Drittanfechtung. Auslegung, Änderung oder Streichung des § 50 VwVfG?, in: Siegfried Reich (Hrsg.), Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts, München 2002, S. 359–384.

86 An dieser Stelle darf der Hinweis auf die berühmte **Denksport-Entscheidung** des Österreichische Verfassungsgerichtshofs nicht fehlen. Wenn der Befund lautet: „Nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben kann überhaupt verstanden werden, welche Anordnungen hier getroffen werden sollen“ – dann ist das Gesetz verfassungswidrig und schon aus diesem Grund aufzuheben (VerfSlg Nr. 12420, Erkenntnis vom 29.06.1990, S. 776 – Arbeitslosenversicherungsgesetz).

87 BVerfGE 168, 71 – Bundeswahlgesetz 2020 (2023), Sondervotum Rn. 1 (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite). – S. auch, weil noch jünger, die Entscheidung vom 30.07.2024 zum Bundeswahlgesetz 2023 (Aktenzeichen 2 BvF 1/23 etc.).

Artikel, der auf den ersten Blick einschlägig erscheint, sondern immer auch einen Paragraphen bzw. Artikel davor und einen dahinter. Es könnte sich dort eine Ausnahme oder eine Begriffsbestimmung oder irgend etwas anderes verbergen, das die erste Vorschrift in ein neues Licht rückt.

Weitere Faustregeln sind etwa, sich den Inhalt des Gesetzes vom Inhaltsverzeichnis her erschließen oder sich die Strukturen der Texte durch sparsames Unterstreichen klar zu machen. Der schon erwähnte Otto Lagodny hat diese *basics* sehr schön (und erfreulich kritisch) zusammengestellt.⁸⁸ Das einzige, was man ihm, dem Strafrechtler, aus Sicht des Öffentlichrechtlers entgegenhalten muss: Im Öffentlichen Recht steht keineswegs „fast alles im Gesetz“.⁸⁹

2. Präjudizien

Das Oberthema dieses § 14 der NJML lautet: *Regeln* („Rechtssätze“) finden. Insofern haben wir uns bis jetzt mit Gesetzen beschäftigt, weil die bundesdeutsche Rechtsordnung auf diesem Regelungsmodell beruht. Oder sollte man ehrlich sagen: worauf sie *scheinbar* beruht? In Wahrheit dominiert nämlich ganz eindeutig und immer mehr die Rechtsprechung die Szene. Eben deshalb müssen wir einen genauen und kritischen Blick auf Präjudizien werfen, also bereits ergangene Gerichtsentscheidungen.

52

Und wir werden konstatieren müssen, dass in Deutschland häufig schlechtes Fallrecht betrieben wird. Einen besonders eklatanten Fall haben wir schon geschildert: die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH bei der Blockade von Straßen (§ 10 Rn. 28). Hier hat sich der BGH „nicht wirklich“ (extensional⁹⁰) mit den zu Grunde liegenden Fällen beschäftigt – einerseits eine friedliche Blockade der Zufahrt zu einem Munitionslager im Rahmen einer Demonstration,⁹¹ andererseits die mit Gewalttätigkeiten verbundene Spontanblockade einer Autobahn aus Trotz.⁹² Stattdessen wurde intensional, also auf der Ebene der Definitionen, geradezu haarspalterisch argumentiert, wie viel Kraftentfaltung durch wen wie viel psychische Zwangswirkung bei wem bewirkt.

a) Fallrechtssysteme (*case law*): Präjudizien mit Bindungswirkung (*stare decisis*)

Die Bedeutung von Präjudizien hängt, wie wir schon erwähnt haben, davon ab, ob sie in ihrem Rechtssystem *selbst* als allgemein verbindliche autoritative Texte gelten („Rechtsquellen“) oder nur als *Interpretation* der eigentlich verbindlichen Texte, sprich der Gesetze oder auch der (insbesondere völkerrechtlichen) Verträge („Rechtserkenntnisquellen“).

53

⁸⁸ Otto Lagodny, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Heidelberg u.a. 2012.

⁸⁹ Dies gilt besonders für die Grundrechtsdogmatik: Dort muss man zu den einzelnen Grundrechten schon recht viel an Drumherum wissen (zur Dreistufentheorie bereits § 10 Rn. 18–20). Vor allem aber steht *ein* Grundsatz, auf den im Öffentlichen Recht nach verbreiteter Ansicht *alles* hinausläuft, jedenfalls nicht im Grundgesetz: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

⁹⁰ Zu Intension und Extension schon § 9 Rn. 20–23.

⁹¹ BVerfGE 92, 1 – Sitzblockaden II (1995).

⁹² BGHSt 41, 182 – Autobahnblockade (1995) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Band, Seite.

In echten Fallrechtssystemen – wie dem anglo-amerikanischen *Common Law*⁹³ – haben Präjudizien diese allgemeine Verbindlichkeit.

Die Meta-Regel, aus der dies folgt, ist der Grundsatz des *stare decisis* (eigentlich Latein, trotzdem englisch ausgesprochen), wörtlich: zu den Entscheidungen stehen.

- 54 Für einen Rechtsfall eine Regel finden, die als Grund für neue Entscheidungen taugt, heißt also nichts anderes als: ein passendes Präjudiz suchen. Ein Präjudiz also, dessen *ratio decidendi* (= Grund der Entscheidung) auch für diesen Fall ein Ergebnis liefert. Wie und wo aber soll man suchen? Es ist klar, dass auch hier nicht die schlichte Zahl der Entscheidungen, die man kennt, ausreichen kann. Vielmehr bilden sich auch in Fallrechtssystemen sogenannte *leading cases* heraus, die zu bestimmten Themen bahnbrechend wirken.

Man denke erneut an *Marbury versus Madison* und aktuell an *Roe versus Wade*, das ist die Entscheidung zur Abtreibung, die von Supreme Court gerade *overruled* wurde.⁹⁴

Der wohl berühmteste Aufsatz der amerikanischen Rechtskultur stammt von Oliver Wendell Holmes jr., er trägt den Titel „The Path oft the Law“. Aus ihm stammt die schon zitierte Definition „*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*“⁹⁵ – Ob Holmes dabei an die Hobbesschen Propheten gedacht hat (s.o. Rn. 41)? Erwähnenswert auf jeden Fall, dass Holmes und Charles Sanders Peirce⁹⁶ sich gekannt haben: Beide waren Mitglieder eines legendären, sich selbstironisch so bezeichnenden „Metaphysical Club“ in Harvard.

Nebenbei: „Pfadabhängigkeit“ ist offenbar in der Politik- und Wirtschaftswissenschaft ein gängiger Topos.⁹⁷ Und er ist jedenfalls anschaulicher als „Kontingenz“.⁹⁸

- 55 Diese *leading cases* werden dann – vor allem für den akademischen Unterricht – von Juristen systematisiert und in *case books* zusammengefasst – meist gekürzt, aber doch so, dass man lernt, die *ratio decidendi* von den *obiter dicta* (nebenbei Gesagtem) zu trennen.

Siehe zum Umgang mit Präjudizien im *case law* – Stichworte *distinguishing* und *overruling* – schon oben § 11 Rn. 21–22.

b) Präjudizien ohne Bindungswirkung (in Gesetzesrechtssystemen)

- 56 Auf den ersten Blick leichter ist es in „Gesetzesrechtssystemen“. Dort ist Recht nur das, „was im Gesetz steht“, anders gewendet: „Der Gesetzgeber“ hat ein Rechtsetzungs-

93 Maßgebliche Darstellung: Uwe Kischel, Rechtsvergleichung, München 2019.

94 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); aufgehoben durch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

95 Oliver Wendell Holmes jr., The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (1994).

96 Zu ihm Lege, Pragmatismus (Fn. 6).

97 Siehe etwa aus Sicht der Ökonomie Rolf Ackermann, Pfadabhängigkeit, Institutionen und Regelreform, Tübingen 2001; aus Sicht des Rechts jetzt Nico Schröter, Pfadabhängigkeit und Recht, Tübingen 2024.

98 Kontingenz ist die Mischung aus Zufall und Notwendigkeit, die sich geschichtlich ergibt.

monopol. Gerichtsentscheidungen sind lediglich – in den berühmten Worten Montesquieus – der „Mund, der die Worte des Gesetzes [im Einzelfall] ausspricht“ (*la bouche qui prononce les mots de la loi*).⁹⁹

Dass dies so radikal nicht stimmen kann, zeigt sich schon dann, wenn das Gesetz mehrere Auslegungsmöglichkeiten eröffnet und das Gericht – für diesen Fall – eine davon als die „richtige“ auswählt (und darauf seine Entscheidung gründet). Dann verbietet das Gericht dem Gesetzgeber offenbar im Hinblick auf die weiteren Varianten den Mund. Und es setzt zugleich zumindest für sich selbst eine Regel, nach der es künftig entscheiden will.¹⁰⁰

Es dürfte daher kaum zu bestreiten sein: Auch Gerichtsurteile sind autoritative Rechtstexte – die Frage ist nur, wie weit hier die Autorität (*auctoritas*, also Urheberschaft!) zur Rechtsproduktion reicht. Und die Antwort ist leicht: Gerichtsentscheidungen sind nur insoweit *autoritative* Rechtstexte, als das Gericht befugt ist, Recht zu produzieren – also lediglich im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (auf Latein: *inter partes*). Kurz:

Nur der Tenor der Entscheidung (oben I 2) ist ein autoritativer Text!

Alles, was darüber hinaus in den Leitsätzen und in der Begründung der Entscheidung steht, ganz gleich ob *obiter dictum* („nebenbei Gesagtes“) oder *ratio decidendi* (tragender „Grund der Entscheidung“)¹⁰¹ – all dies ist, so hart es klingt, jenseits der Parteien *kein autoritativer Rechtstext*. Es wirkt nicht, anders als ein Gesetz, rechtlich-autoritativ *erga omnes* (gegenüber allen).

Es sei denn, um es zu wiederholen, die Rechtsordnung sieht dies in einzelnen Fällen vor. So haben manche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) Gesetzeskraft,¹⁰² und die Obergerichtsverordnungen und Satzungen¹⁰³ (s.o. Rn. 36–39) für „unwirksam“ – allen gegenüber – erklären (§ 47 Abs. 5 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung).

Ist es dann aber legitim, dass wir uns als Juristen derart intensiv mit der Rechtsprechung beschäftigen? Und zwar sowohl mit ihren Ergebnissen als auch mit deren Begründung? Nun, es gibt dafür gute Gründe, teils idealistische (aa), teils pragmatische (bb). Auf keinen Fall darf man aber Gerichtstexte so interpretieren, als wären sie selbst das Gesetz (cc).

aa) Die idealistische Autorität aufgrund Vernunft („Richtigkeit“)

Was die idealistische Bindung an Präjudizien angeht, so kann man in gewisser Weise Habermas gegen Habermas ausspielen: *Das Recht* – und gerade nicht die Demokra-

⁹⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (Fn. 17), Buch II Kapitel 6.

¹⁰⁰ Zum Keim der Verallgemeinerung, der hinter jeder Überzeugung steht, siehe § 6 Rn. 3 und 12; ferner § 11 Rn. 14.

¹⁰¹ So auch Mehrdad Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien*, Tübingen 2017, S. 463–465.

¹⁰² Siehe schon bei und in Fn. 39.

¹⁰³ ... der Vollständigkeit halber: die im Rang unter dem Landesgesetz stehen. Die Straßenverkehrsordnung, als Bundesrecht, steht darüber!

tie¹⁰⁴ – ist der Ort, wo eine Gesellschaft *deliberativ* – also argumentativ erwägend¹⁰⁵ – darüber entscheidet (oder entscheiden lässt), was normativ für alle verbindlich, *weil richtig* sein soll.¹⁰⁶ Demnach beruht die *idealistische* Autorität¹⁰⁷ und damit Verbindlichkeit von Präjudizien ganz allein darauf, dass sie den Anspruch auf „Richtigkeit“ erheben. Anders gewendet: Wenn sie *wirklich* richtig sind, dann *würden* sie mit ihren Begründungen alle vernünftigen Menschen überzeugen.¹⁰⁸

Zur Konvergenztheorie der Wahrheit schon § 5 Rn. 71–74.

- 61 Damit zeigt sich aber auch: Argumente der Rechtsprechung haben nicht schon deshalb einen erhöhten Anspruch auf Richtigkeit, weil sie aus der Rechtsprechung stammen. Sie wiegen vor der Vernunft nicht schwerer als die Argumente eines jeden anderen Interpreten des Rechts (genauer: der wirklich *rechtlich* autoritativen Rechtssätze).

Sogar die Argumente von Laien!

bb) Die pragmatische Autorität aufgrund von Macht (Ökonomie)

- 62 Hinter der Konvergenztheorie der Wahrheit bzw. Richtigkeit steht, wie wir schon gesagt haben, ein großer Konjunktiv: Wir *würden* uns, wenn wir lange genug nachdächten und alle nötigen Informationen hätten (wie der Richter Hercules, § 5 Rn. 72–74) auf das Richtige einigen. Allerdings kann man nicht ewig diskutieren, und deshalb ist im Alltag ein Ersatz für Richtigkeit immer etwas, das man *Macht* nennt – also die Chance, seinen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, „gleichviel worauf diese Chance beruht“.¹⁰⁹ Daher ist denn auch die schon genannte „präsumtive Verbindlichkeit“ von Präjudizien in Nicht-Fallrechts-Systemen (oben II 1 b) letztlich ein Zugeständnis an die Macht – die Macht der höheren Instanz. Kein Rechtsanwalt, der seinem Mandanten wohl will, wird ihm raten, in einem Rechtsstreit gegen eine, wie beide meinen, krottenfalsche,¹¹⁰ aber seit Jahren gefestigte Rechtsprechung anzugehen.

Also etwa im (fiktiven) Fall der Trierer Weinversteigerung¹¹¹ bis zum Bundesgerichtshof zu prozessieren, weil das Winken mit der Hand nun wirklich nicht als Gebot für

104 So aber Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992, 4. Aufl. 1994, Kapitel VII.

105 Lateinisch *deliberare* = erwägen, überlegen, beraten.

106 Demgegenüber ist die Demokratie, wie Bernd Rüthers gesagt hat, geradezu „Ersatz für Wahrheit“ oder „Richtigkeit“. Eben deshalb entscheidet in der Demokratie die *Macht*, und zwar die Macht der Mehrheit. Dass diese Mehrheit *irren*, sogar schwer irren kann – das ist für vernünftige Menschen das einzig Erträgliche an dieser Idee.

107 Ein Versuch, Autorität als Rechtsbegriff zu etablieren: *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 101), S. 142–150.

108 Der Indikativ wäre eine Illusion. Oder Ideologie? Ideologie wäre es jedenfalls dann, wenn man daraus, dass es eine allgemeine Meinung gibt, schlussfolgert, dass diese Meinung richtig ist.

109 Klassische Definition: *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, Kapitel I § 16.

110 Es muss wirklich „krottenfalsch“ heißen, nicht etwa, wie der Duden angibt, „grottenfalsch“. Das Wort kommt aus dem Schwäbischen und bezieht sich auf Kröten („Krotten“). Überzeugend: *Hans Martin Gauger*, Grottenfalsch ist krottenfalsch, auf der Website der Deutschen Akademie für Sprache und Dichtung, November 2010, <https://www.deutscheakademie.de/de/aktivitaeten/projekte/sprachkritik/2010-11-15/grottenfalsch-ist-krottenfalsch> <21.05.2024>.

111 Siehe schon § 10 Rn. 9; die Rechtsprechung hält auch eine Erklärung, die ohne Erklärungsbewusstsein abgegeben wurde, für rechtlich verbindlich (man kann sagen: für einen rechtlich-autoritativen

das Fass Riesling-Hochgewächs gemeint war – so dass man dieses Fass auch nicht abnehmen und bezahlen müsse.

Ganz ebenso wird ein wohlmeinender Amtsrichter nicht von der Judikatur der höheren Instanz abweichen, wenn er damit „seinen Sieger“ nur in eine verlorene Schlacht vor dem höheren Gericht schickt. Und dies auch dann nicht, wenn er die Rechtsprechung dieses Gerichts für ziemlich falsch hält.

63

Anders nur, wenn er die Rechtsprechung der höheren Instanz für unerträglich hält oder wenn die Partei „koste es was es wolle“ um ihr Recht kämpfen will.

Denn natürlich ist ein Prozess auch immer eine Frage des Geldes.

Bedauernswerterweise ist daher der Planfeststellungsbeschluss für das Bahnprojekt „Stuttgart 21“ nicht bis in die letzte Instanz – es wäre das Bundesverwaltungsgericht gewesen – angegriffen worden. So ist denn die Auffassung des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofs, dass die finanziellen Kosten des Projekts rechtlich keine Rolle spielen, unüberprüft geblieben.¹¹²

cc) Die rechtliche Autorität: Methodologische Folgerungen

Wenn man davon ausgeht,

64

- dass das Recht kein „reines Recht“ in dem Sinne ist, dass es ganz allein für sich die *auctoritas* schafft, mit der man Recht zu fabrizieren in der Lage ist (selbst Kelsens Grundnorm setzt eine Verfassung voraus, die eine „im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung“ erzeugt¹¹³ – Stichwort „Macht“),

wenn man ferner in Anlehnung an Böckenförde¹¹⁴ davon ausgeht,

- dass auch das Recht von Voraussetzungen lebt, die es nicht selbst garantieren kann (Stichwort „Vernunft“; oder wem das zu hoch hängt: „Akzeptanz“),

dann ergeben sich, was den Umgang mit Präjudizien in Gesetzesrechtssystemen angeht, zwei Folgerungen für eine zugleich kritisch-rationale und *down-to-earth*-realistische Methode:

(1) Man kommt an Präjudizien nicht vorbei („Berücksichtigungspflicht“)

Präjudizien sind im rechtlichen Deliberationskontext – ein höchst komplexer SINNZUSAMMENHANG (§ 5 Rn. 40–59) – aus idealistischen und pragmatischen Gründen von Gewicht. Wir können aus ihnen lernen, wir dürfen sie auch kritisieren, aber sie haben nun einmal Macht. Daraus folgt, dass man sie bei einer seriösen Rechtsberatung oder

65

Text), wenn die Gegenseite nach den Umständen davon ausgehen durfte – wie bei einer Versteigerung, wo jeder weiß, was Handaufheben bedeutet.

¹¹² Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim, in: Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBlBW) 2007, 143, Leitsatz 4.

¹¹³ Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 6), S. 203 f.

¹¹⁴ „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.“ Dazu bereits § 5 II Rn. 54 mit Fn. 119.

Urteilsfindung nicht außer Acht lassen darf. Oder positiv formuliert: Es besteht eine Berücksichtigungspflicht, die man weiter ausdifferenzieren kann in

- (a) die Pflicht zur Kenntnisnahme,
- (b) die Pflicht zur argumentativen Auseinandersetzung und
- (c) die Pflicht zur grundsätzlichen Befolgung und zur Begründung von Abweichungen.¹¹⁵

Allerdings sollte man diese Pflicht nicht, wie es heute Mode ist, gleich im Verfassungsrecht verankern.¹¹⁶ (Siehe zur Überstrapazierung des Verfassungsrechts auch § 15a Rn. 84 – Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen, § 23 Rn. 8 – Gelenkbolzenschellen.)

- 66 Dass es auch einfach-rechtlich geht, zeigt sich im Zivilrecht: Dort gehört – so die Rechtsprechung! – zu den Berufspflichten des Anwalts aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem Mandanten (§ 675 BGB; siehe auch § 3 Abs. 1 und 43 BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung) die Berücksichtigung (!) zumindest der höchstrichterlichen Rechtsprechung.¹¹⁷ Und der Anwalt haftet für einen Schaden (= verlorenen Prozess), wenn er diese Pflicht¹¹⁸ verletzt.

Daher sollte auch die Pflicht der Richter, Präjudizen zu berücksichtigen, ganz zwanglos aus dem einfachen Recht folgen können, hier: aus ihrer Amtspflicht als Beamte (§ 33 ff. BeamStG – Beamtenstatusgesetz – und, für Bundesrichter, §§ 60 ff. BBG – Bundesbeamtengesetz –, siehe auch den Richtereid in § 38 DRiG – Deutsches Richterengesetz). Dass die Richter – genauer: ihre Dienstherren¹¹⁹ – für eine Verletzung dieser Pflicht nur bei Rechtsbeugung haften (§ 839 Abs. 2 BGB), ist eine andere Frage.

- 67 Allerdings hat es in der Anwaltschaft mit Recht für Verbitterung gesorgt,¹²⁰ dass nun die Anwälte (!) für rechtliche Fehler des Gerichts haften sollen: Es gehöre, sagt der BGH, zur Pflicht des Anwalts, „das Rechtsdickicht zu lichten“, und dieser Pflicht sei er auch „nicht wegen der dem Gericht obliegenden Rechtsprüfung („iura novit curia“¹²¹) enthoben.“¹²² Noch eins drauf: „Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern

115 So jetzt ausdifferenziert von Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung* (Fn. 101), S. 259–262.

116 So auch Wolfgang Durner, Rezension des Werkes von Payandeh, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl) 2018, 567–569.

117 So wohl am klarsten formuliert von BGH NJW 1983, 1665, Leitsatz 1: „Ein Rechtsanwalt (...) beachtet nur dann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn er die veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung (...) berücksichtigt.“ Zusammenfassend BGHZ 178, 258 Rn. 9 – Verfassungswidrigkeit von Steuergesetzen (2008) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite) – mit der weiteren Präzisierung, dass „entgegenstehende Judikatur von Instanzgerichten und vereinzelte Stimmen im Schrifttum ... regelmäßig nicht ... zu berücksichtigen“ sind.

118 Details: Detlev Fischer in: BeckOnline-Kommentar zum BGB (BeckOK BGB), § 675 Rn. 20 <18.10.2024>.

119 Denn die Amtshaftung nach § 839 BGB wird gemäß Art. 34 GG auf den Staat übergeleitet (ebenso schon Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung).

120 Brigitte Borgmann, in: NJW 2016, 959 (Anmerkung zu dem in Fn. 122 zitierten Urteil); zuvor auch schon Volker Römermann, *Achtung Anwaltshaftung!* in: NJW 2009, 2924–2927: „Für die Berufswahl angehender Juristen sollte bedacht werden: Wer zu schlampiger Arbeitsweise tendiert, sollte jedenfalls kein Anwalt werden.“

121 Übersetzung: Das Gericht kennt das Recht – mit Akzent auf Gericht.

122 So durchaus skandalös BGH NJW 2016, 957 Rn. 8.

nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken.¹²³ Kurz: „Für Fehler der Gerichte haften die Anwälte, die sie nicht verhindert haben.“¹²⁴

Das BVerfG hat eine solche Haltung früher einmal wie folgt kommentiert: „Auch als ‚Organ der Rechtspflege‘ [Anspielung auf § 1 BRAO, J.L.] haften die Rechtsanwälte nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung, nur weil sie haftpflichtversichert sind.“¹²⁵ Ein späterer, durchaus skandalöser Kammerbeschluss des Gerichts hat den Anwälten dann aber ungerührt den Schwarzen Peter zugeschoben.¹²⁶

(2) Präjudizien sind nicht das Gesetz („kontextualisieren statt kritiklos subsumieren“)

Die zweite methodologische Folgerung beruht darauf, dass Präjudizien nun einmal nicht das Gesetz sind, also – mit Ausnahme des Tenors – kein rechtlich autoritativer Text. Daraus folgt vor allem, dass sie keine Regeln enthalten, unter die man automatisch „subsumieren“ dürfte. Vielmehr muss man sich stets klar machen, in welchem Kontext – tatsächlich und rechtlich – die Aussagen getätigt wurden und ob dieser Kontext mit dem des jetzt zu entscheidenden Falls vergleichbar ist. Kurz: Es gilt für den Umgang mit Präjudizien ein Kontextualisierungsgebot¹²⁷ („kontextualisieren statt kritiklos subsumieren“).

68

Insbesondere darf man sich nicht aus den abstrakten Aussagen in Leitsätzen und Entscheidungsgründen¹²⁸ ein paar Formulierungen herauspicken, ohne sich mit den Fällen, zu denen sie „gedichtet“ wurden, auseinanderzusetzen. Nur dann lässt sich seriös sagen, wie tragfähig die Aussagen sind. Aus diesem Grund ist es auch weiterhin wichtig, zwischen *obiter dicta* und der *ratio decidendi* zu unterscheiden.¹²⁹

Ein Beispiel für die Tendenz, Präjudizien wie Gesetze zu behandeln, war die intensional überfrachtete Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts zum „Eingriffs-

123 BGH NJW 2016, 957 Rn. 7; Anmerkung von *Brigitte Borgmann*, in: NJW 2016, 959: „In Vorträgen zur Anwaltshaftung sorgt dieser Ausspruch immer wieder für Heiterkeit unter den anwaltlichen Teilnehmern.“

124 *Gerald Mäsch*, in: JuS 2016, 457–459 (458) – Anmerkung zum in Fn. 123 zitierten Urteil.

125 BVerfG NJW 2002, 2937 (Kammerbeschluss).

126 BVerfG NJW 2009, 2945 (Kammerbeschluss) – Übersehene BGH-Rechtsprechung. Skandalös, weil erstens alles, was zur Haftung des Anwalts inhaltlich ausgeführt wird, überflüssig ist – denn es wurde schon verneint, dass überhaupt der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen ist (und nur dazu darf das Gericht etwas sagen). Skandalös zweitens, weil sich dem ersten Kammerbeschluss nicht entnehmen lasse, „dass die haftungsrechtliche Verantwortung von Verfassungen wegen ausschließlich den Gerichten übertragen sein soll“ – und dies, nachdem ein, zwei Absätze zuvor festgestellt wurde, dass die Gerichte – April, April – wegen § 839 Abs. 2 BGB von der Haftung befreit sind.

127 Insoweit bin ich ganz auf einer Linie mit *Oliver Lepsius*, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2019, S. 793–802. Zu seiner damit zusammenhängenden Kritik an der „maßstabsetzenden Gewalt“ des Bundesverfassungsgerichts siehe unten § 15a Rn. 42; dort nenne ich das Vorgehen des BVerfG Patchwork-Dogmatik.

128 Zu den sog. „Obersätzen“ der oberen und obersten Gerichte siehe – sehr kritisch – unten § 34 Rn. 56–62.

129 Auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Rn. 101), würde das wohl nicht bestreiten.

begriff“ (gezielt/ungezielt, rechtlich/faktisch, mittelbar/unmittelbar). Das BVerfG hat dem zu Recht entgegengehalten, dass der Begriff „Eingriff“ kein Gesetzesbegriff ist.¹³⁰

- 69 Ganz praktisch muss schließlich für die Bewertung von Studien- und Prüfungsleistungen, insbesondere von Klausuren gelten: Was mit dem Gesetzestext vereinbar ist, darf nicht als falsch bewertet werden – auch wenn die Rechtsprechung seit Jahrzehnten *contra legem* (gegen das Gesetz) judiziert (z.B. bei der Auslegung des § 35 Abs. 2 BauGB¹³¹). Und es sollte auch weniger ein Herunterbeten von Rechtsprechungsdetails honoriert werden als eine konsistente Begründung nahe am Gesetz (oder Vertrag) – als dem wirklich *autoritativen* Text – und am konkreten Fall.

(3) Die juristische Autorität: Balance von Vernunft und Macht

- 70 Die bisherigen Überlegungen dürften gezeigt haben: Das, was man in Präjudizien findet, taugt als Rechtsregel – und wo man **Regeln** finden soll, ist ja Thema dieses § 14 der NJML – nur unter Vorbehalt. Die Geltung des Präjudizierten beruht, pointiert gesagt, nicht auf dem Recht, sondern auf einem Mix von Vernunft und Macht, man kann auch sagen: aus einem Mix von (Rechts-)Wissenschaft und (Rechts-)Politik. Um hier **juristische** Autorität zu gewinnen, muss man beachten:
- 71 Ob und wie weit man als Jurist einem Präjudiz folgt, hängt stark von der Stellung im Rechtssystem ab. Als **Anwalt** hat man es leicht, wenn man ein günstiges Präjudiz gefunden hat – da ist der Prozess schon so gut wie gewonnen, und man sollte sich über die Richtigkeit des Präjudizes keine weiteren Gedanken machen. Es sei denn, natürlich, die Gegenseite fährt entweder ein konträres Präjudiz auf (das ist gar nicht so schwer: je mehr an Text die Gerichte produzieren, desto eher findet jeder etwas Passendes¹³²). Oder sie greift „unser“ Präjudiz scharfsinnig an – dann müssen wir nachlegen (am besten, indem wir die Präjudizien kontextualisieren). Für beide Seiten kann man sagen: Je unstreitiger das Präjudiz, desto mehr Aufwand muss man betreiben, um es aus der Welt zu schaffen. Bei manchen Präjudizien wäre dies sogar – Stichwort Macht – so gut wie aussichtslos.

Niemand sollte sich die Mühe machen, die fundamentalen Entscheidungen des BVerfG (Elfes, Lüth, Apothekenurteil, Nassauskiesung) als „falsch“ zu entlarven. Sehr wohl darf man sie aber kontextualisieren¹³³ – und damit dann etwa begründen, dass sie auf diesen jetzigen Fall nun wirklich nicht passen ...

130 BVerfGE 105, 279 (300) – Osho-Sekte (2002): „Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben.“ Inkonsequent allerdings, dass eine Entscheidung vom gleichen Tag – BVerfGE 105, 252 (273) – Glykolwein (2002) – als schlagendes Argument vorbringt: „Eingriffsqualität (!) kommt der Listenveröffentlichung nicht zu. Die Regierung hat die rechtlichen Grenzen des Informationshandelns gewahrt.“ Die Kontextualisierung ergibt mithin: Sie machen es, wie sie grad wollen.

131 Die Vorschrift lautet: „Sonstige Vorhaben können im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist.“ Die Rechtsprechung interpretiert das „können“ nach wie vor als ein „müssen“.

132 Das ist so wie mit der Bibel.

Was die **Richterschaft** angeht, so herrscht sicherlich ein gewisser Korpsgeist: Man legt sich ungern mit den Kollegen an (eine Ausnahme vielleicht: BGH und BVerfG; da gibt es immer wieder Machtspielchen bis hin zum offenen Ungehorsam¹³⁴). Vor allem aber gibt man ungern zu, sich in früheren Entscheidungen geirrt zu haben. Dass ein Gericht seine bisherige Rechtsprechung aufgibt (im *case law* würde man es *overruling* nennen), geschieht daher überaus selten.¹³⁵ Im Übrigen gilt auch hier: Je „herrschender“ ein Präjudiz ist, desto besser muss die Begründung sein (ratio), wenn man dagegen angeht.

72

Zur Rolle der „herrschenden Meinung“ (h.M.) – auch dies ja ein Mix aus Macht und (präntendierter) Vernunft – beiläufig bereits oben § 3 vor Rn. 3, § 5 Fn. 17.

Dass die Rechtsprechung, wenn sie sich erst einmal verrannt hat, nur schwer wieder „aus der Nummer herauskommt“, zeigt aktuell die Rechtsprechung des BVerfG betreffend das Wahlrecht zum Bundestag. Was das Gericht hier in mehreren Anläufen aus dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl herausgequetscht hat (nämlich einen Vorrang der Verhältniswahl vor der Mehrheitswahl) hat angesichts des Mischwahl-systems zu immer neuen Problemen geführt, deren Lösungen wieder neue Probleme generiert haben, so dass heute kaum noch jemand durchblickt.¹³⁶ Das Gericht sollte daher den Mut haben zu sagen: Sorry, die Überhangmandate waren nicht verfassungswidrig, und sie wären es auch heute nicht. Und es gibt auch keinen erkenntnis-theoretisch haltbaren Satz des Inhalts, dass eine spätere Entscheidung des BVerfG (die die Überhangmandate ab einer bestimmten Menge für verfassungswidrig erklärt hat¹³⁷) zwangsläufig klüger war als eine frühere (in der die Überhangmandate nicht beanstandet wurden¹³⁸).

73

Aktualisierung: Mittlerweile hat das BVerfG ein neues Bundeswahlgesetz von 2023 im Wesentlichen „durchgewunken“.¹³⁹ Dass einige von dessen Regelungen zumindest kontraintuitiv anmuten – Stichwort Zweitstimmendeckung – sei angemerkt.

Am freiesten kann natürlich die **akademische Rechtswissenschaft** mit Präjudizien umgehen. Sie darf, sofern es methodisch halbwegs „vertretbar“ ist (zu dieser Kategorie unten § 33 II), wirklich alles vertreten. (Allerdings macht man sich lächerlich, wenn man *immer* anderer Ansicht ist – Kürzel: „a.A.“) Letztlich muss zwar auch die akademische Rechtswissenschaft eine Balance von Vernunft und Macht finden, eine Balance von wissenschaftlichem Richtigkeitsanspruch und politischem Kompromiss. Aber es

74

133 Schöne Kontextualisierung der Lüth-Entscheidung: *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 159–279 (195): „hochgradig zeitgebundene Entscheidung“.

134 Das Beispiel der Zweite-Reihe-Rechtsprechung haben wir erwähnt (§ 10 Rn. 28). Ein weiteres Beispiel ist das Festhalten des BGH am sogenannten „enteignungsgleichen Eingriff“ nach der Nassauskiesungsentscheidung des BVerfG, dazu schon *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung“. Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: NJW 1990, 864–872 (868 ff.).

135 ... und selbst dann wird es lieber als „Abweichung“ denn als „Aufgabe“ bezeichnet, so BVerfGE 100, 249 – Allgemeine Verwaltungsvorschriften (1999).

136 So zuletzt BVerfGE 168, 71 – Normenkontrolle Bundeswahlgesetz 2020 (2023).

137 BVerfGE 131, 316 – Überhangmandate III (2012).

138 BVerfGE 95, 335 – Überhangmandate II (1997).

139 Urteil vom 30.07.2024, BVerfGE 169, 236.

ist geradezu ihre Funktion,¹⁴⁰ letztlich *allein* der Wahrheit verpflichtet zu sein. Oder genauer: rechtlicher Richtigkeit (mehr dazu unten § 30).

Um Missverständnissen vorzubeugen: Natürlich sind auch Anwälte und Gerichte der rechtlichen Richtigkeit verpflichtet. Aber sie müssen sehr viel mehr Rücksicht auf Machtverhältnisse nehmen, wenn sie diese Richtigkeit verwirklichen wollen.

- 75 Dass der „Balanceakt“, den man Juristen – allen Juristen – immer wieder zumutet, letztlich nur mit Hilfe einer juristischen Ästhetik zu bewältigen ist (nicht etwa Ethik!), sei bereits hier verraten (mehr dazu unten §§ 31–34).

Und vielleicht noch etwas, ganz nebenbei, an die Adresse von „Querdenkern“ und anderen Besserwissern. Die Frage: Wie weit folge ich dem „eigenen Verstand“¹⁴¹, und wie weit gehorche ich der Macht (auch wenn ich es besser weiß¹⁴²) – ist nicht nur eine Frage an Juristen. Es ist die staatsbürgerliche, ja menschliche (auch zwischenmenschliche!) Frage schlechthin. Und wer meint, den richtigen Verstand allein gepachtet zu haben,¹⁴³ nun ja, der überschätzt sich gewaltig.

dd) Anforderungen an gute Präjudizien

- 76 Wie man mit Präjudizien umgehen sollte, ist eine geradezu klassische Frage der juristischen Methodenlehre. Seltener wird gefragt, wie denn die Präjudizien selbst aussehen sollten, genauer: welche Anforderungen an ihre Qualität zu stellen sind.

Eine erste Antwort liegt auf der Hand: Präjudizien – und letztlich taugt ja *jede* Entscheidung eines Gerichts zum Präjudiz – sollten nicht mehr an Regeln kreieren, als der Fall erfordert. Simpel gesagt: Sie dürfen nicht mehr entscheiden, als sie müssen. Dies folgt schon aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Es ist oft genug beklagt worden, dass sich die Rechtsprechung in Deutschland nicht wirklich daran hält („Jurisdiktionsstaat“).¹⁴⁴

- 77 Eine zweite Antwort hängt damit zusammen: Gerichte sollten die Regeln, nach denen sie entscheiden, so präzise und „wertungsfrei“ wie möglich formulieren. Wenn nur noch mit Hilfe von Treu und Glauben judiziert wird¹⁴⁵ und man lieber mit verfassungsrechtlichen Großformeln statt mit dem einfachen Recht argumentiert, wird keine Klarheit geschaffen.
- 78 Dritte Antwort: Eine Rechtsprechung, die sich als „wissenschaftlich“ versteht – und das darf und sollte sie! –, hat ihrerseits eine **Berücksichtigungspflicht** im Hinblick auf die weiteren Akteure der Rechtswissenschaft, insbesondere auch die an den Universitäten

140 Nämlich im Funktionssystem „Wissenschaft“, dessen Code nun einmal lautet: „wahr/unwahr“ bzw. „richtig/unrichtig“.

141 Natürlich eine Anspielung auf das berühmte Zitat von Immanuel Kant aus dem Aufsatz „Was ist Aufklärung?“ (1784): „Habe Muth, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen“; dazu sogleich auch Fn. 143.

142 Früher sagte man: Der Klügere (!) gibt nach. Sagt man das heute noch?

143 Ich denke an eine Querdenkerdemonstration im Jahr 2021, auf der ein einziges Plakat vorangetragen wurde: „Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen (Immanuel Kant)“.

144 Das Stichwort „Jurisdiktionsstaat“ wird allerdings meist mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht verwendet, siehe nur *Shu-Perng Hwang*, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat, Berlin 2005.

145 So mittlerweile offenbar – nach dem Bekunden von Zivilrichtern – auch die Tendenz im Zivilrecht.

tätigen (Universitäten sind, frei nach Luhmann, das *Zentrum* der Wissenschaft, ebenso wie Gerichte das Zentrum des Rechts sind¹⁴⁶). Die Rechtsprechung muss substantiierte Kritik daher zumindest registrieren und sich im gebotenen Maß mit ihr auseinandersetzen. Wenn Gerichte nur noch Gerichte und unter diesen vornehmlich sich selbst zitieren, dann entsteht, wie man heute sagt, eine „Blase“, die sich nach außen abschottet – und deren Autorität dann eben nicht mehr auf Vernunft, sondern nur noch auf Macht beruht.

Sehr fragwürdig daher: In dem BVerfG-Fall „Windenergie-Beteiligungsgesellschaften“ konnte die Verfassungsbeschwerde auf mehrere Grundrechte gestützt werden. Das Gericht wies die Beschwerde ab¹⁴⁷ und stützte dabei die Entscheidung auf das am leichtesten beschränkbare Grundrecht: Art. 12 GG (Berufsfreiheit). Die Betroffenheit des viel stärkeren Grundrechts aus Art. 14 GG (Eigentum) wurde sodann sehr windig verneint, und es wurde insbesondere verschwiegen, dass es in der Literatur für die Gegenmeinung eine auf genau diesen Fall bezogene Begründung gab, die keineswegs versteckt publiziert worden war.¹⁴⁸ Seriös war das nicht (siehe auch unten § 34 Rn. 67–69).

Zu meiner Publikation in dieser Sache: Der legendäre Verfassungsrichter Konrad Hesse (1919–2005) sagte vor langer Zeit einmal zu mir: „... und hinterher wissen es wieder alle besser.“ Gemeint: all die Professoren, nachdem das BVerfG entschieden hat. Ebendeshalb hatte ich den Aufsatz schon lange vor der Entscheidung dem Berichterstatler zugeschickt.

Geradezu obszön ist es schließlich, wenn Richter in Datenbanken ihre eigenen Entscheidungen nochmals „für die Praxis“ erläutern.¹⁴⁹ Wer Urteile nicht so formulieren kann, dass ein fachkundiges Publikum sie aus sich heraus versteht, sollte damit nicht auch noch Geld verdienen. Zumal wenn das fachkundige Publikum, also die Anwälte, auch noch für Fehler der Rechtsprechung haften soll (s.o. Rn. 67).

79

ee) Resümee: Präjudizien als Regeln?

Wir können kurz zusammenfassen: In Gesetzesrechtssystemen – wie dem unseren – kommt man bei der Suche nach der (Rechts-) Regel, die den Fall entscheiden soll, an Präjudizien nicht vorbei. Man darf sie – genauer: die in ihnen getätigten

80

146 Siehe etwa *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4. – Nebenbei: Der Titel stammt von der Redaktion der FAZ. Er lautete ursprünglich: „Was ist das Wissenschaftssystem, und wo sollte es sein Zentrum haben? Zugleich ein Beitrag zu Promotionsrecht“.

147 BVerfGE 161, 63–136 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022). Genauer dazu unten § 34 IIb Rn. 67–75 (als Beispiel für juristisches Misslingen).

148 *Joachim Lege*, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung“ an Windkraftanlagen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2019, 1000–1005.

149 Gemeint ist vor allem der „*juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht*“, herausgegeben vom Verein der Bundesrichter bei dem Bundesverwaltungsgericht eV., im Netz seit 2004 und verfasst ausschließlich (das wird betont) von Richter*innen dieses Gerichts.

Rechtsaussagen – aber nicht unkritisch wie ein Gesetz „anwenden“. Es sind eben keine unmittelbar-autoritativen Rechtstexte.

Die Autorität von Präjudizien beruht vielmehr auf zwei nicht-rechtlichen Faktoren: Vernunft (bzw. Wissenschaft) und Macht (bzw. Politik). Die juristische Autorität beim Umgang mit Präjudizien hängt auch davon ab, wie gut die Balance dieser beiden Faktoren gelingt.

Letztlich ist diese Balance, wie die gesamte juristische Methode, natürlich eine Frage der Logik und der Ästhetik.

3. Autoritative Rechtstexte in der Peripherie des Rechts

- 81 Die NJML legt Wert darauf, dass „Rechtsquellen“ nicht nur die staatlich verordneten Gesetze und die Entscheidungen staatlicher Gerichte sind. In loser Anlehnung an Luhmann kann man vielmehr sagen: Recht wird nicht nur in diesem „Zentrum“ des Rechts¹⁵⁰ produziert, sondern auch in der Peripherie: in autoritativen Rechtstexten des Privatrechtsverkehrs und in der öffentlichen Verwaltung.

Wenn ich in die S-Bahn steige, dann ist dies ein autoritativer Rechtstext: in Gestalt der konkludenten (= schlüssigen) Willenserklärung, einen Beförderungsvertrag mit den Stadtwerken abzuschließen. (Und weil ich dies weiß, gibt es auch keine „Kluft“ zwischen Rechtsnorm und Wirklichkeit.)

Ein letztes Mal zum Begriff „Rechtsquelle“: Man gebe zu, es würde komisch klingen, wenn man sagt: „Wenn ich in die S-Bahn steige, dann quillt Recht aus mir.“

a) Willenserklärungen im Privatrecht

- 82 Somit sind auch Willenserklärungen im Privatrecht – also zwischen „Bürgern“, genauer zwischen Privatrechtssubjekten (dazu gehören auch Banken, Sportvereine etc.) – autoritative Rechtstexte, wenn und soweit die Rechtsordnung ihren Autoren diese Rechtsmacht zugesteht. Auch hier gilt also: Die Urheberschaft macht eine Regel zur Rechtsregel – *auctoritas ... facit legem*.

Es ist daher etwas ungenau, wenn man sagt, die Auslegung von Willenserklärungen im Bürgerlichen Recht – sagen wir: bei Verhandlungen über eine Bankbürgschaft – sei eine Frage der Würdigung des (Lebens-) Sachverhalts.¹⁵¹ In Wahrheit handelt es sich um die Auslegung autoritativer Rechtstexte. Beispiel: Der Verkäufer will nicht für verborgene Mängel haften („unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“), und das darf er „von Rechts wegen“ wollen, sofern der Käufer sich darauf einlässt und der Verkäufer einen Mangel nicht arglistig verschweigt.

- 83 Oft genug machen sich die Beteiligten im Privatrechtsverkehr natürlich sehr wenig Gedanken über die Einzelheiten eines Kaufs oder eines Mietvertrags. Da greift dann subsidiär das Gesetz ein. Wenn nichts anderes vereinbart ist, gilt gemäß dem autori-

150 Bei Luhmann bilden nur die Gerichte das Zentrum des Rechts, siehe Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 321.

151 So F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 44), Rn. 124–153.

tativen Text des § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch –: „Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.“ Aber *wenn* etwas anderes vereinbart ist, dann *gilt* dies, und der autoritative Text, aus dem dies folgt, sind die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Vertragsparteien.

b) Verträge

Damit liegt auf der Hand, dass auch Verträge autoritative Rechtstexte sind – und demnach grundsätzlich nicht anders auszulegen als Gesetze. Allerdings muss man hier immer schauen, was beide (oder auch mehrere) Parteien wirklich vereinbart haben und was nicht. 84

Wichtig ist nun: Der autoritative Text, aus dem sich die Regeln für die gegenseitigen Ansprüche ergeben, ist nicht etwa das Gesetz mit seinen Regelungen über den Kauf-, Werk-, Mietvertrag und so weiter. Anspruchsgrundlage ist vielmehr der Vertrag selbst, und daraus ergibt sich:

Wenn es bei dem, was die Vertragspartner vereinbart haben, Lücken gibt, dann muss man diese Lücken keineswegs immer mit den Regeln füllen, die sich aus dem Gesetz ergeben – sagen wir: aus den §§ 535 ff. BGB für den Mietvertrag. Es ist auch möglich – und legitim – eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen. Was hätten die Parteien vernünftigerweise vereinbart, wenn sie an diesen Fall gedacht hätten? Immerhin sind *sie* die Autoren – Autoren! – des autoritativen Textes. 85

Ich halte es daher nicht für überzeugend, dass eine ergänzende Vertragsauslegung erst dann zulässig sein soll, wenn das Gesetz keine ergänzende Regel enthält.¹⁵²

Jetzt noch etwas Banales: Der Einleitungssatz im juristischen Gutachten muss lauten: „Der Anspruch des A auf Zahlung von 777 Euro könnte sich aus dem Kaufvertrag mit B ergeben (§ 433 BGB).“ Nicht etwa: „aus § 433 BGB“.

Im Übrigen gibt es natürlich vieles, was man *nicht* vereinbaren darf, weil zwingendes Recht¹⁵³ dem entgegensteht. Bekanntestes Beispiel ist der Wucherparagraph.¹⁵⁴ 86

Wie wir oben gesagt hatten: Private können ihre Rechtsverhältnisse in autoritativen Rechtstexten regeln, wenn, aber auch nur *soweit* ihnen diese Rechtsmacht eingeräumt wurde. Und von wem eingeräumt? Nun, vom Staat! So dass im Grunde *alles* Recht öffentliches Recht ist!¹⁵⁵

152 So aber F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 44), Rn. 142.

153 Für Nicht-Juristen: Man unterscheidet zwingendes Recht (*ius cogens*) von disponiblen Recht.

154 Wortlaut: „§ 138 BGB (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“

155 Auch dies hat schon Hans Kelsen so gesehen, genauer: Er hat den Dualismus von öffentlichem und privatem Recht für ideologisch gehalten: Reine Rechtslehre (Fn. 6), S. 285–287.

c) Verwaltungsakte

- 87 „Öffentliches Recht“ im engeren Sinn – dies als Information für Nicht-Juristen – sind grob gesagt die Rechtsbeziehungen (a) zwischen „Bürger“ und „Staat“ und (b) innerhalb des „Staates“. (Wir haben beim Begriff des Gesetzes schon gesehen, dass „der Staat“ in Wahrheit eine sehr vielgestaltige Organisation ist. Und „Bürger“ sind eben auch Vereine, Aktiengesellschaften und so weiter.)

Die typische Handlungsform, in der „der Staat“ – sagen wir ab jetzt besser: die öffentliche Gewalt – „dem Bürger“ gegenüber auftritt, heißt im deutschen Recht nun ganz offiziell, nämlich in einem Gesetz als autoritativem Rechtstext definiert: Verwaltungsakt.

Zum Begriff „Verwaltungsakt“ kann man sagen: Seine *Intension* (Begriffsinhalt) lässt sich leicht ermitteln, sie steht in § 35 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz).¹⁵⁶ Was die *Extension* des Begriffs angeht (seinen Umfang), so spiegelt sich in ihr die große weite Welt der öffentlichen Verwaltung: Geburtsurkunde; Versetzungszeugnis; Erteilung der Fahrerlaubnis; Bußgeldbescheid; Verbot einer Demonstration; Baugenehmigung und Abrissverfügung; Sozialhilfe- und Subventionsbescheid; Planfeststellungsbeschluss für Stuttgart 21; und so weiter. Darüber erfährt man im Studium viel zu wenig.

- 88 In unserem Kontext soll nun allein interessieren: Der Verwaltungsakt ist ein autoritativer Rechtstext, und zwar ein Befehl.¹⁵⁷ Nämlich: eine für den Empfänger verbindliche *einseitige* Erklärung der öffentlichen Gewalt, dass etwas so und nicht anders sein soll.

Dass es ein autoritativer *Rechtstext* ist, folgt auch aus dem Tatbestandsmerkmal „Regelung“. Denn „Regelung“ wird von der Rechtslehre definiert (und zwar unstrittig!) als eine Maßnahme, die „objektiv und unmittelbar auf die Herbeiführung einer *Rechtsfolge* gegenüber dem Betroffenen gerichtet ist“.¹⁵⁸ Abzugrenzen davon sind die sogenannten Realakte, und man kann dann darüber streiten, ob der Schlag mit dem Polizeiknüppel ein Verwaltungsakt ist („Duldungsverfügung“¹⁵⁹) oder eben Realakt. (Praktische Konsequenzen hat dies kaum.¹⁶⁰)

Natürlich sieht man auch hier, dass es eine „Kluft“ zwischen Recht und Wirklichkeit „nicht wirklich“ gibt. Wer an einer Demonstration teilnimmt und den Knüppel auf den Kopf bekommt, weiß „immer schon“, dass beides rechtlich relevant ist.

156 Wortlaut: siehe Fn. 8. Natürlich muss man dann zu jedem einzelnen Tatbestandsmerkmal („Regelung“, „Einzelfall“, „Rechtswirkung nach außen“) intensional und extensional so einiges wissen.

157 Früher sprach man auch ganz unbefangen von „Verwaltungsbefehl“.

158 Statt vieler *Winfried Huck/Martin Müller*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., München 2020, § 35 Rn. 34.

159 Klassisch BVerwGE 26, 161 – Schwabinger Krawalle (1967) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite). Heute hält man diese Konstruktion überwiegend für überholt, siehe *Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.); Beck'scher Online-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz (BeckOK VwVfG), Stand 01.04.2023, § 35 Rn. 150–153.

160 Klage kann nach beiden Auffassungen erhoben werden, ein Widerspruchsverfahren entfällt; möglicherweise laufen unterschiedliche Klagefristen.

4. Gewohnheitsrecht, Allgemeine Rechtsprinzipien, „Richterrecht“

Bereits erwähnt haben wir, als „Rechtsquelle“, das Gewohnheitsrecht. Insofern ist es in der Tat schwierig, den „autoritativen Rechtstext“ zu ermitteln, aus dem es sich ergibt: Gewohnheitsrecht wird nicht in Gesetzbüchern oder Fallsammlungen fixiert, sonst wäre es ja kein Gewohnheitsrecht. Wenn man sich daher auf eine Regel beruft, die sich angeblich ergibt aus (a) allgemeiner Übung (*consuetudo*) und (b) der Überzeugung, dass diese Übung rechtmäßig ist (*opinio iuris*) – dies sind die allgemein konsentierten, sozusagen gewohnheitsrechtlichen¹⁶¹ Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts –, dann ist dies ein Konzentrat aus der *Beobachtung und Interpretation* vieler Handlungen und Äußerungen als rechtlich maßstabgebend. Oder kurz: als von der Rechtsgemeinschaft konkludent erklärter (wenn man so will: „gelebter“) autoritativer Text.

89

Man kann sogar sagen: Dies ist der einzige Fall, in dem *Dogmatik* – also die richtige Meinung vom Rechtlichen¹⁶² – zu positivem Recht (= einem autoritativen Rechtstext) wird.

90

* * *

Das Gleiche gilt für die Allgemeinen Rechtsprinzipien, die im Völkerrecht als „Rechtsquelle“ anerkannt werden.¹⁶³ Soweit sie anerkannt sind, sind sie ein autoritativer Rechtstext, bei dem der genaue Wortlaut allerdings schwer zu ermitteln ist. Das liegt nicht zuletzt daran, dass diese Prinzipien auch insoweit „allgemein“ sind, als sie nicht auf eine einzige natürliche Sprache festgelegt werden können. Schon deshalb gibt es sie immer nur in verschiedenen Fassungen.

91

Ein Klassiker zu den verschiedenen Vorstellungen in verschiedenen Sprachen: José Ortega y Gasset (1883–1955), *Miseria y Esplendor de la Traducción* (1956); spanisch-deutsch: *Elend und Glanz der Übersetzung*, Madrid/Stuttgart 1976, mit dem Beispiel (u.a.) von spanisch *bosque* und deutsch *Wald* (S. 16/17 f.).

* * *

Was schließlich das sogenannte „Richterrecht“ betrifft, so ist es weder – in herkömmlicher Terminologie – eine eigene „Rechtsquelle“,¹⁶⁴ noch kann es – in der Terminologie der NJML – autoritative Rechtstexte produzieren. Denn entweder ist das „Richterrecht“ Gewohnheitsrecht – so in der Tat wohl der allgemeine Aufopferungsgedanke (s.o. Rn. 19 und 31). Oder es ist im *case law* als Präjudiz bindend. Oder es sind gerade nicht bindende Präjudizien, und man muss sich mit ihnen unter den beiden Aspekten „Vernunft“ und „Macht“ arrangieren.

92

Anders gewendet: „Richterrecht“ ist nicht mehr und nicht weniger als *Dogmatik* – nämlich die Dogmatik der Gerichte in dem jeweiligen Bereich des Rechts.

¹⁶¹ Zwinkermiley.

¹⁶² Zur richtigen Meinung vom Schrecklichen s.o. bei und in Fn. 46. Auch hier bleibt aber die entscheidende Frage: *quis iudicabit?* – wer wird darüber entscheiden?

¹⁶³ Schweitzer/Dederer, Staatsrecht III (Fn. 24), § 3 B III, Rn. 462–493.

¹⁶⁴ Statt vieler Maurer/Waldhoff, Verwaltungsrecht (Fn. 70), § 4 Rn. 29 ff., 42 ff.

5. Dogmatik?

- 93 Und dass Dogmatik in aller Regel¹⁶⁵ keine *autoritativen* Rechtstexte produziert – keine Texte, die selbst schon **Regeln** des geltenden Rechts repräsentieren –, das haben wir wohl oft genug gesagt.

IV. Resümee: Autoritative Texte als Einstieg

- 94 Der Dritte Teil unserer Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) handelt davon, wie das charakteristische juristische Begründungsmodell – der Vollständige Juristische Syllogismus – zu konstruieren ist: Gewinnung der Regel – Aufbereitung des Falls – Manipulation des Ergebnisses. Wir haben in diesem § 14 nun untersucht, wo man die (Rechts-) **Regeln** finden kann, die eine richtige Entscheidung des Falls ermöglichen – und sind nun in einer gewissen Verlegenheit gelandet. Wir haben zwar festgestellt, dass der Begriff „Rechtsquelle“ nebulös ist.

Übrigens auch schon, das sollte man nachtragen, bei Savigny.¹⁶⁶

- 95 Wir haben stattdessen ziemlich streng gefragt, was wir als einen „autoritativen Text“, der eine Rechtsregel erzeugen kann, durchgehen lassen wollen.

Und haben dann als einen solchen Text auch schlüssiges Handeln gelten (gelten!) lassen, nicht aber „Richterrecht“.

- 96 Nun stehen wir aber doch vor dem schon beiläufig formulierten Befund, dass es eine reale Regel nie sozusagen „an sich“ gibt – und nie dergestalt, dass der Text sie unverzerrt wiedergibt. Regeln gibt es immer nur so, wie wir sie verstehen. Daher müssen wir uns nun eingehend damit befassen, wie denn die **Interpretation** von Regeln funktioniert (§ 15 bis § 15d) – es ist dies das Hauptbetätigungsfeld der herkömmlichen juristischen Methodenlehren.

Anschließend müssen wir zudem schauen, wie man Regeln korrigiert und anpasst (§ 16) und aufeinander abstimmt (§ 18, auch dies gängige Themen), wie man Regeln erfindet (§ 17) und systematisiert (§ 19, beides weniger gängig) bis hin zu Paradigmenwechseln (§ 20). Dabei werden wir einsehen müssen, dass autoritative Rechtstexte oft nicht mehr sind als ein Aufhänger für das, was man aus ihnen macht.

Aber vielleicht ist dies ja ein Ertrag der NJML: zu zeigen, wie fadenscheinig vieles ist, was wir als Juristen gelegentlich tun und – angesichts von Macht und (Un-)Vernunft – immer wieder tun müssen.

165 Ausnahme: Rn. 90.

166 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, §§ 6–15. Rechtsquellen werden definiert als die „Entstehungsgründe des allgemeinen Rechts, also sowohl der Rechtsinstitute, als der aus denselben durch Abstraction gebildeten einzelnen Rechtsregeln.“ Die Gesetzgebung ist nur ein Teil davon (§ 13), das wissenschaftliche Recht (14) ein weiterer.

§ 15 Regeln (Rechtssätze) interpretieren: Übersicht

Wir haben es mehrfach erwähnt: Begriffe und Regeln sind im Grunde dasselbe – man kann Begriffe in Regeln explizieren und Regeln zu Begriffen kondensieren (§ 5 Rn. 20–21, 120).¹ Der Begriff „Mord“ ist gleichbedeutend mit der Aussage „Mord ist es, wenn jemand einen Menschen grausam oder heimtückisch tötet“. Wir haben ebenfalls gesehen, dass Begriffe letztlich durch das bestimmt werden, was aus ihnen folgt (zur Pragmatischen Maxime § 5 Rn. 14–17).

Im Folgenden wollen wir nun bei der Interpretation von (Rechts-) Regeln trotzdem unterscheiden zwischen dem Umgang mit **Rechtsbegriffen** (§ 15a) und dem Umgang mit **Rechtssätzen**. Oder genauer: mit **Rechtsaussagen**, so wie sie in den autoritativen Rechtssätzen, die wir gerade gefunden haben (siehe § 14) formuliert sind (§ 15b).

Unter „Aussagen“ versteht man die *Bedeutung von Sätzen* im Hinblick auf einen Sachverhalt (§ 5 Rn. 25), hier: auf eine Rechtsregel; ganz ebenso, wie man unter „Begriffen“ die *Bedeutung von Termini* im Hinblick auf einen Gegenstand versteht (§ 5 Rn. 9): hier: von den „Gegenständen“ des Rechts (und das sind: *personae* – *res* – *actiones*²).

Was schließlich den Begriff „Interpretation“ angeht, so stammt die wohl treffendste Beschreibung dieses Kerngeschäfts der Jurisprudenz von Alexander Hollerbach (Hervorhebung J.L.):

„Die Rechtswissenschaft ist hermeneutische (Verstehens-)Wissenschaft. Eine wesentliche Aufgabe besteht in der Interpretation von vorgegebenen Norm-Texten oder doch jedenfalls von *satzhaft formulierbaren normativen Aussagen*.“

Man ergänze für unseren Kontext: vor allem Aussagen über Regeln. Wobei Hollerbach freilich fortfährt:

„Sie verfährt aber hermeneutisch auch insofern, als sie konkrete soziale Wirklichkeit auslegt; denn zur Text-Hermeneutik tritt die Sachverhalts- oder Fall-Hermeneutik, und erst darin, daß „Norm“ und „Fall“ in Entsprechung gebracht werden, vollendet sich bei der Rechtsfindung der hermeneutische Prozeß.“³

Wir werden dies nennen: Bezug auf außerrechtliche SINNZUSAMMENHÄNGE (§ 15a Rn. 19–23; zum Begriff SINNZUSAMMENHANG § 5 Rn. 40–59).

1 Jürgen Habermas, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S.155: „Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen [besser: Aussagen, J.L.] und Begriffen kondensiert werden.“

2 So die klassische Definition des römischen Rechts (Institutionen I, 2, 12): *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* – Alles Recht, das wir verwenden bezieht sich auf Personen, auf Sachen und auf (frei übersetzte) subjektive Rechte (oder auch: Rechtsverhältnisse). – Die „Institutionen“ waren der erste Teil des Corpus Iuris Civilis, das ist die große Rechtssammlung, die im Jahr 533 vom (ost-) römischen Kaiser Justinian veröffentlicht wurde. Sie ist für Europa so wichtig wie die Bibel: ein zweites *big book*, mit dem sich die weltlichen Herrscher (und ihre Beamten) vom Papst emanzipieren konnten.

3 Beide Zitate: Alexander Hollerbach, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Band 4 (1988), Spalten 751–760 (757); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

- 3 Abgerundet wird unsere „Interpretationstrilogie“ durch einen § 15c. In ihm werden einige **Fehlvorstellungen** („Irrlehren“) vorgestellt („Konkretisierung“, „Typus“ und „Topos“; „Verfassungsinterpretation“).

Ganz am Ende schließlich wird § 15d in einer Art Innehalten das beisteuern, womit in den gängigen Methodenlehren das Kapitel „Auslegung“ oder „Interpretation“ meist beginnt: die vier „**Kanones**“ der Auslegung in Anlehnung an Friedrich Carl von Savigny (Wortlaut, Historie, Systematik, Sinn und Zweck [Telos⁴]). Wir werden sie dort **interpretieren** (!) als ein hübsches Grobschema, das freilich von vielen Voraussetzungen lebt – Voraussetzungen, die wir teils schon dargelegt haben, teils noch entwickeln müssen. Erst Klarheit über diese Voraussetzungen kann vor Fehlvorstellungen und Scheinproblemen schützen.

- 4 Ein **Scheinproblem** ist, wie gezeigt, die angebliche „Kluft“ zwischen „Norm“ und „Wirklichkeit“ (auch Normen sind wirklich „wirklich“!).⁵ Noch zu zeigen bleibt, dass auch die Frage nach dem „subjektiven“ oder „objektiven“ Willen des Gesetzgebers ein Scheinproblem ist: *Jeder* Text führt, unabhängig vom „Willen“ des Autors, (auch) ein Eigenleben.

Das Zivilrecht trägt dem übrigens ganz selbstverständliche Rechnung: Willens(!)erklärungen – z.B. ein Vertragsangebot – sind aus dem Empfängerhorizont heraus zu interpretieren. Wie durfte (!) *er*, der Empfänger, das Wort „objektiv“ verstehen? Anders gewendet: Es geht um den vom „Recht“ – konkret: letztlich von einem Richter als beobachtendem Dritten – akzeptierten Sprachgebrauch. *Nothing more pretentious.*

4 Kurzes „e“, Betonung auf der ersten Silbe und vor allem: Neutrum, also *das* Telos (altgriechisch „Ziel, Zweck“).

5 Dazu bereits *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064.

§ 15a Regeln (Rechtssätze) interpretieren I: Die Begriffe

Im Folgenden verwenden wir den Begriff „Interpretation“ im Wesentlichen synonym mit dem Begriff „Auslegung“. Gemeint ist also: Interpretation hält sich hier noch im Bereich des üblichen¹ Wortsinns (genauer: Zeichensinns). Insofern bleibt die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) mit den herkömmlichen Methodenlehren durchaus kompatibel.

Wir werden aber sehen, dass die Grenzen fließend sind, und in anderen Rechtsordnungen, etwa in Frankreich, versteht man unter „interprétation“ auch das, was wir Rechtsfortbildung nennen.² (Vielleicht liegt dies daran, dass in den romanischen Sprachen das „Verhandeln“, das im lateinischen *inter-pret-ari* steckt, präsenter ist als im Deutschen: *pretium* ist der Preis einer Sache.)

Wie funktioniert nun die Interpretation von Rechtsbegriffen?³

I. Allgemeines zum Begriff „Begriff“

Zum Begriff „Begriff“ sei kurz wiederholt (siehe oben § 5 I):

1. Begriffe als dreistellige Relationen (Zeichen, Objekt, „Gedanke“)

Begriffe sind, wie bereits erwähnt, dreistellige Relationen zwischen einem Zeichen (dem Terminus, z.B. dem Wort „Mord“), einem Gegenstand (der auch in einer Handlung bestehen kann, etwa in der Tötung eines Menschen) und dem, was das Zeichen im Hinblick auf den Gegenstand *gedanklich*⁴ bedeutet (hier vor allem: die Handlung ist zu bestrafen).

Das hat man schon in der Antike so erkannt, wobei von dem stoischen Philosophen Sextus Empiricus (2. Jhdt. n. Chr.) die schöne Formulierung stammt: Zwei dieser Eckpunkte sind körperlich (das Zeichen und der Gegenstand), einer ist unkörperlich⁵ – eben ein „Gedanke“ (und es ist nicht selbstverständlich, dass wir bei demsel-

1 Die h.M. sagt: des *möglichen* Wortsinns. Das ist sehr blauäugig. Man denke an das Ministerium für Liebe in George Orwells Roman „1984“. Oder an das Römische Reich: Erobern und zur Provinz machen nannte man dort *pacare* – befrieden (*pax* = der Friede).

2 Siehe im Kontext des EuGH Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. München 2019, § 6 Rn. 174); zur Historie Christian Baldus, § 3 Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: 19. Jahrhundert, in: Karl Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin etc. 2021, Rn. 42, 104–111.

3 Dazu schon Joachim Lege, Rechtsbegriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) 1 (2006), S. 1–16. Mehr phänomenologisch als logisch: Tristan Barczak, Rechtsbegriffe. Elementarteilchen juristischer Methodik und Dogmatik, in: Juristische Schulung (JuS) 2020, 905–910.

4 Dies in Anlehnung an Gottlob Frege, Der Gedanke. Eine logische Untersuchung (1918), in: Ausgewählte Schriften zur Philosophie der Logik und der Sprache, hrsg. von Dolf Rami, Göttingen 2021, S. 198–217. – „Gedanke“ ist hier also objektiv gemeint, nicht (nur) als die subjektive Vorstellung im einzelnen Menschen.

5 Maximilian Herberger/Dieter Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt a.M. 1980, S. 205.

ben Zeichen auf denselben⁶ Gedanken kommen⁷). Allerdings können wir auch nicht *ohne* ein (kommuniziertes) Zeichen auf denselben Gedanken kommen.

Deshalb schon an dieser Stelle ein Hinweis auf die berühmte Umschreibung beim Klassiker Savigny (genauer dazu § 15d): „Das *grammatische* Element der Auslegung hat zum Gegenstand das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Gesetzgebers in unser Denken vermittelt.“⁸

- 4 In unserem Kontext ist der *Gegenstand*, den der Begriff bezeichnet, die *Regel*, genauer: die Rechtsregel, die es zu „erkennen“ gilt. Noch genauer: Begriffe sind die einzelnen *Bestandteile dieser Regel*, und zwar auch diejenigen Bestandteile, die diese Bestandteile miteinander verbinden – ausgedrückt durch Wörter wie „wenn“ oder „kann“, „soll“ und „ist“.

Diese Verbindungsbegriffe (Kopulae, Singular Kopula) werden wir zunächst zurückstellen, weil sie erst in der gesamten *Aussage* über die Regel Sinn ergeben (§ 15b Rn. 7–10).

2. Intension (Begriffsinhalt) und Extension (Begriffsumfang)

- 5 Wir haben des Weiteren schon gesehen (§ 9 Rn. 20–22): Man unterscheidet in der Lehre vom Begriff den Begriffsinhalt (die Intension) und den Begriffsumfang (Extension). Der *Begriffsinhalt* wird bestimmt in der Welt der Zeichen, das Wort „Mord“ etwa durch eine Definition, die in weiteren Wörtern formuliert wird (oder ein Verkehrszeichen durch die Wörter, die man in der Straßenverkehrsordnung – StVO – findet⁹). Der *Begriffsumfang* meint alle Gegenstände der Außenwelt, die „unter den Begriff fallen“ (also seine Fälle), mit Kant könnte man sagen: das Anschauungsmaterial. Letztlich bestehen Begriffe immer aus einem Zusammenspiel beider Seiten.

Nochmals das schöne Kant-Zitat: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind.“¹⁰

Die „Außenwelt“ muss übrigens keine reale, es kann auch eine fiktive Welt sein. Dann sind Harry Potter und Hermione Granger Schüler im Internat Hogwarts oder Winnetou und Old Shatterhand Aktivisten in einem imaginierten Wilden Westen. Ob auch das Recht nur eine Scheinwelt ist („Überbau“), die die realen Machtverhältnisse verschleiert (die ökonomische „Basis“), kann man in marxistischer Tradition¹¹ durchaus hinterfragen.

- 6 Im Folgenden werden wir zunächst die Bestimmung von Rechtsbegriffen mit Hilfe der „Außenwelt“ betrachten (II), danach mit Blick auf die juristische Innenwelt (III).

6 ... eben objektiven, nicht subjektiven Gedanken. – Dass diese objektiven Gedanken ihre Bedeutung letztlich durch Praxis gewinnen (§ 5 I Rn. 14–21), sei zur Erinnerung kurz eingeflochten.

7 Zur doppelten Kontingenz und damit zur Unwahrscheinlichkeit „richtigen“ Verstehens schon § 10 Rn. 312.

8 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, § 33, S. 213. – § 33 ist übrigens überschrieben mit: „Auslegung einzelner Gesetze“ (vgl. § 14 Rn. 21).

9 Siehe etwa § 12 StVO zu den Verkehrszeichen Nr. 283 und 286 (Halte- und Parkverbot).

10 Immanuel Kant, KrV B 75 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1785, S. 75; „A“ wäre die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

11 Karl Marx, Zur Kritik der politischen Ökonomie (1859), Vorwort, in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 13, Berlin (DDR) 1961, S. 8 f.

Besonderer Betrachtung bedürfen schließlich die angeblich so „typisch juristischen“, weil unscharfen Begriffe wie „Treu und Glauben“ oder „Zuverlässigkeit“ (IV).

II. Extensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsumfang, „Fallvergleich“)

Beginnen wir also mit der extensionalen Bestimmung von Rechtsbegriffen, also mit der Bestimmung ihres Umfangs in der „Außenwelt“. Dies geschieht letztlich immer durch einen *Fallvergleich*.¹²

7

Die Fälle können dabei durchaus fiktiv sein – man denke an die Trierer Weinversteigerung¹³ und an die vielen Fallvarianten in strafrechtlichen Untersuchungen („wie, wenn A statt den X den Y getötet hätte?“).

1. „Begriffskern“ und „Begriffshof“

Ein geläufiges Bild bei diesem Fallvergleich ist die Unterscheidung von einem Begriffskern und einem Begriffshof – sie stammt¹⁴ von dem bedeutenden Tübinger Zivilrechtler und Methodologen Philipp Heck¹⁵ (1858–1943; Heck ist Hauptvertreter der von ihm selbst so bezeichneten „Interessenjurisprudenz“). Das Bild spricht im Grunde für sich: Es gibt einen „Kern“ klarer Fälle und darum herum Phänomene, bei denen die Zuordnung zum Begriff nicht so klar ist.

8

Bei der Nötigung (§ 240 StGB – Strafgesetzbuch –) gehört es zum klaren „Kern“ von „Gewalt“, wenn ich jemanden grob beiseite stoße, um selbst noch in den überfüllten Zug zu gelangen. Eher in den „Hof“ des Begriffs gehören schon die Fälle, in denen Gewalt gegen Sachen, gegen Tiere oder gegen Dritte ausgeübt wird (ich schlage den Hund, um sein Herrchen zur Bezahlung von Schulden zu nötigen).¹⁶ Zu den Sitzblockaden schon § 8 und § 10, jeweils *passim*¹⁷, und sogleich unter 2.

Heck weist übrigens mit Recht darauf hin, dass in der Regel *alle* Begriffe diese unscharfen Ränder haben¹⁸ – nicht nur die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe (dazu Rn. 69–75).

12 Mit etwas anderem Akzent zum „typisierenden“ Fallvergleich etwa Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, S. 59–64.

13 Siehe oben § 10 Rn. 9: A winkt seinem Freund B zu, der Auktionator interpretiert dies als ein Gebot und schlägt dem A ein Fass Wein zu. Es ist ein Schulbeispiel, erfunden von Hermann Isay (1873–1938).

14 Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 52 (sehr knapp!).

15 Knapp zu ihm Heinrich Schoppmeyer, Durchreflektierte Methode: Die Interessenjurisprudenz Philipp Hecks (1858–1943), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 189–207; ausführlich Heinrich Schoppmeyer, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001; Rezension: Joachim Lege, Der Staat 43 (2004), S. 465–471.

16 Siehe etwa Lutz Eidam, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 240 Rn. 28 f. (ohne das Hunde-Beispiel).

17 Lateinisch *passim*: durchgehend.

18 Heck, Begriffsbildung (Fußn. 14), S. 60: Dies teilten die Rechtsbegriffe mit den Begriffen des Alltags.

2. Die Drei-Kandidaten-Lehre („positive, negative und zweifelhafte“)

- 9 Im Grunde dasselbe Bild zeichnet die von Hans-Joachim Koch (geb. 1944) und Helmut Rüßmann (geb. 1943) geprägte Unterscheidung von „positiven“, „negativen“ und – sehr unglücklich so bezeichneten – „neutralen“ Kandidaten für die Zuordnung zu einem Begriff.¹⁹ Sie expliziert lediglich, dass es jenseits²⁰ des „Hofes“ einen Bereich gibt, der vom Begriff eben gar nicht mehr umfasst wird.

Warum „unglücklich“ bezeichnet? Nun, die neutralen Kandidaten sind kein Neutrum, kein „Weder-noch“²¹, sondern ein „Entweder-oder“²². Kurz, es ist zweifelhaft, ob sie dem positiven oder dem negativen Feld zugeordnet werden. Richtig wäre also zu sagen: „dubiose“ (= zweifelhafte) Kandidaten. Das Wort *dubios* hat allerdings im Deutschen eine negative Konnotation²³.

- 10 Das Bild von positiven, negativen und zweifelhaften Kandidaten hat nun allerdings durch diese Erweiterung des Rahmens (*framing*²⁴) durchaus einen Vorteil: Sie nötigt uns, nicht nur an die klaren Fälle von Gewalt zu denken, sondern auch an klare Fälle von „Nicht-Gewalt“, etwa den gewaltlosen Widerstand Gandhis (1869–1943) gegen die Kolonialmacht in Indien.

Im Fall der Sitzblockaden (§ 8, § 10) dürfte dies die Wahrnehmung der sozialen Bedeutung des Problems (vgl. den *bias* WYSIATI²⁵) entscheidend erweitern – anders als wenn man grübelt, ob die Sitzblockade von der „Kraftentfaltung“ her dem Umdrehen eines Schlüssels (um jemanden einzusperren) gleicht oder gar darüber hinausgeht. Man könnte dann z.B. auf die Idee kommen, ob zum Merkmal „Gewalt“ ähnlich wie bei der „Heimtücke“ eine Art feindlich-aggressive Willensrichtung gehört. (Vielleicht gar: eine *rechts*feindliche Willensrichtung?) Und man kann sich vielleicht damit beruhigen, dass man die Blockierer mit Hilfe anderer Vorschriften sanktionieren kann.²⁶

Ich muss gestehen, dass ich die Sitzblockaden im Hinblick auf den Begriff „Gewalt“ immer als eindeutig negative Kandidaten qualifiziert habe. Die Aktionen der

19 Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 194 ff.

20 „Diesseits“ ist der Kern! – Die Begriffe „diesseits“ und „jenseits“ sind in ihrer lateinischen Version gerade ein wenig in Mode gekommen. Eine Transfrau ist ein biologischer Mann, der sich „jenseits“ (*trans*) der biologischen Geschlechtergrenze (wenn es sie denn gibt) als Frau verortet. Eine Cis-Frau ist eine Frau, die „diesseits“ (*cis*) dieser Grenze eine Frau bleiben will. Natürlich kann man sogar bestreiten, dass es diese Grenze überhaupt gibt (siehe § 5 II Rn. 41 mit Fn. 87 und 88) – aber ganz ohne Grenze hätte ein Reden von *cis* oder *trans* keinen Sinn. Natürlich kann genau dies so gewollt sein: *ex contradictione quodlibet* – aus Widersprüchlichem folgt, was immer man will. Zum Beispiel die Befugnis, Menschen als „transphob“ zu stigmatisieren.

21 Lateinisch *ne-uter*: keiner von beiden.

22 Vgl. lateinisch *alter*: der eine und der andere. Daher die Alternative (es gibt immer nur *eine*, und sie besteht aus diesen beiden Möglichkeiten).

23 Konnotationen sind Bedeutungen meist wertender Art, die in einem Begriff mitschwingen; siehe etwa Hans Hannappel/Hartmut Melenk, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 128–131.

24 Ausführlich dazu unten § 35 Rn. 49.

25 „What You See Is All There Is“; dazu unten § 35 Rn. 34 f.

26 Man denke an § 315b StGB: gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr durch Bereiten eines Hindernisses; oder an eine Ordnungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die allgemeine Rücksichtnahmepflicht im Straßenverkehr oder wegen übermäßiger Straßennutzung (§§ 1 Abs. 2, 29, 49 StVO – Straßenverkehrsordnung).

III. Intensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsinhalt, „Definition“)

„Letzten Generation“, in denen sich viele Menschen mit Sekundenkleber auf öffentlichen Straßen fixieren, um den Verkehr ganzer Städte lahmzulegen, erreichen allerdings quantitativ eine derart neue Dimension, dass ich ins Schwanken gerate.

Wie auch immer: Der Fall „Sitzstreik“ ist (und bleibt wohl für immer) ein klassischer zweifelhafter Fall – oder wie die Angloamerikaner sagen: ein *hard case*.

3. „Normalfallmethode“

Vor allem im Strafrecht wird für die Begriffsbestimmung mit Hilfe des Begriffsumfangs (der Extension) auch eine sogenannte „Normalfallmethode“ vorgeschlagen.²⁷ Vertreten wird sie vor allem von dem Tübinger Strafrechtler und Rechtstheoretiker Fritjof Haft (geb. 1940), der in der Zunft freilich eher zu den Außenseitern zählt.

11

Wenn ich gelegentlich ein wenig Information zu den Akteuren der Juristischen Methodenlehre(n) beisteuere, so mag dies dadurch gerechtfertigt sein, dass die Juristische Methode eben auch eine spezifische *soziale* Welt konstituiert, einen spezifischen *sozialen* „SINNZUSAMMENHANG“ (zum Begriff § 5 Rn. 40–59). Und in diesem Zusammenhang sollte man dann nicht nur über Carl Schmitt und Karl Larenz ein paar Worte verlieren.

Man wird sagen können, dass Hafts Hauptziel wohl didaktischer Natur ist: Die Studenten müssen nicht nur „zu viel Formalkram“²⁸ lernen, sondern auch viel zu viele Zweifelsfälle – und werden dadurch dem größten Teil der real existierenden Rechtswelt – die eben meist „ganz normal“ funktioniert – geradezu entfremdet. Jedoch verschiebt die „Normalfallmethode“ letztlich nur die Akzente und geht im Grundmodell nicht über die Drei-Kandidaten-Lehre hinaus.

III. Intensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsinhalt, „Definition“)

Geläufiger als die Bestimmung von Begriffen durch Bezug auf die Außenwelt dürfte deren Bestimmung durch Bezug auf weitere Zeichen, insbesondere Sprachzeichen sein („Zeichenwelt“). Wir erklären einen Begriff, indem wir auf weitere Begriffe verweisen, genauer: indem wir das Zeichen für diesen Begriff – etwa das Wort /Hund/ – mit einer Kombination anderer Zeichen erläutern: Ein /Hund/ ist ein /vierbeiniges Tier/, das /bellen kann/.²⁹

12

1. Definitionen

Die sicherlich bekannteste Form, in der auf diese Weise Begriffe bestimmt werden, ist die Definition. Man kann geradezu sagen: In der Alltagssprache und auch von vielen Juristen dürften „Begriffsbestimmung“ und „Definition“ synonym verwendet werden.

13

²⁷ Im Grund zu wenig herausgestellt: Fritjof Haft, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl., Bielefeld 1997, S. 131, 181–194.

²⁸ Eine Formulierung meines geschätzten Greifswalder Kollegen Claus Dieter Classen.

²⁹ Zur Kennzeichnung von Zeichen als /Zeichen/ durch Schrägstriche siehe Umberto Eco, Einführung in die Semiotik, München 1972, z.B. S. 37, 65 ff.

So etwa, wenn den Jurastudenten, besonders in den Anfangssemestern, als Schema für den „Gutachtenstil“ eingebleut wird³⁰:

Einleitungssatz (oft auch Obersatz³¹ genannt)

Definition

Subsumtion

Ergebnis (Konklusion)

Das ist nicht ganz falsch, aber es geht doch einiges durcheinander: Mit „Obersatz“ ist nämlich nicht der *logische* Obersatz gemeint – die *praemissa maior* (§ 5 Rn. 95) –, sondern der *Rechtssatz*, insbesondere sein Tatbestand. Dass zudem Begriffsbestimmung und Definition nicht dasselbe sind, ist schon angeklungen („Fallvergleich“), wir werden es noch vertiefen. Wie eng schließlich die Subsumtion mit der (sogenannten) Definition zusammenhängt (§ 9 Rn. 28–31) und wie stark beide letztlich vom Ergebnis bestimmt (!) werden (§ 6 Rn. 41–44) – das wird in diesem Schema geradezu ideologisch verschleiert. Das Schema klingt vielmehr – mit Verlaub – nach „Subsumtionsautomat“³².

Kommen wir aber nun zu den Methoden, mit denen man Begriffe definiert!

a) Oberbegriff und spezifischer Unterschied (*genus proximum, differentia specifica*)

14 Die klassische Lehre von der Definition (auch sie geht auf Aristoteles zurück³³) lautet:

Definiert wird per *genus proximum et differentia specifica*.

Auf Deutsch: durch die nächsthöhere Gattung (*genus*, man kann auch sagen „Klasse“ oder gleich: „Oberbegriff“) und die besondere Differenz, also den besonderen Unterschied gegenüber Mitgliedern derselben Gattung bzw. Klasse. Zum Beispiel:

- Der Mensch ist ein Tier, das in einer Polis (Staat³⁴) lebt (*zōon politikón*³⁵),
- der Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, das zwei- oder mehrseitig³⁶ zustandekommt,
- ein Grundrecht ist ein subjektives öffentliches Recht mit Verfassungsrang.

30 Siehe nur *Brian Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, § 2 III 2 (S. 16); zu den sog. „Obersätzen“ der oberen und obersten Gerichte siehe unten § 34 Rn. 56–62.

31 Neuerdings wird stattdessen auch „Hypothese“ gesagt. Das bringt recht schön zum Ausdruck, dass man deduktive Syllogismen nicht-deduktiv *interpretieren* kann – eben als Vermutungen (siehe oben § 6 Rn. 17, 22, 41 f.): „Es *könnte* sich bei der Tat des A um einen Fall von Mord handeln. Mord ist – Obersatz –, wenn man einen Menschen grausam tötet. ‚Grausam‘ ist es – Definition –, wenn ...“ und so weiter.

32 Bekanntestes Werk: *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986.

33 *Aristoteles*, *Topik* I 8 103b 15 f., altgriechisch in Umschrift: *ho horismós ek génous kai diaphorón estín* (dort aber eher beiläufig so definiert!). Zu weiteren Definitionslehren *Heribert Maria Nobis* (I) und *Gottfried Gabriel* (II), Artikel „Definition“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (HWPh), Band 2, Basel 1972, Nachdruck Darmstadt 2019, Sp. 31–42.

34 Genauer: der „Stadtstaat“ im alten Griechenland: Athen, Sparta, Theben, Korinth etc.

35 *Aristoteles*, *Politiká* I 2 1253a 1–5: *hóti ho ánthrōpos phýsei politikón zōon*; „ánthrōpos“ ist übrigens geschlechtsübergreifend; wenn es eine Frau ist, heißt es „*hē ánthrōpos*“, und ein drittes Geschlecht könnte man wohl mit „*tó* (mit kurzem o) *ánthrōpos*“ bezeichnen. „Mann“ als biologisches Geschlecht heißt auf Altgriechisch *ánēr*, daher kommt merkwürdigerweise die *andreia* – Tapferkeit.

36 Einseitige Rechtsgeschäfte sind demgegenüber Anfechtung, Kündigung, Bevollmächtigung.

Man sieht leicht, dass hinter dieser Definitionslehre eine ontologische oder jedenfalls realistische Auffassung von Logik steht (§ 4 Rn. 2). Die *Welt selbst* ist auf diese Weise logisch geordnet, es sind nicht etwa nur unsere Zeichen oder gar Gedanken! 15

Zur Kontroverse zwischen (Begriffs-)Realismus und Nominalismus – sogenannter Universalienstreit – schon oben § 4 Rn. 2).

Man sieht aber auch: Derartige Definitionen haben in der Jurisprudenz vor allem dort ihren Platz, wo es um Systembildung geht (wir haben die „Begriffsbäume“ oder „pyramiden“ schon in § 14 Rn. 42–44 vorgestellt). In der Fallbearbeitung spielen sie hingegen nur als Einstieg eine Rolle. Wenn man in der Klausur oder im gerichtlichen Urteil den § 211 StGB prüft und zur Definition völlig korrekt ausführt: „Mord ist die ‚Tötung eines Menschen‘ [d.i.³⁷ das *genus proximum*] mit ‚Mordmerkmalen‘ [d.i. die *differentia specifica*]“ – dann ist dies nur ein erster Schritt. Man will schon genauer wissen: Was meint denn dieses Mordmerkmal „Heimtücke“ oder „Habgier“ oder „grausam“ etc.³⁸

Nebenbei: Es ist ohne weiteres möglich, dass ein Begriff unter mehrere Oberbegriffe fällt. Das Bauplanungsrecht ist z.B. sowohl ein Teil des *Baurechts* (neben dem privaten Baurecht und dem Bauordnungsrecht) als auch ein Teil des öffentlichen *Raumplanungsrechts* (neben dem Recht der Raumordnung und Landesplanung).³⁹ 16

b) Die Bestandteile von Definitionen: definiens und definiendum

Man unterscheidet daher allgemeiner und weniger ontologisch (aber immer noch in der klassischen Lehre) bei einer „Definition“, als Ganzes betrachtet, 17

- (1) den Bestandteil, der definiert (das *definiens*⁴⁰), und
- (2) den Bestandteil, der definiert werden soll (das *definiendum*⁴¹).

Wie sich beide zueinander verhalten *sollten* – Logik ist ja eine normative Wissenschaft (§ 3 FN 48, § 5 Rn. 53–53, 57–59) –, dazu gibt es durchaus Regeln. Die bekannteste: Man darf nicht zirkulär definieren. Oder salopp gesagt: Ein Begriff darf nicht durch sich selbst erklärt werden. Ein klassisches Beispiel hierfür findet sich freilich nach wie vor in allen (!) Landesbauordnungen (zitiert wird die des Landes Mecklenburg-Vorpommern – LBauO M-V):

37 Abkürzung für „das ist“.

38 Die Mordmerkmale sind insgesamt: Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier, sonstige niedrige Beweggründe; heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln; um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken. – Bereits mehrfach erwähnt wurde, dass § 211 StGB seine heutige Fassung in der Zeit des Nationalsozialismus erhalten hat; dass er deshalb faschistisch sei, verneint allerdings *Martina Plüss*, Der Mordparagraf in der NS-Zeit, Tübingen 2018.

39 Einzelheiten: *Joachim Lege*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 1–8.

40 Partizip Präsens Aktiv von lateinisch *definire*: „das Definierende“.

41 Gerundiv von lateinisch *definire*: „das zu Definierende“; vgl. auch „Konfirmand“ und „Doktorand“.

- 18 **§ 2 Begriffe** (1) Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen; (...) (2) bis (9) (...) (10) Bauprodukte sind
1. Produkte, Baustoffe, Bauteile und Anlagen (...), die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden,
 2. (...)

Kurz: Bauliche Anlagen werden dadurch definiert, dass sie aus Bauprodukten hergestellt sind, und Bauprodukte sind dadurch definiert, dass sie in bauliche Anlagen eingebaut werden. (Warum ein solcher Zirkelschluss nicht nur theoretisch, sondern auch pragmatisch falsch ist, dazu unten § 34 Rn. 17–21.)

Handhabbar wird die Vorschrift erst, wenn man sich klar macht, was nicht darunter fällt: Maschinen (die Abgrenzung kann schwer sein, Windkraftanlagen und Karussells sind bauliche Anlagen) und natürlich Gewachsenes wie Hecken.

c) Der Bezug auf SINNZUSAMMENHÄNGE

- 19 Woraus bestehen nun aber im „Normalfall“ Definitionen, genauer das *Definiens*?

Man wird sagen können: Das *Definiens* ordnet ein Phänomen (das *Definiendum*) in denjenigen SINNZUSAMMENHANG ein, in dem wir gerade über dieses Phänomen sprechen (zum Begriff SINNZUSAMMENHANG § 5 Rn. 40–59). Dabei ist zweierlei von größter Bedeutung:

Erstens ist das Phänomen – z.B. die Sitzblockade – in diesem SINNZUSAMMENHANG sowohl als Einzelfall als auch als Repräsentation von etwas Allgemeinem *in derselben Weise real (wirklich)*. Es gibt keine logische oder gar ontologische „Kluft“, die überwunden werden müsste, schon gar nicht durch eine nicht mehr kritisierbare „Wertung“.

Ich weise nochmals auf den Universalienstreit hin (§ 4 Rn. 2); s. auch § 5 Rn. 9.

Zweitens kann dasselbe Phänomen ohne weiteres in *mehrere* SINNZUSAMMENHÄNGE zugleich eingeordnet werden. Wir haben, wenn wir vor Gericht über „Gewalt“ reden, immer *zwei* SINNZUSAMMENHÄNGE *zugleich* im Blick: die Begriffe der „Rechtswelt“ und die Begriffe der „Lebenswelt“. Auch insoweit gibt es keine „Kluft“ (sondern, wenn man so will, eine strukturelle Kopplung⁴²).

- 20 Und eben deshalb kann man z.B. im *Strafrecht* ganz unbefangen definieren:

- *Gewalt* ist „die unter Anwendung physischer (körperlicher) Kraft erfolgende Einwirkung auf einen anderen zur Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder bestimmt erwarteten Widerstands“⁴³ (im Einzelnen wenig hilfreich, stattdessen eine reiche Kasuistik, s.o. unter II);

42 Ein Begriff aus der Luhmannschen Systemtheorie. Strukturelle Kopplungen sind Sinneinheiten, die notwendig für zwei (oder noch mehr?) Systeme zugleich eine Bedeutung haben, zum Beispiel Eigentum und Vertrag für die Systeme „Recht“ und „Wirtschaft“, die Verfassung des Staates für die Systeme „Recht“ und „Politik“ (Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, Kapitel 10).

43 So schon RGSt 64, 113 (115) – Unzüchtige Handlungen an einer Frau nach Einsatz von Hypnose (1929) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band, Seite [Fundstelle]) mit Verweis auf noch frühere Entscheidungen. Die Definition wird bis heute, meist leicht abgewandelt, verwendet.

III. Intensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsinhalt, „Definition“)

- *Heimtücke* ist „das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindseliger Willensrichtung“⁴⁴;
- *grausam* tötet, „wer dem Opfer Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen“⁴⁵.

Und so weiter (Strafrecht ist das Rechtsgebiet „mit den meisten Definitionen“ – was natürlich mit dem Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz – *nulla poena sine lege*“ zusammenhängt.)

Oder im *Zivilrecht*:

21

- *Leistung* im Sinn des § 812 BGB (Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung) ist „die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“⁴⁶.
- *Sittenwidrig* im Sinn des § 138 Abs. 1 BGB ist, „was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“⁴⁷ (natürlich eine sehr antiquierte Formel).

Schon hier sei eingeflochten, dass § 138 BGB in seinem Absatz 2 selbst eine „Konkretisierung“ (zu diesem Begriff unter § 15c Rn. 4–28) durch das Beispiel „Wucher“⁴⁸ vornimmt:

„Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“

Oder im *Öffentlichen Recht*:

22

- *Beruf* im Sinn des Art. 12 GG ist „jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“⁴⁹.

44 In etwas anderer Formulierung ebenso z.B. *Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf*, Strafrechtsgesetzbuch, 9. Aufl., Baden-Baden 2022, § 211 Rn. 18.

45 *Albin Eser/Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019, § 211 Rn. 27; besonders schrecklicher Fall: BGHSt 61, 302 – Verbrennen des Opfers (2016) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Band, Seite [Fundstelle]).

46 *Martin Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 8. Aufl., München 2020, § 812 Rn. 47.

47 So das Reichsgericht und später der Bundesgerichtshof, siehe *Christian Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 9. Aufl., München 2021, § 138 Rn. 26 mit Nachweisen. Die Formel wird heute überwiegend als veraltet betrachtet und in anderen Kommentaren gar nicht mehr erwähnt, siehe z.B. *Hans-Peter Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., München 2023, Rn. 8–11; stattdessen heißt es: „*Sittenwidrig ist ein Rechtsgeschäft*, wenn es nach seinem aus der Gesamtwürdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Charakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist.“

48 „Wucher“ ist mittlerweile in der Tat ein autoritativer Text, denn mittlerweile sind auch die Überschriften zu den Paragraphen des BGB „amtlich“, das heißt, vom Gesetzgeber so beschlossen. Beim ursprünglichen BGB waren sie es nicht, sie wurden freilich nicht-amtlich von den juristischen Verlagen in eckigen Klammern eingefügt. „[Wucher]“ war damals also ein nicht-autoritativer Text (zum Begriff § 14 Rn. 22).

49 Ständige Rechtsprechung, aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 155, 238 (276 Rn. 92) – Windenergie auf See (2020) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

Dies bedarf dann weiterer Erläuterung, so dass es in einem Kommentar z.B. heißt:

„Es muss nach den objektiven Umständen erwartet werden können, dass sich der Grundrechtsträger mit der Tätigkeit ein Auskommen verschafft. Fehlt es an der Aussicht, Einkommen zu erzielen, handelt es sich nicht um einen „Beruf“, sondern um ein „Hobby“. Eine berufliche Tätigkeit muss daher wirtschaftlich sinnvoll sein. Dies ist auf Grund einer objektiven Prognose zu bestimmen. Eine berufliche Tätigkeit ist auch dann gegeben, wenn sie die ganze Arbeitskraft in Anspruch nimmt, gleichwohl eine vollständige Bestreitung des Lebensunterhaltes nicht erlaubt. Die Freiheit der Berufswahl umfasst das Recht, mehrere Berufe zu wählen und nebeneinander auszuüben. Auch Zweitberufe, Nebentätigkeiten, Gelegenheitsarbeiten und Ferienjobs sind Berufe i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG. Durch berufliche Tätigkeit wird in der Regel ein „Beitrag zur wirtschaftlichen Gesamtleistung“ erbracht. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um ein Definitionsmerkmal des verfassungsrechtlichen Berufsbegriffs, sondern um die Feststellung, dass dies aus der Inanspruchnahme der grundrechtlichen Freiheit folgt.“⁵⁰

- 23 Es wird deutlich: Die erste Definition ist nur der Einstieg in eine gründliche Betrachtung der zu regelnden „Lebenswelt“ – hier vor allem des SINNZUSAMMENHANGS „Wirtschaft“, nebenbei aber auch des SINNZUSAMMENHANGS „Privatleben“ (Hobby!). Und ganz ohne Bezug auf den Begriffsumfang (die Extension) geht es auch hier nicht aus (Zweitberufe, Ferienjobs).

d) Sonderfall „Legaldefinitionen“ (besser: Legislativdefinitionen)

- 24 Einen Sonderfall rechtlicher Begriffsbestimmung bilden die sogenannten Legaldefinitionen, also Definitionen, die der Gesetzgeber selbst vornimmt (weshalb man sie besser „Legislativdefinitionen“ nennen sollte⁵¹). Am bekanntesten sind die Definitionen des „Anspruchs“ im Zivilrecht und des „Verwaltungsaktes“ (inklusive „Allgemeinverfügung“) im Allgemeinen Verwaltungsrecht:

§ 194 Abs. 1 BGB Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

§ 35 VwVfG Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.

- 25 Insbesondere § 35 VwVfG ist dann freilich erst der *Einstieg* zu weiteren Definitionen und SINNZUSAMMENHÄNGEN.

Der Begriff „Behörde“ verweist zum Beispiel auf den SINNZUSAMMENHANG „Verwaltungsorganisation“ als Teil des Staatsapparats (oder wenn man will: des politischen Systems). Mit diesem Staatsapparat fremdeln viele Studenten, obwohl er der Schlüssel zum Verständnis des gesamten Öffentlichen Rechts ist: Die meisten Probleme des

50 Gerrit Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, 7. Aufl., München 2018, Art. 12 Rn. 38; siehe ferner etwa Ferdinand Wollenschläger, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 12 Rn. 31–33.

51 Denn der Gegensatz zu „legal“ ist „illegal“ – was sicher nicht gemeint ist; gemeint ist vielmehr der Gegensatz von „legislativ“ (durch den Gesetzgeber) und „exekutiv“ und/oder „administrativ“ (durch die Regierung oder die Verwaltung).

Öffentlichen Rechts sind Kompetenzprobleme (dazu etwa sogleich § 15a Rn. 69–75, 76–82).

Aber zurück zu den Legaldefinitionen: Was muss man methodologisch über sie wissen? Eigentlich nur, dass es sie gibt – und dass sie, anders als die von Rechtsprechung und Fachliteratur erdachten Definitionen – *autoritative Texte* sind (§ 14 Rn. 22), das heißt: rechtlich verbindlich. Man muss ihnen „gehörchen“.

e) Resümee

In gewisser Weise ist das gesamte Recht derart voll von „Definitionen“ (genauer Begriffsbestimmungen), dass es in der juristischen Ausbildungsliteratur geradezu eine eigene Literatur-Untergattung gibt, nämlich Bücher oder Skripten⁵², in denen – wie in einer Formelsammlung – „die wichtigsten Definitionen“ aus dem Strafrecht,⁵³ dem Zivilrecht und dem Öffentlichen Recht (gelegentlich plus dem Internationalen Recht) aufgelistet sind.⁵⁴

Zu diesen „Formelsammlungen“ kann man verschiedener Meinung sein – manche Kollegen empfehlen den Studenten sogar, man solle so wenig wie möglich auswendig lernen (und umso genauer den Gesetzestext studieren⁵⁵). Richtig ist sicherlich, dass Formelwissen allein nicht ausreicht: Definitionen ohne Fall- und Systemverständnis sind leer (um Kant⁵⁶ abzuwandeln).⁵⁷ Auf der anderen Seite sind Definitionen eine Arbeitserleichterung: Was man weiß, muss man sich „in der Klausur“ nicht erst ausdenken oder später, „in der Praxis“, in einem Kommentar nachschlagen. (In der Praxis hat man *als Berufspflicht* alles Nötige zu wissen, andernfalls kann ein Haftpflichtprozess drohen oder, wenn Beamte schludern, ein Amtshaftungsprozess. Allein die Richter sind insoweit durch § 839 Abs. 2 BGB privilegiert.⁵⁸)

Klar sollte allerdings sein: „Definitionen“ sind nur eine von verschiedenen Möglichkeiten, Begriffe zu bestimmen.

52 Skripten waren ursprünglich die Domäne der juristischen Repetitorien, also der privaten (d.h. kommerziellen) Lehrinstitute zur Vorbereitung auf das juristische Examen (Marktführer ehemals: Alpmann/Schmidt). Sie waren und sind nicht zitierfähig. Mittlerweile gibt es auf dem Markt weitere Anbieter von Skripten, man spricht auch von „grauer Literatur“.

53 Legendar *Christian Fahl/Klaus Winkler*, Definitionen und Schemata Strafrecht, 9. Aufl., München 2021.

54 Siehe *Nomos*, Taschendefinitionen, 5. Aufl., Baden-Baden 2020, 320 (!) Seiten. – Geradezu frappierend: Das Werk erscheint ohne Autor, denn „Nomos“ ist der Name des in Baden-Baden situierten Verlags. – Siehe im Übrigen die entsprechenden Skripten des juristischen Repetitoriums Alpmann-Schmidt. Beim Repetitorium Hemmer gibt es ein reines Definitionen-Skript nur zum Strafrecht. Im Zivilrecht und im Öffentlichen Recht werden die Definitionen offenbar in die üblichen Skripten integriert.

55 So *Otto Lagodny*, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Heidelberg etc. 2013, S. 73 f. und 219.

56 Siehe bei Fn. 10.

57 Und: „Viel wissen“ kann dazu verführen, dieses Wissen auch dann auszubreiten, wenn es darauf nicht ankommt. Das ist ein *bias*, vor dem man Studenten immer wieder warnen muss.

58 § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB lautet: „Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht.“ Dazu schon § 14 Rn. 66 f.

2. Umschreibungen

- 29 Was das Recht angeht, gibt es sogar einen etwas rätselhaften Satz aus den Digesten,⁵⁹ in dem vor Definitionen geradezu gewarnt wird:

In iure civile omnis definitio periculosa est.

Auf Deutsch: „Im Zivilrecht ist jede Definition gefährlich.“ Wobei das Zitat noch weitergeht:

(...): parum est enim ut non subverti possit.

Auf Deutsch (sehr wörtlich): „Denn es gibt wenig von der Art, dass (*ut*) es nicht umgewendet werden könnte“ („subversiv“ kommt von *subvertere*). Man möchte fast sagen: „ins Gegenteil verkehrt“ werden könnte.⁶⁰

- 30 Ein Beispiel ist der „vernünftige Eigentümer“ beim Anspruch aus dem sogenannten enteignungsgleichen Eingriff. Ursprünglich war ein „vernünftiger und einsichtiger Eigentümer“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) derjenige, der mit Rücksicht auf die Allgemeinheit seine eigenen wirtschaftlichen Interessen zurückstellt – und folglich seinen prächtigen „Buchendom“⁶¹ aus eigenem Antrieb nicht abholt (gemeint natürlich: nicht abholen *sollte*) und daher für diesen Verzicht auch nicht entschädigt werden muss. Dies wurde ins Gegenteil verkehrt, indem der BGH später meinte, dass alles, was ein Eigentümer bei „vernünftiger und wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ aus seinem Eigentum herausholt, grundrechtlich geschützt sei (Art. 14 GG) – so dass man ihn, falls ihm eine weitere Kiesgewinnung nicht erlaubt wird, entschädigen müsse.⁶²

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dann klargestellt: „Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Grundeigentums lässt sich nicht ein Anspruch auf Einräumung gerade derjenigen Nutzungsmöglichkeit herleiten, die dem Eigentümer den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil verspricht.“⁶³

59 Digesten 50,17,202 (Iavolenus). – Die Digesten sind der zweite und umfangreichste Teil des Corpus Iuris Civilis (dazu schon § 14 Rn. 30, ferner § 19 Rn. 11). Sie enthalten in 50 Büchern eine wohlgeordnete Sammlung des römischen Privatrechts und waren bis zum Ende des 19. Jahrhundert in weiten Teilen auch Deutschlands noch geltendes, allerdings subsidiär geltendes Recht. Ein zweiter Name für die (lateinisch) Digesten war: Pandekten (griechisch). Beides bedeutet grob gesagt: „Hierin ist der gesamte Stoff enthalten.“

60 Deshalb auch an dieser Stelle eine Warnung an die oberen und obersten Gerichte vor ihren eigenen „Obersätzen“ (siehe § 34 Rn. 56–62).

61 BGH (Bundesgerichtshof), in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1957, 861 (861 f.) – Buchendom.

62 Die Begriffsverschiebung ist wunderbar zu beobachten in BGHZ 60, 126–144 (130 f.) – Ur-Nassauskiesung (1973) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]). – Ausführlich zur Rechtsprechung des BGH Joachim Lege, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG, Teil 2: Art. 14 GG und das Staatshaftungsrecht, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, 826–838 (828–832).

63 BVerfGE 58, 300 (345) – Nassauskiesung (1981).

a) Die Umschreibungstechnik des Bundesverfassungsgerichts (Patchwork-Dogmatik)

Vorbemerkung: Die Lektüre der folgenden drei Seiten wird etwas mühsam werden, denn das BVerfG beleuchtet in den zitierten Passagen immer wieder das Gleiche in immer neuen Varianten. Wir werden allerdings sehen, dass am Ende nicht immer das Gleiche herauskommt.

Wohl wegen dieser Gefahr des Subversiven ist das Bundesverfassungsgericht äußerst vorsichtig darin, sich definitorisch genau festzulegen. Stattdessen werden zur Begriffsbestimmung gern Formulierungen gewählt, die sich in Nuancen unterscheiden. Nehmen wir aus dem Bereich des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG⁶⁴) die Begriffe „Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums“ (kurz „Inhalts- und Schrankenbestimmung“, noch kürzer „Inhaltsbestimmung“, Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) und „Enteignung“ (Art. 14 Abs. 3 GG).

31

Vorweg zur Anschauung („extensional“⁶⁵): Typischer Fall von „Inhaltsbestimmung“ des Eigentums sind Beschränkungen, die dem Eigentümer auf Grund des Natur- oder Denkmalschutzrechts auferlegt werden – das, was er nicht darf, gehört dann „von vornherein“⁶⁶ nicht zu seinem Eigentum („Definitionsakt“⁶⁷). Typischer Fall von „Enteignung“ ist hingegen die zwangsweise Übertragung eines Eigentumsobjekts auf den Staat („Zwangsvertrag“⁶⁸), damit er dort eine Autobahn oder Eisenbahn bauen kann.

Diese Begriffe werden in verschiedenen Entscheidungen durchaus verschieden „definiert“. Beginnen wir mit dem klassischen Beschluss zum Kleingartenrecht⁶⁹ – das Problem lautete: Ist der extreme Kündigungsschutz in Kleingarten-Pachtverträgen mit privaten Verpächtern verfassungsmäßig? Dort heißt es im Jahr 1979 (**Hervorhebungen von mir**):

32

„**Enteignung** im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG ist der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen. Ihrem Zweck nach ist sie auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen gerichtet, die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet sind. (...) Demgegenüber versteht das Grundgesetz unter **Inhaltsbestimmung** im Sinne des Art. 14

64 Wortlaut: Art. 14 (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfall der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

65 Siehe nochmals das Kant-Zitat Rn. 5.

66 Ich sage den Studenten immer: Wenn Ihnen bei der Frage, welche Art von Eingriff in das Eigentum vorliegt, unwillkürlich ein „von vornherein“ herausrutscht, dann handelt es sich mit ziemlicher Sicherheit um eine Inhaltsbestimmung.

67 So treffend *Arnulf Schmitt-Kammler*, Das „Sonderopfer“ – ein lebender Leichnam im Staatshaftungsrecht, in: NJW 1990, 2515 (passim).

68 Eine gängige Formulierung, auch verwendet wird „Zwangskauf“ (bzw. aus Sicht des Eigentümers: Zwangsverkauf). Ausführlich zu allem: *Joachim Lege*, Zwangsvertrag und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“, Berlin 1995.

69 Er hatte seinen Vorläufer in der Entscheidung zum Hamburgischen Deichordnungsgesetz – BVerfGE 24, 367 (1968).

Abs. 1 Satz 2 GG die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den ‚Inhalt‘ des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft bestimmen.“⁷⁰

- 33 In der berühmten und schon erwähnten Entscheidung zur Nassauskiesung aus dem Jahr 1981 werden die Akzente durchaus anders gesetzt (und, was die Unterscheidung von Legal- und Administrativenteignung angeht, eher irreführend, ja *periculoso* [gefährlich⁷¹]):

„Das Eigentum als Zuordnung eines Rechtsgutes an einen Rechtsträger bedarf, um im Rechtsleben praktikabel zu sein, notwendigerweise der rechtlichen Ausformung. Demgemäß hat das Grundgesetz in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dem Gesetzgeber die Aufgabe übertragen, den **Inhalt** und die **Schranken** des Eigentums zu **bestimmen**. Solche Normen legen generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers fest, bestimmen also den ‚Inhalt‘ des Eigentums (BVerfGE 52, 1 [27]). Der Gesetzgeber schafft damit auf der Ebene des objektiven Rechts diejenigen Rechtssätze, die die Rechtsstellung des Eigentümers begründen und ausformen; sie können privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur sein.

Weiter hat der Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG die Möglichkeit, durch Gesetz einem bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis konkrete Eigentumsrechte zu entziehen, die aufgrund der allgemein geltenden Gesetze im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG rechtmäßig erworben worden sind (**Legalenteignung** – BVerfGE 24, 367 [395 f.]; 45, 297 [325 f.]; 52, 1 [27]).

Schließlich kann der Gesetzgeber – ebenfalls nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG – der Exekutive die Ermächtigung erteilen, konkretes Eigentum Einzelner zu entziehen. Die Enteignung aufgrund Gesetzes (**Administrativenteignung**) erfordert einen behördlichen Vollzugsakt, der – anders als die Legalenteignung – mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.“⁷²

- 34 In einer weiteren Entscheidung zur städtebaulichen Umlegung (das ist eine Art Flurbereinigung innerhalb von Ortschaften⁷³) aus dem Jahr 2001 kommt ein weiteres Merkmal hinzu, nämlich die Entziehung zu Gunsten eines „Gemeinwohlprojekts“:

„Mit der **Enteignung** greift der Staat auf das Eigentum des Einzelnen zu. Sie ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet (vgl. BVerfGE 101, 239 [259]; 102, 1 [15 f.]; stRspr⁷⁴). Die **Enteignung** setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll (vgl. BVerfGE 38, 175 [179 f.]). Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der Ausgleich privater Interessen beabsichtigt, kann es sich nur [!] um eine **Inhalts- und Schrankenbestimmung** des Eigentums handeln (vgl. dazu BVerfGE 101, 239 [259]).“⁷⁵

70 BVerfGE 52, 1 (27) – Kleingartenrecht (1979).

71 Siehe soeben § 15a Rn. 29 mit Hinweis auf die Digesten/Pandekten.

72 BVerfGE 58, 300 (330 f.) – Nassauskiesung (1981).

73 Geregelt in den §§ 45 bis 79 BauGB (Baugesetzbuch).

74 „stRspr“ bedeutet: ständige Rechtsprechung.

75 Für Spezialisten: Falls mit dem „nur“ ein Weniger gemeint ist („lediglich“), ist dies ein Rückfall in die alten Schwellentheorien zur Abgrenzung von „Sozialbindung“ und Enteignung (dazu unten § 20 Rn. 3). Falls das „nur“ lediglich meint, dass es keine dritte Möglichkeit gibt (*tertium non datur*), ist die Stelle unverdächtig.

76 BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Baulandumlegung (2001).

Dies stand zwar, was die „Güterbeschaffung“ angeht, im Widerspruch zu einer früheren Entscheidung. Jedoch war diese Entscheidung aus dem Jahr 1991 – es ging um ein Gesetz, das Vorkaufsrechte nach dem Bundesberggesetz beseitigte – derart verunklarend, dass das BVerfG sie in der Umlegungsentscheidung noch nicht einmal zitiert (!):

35

„Bei der Beurteilung des Eingriffs ist Art. 14 Abs. 3 GG zwar nicht ohne Bedeutung, kann aber nicht unmittelbar [?, J.L.] als Maßstab herangezogen werden.

Die gesetzliche Beseitigung eines nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Rechts ist nicht in jedem Falle eine (Legal-)Enteignung. Das Vorliegen einer Enteignung hängt nicht [!, J.L.] davon ab, daß es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt. Ihr entscheidendes Merkmal ist der Entzug des Eigentums und der dadurch bewirkte Rechts- und Vermögensverlust, nicht aber die Übertragung des entzogenen Objekts (BVerfGE 24, 367 [394]); vgl. auch BVerfGE 52, 1 [27]). Art. 14 Abs. 3 GG ist jedoch dann nicht unmittelbar [?!, J.L.] anwendbar, wenn der Gesetzgeber im Zuge der generellen Neugestaltung eines Rechtsgebiets bestehende Rechte abschafft, für die es im neuen Recht keine Entsprechung gibt.

Der Gesetzgeber darf nicht nur nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Eigentumsrechten einen **neuen Inhalt geben**. Ebenso wie er neue Rechte einführen darf, kann er auch das Entstehen von Rechten, die nach bisherigem Recht möglich waren, für die Zukunft ausschließen. Es ist ihm auch nicht ausnahmslos verwehrt, die nach altem Recht begründeten Rechte der Neuregelung anzugleichen, selbst wenn dabei die bisher mit dem Recht verbundenen Befugnisse eingeschränkt werden; die Eigentumsgarantie gebietet insoweit nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen (vgl. BVerfGE 31, 275 [284 ff., 289 ff.]; 36, 281 [293]; 42, 263 [LS⁷⁷ 4 und S. 294]; 58, 300 [351]). Selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein (vgl. BVerfGE 78, 58 [75]).⁷⁸

Umso erstaunlicher ist daher, dass der folgende, eigentlich richtige und wichtige Beschluss zur Denkmalvilla aus dem Jahr 1999 – es ging um die Frage, ob der Eigentümer sie abreißen darf, weil sie nur noch Kosten verursacht – gerade auch auf diese unklare Entscheidung verweist (siehe am Ende des Zitats):

36

„Mit der **Enteignung** greift der Staat auf das Eigentum des Einzelnen zu. Sie ist darauf gerichtet, konkrete Rechtspositionen, die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt sind, zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vollständig oder teilweise zu entziehen (BVerfGE 56, 249 [270 ff.] – abweichende Meinung; 70, 191 [199 f.] m.w.N.; 71, 137 [143]; 72, 66 [76]). Dies geschieht entweder durch ein Gesetz, das einem bestimmten Personenkreis konkrete Eigentumsrechte nimmt – Legalenteignung –, oder durch behördlichen Vollzugsakt aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zu einem solchen Zugriff – Administrativenteignung – (vgl. BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 f.]; stRspr.).

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Weder die zur Prüfung gestellte Norm, auf der die Genehmigungspflicht für die Beseitigung geschützter Kulturdenkmäler beruht, noch die Versagung der Genehmigung selbst stellen eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG dar. Die Regelung entzieht keine konkreten Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern beschränkt generell und abstrakt die Nutzungsmöglichkeiten eines mit einem Denkmal bebauten Grundstücks; der Versagungsakt aktualisiert diese Beschränkung. § 13 Abs. 1 Satz 2 DSchPflG bestimmt damit **Inhalt und Schranken des Eigentums** im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Diese Einordnung der Norm ist von der Intensität der den Rechtsinhaber treffenden Belastung unabhängig. Sie behält ihre Gültigkeit selbst in den Fällen,

77 „LS“ bedeutet: Leitsatz.

78 BVerfGE 83, 201 – Bergrechtliches Vorkaufsrecht (1991).

in denen der Eingriff in seinen Auswirkungen für den Betroffenen einer Enteignung nahe- oder gleichkommt (vgl. BVerfGE 83, 201 [211 ff.]).⁷⁹

b) Der Vorteil von Umschreibungen: Herantasten an Klarheit

- 37 Man darf zunächst konstatieren: Was das BVerfG geliefert hat und weiterhin liefert, sind keine „Definitionen“ im klassisch-strafrechtlichen Stil. Vielmehr bietet das Gericht eine ganze Reihe von Begriffsmerkmalen an: anfangs abstrakt-generell versus konkret-individuell und objektives Recht versus subjektive Rechtsposition, außerdem Entziehung/Entzug versus Regelung für die Zukunft; später dann Güterbeschaffungsvorgang (ja oder nein?) und „zur Erfüllung bestimmte öffentlicher Aufgaben“ (dies als „ständige Rechtsprechung“ – stRspr. – zu bezeichnen, war ein starkes Stück). Wann genau welcher dieser Mosaiksteine die Entscheidung trägt, bleibt allerdings schwer durchschaubar.

Bei der städtebaulichen Umlegung⁸⁰ war es die „öffentliche Aufgabe“, die man heranziehen musste, um nicht zu einer Enteignung zu kommen – sonst lagen alle Voraussetzungen des Begriffs vor (das ursprüngliche Grundstück wurde den Eigentümern entzogen, es ging auch nicht um irgendeine abstrakt-generelle Regelung auf der Ebene des objektiven Rechts).

- 38 Nichtsdestoweniger hat die Methode, mit der das BVerfG zunächst eher umschrieben als definiert hat, was „Enteignung“ und was „Inhaltsbestimmung“ ist, durchaus ihre Berechtigung. Es ist nämlich, wenn ein neues Phänomen auftaucht – hier ein Fall, der nach einer Neubestimmung des Begriffs „Enteignung“ verlangt⁸¹ –, keineswegs immer von vornherein klar, um was genau es sich handelt, wo genau, salopp gesagt, das Problem *begrifflich* steckt.

Es gibt sogar Begriffe, die sich kaum abschließend definieren lassen (dazu sogleich unter IV). Fürs erste denke man an den Begriff „Liebe“.

- 39 Wenn man aber „noch nicht so genau weiß, was es ist“, dann ist klar: Es muss zunächst einmal – sozusagen als Hypothese⁸² – eine „Definition“ in den Raum gestellt werden, die jedenfalls auf *diesen Fall* passt. Ob sie beim *nächsten Fall* immer noch passt, muss sich zeigen. Und im Hinblick darauf gilt offenbar: Je offener und vager der Definitionsvorschlag ist, desto eher wird er auch in künftigen Fällen brauchbar sein (und man muss sich nicht offen korrigieren). Es ist gut möglich, dass das BVerfG deshalb auf den „Güterbeschaffungsvorgang“ lange verzichtet hat, ganz zu schweigen von dem Merkmal „Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“ (das zudem leider falsch ist).

79 BVerfGE 100, 226 (239 f.) – Denkmalvilla (1999).

80 Nochmals BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Baulandumlegung (2001).

81 Der Begriff der Enteignung war im Verlauf der Rechtsprechungsgeschichte seit dem Reichsgericht geradezu konturlos geworden (Sündenfall: die Galgenberg-Entscheidung RGZ 116, 268 aus dem Jahr 1927; es ging dort um Sandabbau versus Denkmalschutz; „RGZ“ ist das Kürzel für: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen).

82 Dazu auch unten § 19 Rn. 34 f. – Klassisch zum experimentierenden Rechtsdenken: Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III; verhaltener Zippelius, Methodenlehre (Fn. 12), § 12 I c.

Falsch ist es deshalb, weil die „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ nicht zum *Tatbestand* der Enteignung gehört, sondern zur *Rechtsfolge*.⁸³ Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG lautet: „Eine Enteignung [Tatbestand] ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig [Rechtsfolge]“. Wenn Ihr Grundstück zwangsweise auf mich übertragen würde, wäre das unzulässig, aber gewiss eine Enteignung.

Halten wir fest: Umschreibungen statt klarer Definitionen sind sinnvoll und gar nicht zu vermeiden, wenn über den Inhalt des Begriffs noch keine hinreichende Klarheit besteht.

40

Dass dem gelegentlich so ist, rechtfertigt übrigens die Annahme, dass die Jurisprudenz eine Wissenschaft ist – eine Wissenschaft, die Begriffe zuvörderst zu *klären* hat (zur Klarheit als dem Potential von Begriffen § 5 I). Erst danach kann sie schauen, ob das, was aus ihnen folgt (§ 5 Rn. 14), „richtig“ ist.

c) Die Gefahr: Verfestigung von Unklarheit ...

Die Gefahr einer solchen Umschreibungspraxis ist nun freilich – und offenbar wird sie umso größer, je länger diese Praxis fortgeschrieben wird: Das Ganze wird statt immer klarer immer unklarer und unübersichtlicher. Es kann sogar geschehen, dass sich von den vielen Begriffsmerkmalen gerade diejenigen festsetzen, die zur eigentlichen Sache am wenigsten beitragen können. Im Fall der Abgrenzung von Enteignung und Inhaltsbestimmung ist dies der Gegensatz „abstrakt-generell“ versus „konkret-individuell“ (auch wenn er Studenten immer als erstes einfällt).

41

Ein Verwaltungsakt, der dem Grundstückseigentümer in Vollzug des abstrakt-generellen Naturschutzgesetzes den Bau eines Bootstegs im Schilfgürtel verbietet, ist so konkret-individuell, wie man es sich nur vorstellen kann – und doch eine (eben konkrete) Inhaltsbestimmung.⁸⁴ Und § 19 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) regelt abstrakt-generell für die Zukunft, dass und unter welchen Voraussetzungen für eine Autobahn enteignet werden kann.⁸⁵

Vor allem aber – das hatten wir beiläufig schon erwähnt – wird es angesichts des immer stärker anwachsenden Corpus an Texten immer schwieriger zu prognostizieren, auf welches Textfragment („Mosaiksteinchen“) sich das Gericht bei der nächsten Entscheidung wohl stützen wird.

42

Und die *prophecy of what the court will do in fact*⁸⁶ – also die Frage nach dem geltenden Recht – wird immer mehr zu einer Frage nach der politischen Einstellung der Richter.⁸⁷

83 Für Nicht-Juristen: Rechtssätze bestehen aus Tatbestand („wenn“) und Rechtsfolge („dann“).

84 BVerwGE 94, 1 – Herrschinger Moos (1993) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite). Außerdem: Warum sollte man nicht sagen können, dass die Unterschutzstellung eines Gebietes dem Eigentümer etwas „entzieht“, was er vor der Unterschutzstellung an Befugnissen hatte?

85 Die Vorschrift lautet: „Die Träger der Straßenbaulast der Bundesfernstraßen haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Enteignungsrecht. Die Enteignung ist zulässig, soweit sie zur Unterhaltung oder Ausführung eines nach § 17 Absatz 1 festgestellten oder genehmigten Bauvorhabens notwendig ist. Einer weiteren Feststellung der Zulässigkeit der Enteignung bedarf es nicht.“

86 Nach der berühmten Formel von *Oliver Wendell Holmes jun.*, dazu schon § 6 Rn. 12, § 11 Rn. 8, § 14 Rn. 54.

87 Einem Omdt zufolge ist dies die Einschätzung keines geringeren als Bernhard Schlink.

Eine fulminante Kritik an der Methode des BVerfG (die übrigens im Staatsorganisationsrecht nicht so gut klappt wie bei den Grundrechten) findet sich bei Oliver Lepsius⁸⁸ – er spricht von dessen „maßstabsetzender Gewalt“, weil sich die Umschreibungen des Gerichts üblicherweise im sogenannten „Maßstabteil“ der Entscheidungen finden (meist unter dem Gliederungspunkt C. I.). Ich für meinen Teil habe die Methode des BVerfG mittlerweile als **Patchwork-Dogmatik** bezeichnet.⁸⁹

d) ... bis hin zur Widersprüchlichkeit (und aus Widersprüchlichem folgt Beliebiges)

- 43 Geradezu rechtsstaatswidrig wird es schließlich, wenn sich in den vielen Umschreibungen eines Rechtsbegriffs Widersprüche finden. Im Fall von Enteignung und Inhaltsbestimmung betrifft dies, wie wir gesehen haben, den sogenannten „Güterbeschaffungsvorgang“. Während gemäß BVerfGE 83, 201 (211) – Vorkaufsrecht nach Bundesberggesetz – der Begriff der Enteignung „nicht davon ab[hängt], dass es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt“, verlangt BVerfGE 104, 1 (10) sogar einen besonders qualifizierten Güterbeschaffungsvorgang, nämlich einen, in dem „Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll“.

Die Beurteilung dieser Methode nach logischen Kriterien liegt auf der Hand: *ex contradictione quodlibet* – aus einem Widerspruch folgt Beliebiges. Man kann, mit anderen Worten, einen neuen Fall ganz nach Wunsch als Enteignung qualifizieren oder auch nicht – und sich dabei auf diese oder aber jene „Stelle“ berufen.

Das BVerfG hätte also klarstellen müssen – ja: *müssen* –, dass es an der ohnehin etwas verquastenen Entscheidung zum Bundesbergrecht (BVerfGE 83, 201) nicht mehr festhält.

e) Fazit: schlechtes Fallrecht

- 44 So ungern ich dieses Fazit ziehe: Man wird das, was das Bundesverfassungsgericht methodisch betreibt, leider häufig als schlechtes Fallrecht bezeichnen müssen. Es werden gerade nicht ernsthaft *Fälle* miteinander verglichen, sondern das Gericht bedient sich aus einem Pool von eigenen, nicht-autoritativen (!) Texten (zum Begriff § 14 Rn. 22) und entnimmt ihm je nach gewünschtem Ergebnis mal dieses, mal jenes Fragment. Die Ergebnisse werden dadurch immer beliebig.

Ein weiteres Beispiel wäre die Rechtsprechung des BVerfG zum Abgabenrecht, insbesondere zu den sogenannten Sonderabgaben.⁹⁰ Auch hier ist schwer abzuschätzen,

88 Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281.

89 Joachim Lege, Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik – Stand und Perspektiven, Wien und München 2024, S. 227–248 (238–240).

90 Für einen ersten Eindruck von der Unübersichtlichkeit: Werner Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2018, Art. 105 Rn. 24–28; Marcus Heintzen, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Art. 105 Rn. 26–32. – Zu den Möglichkeiten, mit

auf welche Mosaiksteinchen sich das Gericht stützen wird – oder ob es sich gar auf etwas ganz Neues einlassen wird (man denke an die von Dietrich Murswiek erfundene „Ressourcennutzungsgebühr“⁹¹ in der Entscheidung zum Wasserpfennig⁹²).

Gutes Fallrecht müsste demgegenüber wirklich zu den Fällen hinabsteigen ...

45

Lepsius nennt dies „Kontextualisierung“⁹³

... und dann z.B. herausarbeiten, warum die Abschaffung eines Vorkaufsrechts per Gesetz eher der Ausweisung eines Naturschutzgebietes gleicht („der Vorkaufsberechtigte darf jetzt nicht mehr, was er vorher durfte“) oder eher der Abschaffung des Privateigentums an Deichgrundstücken⁹⁴ („dem Eigentümer wird ein vermögenswertes Recht entzogen, und dies kommt einem anderen zugute, nämlich dem nun unbelasteten Käufer“⁹⁵).

Ich wäre mir insoweit gar nicht so sicher. Und Grenzfälle⁹⁶ wird es immer geben (s. auch unten § 19 Rn. 38).

Methodologisch betrachtet kann man die Begriffsbildung des BVerfG nach allem jedenfalls wie folgt charakterisieren: intensional überfrachtet, extensional unterbelichtet.

46

Und es wird dadurch, dass man es häufig als „Konkretisierung“ bezeichnet,⁹⁷ nicht besser.

3. Resümee: Was Texte leisten und was nicht

Die intensionale Bestimmung von Begriffen – also ihre Erläuterung durch Definitionen und Umschreibungen in Sprachtexten – ist nach meinem Eindruck das, was die deut-

47

Hilfe dieser Kategorie die sogenannten Universaldienstabgaben im Telekommunikationsrecht zu torpedieren: Joachim Lege, Wer soll die Grundversorgung mit Post und Telefon bezahlen?, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2001, 969–980 (971–975).

91 Dietrich Murswiek, Die Ressourcennutzungsgebühr, Natur und Recht (NuR) 1994, 170–176; im Anschluss daran kann man im Telekommunikationsrecht die sogenannten Universaldienstabgaben als Ressourcenerhaltungsbeitrag qualifizieren, siehe Lege, Grundversorgung mit Post und Telefon, DÖV 2001, 969–980 (977 f.).

92 BVerfGE 93, 319 – Wasserpfennig (1995); das Gericht vermeidet allerdings die klare Qualifikation als Gebühr oder Sonderabgabe und meint stattdessen: „daß es für die kompetenzrechtliche Zulässigkeit einer nicht-steuerlichen Abgabe nicht auf deren begriffliche Zuordnung, sondern allein darauf ankommt, ob sie den Anforderungen standhält, die sich aus der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben.“

93 Lepsius (Fn. 88); siehe auch Oliver Lepsius, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Juristenzeitung (JZ) 2019, 793–802; zur Kontextualisierung gehört natürlich auch und vor allem die Einordnung der Entscheidung in die zu ihrer Zeit geltenden Begrifflichkeiten.

94 BVerfGE 24, 367 – Hamburger Deichordnung (1968).

95 Das Vorkaufsrecht gibt dem Vorkaufsberechtigten das Recht, in einen Kaufvertrag auf Seiten der Käufers einzutreten, man kann auch sagen: den Käufer aus dem Vertrag zu drängen – zu den von diesem mit dem Verkäufer ausgehandelten Bedingungen (§§ 463 ff. BGB).

96 Siehe etwa Claus Dieter Classen, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 12 Rn. 59, mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG zur städtebaulichen Umlegung (BVerfGE 104, 1 [9 f.]): „Einen Grenzfall bildet sicher ...“.

97 Genauer es dazu: § 15c I.

sche Jurisprudenz ganz besonders auszeichnet. Ich bin versucht zu sagen: Wir texten uns (und die Mitwelt) gerne zu.⁹⁸

Das ist nicht ungefährlich. Zum einen führen immer mehr Texte zu immer mehr möglichen Widersprüchen (siehe die Zitate aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts). Zum anderen sind (Rechts-)Texte, wenn sie in der Sache nichts ändern – so wie jüngst eine Ergänzung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB⁹⁹ –, eher ein Ausdruck der Hilflosigkeit als von Tatkraft (die sie vorspiegeln sollen) und am Ende nutzloser Ballast. Zum dritten schließlich ist ein Herumwabern in Texten („Geschwurbel“) ideologieanfällig: Es schafft eine, wie man heute wohl sagt, „Blase“¹⁰⁰, die sich immer mehr gegen die Mitwelt(en) abschottet.

Eher peinlich daher der Versuch, mit einer teuren „Stiftung Forum Recht“ – geplant sind zwei Erlebniszentren in Karlsruhe und Leipzig – die Restgesellschaft mit dem real existierenden Recht vertraut zu machen.¹⁰¹

IV. „Typisch juristische“ Besonderheiten (?)

- 48 Vielleicht ist es daher ganz schön zu sehen, dass es im Recht häufig Begriffe gibt, die sozusagen ihrem Wesen nach unscharf sind: etwa die „niedrigen Beweggründe“ beim Mord (§ 211 StGB), „Treu und Glauben“ im Zivilrecht (§ 242 BGB), „gerechte Abwägung“ im Recht der Stadtplanung (§ 1 Abs. 7 BauGB). Statt sich für diese Unschärfe mehr oder weniger zu entschuldigen (wie Textgläubigkeit es nahelegt), sollte man ganz offensiv vertreten: Gerade auch dies lässt sich folgerichtig – also logisch – und ohne Geschwurbel „händeln“.

1. Vorweg: Allgemeines zum Verhältnis von Intension und Extension

- 49 Wir haben soeben unter II und III getrennt die Arbeit an der Intension (dem Begriffsinhalt) und an der Extension (dem Begriffsumfang) betrachtet. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Begriffe *immer* – sozusagen begrifflich – eine *Kombination* von Inhalt und Umfang sind. Oder semiotisch formuliert: eine Kombination der Welt¹⁰² der Zeichen und der Welt da draußen.

In juristischen Kommentaren findet man daher üblicherweise nach der „**Definition**“ eines Begriffs ein „**Beispiel**“ (oder mehrere). So hieß es in einer alten Auflage des Strafbuch-Kommentars von Eduard Dreher (1907–1996) und Herbert Tröndle

98 Siehe auch sogleich Rn. 61–67 zum bauplanungsrechtlichen Abwägungsgebot.

99 Wortlaut (Hervorhebung J.L.): „Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist; die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen.“ Der Satz nach dem Semikolon ist völlig überflüssig, denn eben dies kam immer schon „in Betracht“!

100 Ursprünglich gemünzt auf „Internetblasen“, die durch die Filterfunktion von Algorithmen entstehen: *Eli Pariser, The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, New York 2011; deutsch: Die Filterblase. Wie wir im Internet entmündigt werden, München 2012.

101 Die Stiftung, gegründet 2019, hatte im April 2023 auf Instagram knapp über 800 Follower (<https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/karlsruhe/stiftung-forum-recht-reagiert-auf-kritik-100.htm> <11.12.2023>).

102 Statt „Welt“ könnte man auch sagen: SINNZUSAMMENHANG (zum Begriff § 5 II Rn. 40–59).

(1919–2017) zum Mordmerkmal „grausam“ im Anschluss an die Definition (Zufügung von „Schmerzen oder Qualen ...“, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen“):

„Grausam kann es z.B. sein, wenn eine Mutter ein einjähriges Kind planmäßig verhungern lässt (MDR/D 74, 14; NSTZ 82, 379; hierzu Eser NSTZ 83, 439).“¹⁰³

In den neuen, von Thomas Fischer (geb. 1953) übernommenen Auflagen ist das Beispiel durch andere ersetzt worden. – Eduard Dreher gehört übrigens zu den Juristen, die in der Zeit des Nationalsozialismus Karriere gemacht und diese Karriere danach im Bundesministerium der Justiz recht glanzvoll fortgesetzt haben.¹⁰⁴

Wir haben weiter oben (§ 3 Rn. 18) auch bereits eine Art Faustregel zum Verhältnis von Extension und Intension gefunden: Je größer die Intension des Begriffs (Beispiel: Definition des Begriffs „Heimtücke“), desto kleiner die Extension (also die Anzahl Fälle, die man darunter subsumieren kann).

Darüber hinaus findet man freilich auch *besondere* Verbindungen von Intension und Extension. Bei ihnen gibt es, so kann man sagen, auf *beiden* Seiten klare und weniger klare „Merkmale“ bzw. „Fälle“. Insbesondere kann man kein Merkmal finden, das auf alle Fälle passt. 50

Man erinnert sich an das Votum des Richters am US-amerikanischen Supreme Court Potter Stewart (1915–1985): Er könne zwar nicht definieren (*define*), was *hard-core pornography* ist. „*But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.*“¹⁰⁵

2. Begriffe ohne abschließende Definition (insbesondere Generalklauseln)

Eine erste Form von solchen, in gewisser Weise „wertenden“ Begriffen sind diejenigen, die sich nicht abschließend definieren lassen. Es gibt sie nicht nur im Recht. 51

a) Die logische Struktur: „Familienähnlichkeiten“ (Wittgenstein)

Die klassische Formulierung des Phänomens findet sich vielmehr bei dem österreichischen Philosophen Ludwig Wittgenstein (wir haben ihn schon erwähnt). Sein Beispiel ist der Begriff „Spiel“. Man könne ihn nicht definieren, vielmehr überschneiden und 52

103 Eduard Dreher/Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch, 42. Aufl., München 1985, § 211 StGB Rn. 7; ebenso noch die 49. Auflage (1999), verantwortet von Herbert Tröndle und Thomas Fischer, damals Ministerialrat im Sächsischen Staatsministerium der Justiz. – Für Nicht-Juristen: Die Nachweise in der Klammer beziehen sich auf eine Entscheidung des BGH, die nicht in der amtlichen Sammlung erschienen ist, sondern nur in der Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr, Seite), dort mitgeteilt von Dallinger (D), und in der Neuen Zeitschrift für Strafrecht; dort auch der Aufsatz von Albin Eser.

104 Manfred Görtemaker/Christoph Safferling, Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, München 2016, S. 330–336, 417–420 und öfter. – Die Rosenberg war das Gebäude in Bonn, in dem das Ministerium residierte.

105 US Supreme Court, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), S. 197.

überkreuzen sich die Merkmale, mit denen man ihn zu fassen sucht. Wittgenstein schreibt¹⁰⁶:

„Betrachte z.B. einmal die Vorgänge, die wir »Spiele« nennen. Ich meine Brettspiele, Kartenspiele, Ballspiel, Kampfspiele, usw. Was ist allen diesen gemeinsam? – Sag nicht: »Es muß ihnen etwas gemeinsam sein, sonst hießen sie nicht »Spiele««, sondern *schau*, ob ihnen allen etwas gemeinsam ist. – Denn wenn du sie anschaust, wirst du zwar nicht etwas sehen, was *allen* gemeinsam wäre, aber du wirst Ähnlichkeiten, Verwandtschaften, sehen, und zwar eine ganze Reihe. Wie gesagt: denk nicht, sondern schau! (...) Sind sie alle >unterhaltend<? Vergleiche Schach mit dem Mühlfahren. Oder gibt es überall ein Gewinnen und Verlieren, oder eine Konkurrenz der Spielenden? Denk an die Patienen. In den Ballspielen gibt es Gewinnen und Verlieren; aber wenn ein Kind den Ball an die Wand wirft und wieder auffängt, so ist dieser Zug verschwunden. (...) Denk nun an die Reigenspiele: Hier ist das Element der Unterhaltung, aber wie viele der anderen Charakterzüge sind verschwunden! (...)“

Und das Ergebnis dieser Betrachtung lautet nun: Wir sehen ein kompliziertes Netz von Ähnlichkeiten, die einander übergreifen und kreuzen. Ähnlichkeiten im Großen und Kleinen. Ich kann diese Ähnlichkeiten nicht besser charakterisieren als durch das Wort »Familienähnlichkeiten«; denn so übergreifen und kreuzen sich die verschiedenen Ähnlichkeiten, die zwischen den Gliedern einer Familie bestehen: Wuchs, Gesichtszüge, Augenfarbe, Gang, Temperament, etc. etc. – Und ich werde sagen: die >Spiele< bilden eine Familie.“

- 53 In gleicher Weise lässt sich übrigens auch der Begriff „Recht“ nicht abschließend definieren, vielmehr gibt es auch hier nur „Familienähnlichkeiten“¹⁰⁷

Recht ist demgemäß *in wechselnden Anteilen* gekennzeichnet durch (1) Zwang, (2) Regelung nur äußeren Verhaltens (im Gegensatz zur Moral), (3) Entscheidung durch eine neutrale Instanz, (4) Anspruch auf Richtigkeit, (5) Gewährleistung durch eine übergeordnete Instanz (z.B. den Staat), (6) Spezialisierte Rechtspflege, (7) Mittel zur Konfliktlösung, (8) Entscheidung nach Regeln (Konditionalprogrammen), (9) Systematische Durchdringung unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung, (10) Gerechtigkeit als Ziel (streitig!). Besonderes Gewicht dürfen haben: (1) Zwang, (3) streitschlichtende Instanz, (4) Anspruch auf Richtigkeit, (8) Entscheidung nach Regeln.

b) Der Umgang mit Generalklauseln (Treu und Glauben, öffentliche Ordnung etc.)

- 54 Den klassischen Fall solcher Familienähnlichkeiten bilden im Recht die sogenannten Generalklauseln. Die bekanntesten sind aus dem Zivilrecht:

- „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ (§ 242 BGB¹⁰⁸),
- „Sittenwidrigkeit“ (§ 138 BGB)¹⁰⁹

106 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (englisch 1953, deutsch 1958), Nr. 66, 67, zitiert nach der Werkausgabe Bd. I, Frankfurt a.M. 1984, S. 277 f.

107 Joachim Lege, *Recht als Kulturgut. Warum der Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht unfruchtbar ist*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* 93 (2007), S. 21–38.

108 Die Vorschrift lautet: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

109 „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

Aus dem öffentlichen Recht:

- „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ im meist so bezeichneten Polizeirecht¹¹⁰, das ist das Recht der Gefahrenabwehr, deshalb heißt es manchmal auch Sicherheits- und Ordnungsrecht (z.B. § 13 SOG M-V¹¹¹)
- „gerechte Abwägung“ im Bauplanungsrecht (§ 1 Abs. 7 BauGB¹¹²).

Im Strafrecht gibt es, besser: *sollte* es keine Generalklauseln geben. Grund ist der bekannte und schon erwähnte Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ (*nulla poena sine lege*), bei dem man den Begriff „Gesetz“ weiter auffächern kann in *lex scripta* (geschriebenes Gesetz, kein Gewohnheitsrecht), *lex praevia* (gesetzliche Regelung schon vor der Tat), *lex certa* („sicheres“, das heißt, bestimmt genug gefasstes Gesetz) und *lex stricta* („striktes“, d.h. abschließend gemeintes Gesetz, anders gewendet: Analogieverbot).¹¹³ Generalklauseln sind demgegenüber gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie eine in die Zukunft offene Auffangfunktion haben: Die Sitten (§ 138 BGB) können sich wandeln, demgemäß auch das, was ihnen zuwiderläuft. 55

Im Hinblick auf die Bestimmtheit ist daher in § 211 StGB das Mordmerkmal „oder sonst aus niedrigen Beweggründen“ bedenklich, aber wohl unvermeidbar.¹¹⁴

Im Nationalsozialismus wurde ganz bewusst auch im Strafrecht eine Generalklausel eingefügt.¹¹⁵ Sie lautete (Hervorhebung J.L.): 56

§ 2 StGB (1935) Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt **oder** die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

Methodisch bietet die nähere Bestimmung der Generalklauseln – wie im Folgenden zu zeigen ist – im Grunde **keine wirklichen Probleme**. Das heißt natürlich nicht, dass die Lösungen stets gelungen wären (zur „Gelungenheit“ § 31 Rn. 86–101, §§ 33, 34). 57

Und erst recht nicht, dass im Recht möglichst alles über Generalklauseln gelöst werden sollte. Dies richtet sich insbesondere gegen die Generalklausel aller Generalklauseln: den „verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ – der jedenfalls im (autoritativen) Text der Verfassung nicht zu finden ist. Näher dazu unten § 15b Rn. 38–51.

110 Obacht: Die Kriminalpolizei gehört gerade nicht dazu, sie gehört zum Recht der Strafverfolgung („Strafprozessrecht“).

111 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern; die Vorschrift lautet: „Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.“

112 „Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.“

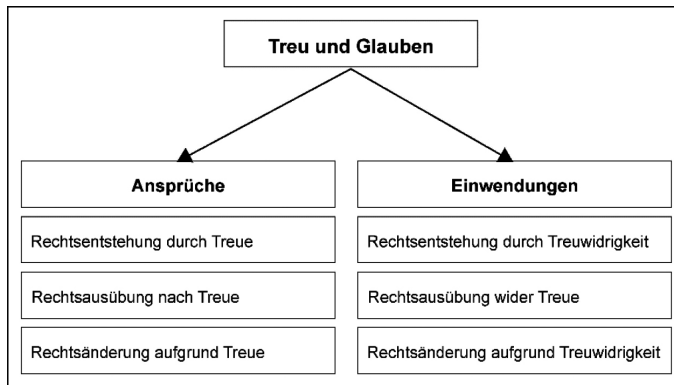
113 Statt vieler *Denis Bazak*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 1 Rn. 10–27a; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch (Fn. 44), § 1 Rn. 3–10, übrigens mit Hinweis auf die traditionellen vier „Auslegungsmethoden“ (Canones, s.u. § 15d).

114 So wohl die gesamte Kommentarliteratur.

115 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839).

aa) Intensionale Ausdifferenzierung

- 58 Ein erster Weg, Generalklauseln näher zu bestimmen, ist ihre „Definition“ durch weitere, ebenfalls unbestimmte Begriffe oder Umschreibungen – kurz: weitere Bemühungen auf der Seite des Begriffsinhalts (Intension). Erwähnt haben wir schon die Definition der *Sittenwidrigkeit* („was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“) und ihre weitere intensionale Explikation in § 138 Abs. 2 BGB („Ausbeutung“, „auffälliges Missverhältnis“). Was *Treu und Glauben* betrifft, so meint die Formel in einem wirklich nur allerersten Zugriff „den Grundsatz des anständigen und rücksichtsvollen Verhaltens, das Gebot der billigen Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange des anderen Teils“¹¹⁶ – was dann etwa wie folgt weiter ausdifferenziert wird¹¹⁷:



- 59 Die *öffentliche Sicherheit* (Rechtsfolge: ein Verstoß gegen sie ermächtigt die Polizei zum Einschreiten) umfasst drei Aspekte: die Unversehrtheit¹¹⁸ der Rechtsordnung, der „Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates“, aber auch der subjektiven Rechte und Rechtsgüter der Einzelnen (vor allem Leben, Gesundheit, Freiheit¹¹⁹).

Meist ist dies nicht so schwer zu prüfen: Was gesetzlich verboten ist, dagegen kann die Polizei vorgehen.

Schwieriger zu fassen ist die *öffentliche Ordnung* (ein Verstoß gegen sie ermächtigt ebenfalls zum Einschreiten). Sie wird definiert als die Gesamtheit der „ungeschriebenen [besser: nicht-rechtlichen¹²⁰] Verhaltensregeln, deren Befolgung nach jeweils herr-

¹¹⁶ Heinz-Peter Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl., München 2021, § 242 Rn. 3.

¹¹⁷ So der beeindruckende Einstieg von Lorenz Kähler, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand 01.07.2023, § 242 Rn. 1.

¹¹⁸ Meist liest man: „Unverletzlichkeit“ der Rechtsordnung. Das ist natürlich Quatsch: Wäre die Rechtsordnung unverletzlich, man müsste sie nicht schützen. Die *Unversehrtheit* ist das, was immer wieder gefährdet ist.

¹¹⁹ Siehe nur Heinrich Lang, Allgemeines Polizei und Ordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern. Studienbuch, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, § 3 Rn. 29.

¹²⁰ Denn: Auch die zehn Gebote sind „geschrieben“, freilich nicht als *rechtlich*-autoritativer Text.

schender Auffassung unerlässliche Voraussetzung für ein gedeihliches menschliches Zusammenleben ist.“¹²¹

Beispiel: Nachtgehen¹²² oder aggressives Betteln¹²³ wird als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung qualifiziert.

Nebenbei: Umstritten ist, ob der Begriff „öffentliche Ordnung“ gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot¹²⁴ verstößt, weil er ja zu einem staatlichen Eingriff in die Freiheit ermächtigt (und ein Begriff ist eben, was aus ihm folgt¹²⁵). Gegen die Verfassungswidrigkeit spricht freilich¹²⁶: Das Grundgesetz selbst gewährleistet in Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit nur so weit, wie der Grundrechtsträger „nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“ (Hervorhebung J.L.). Und mit „Sittengesetz“ ist hier sicher nicht Kants kategorischer Imperativ¹²⁷ gemeint.

60

bb) Insbesondere: das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot

Ein besonders schönes Beispiel für die Ausdifferenzierung einer Generalklausel auf der Seite des Begriffsinhalts – oder gar: für „intensionale Überdeterminierung“ (*Lübbe-Wolff*) – bietet schließlich das *Gebot der gerechten Abwägung* im sogenannten Bauplanungsrecht.

61

Zum rechtlichen und lebensweltlichen Hintergrund: „Bauplanungsrecht“ ist im Grunde eine irreführende Bezeichnung. In Wahrheit handelt es sich um das Recht der „räumlichen Gesamtplanung“ – noch lebensweltlicher: das Recht der Bewirtschaftung der knappen Ressource Grund und Boden – auf der Ebene von Städten und Gemeinden („Gemeinden“ im Sinn des Kommunalrechts sind auch die Städte). Die Gemeinden stellen insofern Pläne auf: für das gesamte Gemeindegebiet den Flächennutzungsplan (unter Kennern: „F-Plan“), für einzelne Gebiete Bebauungspläne („B-Plan“). Beide werden unter dem Oberbegriff „Bauleitpläne“ zusammengefasst, und für sie gilt gemäß § 1 Abs. 7 BauGB (Hervorhebung J.L.):

§ 1 BauGB (1) bis (6) ...

(7) Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander **gerecht abzuwägen**.

¹²¹ Lang, Polizei und Ordnungsrecht (Fn. 119), § 3 Rn. 30.

¹²² OVG (Oberverwaltungsgericht) Münster, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, 1180–1181; das Nachtgehen wurde auch nicht als Kunst im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG anerkannt.

¹²³ Dazu etwa Volker Holzkämper, Die Unterbindung aggressiven Bettelns als Rechtsproblem, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, 146–149.

¹²⁴ Es wird aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 Abs. 1 GG) abgeleitet.

¹²⁵ Siehe oben § 5 I Rn. 14–21.

¹²⁶ So im Kontext des Nachtgehens (bei Fn. 122) Joachim Lege, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, in: JURA 2002, S. 753–761 (760).

¹²⁷ Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1758), S. 51: „handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde“; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

- 62 Dieses *Abwägungsgebot* wird nun im Anschluss an eine berühmte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹²⁸ (BVerwG) wie folgt von der Fehlerseite her ausdifferenziert¹²⁹:

Ein *Verstoß* gegen das Gebot der gerechten Abwägung liegt vor, wenn

- eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall),
- einzelne relevante Belange nicht ermittelt wurden (Abwägungsdefizit),
- einzelne Belange falsch bewertet wurden (Abwägungsfehleinschätzung),
- die je einzelnen Belange zueinander nicht ins richtige Verhältnis gesetzt wurden (Abwägungsdisproportionalität).

Zudem sollen all diese Fehler (mit Ausnahme des ersten) gemäß einer zweiten Entscheidung des BVerwG¹³⁰ sowohl im *Vorgang* als auch im *Ergebnis* der Abwägung begangen werden können.

- 63 Und selbst damit nicht genug: Hinzu kommen weitere Gebote wie das Gebot der planerischen Konfliktbewältigung, das in einen gewissen Konflikt mit dem Gebot der planerischen Zurückhaltung geraten kann, oder das besonders fragwürdige Gebot der Rücksichtnahme (dazu unten § 18). In den späten 1980er Jahren hat sich sogar das sogenannte „Optimierungsgebot“ in das Baurecht verirrt – einzig anerkannter Fall ist allerdings § 50 des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) geblieben.¹³¹

Seinen Ursprung hat das Optimierungsgebot in der Grundrechtsdogmatik, genauer: in dem Buch „Theorie der Grundrechte“¹³² von Robert Alexy (geb. 1945). Wir kommen darauf zurück (§ 18 Rn. 84).

- 64 Es liegt auf der Hand: Die gesamte, intensional überdifferenzierte Dogmatik zum Abwägungsgebot („Abwägungsfehlerlehre“) ist nicht nur ein Tohuwabohu¹³³ (das durch Fehlleistungen des Gesetzgebers noch verschärft wurde¹³⁴). Sie ist auch in die-

128 BVerwGE 34, 301 (309) – Überschuldeter Landwirt (1969); großartig dazu: Jörg Berkemann, Das „Abwägungsmodell“ des BVerwG (BVerwGE 34, 301 [1969]) – Entstehungsgeschichte und Legendenbildungen, in: DVBl 2013, 1280–1292.

129 In dieser Form zurückgehend auf Werner Hoppe, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG), in: Baurecht (BauR) 1970, 15–18 (17); insbesondere stammen die vier Termini in den Klammern nicht aus der Entscheidung des BVerwG.

130 BVerwGE 45, 309 (315) – Flachglas oder auch Floatglas (1974); erhellend dazu: Helmuth Schulze-Fielitz, Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: JURA 1992, 201–208.

131 Die Vorschrift lautet: „Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen sind die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, dass schädliche Umwelteinwirkungen (...) auf die ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dienenden Gebiete sowie auf sonstige schutzbedürftige Gebiete (...) so weit wie möglich vermieden werden.“ Aus dem „so weit wie möglich“ folgt die Forderung nach Optimierung.

132 Baden-Baden 1986.

133 Hebräisch „tohu wa-bohu“ bedeutet „wüst und leer“ oder auch „wüst und wirr/chaotisch“, „wüst und öd“ – so wie es die Erde vor der Schöpfung war, siehe in der Bibel das Erste Buch Mose („Genesis“), Kapitel 1 Vers 1–2: „Am Anfang schuf Gott Himmel und Erde. Und die Erde war wüst und leer, und Finsternis lag auf der Tiefe; und der Geist Gottes schwebte über dem Wasser.“

134 Gemeint ist insbesondere § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB, man könnte aber auch schon den im Jahr 2004 neu gefassten § 2 Abs. 3 BauGB als eine solche Fehlleistung bezeichnen. Genaueres siehe § 28 II.

ser Abstraktionshöhe kaum handhabbar, weil es an Anschauung fehlt.¹³⁵ Durchblick bekommt man daher erst durch Fallgruppenbildung. (Siehe zum Thema auch noch Rn. 73).

cc) Extensionale Ausdifferenzierung: Fallgruppenbildung (Kasuistik)

Damit zur extensionalen Seite der „Familienähnlichkeiten“! Auch hier sind, wie bei ihren „Begriffsmerkmalen“, die Generalklauseln geradezu darauf angelegt, *keine* abschließende Kasuistik (Fallgruppenbildung) zu liefern. Sie *sollen* vielmehr für neue Fallgestaltungen offen sein – oder auch einmal für eine Korrektur alter Lösungen. 65

Noch im Jahr 1975 konnte man bei einer Entscheidung zu § 138 BGB als Leitsatz finden: „Ein Vertrag, der darauf gerichtet ist, Verlobten die Übernachtung in einem Doppelzimmer gegen Entgelt zu gewähren, ist auch nach Abschaffung der Strafbestimmungen über Kuppelei wegen Sittenwidrigkeit [§ 138 BGB] nichtig.“¹³⁶

Zu der „großen“ Generalklausel *Treu und Glauben* und zum bauplanungsrechtlichen *Abwägungsgebot* gibt es demgemäß in allen Kommentaren und Lehrbüchern mehr oder weniger umfangreiche Fallgruppen (die natürlich wieder unter einem Begriff oder Schlagwort zusammengefasst werden können; rein alphabetische Aufzählungen gibt es aber auch). 66

Bekannte Fallgruppen von „Treu und Glauben“ sind das *venire contra factum proprium* (Zuwiderhandeln gegen das eigene Vorverhalten) und das *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (arglistig handelt, wer etwas verlangt, das er sofort wieder zurückgeben müsste).

Ohnehin ist der Grundsatz von Treu und Glauben eine Art Nachfolger der *bona fides* (guter Glaube, gutes Vertrauen) im Römischen Recht. Er gilt übrigens nach allgemeiner Ansicht nicht nur für Schuldverhältnisse (wie der autoritative Text¹³⁷ des § 242 BGB sagt), sondern für die gesamte Rechtsordnung, insbesondere auch für das Öffentliche Recht. Es handelt sich, so eine schöne neue Formulierung, um eine „zentrale Rechtsnorm, die Fairness im Rechtsverkehr einfordert“.¹³⁸

135 Siehe nochmals *Kant* (Fn. 10): „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind.“

136 Zu Amtsgericht (AG) Emden, in: NJW 1975, 1363 f.; es ging um eine Pension auf der Insel Borkum, die Verlobten mussten wieder abreisen. – Dass es einmal einen Straftatbestand der allgemeinen Kuppelei gab (§ 180 Abs. 1 StGB a.F.), ist heute vermutlich kaum noch bekannt, er lautete von 1927 bis 1970:

„§ 180 Abs. 1 StGB (1) Wer gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittlung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet, wird wegen Kuppelei mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft; auch kann zugleich auf Geldstrafe, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Gefängnisstrafe bis auf einen Tag ermäßigt werden.“

Strafbar ist heute noch die Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (§ 180 StGB).

137 Zum Begriff § 14 II und III.

138 *Claudia Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2022, § 242 Rn. 2. – Die Formulierung ist besonders schön, weil sie den Grundsatz tiefer hängt, als es die herkömmliche Lehre tut („rechtsethisches Prinzip“), dies übrigens im Anschluss an *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, S. 421 ff. – Zur Skepsis gegenüber der „Ethik“ (die meisten

- 67 Die extensionalen Fallgruppen betreffend das „Abwägungsgebot“ treffen sich zum kleineren Teil mit den schon erwähnten intensionalen Erweiterungen („Geboten“). Zum größeren Teil gehen sie darüber hinaus, und es werden dann etwa die Fälle mit Berührung von „Umweltbelangen“ oder von „Eigentum“ als wichtigen abwägungsrelevanten Belangen zusammengefasst. Der „Klimaschutz“¹³⁹ wird das nächste große Feld eröffnen, nicht zuletzt angesichts des neuen § 13 Abs. 1 Satz 1 Bundesklimaschutzgesetz (KSG)¹⁴⁰.

c) Kurzes Fazit zu den Generalklauseln

- 68 All dies zeigt, dass bei der Begriffsbildung im Rahmen von Generalklauseln Intension und Extension in besonderer Weise variabel zusammenhängen. Das ändert aber nichts an der logischen Struktur, die dem zu Grunde liegt.

3. Begriffe als Kompetenzproblem: die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe

- 69 Auch die sogenannten „unbestimmten Rechtsbegriffe“ sind methodisch (und methodologisch¹⁴¹) kein wirkliches Problem. Sie weisen aber in besonderer Weise darauf hin, dass es bei der Interpretation von Begriffen unterschiedliche SINNZUSAMMENHÄNGE gibt (zum Begriff § 5 Rn. 40–59) – und dass Juristen in sie mehr oder weniger Einblick haben können.

Dass „wir Juristen“ in fast allen Fragen Laien sind, wurde schon erwähnt (und auch, dass dieser Spruch von einem hochrangigen Richter stammt).

a) Unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum

- 70 „Der“ unbestimmte Rechtsbegriff ist im Wesentlichen ein Phänomen des Verwaltungsrechts. Er dient dort zur Abgrenzung von Kompetenzen.

Im Grundsatz gehen die (Verwaltungs-) Gerichte davon aus: Wegen der Bindung aller Staatsgewalt an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG¹⁴²) darf eine jede Maßnahme der öffentlichen Verwaltung von den Gerichten *in vollem Umfang* daraufhin überprüft werden, ob sie rechtmäßig ist (siehe auch Art. 19 Abs. 4 GG¹⁴³). Methodisch bedeutet dies: Die gesamte „Auslegung und Anwendung“ des Rechts seitens der Verwaltungsbehörde

meinen damit: Moral) unten § 31 I; zur auch ästhetischen Bedeutung von „fair“ unten § 31 Rn. 104. – Zu Karl Larenz § 1 Rn. 23.

139 Bahnbrechend die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021 (BVerfGE 157, 30). Erste Schneisen im Bauplanungsrecht schlägt *Michael Sauthoff*, Durchsetzung des Klimaschutzes im Baurecht, in: *Klima und Recht (KlimR)* 2021, 11–15.

140 Wortlaut: „Die Träger öffentlicher Aufgaben haben bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck dieses Gesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen.“

141 Methodologie ist die Lehre von den Methoden. Man könnte also auch sagen: Unbestimmte Rechtsbegriffe sind sowohl praktisch als auch theoretisch kein wirkliches Problem.

142 Wortlaut: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

143 Wortlaut: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. (...)“ Dies ist freilich nur eine prozessrechtliche Vorschrift, sie sagt über den sachlichen Prüfungsumfang noch nichts aus.

– kurz: die gesamte Interpretation der relevanten Regeln und die Subsumtion des Falls unter sie (§§ 8–10) – wird vom Gericht nochmals ganz genau so vorgenommen, wie es schon die Verwaltungsbehörde getan hat. Oder, wenn ihr ein Fehler unterlaufen ist: wie sie es hätte tun müssen. Kurz und gut: Es gibt zu Gunsten der Behörde keinen gerichtlich unüberprüfaren (wenn man so will: „gerichtsreifen“) Beurteilungsspielraum.

Dies gilt nun auch dann, wenn Begriffe „unbestimmt“ sind, weil sie einen besonders „wertenden“ Charakter haben. Das bekannteste Beispiel ist der Begriff „Zuverlässigkeit“ im Gaststättenrecht (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG¹⁴⁴). Ob ein Gastwirt so zuverlässig ist, dass man ihm einen Publikumsverkehr anvertrauen kann, entscheidet am Ende das Verwaltungsgericht selbst,¹⁴⁵ es ist nicht in irgendeiner Weise an die Einschätzung der Behörde gebunden. Deshalb kann das Gericht auch ohne weiteres zur Aufklärung des Sachverhalts weitere Beweise erheben (Amtsermittlungsgrundsatz, § 86 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO).

71

b) Unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum

Demgegenüber gibt es aber auch unbestimmte Rechtsbegriffe *mit* einem Beurteilungsspielraum der Behörde – einem Spielraum, innerhalb dessen das Gericht im wahrsten Sinn des Wortes manches *gelten lassen* muss – als autoritativen Text! (§ 14 Rn. 22) –, was es selbst anstelle der Behörde vielleicht anders gemacht hätte.

72

Klassisches Beispiel: Prüfungsentscheidungen. Wird eine Prüfung angefochten, so darf das Gericht nicht alle Klausuren selbst erneut korrigieren und bewerten (von einem Nachholen der mündlichen Prüfung ganz zu schweigen). Vielmehr darf es nur prüfen, ob es bei der Beurteilung durch die Prüfer grobe Fehler („dicke Hunde“¹⁴⁶) gegeben hat: Bewertung einer vertretbaren Meinung als falsch,¹⁴⁷ unsachliche Kommentare, fachfremde Fragen in der mündlichen Prüfung, unfaires Verhalten. Der Grund liegt letztlich im Gleichheitssatz: Nur die Prüfer hatten *alle* Kandidaten vor sich, deshalb ist die Leistung des *einzelnen* Prüflings auch nur im Vergleich mit allen anderen angemessen zu bewerten.

Im Verwaltungsrecht haben sich daher im Wesentlichen vier Fallgruppen herausgebildet,¹⁴⁸ in denen einer Behörde solche Beurteilungsspielräume zugestanden werden:

73

144 Wortlaut: Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist oder befürchten läßt, daß er Unerfahrene, Leichtsinige oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmißbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des Arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird.“ – Man merkt an der Diktion: Es ist ein uraltes Gesetz.

145 Immer noch völlig unstrittig (was selten vorkommt).

146 Zur „Dicker-Hund-Theorie“ in anderem Kontext Joachim Lege, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre“? Aufräumarbeit und stille Verschiebungen im Bauplanungsrecht, in: DÖV 2015, S. 361–374 (362, 364, 365, 372, 373, 374).

147 Bereits hier: „Vertretbare“ Entscheidungen sind *rechtlich* „eigentlich falsch“, *juristisch* aber „noch richtig“; genauer dazu unten § 33 II.

148 Bei Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 37–42, kommen noch hinzu: prüfungsähnliche Entscheidungen (z.B. Versetzungszeugnis), politische Entscheidungen (z.B. Stellenplanung).

- Prüfungsentscheidungen (siehe oben),
- Entscheidungen weisungsfreier Gremien (z.B. die Gremien bei der – wie sie bis 2021 hieß – Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien¹⁴⁹),
- beamtenrechtliche Beurteilungen,
- (manche) Risiko- und Prognoseentscheidungen.

In all diesen Fällen steckt, sozusagen, die Behörde „tiefer drin“ in der Materie, so dass ein Gericht ihre Entscheidung weder völlig nachvollziehen noch gar besser treffen könnte.

- 74 Deshalb sind, um dies nachzutragen, auch die Abwägungsentscheidungen einer Gemeinde bei der Aufstellung von Bauleitplänen (s.o. Rn. 61–64) gerichtlich nicht voll überprüfbar – das Gericht kann es auch nicht besser! –, sondern nur im Hinblick darauf, ob der Gemeinde „Abwägungsfehler“ unterlaufen sind. Allerdings haben die Gerichte insofern wohl von Anfang an ein viel zu feines Raster angewendet, so dass sie selbst – und ihnen folgend der Gesetzgeber – zurückrudern mussten: Viele Abwägungsfehler sind von vornherein „unbeachtlich“ (§ 214 Abs. 1 und 2 BauGB), oder sie werden dies nach einem Jahr (§ 215 Abs. 1 BauGB). Das Ganze ist mittlerweile eine Wissenschaft für sich.¹⁵⁰

- 75 Wie bei den Generalklauseln lässt sich übrigens auch bei den unbestimmten Rechtsbegriffen gelegentlich ein gesellschaftlicher Wandel beobachten.

Die Einstufung von Weinen als „Qualitätswein“ oder „Spätlese“ o.ä. hielt das Bundesverwaltungsgericht bis zum Jahr 2007 für gerichtlich voll überprüfbar,¹⁵¹ seither besteht es den Prüfern einen Beurteilungsspielraum zu.¹⁵² – Übrigens einer der ganz seltenen Fälle, in denen ein oberstes Gericht seine frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben hat.

c) Parallele: Einschätzungsprärogative im Staatsrecht (Regierung, Gesetzgebung)

- 76 Sozusagen „dasselbe in Grün“ wie der Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht ist im Staatsrecht die Lehre von der „Einschätzungsprärogative“ des Gesetzgebers oder sonstiger Organe¹⁵³ des Staates. Auch hier gilt: Die Gerichte – auch das Bundesverfassungsgericht – dürfen sich nicht als die bessere Bundesregierung oder als der bessere

149 Mittlerweile heißt sie „Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz“; ich fand und finde die alte Bezeichnung treffender.

150 Sie wird dadurch weiter verkompliziert, dass (1) ein neuer § 2 Abs. 3 BauGB, in Umsetzung europäischen Rechts, formelle Fehler der Bauleitplanung schärfer sanktionieren wollte und (2) die Gerichte, um zu einem „Ewigkeitsfehler“ zu kommen, auf § 1 Abs. 3 BauGB ausweichen (sog. Planerforderlichkeit). Kritisch dazu *Lege*, „Abwägungsfehlerlehre“, in: DÖV 2015, S. 361–374.

151 BVerwGE 94, 307 – Weinprüfungskommission I (1993).

152 BVerwGE 129, 27 – Weinprüfungskommission II (2007).

153 Als „Organ“ bezeichnet man die rechtlich geschaffene Einrichtung eines Rechtsträgers (zum Beispiel des Bundes), die dessen Zuständigkeit für ihn wahrnimmt. Eine „Behörde“ ist dann dasjenige Organ, das die Zuständigkeit „nach außen“, also zum Bürger hin, wahrnimmt. „Behörde“ ist demgemäß in Städten und Gemeinden der Bürgermeister, an der Universität die Rektorin und in der Fakultät der Dekan. – Altgriechisch *órganon* bedeutet eigentlich „Werkzeug“ (und *érgon* übrigens „Werk“, auch „Arbeit“, daher die Ergonomie).

Gesetzgeber aufführen. Sie stecken, sozusagen, in den politischen SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40–59) nicht tief genug drin. Was sie freilich überprüfen dürfen und müssen, ist, ob (mehr oder weniger grobe) Fehler gemacht wurden.

Ein klassisches Beispiel ist insoweit die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Auflösung des Bundestages 1982.

77

Zum Sachverhalt: Der damalige Bundeskanzler Helmut Schmidt (1918–2015) wurde getragen von einer Regierungskoalition aus SPD und FDP. Die FDP¹⁵⁴ schwenkte während der Wahlperiode zur CDU/CSU um und wollte mit ihr gemeinsam den CDU-Vorsitzenden Helmut Kohl (1930–2017) zum neuen Kanzler machen. Dabei wurde der Öffentlichkeit versprochen, dass alsbald Neuwahlen durchgeführt würden. Die Realisierung dieses Plans erwies sich allerdings als schwierig, weil der Bundestag kein Recht zur Selbstauflösung hat. Verfahren wurde daher wie folgt: Zunächst wurde Helmut Kohl mit den Stimmen von FDP und CDU gemäß Art. 67 GG zum neuen Kanzler gewählt (sog. konstruktives Misstrauensvotum). Anschließend stellte er die sogenannte Vertrauensfrage gemäß Art. 68 GG. Die SPD stimmte dabei gegen Kohl, CDU/CSU und FDP enthielten sich der Stimme. Daraufhin löste Bundespräsident Karl Carstens (1914–1992), von Beruf übrigens Professor für Staatsrecht, den Bundestag auf.

Es liegt auf der Hand, dass dies reichlich *tricky* war. Das Grundgesetz ging und geht nämlich, wenn man den Text systematisch interpretiert, offensichtlich von dem folgenden politischen *framing* aus (zum Begriff *framing* § 35 Rn. 49): Wenn es in einer Regierung einmal kriselt, möge der Bundestag – als die für vier Jahre legitimierte Vertretung des Volkes – sich für eine neue Regierung zusammenraufen und einen neuen Kanzler wählen (Variante 1). Reicht es dafür nicht, kann der Kanzler das Spiel durch die Vertrauensfrage beenden und entweder scheitern oder gestärkt aus ihm hervorgehen (Variante 2). Was „nicht geht“, weil außerhalb dieses Rahmens (*framing*), ist: dass die Mehrheit im Bundestag zunächst einem neuen Kanzler das Vertrauen ausspricht (indem sie ihn zum Kanzler wählt) und ihm das Vertrauen gleich darauf wieder entzieht (man könnte sagen: in einem *venire contra factum proprium*, s.o. Rn. 66). Dies liefe nämlich auf jenes Selbstauflösungsrecht des Bundestages hinaus, das im Grundgesetz offenbar bewusst nicht vorgesehen ist – teils wegen der historischen Erfahrungen in der Weimarer Republik, teils folgenorientiert („teleologisch“): Wenn der Kanzler ein Hoch in den Umfragen für Neuwahlen ausnutzen will – soll man ihm dann erlauben, sich pro forma das Misstrauen aussprechen zu lassen?

78

Das BVerfG hat den Fall daher wie folgt gelöst¹⁵⁵: Zunächst hat es – wir kommen darauf zurück (§ 16 Rn. 48–49) – in den Art. 68 GG¹⁵⁶ ein **ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** hineingelesen. Die Vertrauensfrage dürfe nur gestellt werden, wenn eine echte Regierungskrise vorliegt („**materielle Auflösungslage**“). Ob eine solche Krise vorliegt, unterliegt allerdings der **Einschätzungsprärogative** des Bundeskanzlers. Das Bundesverfassungsgericht könne und dürfe nur prüfen, ob er sich eine grobe Fehleinschätzung (letztlich Willkür¹⁵⁷) hat zuschulden kommen lassen. Dies wurde

79

154 Damals offiziell noch „F.D.P.“. Die Punkte gingen erst im Internet-Zeitalter verloren.

155 BVerfGE 62, 1 – Bundestagsauflösung I (Kohl) (1983).

156 Text: „Art. 68 (1) Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt. (2) Zwischen dem Antrage und der Abstimmung müssen achtundvierzig Stunden liegen.“

157 Zur „Dicker-Hund-Theorie“ siehe Fn. 146.

im Fall Kohl verneint, vor allem mit Hinweis darauf, dass er die FDP als wackeligen Partner ansehen durfte.¹⁵⁸

- 80 Das Signal an die Welt der Juristen bzw. den SINNZUSAMMENHANG des Staatsrechts war klar: Diesmal lassen wir es gerade noch durchgehen. Im SINNZUSAMMENHANG der Politik ist es anders angekommen: Wenn es hart auf hart kommt, wird Karlsruhe einknicken. So ist es denn auch bei der nächsten Vertrauensfrage gekommen – gestellt im Jahr 2005 vom SPD-Bundeskanzler Gerhard Schröder (geb. 1944), auch er übrigens Jurist.

Das Motiv des Kanzlers Schröder war schlicht: Wie bekomme ich den Verlust der SPD bei den Landtagswahlen in Nordrhein-Westfalen vom Platz 1 in den Schlagzeilen? (es hat geklappt, sogar bei der Frankfurter Allgemeinen Zeitung – FAZ). Allerdings hat sich Schröder dann, was Angela Merkel angeht, in seiner politischen Einschätzung grob vertan: Sein Auftritt im Fernsehen nach der verlorenen Neuwahl ist legendär.

Übrigens wird wohl auch die „Bundestagsauflösung nach Vertrauensfrage“ für alle Zeit ein *hard case* bleiben.

- 81 Eine Einschätzungsprärogative kommt natürlich auch und vor allem dem **Gesetzgeber** zu (man spricht auch von „Gesetzgebungsermessen“¹⁵⁹). Oder besser: *sollte* auch ihm zukommen. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich, nicht zuletzt unter Rückgriff auf die Grundrechte und den allgegenwärtigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (der, wie erwähnt, im Grundgesetz *nirgends* steht), die Kontrolle der Legislative so weit getrieben, dass die real existierende Gewaltenteilung durchaus bedroht erscheint.¹⁶⁰

Eindeutig der Titel einer Schrift von Bernd Rüthers (1930–2023): „Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden.“¹⁶¹ – Rüthers ist seinerzeit (1968) berühmt geworden durch seine überaus mutige Habilitationsschrift „Die unbegrenzte Auslegung“.¹⁶² In ihr hat er, wie schon erwähnt, als erster die Rolle der deutschen Justiz und Jurisprudenz im Nationalsozialismus aufgearbeitet.

Wir werden auf die Interpretation der Verfassung noch ausführlich zurückkommen (§ 15c Rn. 39–45).

- 82 Dass die Abgrenzung von Verfassungsänderung und Verfassungsinterpretation ein nicht nur theoretisches, sondern eminent praktisches Problem aufwirft, zeigt schon Art. 79 GG: Die Verfassung *ändern* darf nur der Gesetzgeber, und dies auch nur unter erschwerten Bedingungen. Weiteres dazu unter § 15c Rn. 46–66.

d) Resümee: *quis iudicabit* (wer wird/soll entscheiden?)

- 83 Festzuhalten bleibt: Bei der Interpretation von Rechtsbegriffen – und um vorzugreifen: bei der „Auslegung und Anwendung des Rechts“ überhaupt – kommt es noch vor

158 BVerfGE 62, 1 (52 ff) – Bundestagsauflösung I (Kohl) (1983).

159 Grundlegend Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, Berlin etc. 2000.

160 ... und ohne Gewaltenteilung gibt es keine Freiheit, siehe klassisch Montesquieu, De l'Esprit des Lois (1748), Buch XI Kapitel 6; deutsch: Vom Geist der Gesetze, 2 Bände, Tübingen 1992.

161 Tübingen 2014; 2. Auflage 2016.

162 Tübingen 1968; 9. Auflage (!): Tübingen 2022.

der Frage, *wie* zu entscheiden ist, häufig darauf an, *wer* entscheiden sollte. Anders gewendet:

Viele Methodenfragen sind in einem ersten Schritt Kompetenzfragen. Wer hat zu welcher Rechtsfrage „das letzte Wort“?

Ob allerdings, wie es manchmal heißt, sogar *alle* Methodenfragen Verfassungsfragen sind, erscheint zweifelhaft. Ich persönlich halte das für „einen Tick zu viel“. 84

Gelegentlich plädiere ich auch dafür, nicht immer alles über die *Verfassung* zu lösen, sondern möglichst schon mit Hilfe des einfachen Rechts,¹⁶³ zum Beispiel des sogenannten Polizeirechts (also des Rechts der Gefahrenabwehr).¹⁶⁴ Wenn die Deutsche Fußballliga (DFL) als Veranstalterin der Fußball-Bundesliga jedes Wochenende Massen von teils unberechenbaren Menschen im öffentlichen Raum mobilisiert, dann stört sie dadurch – ganz wertfrei! – die „öffentliche Sicherheit“ (siehe oben). Daher ist es schon einfachrechtlich gerechtfertigt, nämlich nach den Landespolizeigesetzen (in Mecklenburg-Vorpommern nach dem SOG), die DFL an den Kosten der Polizeieinsätze jedenfalls bei sogenannten „Risikospielen“ zu beteiligen. Offenbar traut sich aber kein Gericht, die DFL als „Störer“ zu qualifizieren. Daher hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ein Gesetz des Landes Bremen, das den Kostenersatz ermöglicht, letztlich nur durch eine Hintertür gerechtfertigt, nämlich mit Hilfe des Abgaben-Verfassungsrechts.¹⁶⁵ (Dass dieses Rechtsgebiet infolge schlechten Fallrechts so unübersichtlich geworden ist, dass man im Konfliktfall relativ leicht für beide Seiten die Zitate findet, wurde schon erwähnt.¹⁶⁶) Soeben hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt.¹⁶⁷

4. Resümee: wirklich „typisch juristisch“?

Es dürfte sich gezeigt haben: Bei der Interpretation von „typisch juristischen“ Begriffen geht es zu wie im sonstigen Leben auch: 85

Erstens. Die Welt ändert sich, also ändern sich auch die Begriffe (man denke an den Begriff „Geschlecht“!). Und je stärker Begriffe darauf angelegt sind, sozialen Wandel zu berücksichtigen, desto weniger bestimmt können sie sein (man denke an „Gerechtigkeit“).

Zweitens. Man kann über die Bewertung von Lebenssachverhalten unterschiedlicher Meinung sein. Deshalb muss irgendjemand das letzte Wort haben. Dies gilt gerade auch bei der Interpretation von Begriffen.

163 Lege, Verfassungsrechtsdogmatik (Fn. 89), S. 245: „Mehr Respekt vor dem einfachen Recht!“.

164 Joachim Lege, Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen. Zugleich eine Anmerkung zum OVG Bremen und ein persönlicher Rückblick auf 20 Jahre Profi-Fußball, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl.) 2018, 353–357 (357). – Siehe auch schon Joachim Lege, Polizeieinsätze bei Fußball-Bundesligaspielen. Zugleich ein Beitrag zum Begriff der Gefahrverursachung, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) 87 (1998), S. 71–92.

165 BVerwGE 165, 138 – Polizeikosten bei Bundesligaspielen (2019).

166 Siehe oben Rn. 44 mit Fn. 90–92.

167 BVerfG, Urteil vom 14.01.2025 – 1 BvR 548/22 – Polizeikosten Hochrisikospiele; dazu Joachim Lege, Hochrisikospiele und die Gleichheit vor dem Gebührenbescheid, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl.) 2025, 129–131; Joachim Lege, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen – One size fits all?, Juristenzeitung (JZ) 2025, 477–484.

Ein richtig verstandenes Recht muss beides berücksichtigen. Und es kocht insofern immer nur mit Wasser, nicht mit höheren Werten.

V. Zusammenfassung zur Begriffsbildung

- 86 Wir können zum ersten Teil unserer „Interpretationstrilogie“, also zu den Überlegungen betreffend die Begriffsbildung in Rechtsregeln (§ 15a), kurz zusammenfassen:

Rechtsbegriffe sind Begriffe wie andere Begriffe auch. Sie funktionieren in einem Zusammenspiel von Intension (Begriffsinhalt, „Text“) und Extension (Begriffsumfang, „Fälle“, Beispiele).

- 87 Eine erste Herausforderung besteht darin, dass es unscharfe („vage“¹⁶⁸) Begriffe gibt – im Recht („Treu und Glauben“) wie im Leben (man denke an den Begriff „Liebe“). Diese Unschärfen werden im Recht wie im Leben mehr oder weniger gut bewältigt, sei es auf der Seite der Intension (weitere Definitionen oder Umschreibungen in einem prinzipiell unendlichen Regress¹⁶⁹) oder auf der Seite der Extension (immer mehr Fälle mit immer mehr Ausnahmen und Unterausnahmen). Am Ende ist es eine Frage noch bewältigbarer Komplexität: Wann verlieren wir die Übersicht?

Antwort: spätestens bei sieben Elementen (*seven items*),¹⁷⁰ meist schon bei mehr als fünf. Wenn es also in diesem Sinn zu viele werden, muss man sie zu Untergruppen zusammenfassen – deshalb auch diese Interpretationstrilogie (§ 15a, § 15b, § 15c). – Luhmann nennt dies übrigens: *eigene* Komplexität aufbauen (hier also: eigene Untergruppen bilden), um die Komplexität der „Umwelt“ auf ein für *unsere* Welt erträgliches Maß zu reduzieren („Reduktion von Komplexität“).¹⁷¹

- 88 Die zweite Herausforderung hängt mit der ersten zusammen: Jeder von uns bringt bei der Begriffsbildung ein anderes „Vorverständnis“ mit, jeder hat einen anderen Interpretations-Horizont,¹⁷² jeder ist eine jeweils andere und ganz individuelle „Welt“¹⁷³ ein ganz anderer SINNZUSAMMENHANG (siehe auch § 24a Rn. 51–52). Deshalb kommt es bei allen Interpretationen der „Umwelten“ – und besonders bei der Interpretation

168 Lateinisch *vagus* bedeutet eigentlich „reisend, umherschweifend, schwankend“ – daher der Vagabund – und erst in zweiter Linie „ungenau, unbestimmt“.

169 Siehe nochmals Carsten Bäcker, Juristisches Begründen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327 (324): Es sei geradezu verstörend, dass „die Subsumtion im Grunde endlos fortzuführen ist“. – Ausgehend von der Semiotik könnte man auch an zwei Asymptoten denken, die sich theoretisch erst im Unendlichen treffen, und praktisch schließt sich dann doch der Kreis (Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 235).

170 Bekannt als *Miller's Law*, erstmals vorgestellt von George A. Miller in dem viel zitierten Aufsatz „The Magical Number Seven, Plus or Minus Two. Some Limits on Our Capacity for Processing Information“, in: Psychological Review. 63 (1956), 81–97. – Möglicherweise geht diese Erkenntnis aber schon auf John Locke zurück.

171 „Reduktion von Komplexität“ ist einer der wichtigsten Bausteine der Systemtheorie. Er geht von der These aus, „dass die Umwelt für jedes System komplexer ist als das System selbst“ – man denke an Reizüberflutung! –, und kommt zu dem Schluss: „Nur Komplexität kann Komplexität reduzieren“ (man könnte auch sagen: nur Ordnung kann Ordnung in die Welt bringen); beide Zitate: Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 48 f.

172 Zum Empfängerhorizont bereits § 15 Rn. 4.

173 Luhmann spricht daher, wenn zwei solcher Welten aufeinandertreffen, ein wenig abschreckend von „doppelter Kontingenz“ (Soziale Systeme [Fn. 171], S. 148 ff.).

vager Begriffe – am Ende darauf an, wer das letzte Wort hat (*quis iudicabit*). Wer diese Letztentscheidungskompetenzen haben *sollte* – das ist dann wieder eine ganz andere Frage.

In einer Demokratie ist es zum Beispiel die Mehrheit.

Schließen kann man vielleicht mit Vorüberlegungen zu einer Art **Begriffsethik**, etwa in dieser Art: Wie man Begriffe verwendet, ist letztlich eine Frage des richtigen – im Sinne „guten“ – Handelns. Deshalb sollte man Begriffe möglichst klar fassen und möglichst konsequent, jedenfalls nicht willkürlich verwenden. Und dies ist letztlich eine Frage der Logik (als Lehre von der Folgerichtigkeit, § 4).

89

Mit Blick auf den „Empfängerhorizont“ lässt es sich auch so formulieren: Wer ernst genommen werden will, sollte seine Begriffe konsequent verwenden.

Berühmt ist aus dem chinesischen Kulturkreis übrigens eine Passage aus den Gesprächen des Konfuzius (ca. 551–479 v.Chr.):

90

„Der Schüler Dse-lu sprach zu Konfuzius: ‚Wenn Euch der Herrscher des Staates Wē die Regierung anvertraute, was würdet Ihr zuerst tun?‘ Der Meister antwortete: ‚Unbedingt die Bezeichnungen richtigstellen. Denn wenn die Begriffe nicht stimmen, so entspricht das, was man sagt, nicht den Tatsachen. Entspricht, was man sagt, nicht den Tatsachen, so werden die Handlungen der Regierung ohne Erfolg bleiben. Bleiben die Handlungen der Regierung ohne Erfolg, so verlieren Riten und Rituale ihre Wirkkraft. Verlieren Riten und Rituale ihre Wirkkraft, so werden Züchtigungen und Strafen ohne Maß erteilt. Werden Züchtigungen und Strafen ohne Maß erteilt, so weiß das Volk nicht mehr aus noch ein.‘¹⁷⁴

174 Eigene Fassung nach *Konfuzius*, Gespräche des Meisters Kung (Lun Yü), 5. Aufl., München 1992 (erstmal 1985), S. 91 f., und *Konfuzius*, Gespräche, 5. Aufl., Leipzig 1991 (erstmal 1982); beide Fassungen – West und Ost – weichen durchaus bemerkenswert voneinander ab. – Die „Gespräche“ stammen aus dem 5. Jahrhundert vor Christus. – Kann man heute statt „Riten und Rituale“ vielleicht sagen: Regeln des Anstands? Und statt „so werden Züchtigungen und Strafen ohne Maß erteilt“: so wird der Ruf nach dem Strafrecht immer häufiger?

§ 15b Regeln (Rechtssätze) interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes

- 1 Wir haben uns in § 15a ausführlich mit der Bildung von *Begriffen* beschäftigt – also mit den kleinsten sinntragenden logischen Einheiten. Wir wollen uns nun mit der Kombination dieser kleinsten Einheiten in **Aussagen** beschäftigen, und zwar in solchen Aussagen, die in **Rechtssätzen** formuliert sind und daher als Objekt eine **Rechtsregel** haben. Derartige Rechtsaussagen – zum Beispiel die Aussage des Satzes „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ (Art. 3 Abs. 1 GG - Grundgesetz) – sind nämlich in ihrer Ganzheit ein gewisses „Mehr“ als die Summe ihrer Bestandteile. (Marx würde sagen: Sie enthalten ein *Surplus*, einen Mehrwert.) Dieses „Mehr“ besteht darin, dass Aussagen – und eben *erst* Aussagen – den Anspruch auf Wahrheit oder allgemeiner: auf Richtigkeit erheben können (siehe schon § 5 II).

Zur klassischen Einteilung der Logik in die Trias „Begriff – Aussage („Urteil“) – Schlussfolgerung“ siehe bereits oben § 5.

- 2 Zu der semiotischen Trias von „Zeichen – Bedeutung – Objekt“ soeben unter § 15 und § 15a Rn. 1. Dort auch der Hinweis darauf, dass man schon in der Antike gesehen hat: Zwei dieser Eckpunkte sind körperlich: das Zeichen (hier der Rechtssatz in einem autoritativen Text) und das Objekt (die Regel, wenn man ihr „ganz real“ folgt oder gerade nicht), einer ist unkörperlich (ein „Gedanke“), hier die **Aussage**, die der Rechtssatz über die **Regel** trifft. Eine Aussage, über deren Richtigkeit¹ man gelegentlich trefflich **streiten** kann:

Was will uns der (Gesetzes-) **Text wirklich sagen**?

Nebenbei: Text heißt wörtlich „Gewebe“ (daher auch die Textilien).

- 3 Wir wollen im Folgenden zunächst kurz in Erinnerung rufen, woraus Rechtsregeln bestehen, nämlich aus einer Kombination von Tatbestand und Rechtsfolge: „Wer einen Straftatbestand erfüllt, hat als Rechtsfolge eine Strafe zu erwarten“ (I).

Sodann wollen wir uns, weil die Tatbestandsseite in § 15a schon genug Beachtung gefunden hat, gleich doppelt mit der Rechtsfolgenseite beschäftigen: zunächst mit der Frage, wie eine konkrete Rechtsfolge bestimmt werden kann (II), sodann mit der Frage, ob es dabei Spielräume gibt und wo sie ihre Grenzen haben (III; dass dies an § 15a Rn. 70–75 erinnert – Beurteilungsspielraum –, wird nicht verwundern). Zum Abschluss werden wir uns mit Rechtssätzen beschäftigen, bei denen die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtsfolge weniger deutlich ist und die deshalb „irgendwie als Ganzes“ zu interpretieren sind (IV), so zum Beispiel der schlichte Satz: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ (Art. 3 Abs. 1 GG).

- 4 In ihn wird bekanntlich weit mehr hineininterpretiert. Nach ganz herrschender Meinung bedeutet er vor allem:

„Art. 3 Abs. 1 GG verbietet insbesondere, wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln.“²

1 Nochmals: Das Potential von Aussagen ist Wahrheit bzw. Richtigkeit (§ 5 II).

2 So etwa BVerfGE 23, 98 (107) – Ausbürgerung (1968), hier noch bezogen allein auf die Gesetzgebung (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

Oder auch:

„Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird.“³

Oder grob gesagt:

„Wesentlich Gleiches ist gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.“

I. Die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge

Um es im Folgenden terminologisch einfach zu halten (*keep it simple*): **Rechtsregeln** 5 bestehen aus einer Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge.

Allerdings muss erwähnt werden, dass in dieser Weise üblicherweise nicht die *Rechtsregel*, sondern der *Rechtssatz* definiert wird: Tatbestand plus Rechtsfolge.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch: Ein „Rechtssatz“ *formuliert* in einem autoritativen Text (§ 14 II und III) die normative Aussage, dass eine bestimmte Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge als Rechtsregel gilt. Oder kürzer: Ein Rechtssatz ist die normative Aussage über eine (Rechts-) Regel. Und ganz genau genommen ist weder die Regel zu interpretieren noch der Rechtssatz oder die Aussage, sondern – der Text!

Siehe nochmals die Formulierung von Hollerbach: „Interpretation von vorgegebenen Norm-Texten oder doch jedenfalls von satzhaft formulierbaren normativen Aussagen“ – man ergänze: vor allem über Regeln.⁴

Aber man muss gelegentlich vereinfachen, solange klar bleibt, was in der Sache gemeint 6 ist. Hier ist gemeint: Die **Rechtsregel** ist eine *reale* Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge „da draußen“ in der Welt. Sie wird in einem *Rechtssatz* formuliert, und diese Formulierung weist zwei Besonderheiten auf.

1. Das „wenn“

Rechtssätze sind konditional formuliert: „Wenn“ der Tatbestand X vorliegt, dann soll 7 die Rechtsfolge Y eintreten. Das „wenn“ muss nicht ausdrücklich im Text erscheinen, im Deutschen kann man es sogar sehr häufig durch die Satzstellung vermeiden („wer“ den Tatbestand X erfüllt, dem blühe die Rechtsfolge Y; „handelt“ jemand so oder so, soll ihm dies so oder so vergolten werden). In Gedanken ist das „wenn“ aber auch in derart formulierten Konditionalsätzen stets dabei.

Eine Besonderheit des rechtlichen „wenn“ gegenüber dem üblich-logischen „wenn“ 8 besteht dann aber darin, dass es in zwei Richtungen wirkt: „wenn, aber auch nur wenn“. Anders gewendet: Das üblich-logische „wenn“ ist ein *einfaches* Konditional:

„Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken“ – aber auch sonst sehr oft ...

3 BVerfGE 42, 64 (72) – Zwangsversteigerung (1976), hier dann bezogen auf alle Staatsgewalten, also auch Exekutive und Judikative.

4 Alexander Hollerbach, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 4, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1988, Sp. 751 (757); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

Hingegen ist das rechtliche „wenn“ ein *Bikonditional*:

„Wer (aber auch nur wer) den Tatbestand erfüllt, ist (nach dieser Vorschrift) zu bestrafen.“

Wir haben dies in § 5 Rn.116 bereits erwähnt – als eine *Interpretation* des Wortes „wenn“.

2. Das „soll“ (kann, muss, darf)

- 9 Zur zweiten Besonderheit: Rechtssätze sind *normative* Sätze – oder besser: Sie repräsentieren normative Aussagen. Anders gewendet: Sie sagen aus, dass etwas sein *soll* (also nicht etwa schon *ist*). Im Fall einer Rechtsregel sagen sie aus: Wenn der Tatbestand erfüllt ist, dann „soll“ eine bestimmte Rechtsfolge eintreten.

Dabei ist nun freilich dieses „soll“ weit zu verstehen.⁵ Das „soll“ ist, mit anderen Worten, der Oberbegriff (ja, Begriff!) für verschiedene Varianten des „Sollens“: Können, Müssen, Dürfen, Nicht-Dürfen (es gibt sogar ein „Sollen im engeren Sinn“, man nennt es intendiertes Ermessen: in der Regel „muss“, ausnahmsweise „muss nicht“⁶). Oder in anderer Formulierung: „Sollen“ ist Oberbegriff zu „geboten sein“, „verboten sein“, „erlaubt sein“.

Zum Normenquadrat schon oben § 5 Rn. 63.

- 10 Zum Abschluss und zur Klarstellung vor allem für Nicht-Juristen: Ob das „soll“ ausdrücklich als solches formuliert ist, spielt keine Rolle. Die Formulierung „ist“ statt „soll“ findet sich gerade auch in einigen sehr wichtigen Rechtssätzen:

Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG Die Würde des Menschen ist unantastbar.

Art. 20 Abs. 1 GG Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

Das ist natürlich wie folgt zu *interpretieren*: Die Bundesrepublik *soll* dies sein (und bleiben!). Und die Würde des Menschen *darf nicht* angetastet werden.

Oder siehe auch nur § 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch –: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“ Sie *soll*, nach unserer Rechtsordnung, mit ihr beginnen.

II. Die Bestimmung der konkreten Rechtsfolge

- 11 In den gängigen Methodenlehren wird eher vernachlässigt, dass auch die *Rechtsfolge*seite von Rechtssätzen interpretiert werden muss. Wie wichtig diese Seite für die juristische Methode ist, wird vielleicht daran deutlich, dass immerhin Carl Schmitt

⁵ Klassisch *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1992, S. 4 f.

⁶ *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 11, mit dem Beispiel des § 12 Abs. 4 WPflG – Wehrpflichtgesetz –: „Vom Wehrdienst soll ein Wehrpflichtiger auf Antrag zurückgestellt werden, wenn die Heranziehung zum Wehrdienst für ihn wegen persönlicher, insbesondere häuslicher, wirtschaftlicher oder beruflicher Gründe eine besondere Härte bedeuten würde. Eine solche liegt in der Regel vor (...)“

(1888–1985) die Praxis der Strafgerichte bei der Strafzumessung als ein besonders einleuchtendes Beispiel dafür genannt hat, wie das Recht wirklich funktioniert.⁷

Dies stützt natürlich unsere These, dass die Bedeutung von Begriffen, also auch von Rechtsbegriffen, letztlich in den Folgen liegt, die sich an sie knüpfen. – Dass Carl Schmitt mit Vorsicht zu genießen ist, wurde bereits erwähnt.

1. Zur Einstimmung: Die Begriffe der Rechtsfolgende

Auch auf der Rechtsfolgende finden sich ganz normale Rechtsbegriffe, im Zivilrecht 12 z.B. *Schadensersatz* (§ 249 BGB), Herausgabe der *Bereicherung* (§ 812 BGB) oder auch, dass der Verkäufer dem Käufer an der Kaufsache „*Eigentum zu verschaffen*“ hat (§ 433 BGB).

Was genau dies „Eigentum verschaffen“ bedeutet, ergibt sich dann z.B. aus den §§ 929–936 BGB, sie gehören zum sog. Sachenrecht, geregelt im Dritten Buch des BGB.

Im Strafrecht sehen die einzelnen Straftatbestände (Mord, Totschlag, Raub, Diebstahl, 13 Hehlerei, Betrug, Untreue, Beleidigung etc.) als Rechtsfolge unterschiedliche *Strafen* und Strafrahen vor – eine gewisse Schallmauer ist dabei die Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr, sie grenzt „Verbrechen“ von bloßen „Vergehen“ ab (§ 12 Abs. 1 StGB).

Gemäß § 23 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch – ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

Im Öffentlichen Recht (Staatsrecht und Verwaltungsrecht) kommt zu den „ganz nor- 14 malen“ Rechtsbegriffen auf der Rechtsfolgende häufig eine Unterscheidung hinzu, die man alltagssprachlich als den Unterschied von „Muss- und Kann-Vorschriften“ bezeichnet. (Es gibt diesen Unterschied freilich auch in anderen Rechtsgebieten, z.B. *kann* der Versuch milder bestraft werden als die vollendete Tat, § 23 Abs. 2 StGB.) Wie wir gesehen haben, *kann* der Bundespräsident nach erfolgloser Vertrauensfrage den Bundestag auflösen (Art. 68 GG). Demgegenüber *ist*, wenn die Voraussetzungen vorliegen, eine Baugenehmigung zu erteilen (§ 72 Abs. 1 LBauO M-V⁸) oder eine Fahrerlaubnis (§ 2 Abs. 2 StVG⁹). Die Polizei- und Ordnungsbehörden wiederum *können* bei einer Störung der öffentlichen Sicherheit (s.o. § 15a Rn. 54, 59) die nötigen Maßnahmen ergreifen (mit unterschiedlicher Formulierung z.B. § 13 SOG M-V¹⁰, § 3 PolG Ba-Wü¹¹, Art. 11 PAG Bay¹²).

Dies ist allerdings kein Freibrief. Es gibt neben dieser sogenannten Generalklausel – 15 und geht ihr vor! – eine ganze Reihe von sogenannten Standardmaßnahmen, für die strengere Voraussetzungen gelten: z.B. Ingewahrsamnahme, Platzverweis, Sicherstellung und Beschlagnahme von Sachen, Durchsuchung. Obendrein gilt der Grundsatz

7 Carl Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912, S. 108 f.: „In Wahrheit bildet sich eine Praxis heraus.“

8 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern.

9 Straßenverkehrsgesetz.

10 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern.

11 Polizeigesetz Baden-Württemberg.

12 Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei.

der Verhältnismäßigkeit, sei es als allgemeines Rechtsprinzip oder im Gesetz selbst angeordnet (z.B. § 15 SOG M-V). – Zum Verhältnis mehrerer Regeln untereinander (hier: Spezialität der Standardmaßnahmen gegenüber der Generalklausel) s.u. § 18 Rn. 22–24.

Erwähnenswert vielleicht noch § 15 Versammlungsgesetz – VersG: Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen *kann* die zuständige Behörde eine Demonstration auflösen oder gar verbieten, sie muss es aber nicht.¹³

- 16 § 15 VersG ist übrigens ein Beispiel für schlampige („misslungene“¹⁴) Gesetzgebung. Die Vorschrift hatte ursprünglich zwei Absätze: Der erste begann mit „Die zuständige Behörde kann ...“, der zweite mit „Sie kann ...“. Mittlerweile wurde ein neuer Abs. 2 dazwischengeschoben, er ermöglicht es insbesondere, Nazi-Demonstrationen am Mahnmahl für die ermordeten Juden in Berlin zu verbieten. Allerdings geht dadurch der Anschluss des neuen Abs. 3 an Abs. 1 verloren, und man fragt sich: „Sie“? Die Nazi-Versammlung? Nein, klar, die Behörde. ... Man mag sagen: ein bloßer Schönheitsfehler. Nein, denn es ist vermeidbare Unklarheit. Und Begriffe, gerade Rechtsbegriffe, sollten in aller Regel so klar wie möglich sein. (Dass man sprachlich sensibel sein sollte, müsste gerade der Generation Gendersprache unmittelbar einleuchten.)
- 17 In den Begriffen der **rechtlichen Fachsprache** sagt man, dass die „Kann-Vorschriften“ den Behörden ein „**Ermessen**“ einräumen (dazu sogleich unter II). Demgegenüber verlangen die „Muss-Vorschriften“ eine „gebundene Entscheidung“.

2. Präzisierung durch weitere Rechtssätze (intensional)

- 18 Wie geht man nun mit den Begriffen der Rechtsfolgenrechtsseite um? Im Wesentlichen: nicht anders als mit denen auf der Tatbestandsseite des Rechtssatzes. Insbesondere gibt es häufig Vorschriften, die genauer angeben, was aus dem sozusagen Einstiegsbegriff folgt. Ein solcher Einstiegsbegriff ist z.B. in § 823 BGB die Verpflichtung zum Schadensersatz:
- § 823 (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
- In § 249 BGB wird dann die Rechtsfolge „ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet“ zum Tatbestand, aus dem „folgt“, was man unter Schadensersatz im Allgemeinen und auch gleich in zwei Sonderfällen zu verstehen hat:
- § 249 (1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.
- (2) Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag

13 Beliebtes „Problem“ für Examenkandidaten: Sind auch sogenannte „Minusmaßnahmen“, also Maßnahmen, die weniger in die Rechte der Demonstranten eingreifen – etwa die Anweisung, ein Spruchband mit strafbarem Inhalt einzurollen –, von dieser Vorschrift gedeckt? Antwort: ja, aber die Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Polizeirecht des Landes.

14 Zum „Gelingen“ als zentraler Kategorie der NJML siehe § 31 Rn. 86–102, §§ 33 und 34.

verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

Dies ist methodisch kein anderes Verfahren, als wenn auf der Seite des Tatbestands der Begriff „sittenwidrig“ durch das Beispiel „Wucher“ – wir haben es erwähnt (§ 15a Rn. 21) – „konkretisiert“ wird (zum Begriff „Konkretisierung“ sogleich in § 15c Rn. 4–28). 19

Natürlich gibt es zu Art und Umfang des Schadensersatzes dann eine Fülle weiterer Fragen, so dass etwa im „Staudinger“, dem klassischen Großkommentar zum BGB, ein ganzer Band allein von den §§ 249–254 BGB (Schadensersatzrecht) handelt.¹⁵

3. Komparative Begriffe („Schmerzensgeld“): Fallgruppenbildung, Fallvergleich (extensional)

Ist es nun aber methodisch eine neue Herausforderung, wenn Begriffe einen besonders „wertenden“ Charakter haben? Wenn es also etwa zum Schadensersatz im BGB weiters heißt: 20

§ 253 Immaterieller Schaden (1) ...

(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

Was ist eine „billige Entschädigung“?

Zuallererst: Es ist ein kleiner Sprachskandal, dass der Gesetzgeber bei der Reform des § 253 BGB im Jahr 2002 (Absatz 2 hat den alten § 847 BGB ersetzt) an der von 1900 stammenden, inzwischen sehr missverständlichen Formulierung „billig“ festgehalten hat – in der Alltagssprache hat „billig“ nämlich die Konnotation „geringwertig“. Gemeint ist ganz im Gegenteil das, was schon Aristoteles unter Billigkeit (*epieikeia*) verstanden hat (s.o. § 11 Rn. 38): eine **angemessene** Entschädigung. 21

Zu einem weiteren, politischen Skandal im Zusammenhang mit § 253 BGB – Nichteinbeziehung der Ehre¹⁶ in die Rechtsgüter, deren Verletzung einen Anspruch auf „Ersatz des immateriellen Schadens“ auslöst – siehe unten § 27 Rn. 18. – Auch „immaterieller Schaden“ ist mittlerweile übrigens ein Begriff aus einem autoritativen Text: Die Überschrift des § 253 BGB ist jetzt amtlich.¹⁷

Wie bestimmt man nun den Begriff „angemessen“? Anders gewendet: Wie setzt man als Richter oder Richterin eine „angemessene Entschädigung in Geld für einen immateriellen Schaden“, kurz: ein sogenanntes Schmerzensgeld fest? Carl Schmitt sagt sinngemäß: Man schaut, was denn der Kollege oder die Kollegin in solchen Fällen 22

15 J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung 2017 (Gottfried Schieman), Berlin 2017 (412 Seiten).

16 Genauer: des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

17 Vor der Schuldrechtsreform hatten die Paragraphen des BGB keine amtlichen Überschriften. Allerdings haben die juristischen Verlage, die die Gesetzessammlungen herausgaben, in eckigen Klammern gesetzte Überschriften hinzugefügt.

gemacht hat und es deshalb auch wieder tun würde?¹⁸ Was heute ganz prosaisch-rechtspraktisch bedeutet: Man schaut in sogenannte Schmerzensgeld-Tabellen. Dann führt „typischerweise“ der Verlust eines Auges zu einem Schadenersatz in Höhe von xy Euro, eine lebenslange Lähmung zu einer Rente von yz Euro und so weiter.

Der Klassiker solcher Fallsammlungen war die von Susanne Hacks¹⁹ zusammengestellte „ADAC-Schmerzensgeldtabelle“. Mittlerweile wird sie in 42. Auflage (!) von zwei BGH-Richtern (einer davon im Ruhestand) und einem Rechtsanwalt im Deutschen Anwaltverlag fortgeführt.²⁰ Zudem erscheint jährlich eine von Andreas Slizky herausgegebene „Beck'sche Schmerzensgeldtabelle“, und das Internet ist voll von weiteren Angeboten (besonders häufig erscheint „Hundebiss“).

Zum Begriff „Typus“ unten § 15c Rn. 31–33.

- 23 Damit wird aber klar: Die „Wertung“, die hier vom Richter oder von der Richterin verlangt wird, ist auch hier nichts anderes als das Ergebnis eines Fallvergleichs²¹ (dazu schon oben § 15a Rn. 7–11). Anders gewendet: Es ist eine *extensionale*, d.h. über den Umfang des Begriffs „angemessene Entschädigung“ vorzunehmende Bestimmung seines Inhalts. *And nothing more pretentious.*
- 24 Dass dabei die Lebenswelt des Richters (sein „Vorverständnis“²²) und die Lebenswelt des Geschädigten nicht völlig übereinstimmen, liegt daran, dass dies immer so ist, wenn zwei Menschen miteinander zu tun haben („doppelte Kontingenz“²³). Es ist aber auch selbstverständlich, dass der Richter die SINNZUSAMMENHÄNGE, in denen der Geschädigte lebt, ernst zu nehmen hat. Er muss versuchen zu verstehen, was der Schaden gerade für ihn „bedeutet“, z.B. der Verlust eines Fingers für einen Pianisten. Danach muss der Richter freilich schauen, was dies im Vergleich mit *anderen* Fällen und *deren* SINNZUSAMMENHÄNGEN bedeutet (Bildung von Fallgruppen). Dabei ist ebenfalls klar, dass sich insoweit die gesellschaftliche Sensibilität wandelt²⁴ (früher gab es für sexuelle Übergriffe lächerlich wenig Schmerzensgeld). All dies hat aber nichts mit einer besonderen, „wertenden Erkenntnis“ oder gar mit „höheren Werten“ zu tun.

18 Siehe Fn. 7.

19 Sie war Rechtsanwältin und in der Juristischen Zentrale des ADAC tätig (Allgemeiner Deutscher Automobilclub, ein bekanntlich mächtiger Verein).

20 Susanne Hacks/Wolfgang Wellner/Franz Häcker/Oliver Klein, Schmerzensgeldbeträge 2024, 42. Aufl., Bonn 2023.

21 Es ist hier sogar eine Art „externer“ Fallvergleich, weil auf Seiten der Intension so gut wie nichts an Erkenntnis zu holen ist. Interessant die Abgrenzung von Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. München 2023, § 7 Rn. 7f.: Unbestimmte Rechtsbegriffe (wie „angemessen“) haben einen Begriffskern, Generalklauseln (wie „Treu und Glauben“) haben keinen. – Zu Begriffskern und Begriffshof s.o. § 15a Rn. 8.

22 Anspielung auf Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970 – ein berühmtes Buch, das in der Tradition der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik steht.

23 Ein Begriff aus Luhmanns Systemtheorie, dazu schon § 10 Rn. 31.

24 Allerdings sind nicht immer diejenigen, die am lautesten schreien, auch am stärksten verletzt (Faustregel im Erste-Hilfe-Kurs).

4. Kombination von Intension und Extension: z.B. das Schuldprinzip bei der Strafzumessung

Methodisch etwas anders liegt es dort, wo es – zur Erinnerung: auf der Rechtsfolgen-
seite – nicht um eine so gut wie ausschließlich extensionale Begriffsbestimmung geht,
sondern um eine Kombination von Intension und Extension (wie wir sie auf der
Tatbestandsseite schon erörtert haben, § 15a Rn. 54–68). Ein erstes Beispiel ist das so-
genannte Schuldprinzip im Strafrecht. Es verlangt nicht nur, dass Strafe Schuldfähigkeit
voraussetzt („keine Strafe ohne Schuld – *nulla poena sine culpa*“, erstaunlicherweise in
keinem autoritativen Text explizit so gesagt). Vielmehr verlangt es vor allem, dass die
Strafe der Schuld des Täters *angemessen* sein soll. Demgemäß heißt es im Strafgesetzbuch:

§ 46 Grundsätze der Strafzumessung (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumes-
sung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der
Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.

(2) Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen,
gegenseinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

- die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche,
antisemitische, geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete oder
sonstige menschenverachtende,
- die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,
- das Maß der Pflichtwidrigkeit,
- die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,
- das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie
- sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen,
sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.

Dem ist aus methodischer Sicht nur noch hinzuzufügen: Selbstverständlich entwickelt
sich dann zu jedem dieser Unterpunkte eine eigene Kasuistik – und aus ihr ein *Gespür*²⁵ für das „richtige“ Strafmaß. *And nothing more pretentious.*

Natürlich ist es auch hier wie im richtigen Leben: Manche Juristinnen oder Juristen
werden bei der Strafzumessung mehr „Talent“ haben als andere (was nicht heißt,
dass diejenigen mit weniger Talent den Rückstand nicht aufholen könnten). Manche
Menschen sind strafrechtlich „musikalischer“ als andere. Das ändert aber nichts
daran, dass *alle*, die Talentierten und die nicht Talentierten, ihre Entscheidungen
nach denselben methodischen Standards *begründen* müssen. Nicht zuletzt daran
zeigt sich ihr Talent oder ihr Fortschritt.²⁶

Im Übrigen wüsste ich nicht, wie man es in methodischer Sicht besser als das Gesetz
(also § 46 StGB) machen könnte.

Streiten kann man allerdings über die Praktikabilität der Begriffe „rassistisch“,
„fremdenfeindlich“ und „antisemitisch“ – die (Kriminal-)Polizei hat mit ihrer An-
wendung offenbar Schwierigkeiten.²⁷ Zudem dürfen solche Motive nicht nochmals
in die Strafzumessung einfließen (Rechtsfolgen-), wenn sie schon Bestandteil des

25 Zum *Gespür* als einer zentralen ästhetischen Kategorie siehe § 31 Rn. 80, 84 f.

26 Zum „zeigen“ und „sich zeigen“ s.u. § 31 Rn. 51–54 (54).

27 Dazu demnächst empirisch gestützt Florian Meier.

gesetzlichen Tatbestandes sind (Verbot der Doppelverwertung, § 46 Abs. 3 StGB²⁸); das ist z.B. bei der Volksverhetzung (§ 130 StGB²⁹) der Fall. Es spricht daher manches dafür, dass es sich bei der Einfügung dieser Begriffe im Jahr 2015 eher um einen Akt symbolisch-plakativer Gesetzgebung gehandelt hat.³⁰ Sachlich geändert hat sich dadurch nichts.³¹ Und jedenfalls würde der Oberbegriff „mensenverachtend“ völlig ausreichen.³²

III. Spielräume und ihre Grenzen

- 28 Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge ist üblicherweise so gestaltet, dass bei Vorliegen des Tatbestandes die Rechtsfolge einzutreten *hat* („Muss-Vorschrift“). Wer jemand anderem einen Schaden zufügt, *hat* ihm Schadensersatz zu leisten (§ 823 BGB). Wenn keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, *ist* die Baugenehmigung zu erteilen (§ 72 LBauO M-V).

Man spricht dann von einer gebundenen Entscheidung.

Wir haben aber schon erwähnt, dass bei der Instanz, die über die Rechtsfolge entscheidet, ein Spielraum bestehen kann („Kann-Vorschrift“). Was insofern methodisch geschieht, das soll uns im Folgenden beschäftigen.

1. Entscheidungen nach Ermessen

- 29 Das Haupt-Referenzgebiet für „Kann-Vorschriften“ ist das Verwaltungsrecht (zu weiteren Gebieten weiter unten). Dort findet sich auf der Rechtsfolgenseite „der Norm“ häufig die Ermächtigung der Behörde, nach ihrem *Ermessen* zu handeln – ausgedrückt

28 „Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.“

29 Wortlaut: „Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe (...) zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder

2. (...), wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

30 Aufschlussreich der Titel: „Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages“ vom 12.06. 2015 (BGBl. – Bundesgesetzblatt – I 925). Genau besehen wurde eingefügt: „besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende“ [Beweggründe und Ziele], „antisemitisch“ fehlte also noch. Es wurde eingefügt durch das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ vom 30.03.2021 (BGBl. 2021 I 441).

31 So Bernd von Heintschel-Heinegg./Hans Kudlich, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (BeckOK StGB), Stand 01.02.2024, § 46 Rn. 37, für das im Jahr 2021 eingefügte Wort „antisemitisch“.

32 Kritisch auch Jörg Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019, § 46 Rn. 15a-15c. – Es bleibt auch unerfindlich, warum Beweggründe, die sich „gegen eine Behinderung, gegen den gesellschaftlichen Status oder gegen die sexuelle Orientierung“ richten, es damals explizit nur in die Gesetzesbegründung geschafft haben (BT-Drs. – Bundestags-Drucksachen – 18/3007 S. 15). – Aber Achtung: Dies ist *kein* Plädoyer dafür, dies nachzuholen! Das Strafgesetzbuch soll nicht zu einem Archiv politischer Themen werden. – Für § 1 Abs. 6 BauGB mag etwas anderes gelten: Dort tun sich die Gemeinden politisch leichter, wenn das Gesetz ihnen zu gegebener Zeit ausdrücklich vorschreibt (aber auch erlaubt!), in ihrer Bauleitplanung die Belange von Flüchtlingen (Nr. 13) oder des Hochwasserschutzes (Nr. 12) zu „berücksichtigen“, d.h. in die „gerechte Abwägung“ einfließen zu lassen (dazu oben § 15a Rn. 61–64 und unten § 28 II).

meist durch das Wort „kann“. Die Polizei „kann“ einschreiten, sie muss es aber nicht (dies nennt sich „Entschließungsermessen“). Sie „kann“ Schlagstöcke oder Wasserwerfer einsetzen (dies nennt sich „Auswahlermessen“). Nach welchen Maßstäben ist nun dieser Begriff „Ermessen“ zu bestimmen? Und gibt es methodische Anweisungen, wie man es zu betätigen hat?

a) Die Lehre(n) von den Ermessensfehlern

Um einmal mit dem zweiten Schritt zu beginnen: Es gibt in der Dogmatik des Verwaltungsrechts eine mehr oder weniger ausgefeilte Lehre von den „Ermessensfehlern“ – sie ähnelt der schon erwähnten Abwägungsfehlerlehre (§ 15a Rn. 61–64).

30

Unterschieden werden im Einzelnen die (1) Ermessensunterschreitung (es findet z.B. überhaupt kein Ermessen statt, weil die Behörde meint, es handele sich um eine gebundene Entscheidung), die (2) Ermessensüberschreitung (es wird z.B. ein zu hohes Bußgeld verhängt) und der (3) Ermessensfehlgebrauch (die Behörde lässt sich z.B. von unsachlichen Gründen leiten). Hinzu kommt nach mancher Ansicht ein (4) Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze, insbesondere ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz.³³

Einfacher **Beispielsfall**: Die Stadt verweigert einem Gastwirt G die sogenannte Sondernutzungs Erlaubnis³⁴ zum Aufstellen von Tischen und Stühlen auf dem (ausreichend breiten) Gehweg, weil G einer bestimmten Partei angehört.

All dies ist nicht falsch und auch hilfreich, es „gilt“ aber erst in zweiter Linie.

b) Die gesetzlichen Vorgaben

Das Wichtigste ist nämlich **gesetzlich** geregelt, und zwar dergestalt, dass sowohl der Tatbestand des Ermessens als auch die Rechtsfolge in weiteren Rechtssätzen³⁵ expliziert werden. So wird der *Tatbestand* des Ermessens im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) wie folgt bestimmt:

31

§ 40 VwVfG Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln [= Tatbestand im Konditionalsatz], hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten [= Rechtsfolge].

Was die wichtigste weitere *Rechtsfolge* des Ermessens angeht, nämlich: wie bei einem Streit, ob die Behörde ihr Ermessen „richtig“ ausgeübt hat, ein Verwaltungsgericht damit umzugehen hat, heißt es sodann in der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) etwas weniger gelungen (Hervorhebung J.L.):

33 Statt vieler *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 6), § 7 Rn. 19–23. Man sieht: Dies ist kein autoritativer Text, sondern Dogmatik, so dass z.B. bei *Jörn Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., München 2019, Rn. 537–539, der Punkt (4) fehlt.

34 Landesrechtlich geregelt, so etwa in § 22 Abs. 1 StrWG M-V (Straßen- und Wegegesetz Mecklenburg-Vorpommern): „Die Benutzung der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis des Trägers der Straßenbaulast. (...)“.

35 Zum Begriff nochmals: Nach herrschender Terminologie bestehen „Rechtssätze“ aus Tatbestand und Rechtsfolge. Der Begriff ist insofern synonym mit dem Begriff „Regel“, so wie die NJML ihn verwendet. Genauer betrachtet ist „Rechts**satz**“ der autoritative Text, der die Rechts**aussage** verkörpert, dass eine bestimmte reale Rechts**regel** gilt.

§ 114 VwGO Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln [= Tatbestand], prüft das Gericht **auch**, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist [= Rechtsfolge].

- 32 Wenig gelungen ist dabei, dass das Allerwichtigste gerade nicht gesagt, sondern implizit vorausgesetzt wird: Das Gericht prüft **nicht**, ob die Behörde bei ihrer Kann-Entscheidung die *beste* Lösung gefunden hat (ob also z.B. die Auflage, Stühle und Tische so und nicht anders aufzustellen, der Verkehrslage am besten gerecht wird). Das Gericht prüft **nur** (nicht „auch“), ob die Entscheidung

(a) nicht dem *Zweck* der Ermächtigung dient – im Gastwirt-Beispiel: der Erhaltung von Sicherheit und Leichtigkeit des (Fußgänger-) Verkehrs; oder aber

(b) die gesetzlichen *Grenzen* über- oder unterschreitet, seien es nun die einfachgesetzlichen Grenzen (z.B. ein Bußgeldrahmen) oder auch die Grundrechte (hier evtl. der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn dem Konkurrenzwirt K aus der anderen politischen Partei die Stühle und Tische genehmigt werden); zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sogleich unter 2).

- 33 Mit anderen Worten: Die Behörde hat auch hier einen **Spielraum**, innerhalb dessen mehrere Entscheidungen möglich, genauer: *rechtmäßig* sind. Nur spricht man hier eben nicht von einem „Beurteilungsspielraum“ (das ist reserviert für die Tatbestandsseite, s.o. § 15a Rn. 70–75), sondern von „Ermessen“.³⁶

Gegenbegriff zu *rechtmäßig* ist demgemäß *zweckmäßig*. Dies spielt vor allem eine Rolle, wenn eine Behörde von einer anderen Behörde kontrolliert wird. Wenn z.B. Landesbehörden die Gesetze des Bundes „als eigene Angelegenheit“ ausführen (das ist der Regelfall), dann darf die Bundesregierung nur kontrollieren, ob diese Ausführung *rechtmäßig* erfolgt (vgl. Art. 84 Abs. 3 Satz 1 GG). Führen die Länder die Bundesgesetze hingegen „im Auftrag des Bundes“ aus (zum Beispiel das Atomgesetz), erstreckt sich die Bundesaufsicht „auf Gesetzmäßigkeit und [auch auf] *Zweckmäßigkeit* der Ausführung“ (Art. 85 Abs. 4 Satz 1 GG, Hervorhebung und Zusatz J.L.).

c) Fazit: Ermessen als Lösung eines Kompetenzproblems („Kontrolldichte“)

- 34 Methodisch zeigt sich bei allem: Die Bestimmung der *Rechtsfolgen* bei Ermessensentscheidungen erfolgt im Grunde nicht anders als die Auslegung der „unbestimmten Rechtsbegriffe“ auf der *Tatbestandsseite* der Regel. Es gibt ein Zusammenspiel von weiterer intensionaler Bestimmung (§§ 40 VwVfG, 114 VwGO, „Ermessensfehlerlehre“) und extensionaler Kasuistik (im Straßenrecht, im Versammlungsrecht, im Polizeirecht³⁷). Und das Hauptproblem ist und bleibt kein Erkenntnis-, sondern ein Kompetenzproblem: nicht *wie* zu entscheiden ist (wenn man so will: wie die einzig richtige *right answer* aussähe³⁸), sondern *wer* letztverbindlich entscheidet. Oder etwas

³⁶ Allerdings nannte man den Beurteilungsspielraum in früheren Zeiten auch „Tatbestandsermessen“.

³⁷ Im Polizeirecht wird dann z.B. näher unterschieden zwischen Entschließungs- und Auswahlermessen: ob man (1) überhaupt gegen einen „Störer“ vorgeht und, falls ja, (2) mit welcher Intensität („Ob“ und „Wie“).

³⁸ Zu Ronald Dworkins *right answer thesis* bereits § 5 II Rn. 72.

genauer: *wie weit* die Entscheidungs- und Kontrollkompetenz der Beteiligten jeweils reicht.

Im Verhältnis der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden spricht man daher auch von der „Kontrolldichte“.³⁹

d) Annex: Ermessen im Zivilrecht

Der Vollständigkeit halber sei nochmals erwähnt, dass es Ermessensentscheidungen auch im Staatsrecht und im Strafrecht gibt, etwa wenn der Bundespräsident den Bundestag auflösen „kann“ (oben unter I 1). Und es gibt sie sogar im Zivilrecht (Hervorhebungen J.L.):

§ 315 BGB (1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem *Ermessen* zu treffen ist.

(2) (...)

(3) Soll die Bestimmung nach billigem *Ermessen* erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. (...)

§ 317 BGB (1) Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem *Ermessen* zu treffen ist.

(2) (...)

Interessant ist dann, dass im BGB vom „billigen Ermessen“ das „freie Belieben“ unterschieden wird.

§ 319 BGB (1) Soll der Dritte die Leistung nach *billigem Ermessen* bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

(2) Soll der Dritte die Bestimmung nach *freiem Belieben* treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

Dieses „freie Belieben“ ist allerdings nicht mit „Willkür“ gleichzusetzen. Vielmehr kann die Bestimmung einer Leistung „nach Willkür“ überhaupt nicht wirksam vereinbart werden; rein willkürliche Bestimmungen hat das Gericht daher zu kassieren.⁴⁰

Wir kommen auf Willkür im Rahmen des Gleichheitssatzes noch einmal zurück (unten Rn. 79–82).

2. Grenze: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Spielräume sind Spielräume, sie haben aber ihre Grenzen – die autoritativen Texte des § 40 VwVfG und des § 114 VwGO gehen ausdrücklich davon aus (s.o. Rn. 31–32). Insoweit haben wir als Grenzen schon genannt: eindeutig entgegenstehende Rechtsvor-

³⁹ Siehe etwa *Ipsen*, Verwaltungsrecht (Fn. 33), Rn. 473–477, 488–502, 534; dies gilt, um Missverständnisse zu vermeiden, auch im Hinblick auf unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum (s.o. § 15a Rn. 72–75).

⁴⁰ Markus Gehrlein, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 315 Rn. 11 (Beck'scher Online-Kommentar, Stand 01.11.2023); die zitierte Entscheidung RGZ 167, 225 (235) – Ausgleichsvergütung für inländische Ölmühlen (1941) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]) passt allerdings nicht wirklich.

schriften und auch die Grundrechte (bereits hier können wir andeuten: im Wesentlichen in ihrer Funktion als Prinzipien, dazu § 18 Rn. 84–85). Die allerbekannteste dieser Grenzen aber ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Es gibt wohl keine „Argumentationsfigur“⁴¹, die im Öffentlichen Recht, aber auch in der Politik häufiger bemüht wird.

Selbst die im Hinblick auf das Recht wenig musikalische Bundeskanzlerin Angela Merkel hat gelegentlich die Trias „geeignet – erforderlich – angemessen“ herunterbetet.

- 39 Allerdings ist dieser Grundsatz, wenn man mit ihm letztlich alle Probleme lösen will, ein viel zu grobes Instrument.⁴²

Systemtheoretisch könnte man sagen: Er ist „unterkomplex“, er hat nicht genug Eigenkomplexität, um den vielen sehr komplexen „Umwelten“⁴³ des Rechts (Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, Zivilgesellschaft, Privatleben, Medien, Religion, Kunst, Erziehung, organisierte Kriminalität, kurz: *allem* Gesellschaftlichen⁴⁴) eine *rechtliche Ordnung* entgegenzusetzen. Ohne möglichst sinnvolle *eigene* Regeln stümpert man mit der Verhältnismäßigkeit herum – und lässt sich vor allem die **Ziele**, für deren Erreichen die Mittel „verhältnismäßig“ sein sollen, mehr oder wenig kritiklos vorgeben. (Ich denke gerade an eine Karotte, die man dem Eselskarren des Rechts mit einer Angel vor die Nase hängt.)

a) Der logische Ort: die Rechtsfolgenseite

- 40 Das Wichtigste zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁵ ist aus **methodischer** Sicht deshalb zunächst: Er gehört auf die Rechtsfolgenseite der Regel („des Rechtssatzes“). Das heißt: Eigentlich ist er, wenn man rechtlich denkt, erst in zweiter Linie relevant. Die Hauptarbeit, nämlich die Präparation der Prämisse („Obersatz“), aus der ein bestimmtes Verhalten rechtlich folgt, sollte zuvor, also auf der Tatbestandsseite, erfolgen.

Grund ist letztlich der Gleichheitsgrundsatz und damit die Gerechtigkeit: Gesetze – als Regeln – garantieren Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung (Aristoteles, s.o. § 11 Rn. 36); dies aber nur, wenn klar ist, unter welchen *Voraussetzungen* (Tatbestand) eine *bestimmte* Rechtsfolge eintreten soll. – Zur Klarheit als dem Potential von Rechtsbegriffen s.o. § 5 I.

- 41 In der gegenwärtigen Dogmatik des deutschen öffentlichen Rechts wird dies freilich oft anders gehandhabt. Hier wird Studenten manchmal ausdrücklich eingetrichtert, „dass im öffentlichen Recht am Ende immer alles auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung

41 Ein Ausdruck von Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 21), S. VIII (Vorwort zur Erstauflage).

42 Grundsatzkritik daher jetzt: Joachim Lege, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen – One size fits all?, Juristenzeitung (JZ) 2025, 477-484

43 Genauer müsste man sagen: den vielen und oft sehr komplexen SINNZUSAMMENHÄNGEN (zum Begriff § 5 II Rn. 40–59) in „der“ Umwelt des Rechts (es gibt nur eine).

44 Leicht paradox formuliert in dem Buchtitel, der diese „Theorie der Gesellschaft“ abschließt: Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Band 1 und Band 2, Frankfurt a.M. 1997.

45 Er wird in jedem Lehrbuch zum Staatsrecht, insbesondere auch zu den Grundrechten, und jedem Lehrbuch zum Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht ausgiebig behandelt.

hinausläuft“⁴⁶ – mit anderen Worten: auf etwas, das tatbestandlich nicht vorhersehbar ist. Auf diese Weise wird die Arbeit am Gesetz zu einem eher lästigen Vorspiel, bevor die gängige Formel abgespult wird (muss man dafür wirklich *studiert* haben?):

„geeignet – erforderlich – verhältnismäßig i.e.S. (angemessen)“.

Ach ja: wenn ein „legitimes Ziel“ verfolgt wird. Und solche Ziele lassen sich sehr leicht in die Gesetze hineinschreiben oder hineininterpretieren (der Gesetzgeber will *immer* das Beste!) – oft ohne großen Gedankenaufwand betreffend die Verwirklichungsfähigkeit.⁴⁷

b) Der passende Kontext: staatliche Eingriffe

Demgegenüber ist zu betonen: Der eigentliche Kontext – oder wenn man will SINNZUSAMMENHANG –, in dem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **im Recht** zwanglos Sinn ergibt, ist der Schutz gegen staatliche Eingriffe. Der Staat kann von seinen „Bürgern“, aber auch von seinen Einwohnern und allen, die seinem Recht unterworfen sind, bestimmte Verhaltensweisen verlangen und dies notfalls mit Zwang durchsetzen: Steuern zahlen, Verkehrsregeln einhalten, zur Schule gehen, wegen Diebstahl bestraft werden und so weiter. Dieser **Zwang** (als Mittel) darf nicht über das nötige Maß hinausgehen – siehe schon Konfuzius⁴⁸ –, er muss sich daher in der Weise rechtfertigen, dass er zur Erreichung des Ziels „geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn (angemessen)“ ist.

Dann lässt sich natürlich weiter definieren⁴⁹: „geeignet“ ist alles, was das Ziel in irgendeiner Weise fördert,⁵⁰ „erforderlich“ ist ein Mittel, wenn es kein gleich effektives milderes gibt, „angemessen“ ist schließlich alles, was den Betroffenen nicht übermäßig belastet.

In der Schweiz kommt ein weiterer, (noch) politischerer Aspekt hinzu. „Angemessenheit“ liegt nur vor, wenn „der öffentliche Nutzen größer ist als die private Last.“⁵¹

All dies lässt sich ohne weiteres auch gesetzlich festschreiben, etwa im mecklenburg-vorpommerischen Sicherheits- und Ordnungsgesetz:

46 Dies stimmt vor allem dann nicht, wenn es sich um eine gebundene Entscheidung handelt (z.B. Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung) und auch dann nicht, wenn „am Ende“ eine Abwägung zweier Grundrechte (oder sonstiger „Verfassungsgüter“) steht, z.B. im Fall Luth die Abwägung von Berufsfreiheit und Meinungsfreiheit (BVerfGE 7, 198 – Boykottaufruf für einen Film Veit Harlans [1958]). – Zu einer a.A. (anderen Ansicht) bei gebundenen Entscheidungen siehe unten Rn. 46.

47 Ob zum Beispiel die Schaffung politischer Akzeptanz ein „legitimes Ziel“ für Grundrechtseingriffe ist, darf man bezweifeln: *Joachim Lege*, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung“ an Windkraftanlagen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2019, 1000–1005.

48 § 15a Rn. 90 bei Fn. 174.

49 Siehe hierzu denn doch z.B. *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 6), § 10 Rn. 51.

50 An diesen Punkt werden meist sehr geringe Anforderungen gestellt; kritisch dazu *Lege*, Beschaffung politischer Akzeptanz?, in: NVwZ 2019, 1000–1005 (1004).

51 *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, N 370. – In der Schweiz firmiert die „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn“ unter „Zumutbarkeit“. Und zur „Angemessenheit“ heißt es allgemein – und sehr schön –, sie fordere „die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum“.

42

43

§ 15 SOG M-V Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen haben die Ordnungsbehörden und die Polizei diejenigen Maßnahmen zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen. Kommen dabei mehrere Mittel in Betracht, so genügt es, wenn eines davon bestimmt wird.

(2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

(3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann.

- 44 Allerdings gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach ganz herrschender Meinung auch unabhängig von solch einfach-gesetzlicher Regelung schon kraft Verfassung, nämlich abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG).

Angesichts dieser postulierten Allgegenwart (und insofern Gottgleichheit) des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sollte man seiner „Anwendung“ in anderen Kontexten, also jenseits der klassischen Eingriffsabwehr, mit Misstrauen begegnen.

c) Zwei Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

- 45 Methodisch ist sodann festzustellen: Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind zwei Ebenen zu unterscheiden.

aa) Beim Vollzug von Gesetzen: Anwendung – nur! – bei Ermessensentscheidungen

- 46 Auf der sozusagen unteren Ebene, wo es um den Vollzug von Gesetzen geht, muss in aller Klarheit gesagt werden: Eine (einfachrechtliche) Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist nur dort geboten, ja überhaupt nur zulässig, wo das Gesetz dem Entscheider einen Spielraum bei der Auswahl der Rechtsfolgen zugesteht (Ermessensentscheidungen). Anders gewendet: bei *gebundenen* Entscheidungen wäre eine anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung falsch.⁵² Man denke an das Straßenverkehrsgesetz (Hervorhebung J.L.):

§ 3 StVG Erweist sich jemand als ungeeignet oder nicht befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen, so **hat** ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen.

Es gibt also kein Ermessen, folglich auch keine Prüfung der Verhältnismäßigkeit – etwa der „Angemessenheit“ im Hinblick darauf, dass der Betroffene den Führerschein für die Ausübung seines Berufs – immerhin ein Grundrecht (Art. 12 GG) – braucht.

bb) Bei der Bewertung von Gesetzen: eine Kompetenzfrage

- 47 Natürlich kann man dann aber weiterfragen, ob das *Gesetz* dem (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁵³ entspricht. In unserem Fall: ob es „noch verhältnismäßig“ ist, dass das Straßenverkehrsgesetz keinerlei Ausnahme für Härtefälle

52 A.A., „um besonderen Ausnahmefällen gerecht zu werden“: Maurer/Waldhoff, Verwaltungsrecht (Fn. 6), § 10 Rn. 50. Allerdings geht es in solchen Fällen nur noch um die dritte Komponente: die (Un-)Angemessenheit – oder wie man früher sagte: die (Un-)Billigkeit.

53 Auch er wird unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG), findet sich aber explizit in keinem autoritativen Text der Verfassung.

zulässt.⁵⁴ Dies ist dann aber eine Frage, die der „einfache“ Rechtsanwender, sei es in der Verwaltungsbehörde oder bei den sogenannten „Fachgerichten“, nicht entscheiden darf. Die Sache muss vielmehr derjenigen Instanz übertragen werden, die dazu befugt ist, die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen nicht nur zu *prüfen* (das darf jeder!), sondern nach dieser Prüfung gegebenenfalls verbindlich *festzustellen*. Dies sind bekanntlich nur die Verfassungsgerichte (sog. Verwerfungsmonopol).

Das Verfahren ist – für das Bundesverfassungsgericht – in Art. 100 Abs. 1 GG und in den §§ 80–82 BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) geregelt: Das (Fach-) Gericht hat das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen.

Das Verfassungsgericht hat dann freilich zu beachten, dass „der Gesetzgeber“ im Grundsatz „alles darf“ – dazu ist er von Verfassungs wegen geradezu prädestiniert und legitimiert (Demokratie!). Er ist frei darin, Ziele zu bestimmen und die zu deren Erreichung geeigneten *Regeln* (also „Gesetze“ im materiellen Sinn, § 14 Rn. 9) zu erlassen. Er hat, mit anderen Worten, einen großen Spielraum.⁵⁵ Daher wird mit Recht beklagt, dass das BVerfG ihm häufig viel zu detaillierte „Vorgaben macht“. Das BVerfG hat eben nicht die Aufgabe (und Legitimation), der bessere Gesetzgeber zu sein. 48

d) Fazit: Verhältnismäßigkeit ist eine Grenze, kein Optimierungsgebot

Methodisch (und auch dogmatisch) ist somit als Wichtigstes festzuhalten: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist keineswegs das, „worauf es im Öffentlichen Recht letztlich immer hinausläuft“ (s.o. 2 a). Verhältnismäßigkeit ist nur eine *Grenze* (vgl. § 40 VwVfG, § 114 VwGO, oben unter 1 b). Sie ist nicht etwa ein „Optimierungsgebot“ (dazu unten § 18 Rn. 84). 49

e) Zur Pervertierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Politik ist Trumpf?

Vor allem aber ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eines nicht: eine verkappte Super-Ermächtigungsgrundlage⁵⁶ für Eingriffe des Staates in die Rechte seiner Bürger. Nichtsdestoweniger scheint er sich im Verständnis der Politik mittlerweile dazu entwickelt zu haben.⁵⁷ Man denkt nicht mehr: Wir greifen in ein Recht ein, ist dies verhältnismäßig? Sondern man denkt: Wir haben ein hochrangiges Ziel – welche Rechtseingriffe sind 50

54 Berühmteste Entscheidung dafür, dass ein Gesetz eine Härtefallregelung treffen muss: BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981); Leitsatz: „Es widerspricht dem Eigentumsgrundrecht, daß der Verleger eines Druckwerks ein Belegstück auch dann unentgeltlich [an die Staatsbibliothek] abliefern muß, wenn es sich um ein mit großem Aufwand und in kleiner Auflage hergestelltes Werk handelt (§ 9 Hess.LPrG).“

55 Umfassend Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, Baden-Baden 2000.

56 Für Nicht-Juristen: Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Rechte ihrer Bürger bedürfen grundsätzlich einer *Ermächtigungsgrundlage* in Gestalt eines (förmlichen) *Gesetzes*, das diesen Eingriff erlaubt, z.B. eine körperliche Durchsuchung oder einen Platzverweis. Manchmal geht es allerdings auch ohne Gesetz, klassisches Beispiel: das (ungeschriebene!) öffentlich-rechtliche Hausrecht einer Behördenleitung oder auch der Rektorin einer Universität. – Dies gehört zu den absoluten *basics* im Öffentlichen Recht.

57 Dass Angela Merkel den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gern zitiert hat, haben wir schon erwähnt.

hierfür „geeignet, erforderlich und angemessen“? Wohlgermerkt: Die Politik darf so denken.⁵⁸ Pervers wird es allerdings, wenn das Recht dem folgt.⁵⁹

Bedenklich daher die Rechtsprechungspolitik des BVerfG zum Klimaschutz: Hier hat das Gericht zunächst den großen Applaus für seine weitreichende Entscheidung von 2021 abgewartet,⁶⁰ um sodann in einem wahrhaft windigen Fall ziemlich massive Grundrechtseingriffe „durchzuwinken“.⁶¹ Wir kommen darauf zurück (§ 34 Rn. 67–69 mit Fn. 112).

- 51 Demgegenüber bleibt in Erinnerung zu rufen: In einem Rechtsstaat (und für ein Gericht) ist gerade nicht Politik Trumpf. Sondern Rechte sind Trümpfe gegen die Politik.⁶²

3. „Abwägung“ – eine Grenze? ein Optimierungsgebot?

- 52 Etwas komplizierter liegen die Dinge bei der Abwägung – nicht zuletzt deshalb, weil der Begriff mehrdeutig ist. Auf jeden Fall gilt aber auch für ihn (wie für die Verhältnismäßigkeit): „Abwägung“ ist keinesfalls das, „worauf im Öffentlichen Recht letztlich alles immer hinausläuft“.

a) Abwägung 1: einpolig ausgerichtete Parameter („Ziele“, „Belange“, „Umstände“)

- 53 Die erste Form von Abwägung haben wir schon kennengelernt, dies sogar in zwei Varianten: Abwägung bei Planungsentscheidungen („Bauplanungsrecht“, § 15a Rn. 61–64) und Abwägung bei der Strafzumessung (§ 46 Abs. 2 StGB, oben § 15b Rn. 25–27). In beiden Varianten werden gewisse „Parameter“ abgewogen, die letztlich alle einem einzigen Zweck dienen – bildlich könnte man von einer einpoligen⁶³ Abwägung sprechen.

Im Baurecht finden sich diese Parameter vor allem in den sogenannten „Planungszielen“, die die Gemeinde im Hinblick auf eine vernünftige „städtebauliche Entwicklung“ – das ist der Endzweck – zu verfolgen hat (§ 1 Abs. 5 BauGB⁶⁴), sowie in

58 Ihre Kontingenzformel ist das Gemeinwohl.

59 Seine Kontingenzformel ist Gerechtigkeit, und sie verlangt vor allem, sich nicht in fremde Kompetenzen einzumischen. – Lateinisch *pervertere* = (ins Gegenteil) verkehren.

60 BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021); Aktenzeichen: 1 BvR 2656/18.

61 BVerfGE 161, 63 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022); Aktenzeichen: 1 BvR 1187/17. Man sieht: Das Gericht hatte diesen im Grunde einfachen Fall (anhängig seit 2017) aus taktischen Gründen hinter den politisch bahnbrechenden Fall (anhängig seit 2018) zurückgestellt.

62 Zu dieser Metapher: *Ronald Dworkin*, *A Matter of Principle*, Cambridge (Massachusetts) 1985, dort das Kapitel „Do We Have a Right to Pornography“, S. 335–373 (359 ff.); weiterer Abdruck: *Ronald Dworkin*, *Rights as Trumps*, in: *Jeremy Waldron* (Hrsg.): *Theories of Rights*, Oxford 1984, S. 153–167; zum Ganzen *Claudia Bittner*, *Recht als interpretative Praxis*, Berlin 1988, S. 94–98.

63 Zu einer mehrpoligen Abwägung sogleich unter 3 c.

64 Wortlaut: „Die Bauleitpläne sollen eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt, und eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung gewährleisten. Sie sollen dazu beitragen, eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln sowie den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in

den „Planungsleitlinien“ (§ 1 Abs. 6 BauGB⁶⁵), die, dabei zu berücksichtigen sind. § 1 Abs. 7 BauGB nennt all dies dann im Hinblick auf den konkreten Fall die abzuwägenden „Belange“.

Im Strafrecht haben wir die „Umstände“, die bei der Strafzumessung als Gründe pro und contra zu berücksichtigen sind, schon zitiert.

Bei einer derartigen Abwägung müsste man methodisch so vorgehen, dass man das Gewicht der verschiedenen Parameter zunächst *abstrakt* bestimmt – auch etwa dergestalt, dass manche von ihnen Vorrang haben – und sodann im *konkreten* Fall „Punkte verteilt“, also etwa für jeden Parameter eine Punktzahl von 1 bis 5, die die Betroffenheit des Parameters im Einzelfall gewichtet.⁶⁶

54

Zum APGAR-Score bei der Beurteilung des Gesundheitszustands von Neugeborenen siehe unter § 35 Rn. 64.

In der deutschen Jurisprudenz werden solche Verfahren⁶⁷ freilich eher als *scheinrational* betrachtet.⁶⁸ Nichtsdestoweniger sollte auch hier jedenfalls für den konkreten Fall – man denke an den großen Planfeststellungsbeschluss zum Vorhaben „Stuttgart 21“ – eine Gewichtung der Belange „als solcher“ vorgenommen werden – hier etwa: Verkehrspolitik versus Umweltschutz – und sodann deren Bedeutung im Einzelfall gewichtet. Man spricht insofern auch von „Wichtigkeitsgrad“ und „Beeinträchtigungsgrad“ der jeweiligen Belange.⁶⁹

Dass dabei der planenden Instanz eine „planerische Gestaltungsfreiheit“ zusteht, haben wir schon erwähnt. Hinzugefügt sei, dass nach ganz herrschender Meinung im Bauplanungsrecht keiner der vielen „Belange“ vor anderen „Belangen“ den Vorrang hat – insbesondere nicht etwa stets die öffentlichen Belange vor den privaten.⁷⁰ Dass man es nicht geschafft hat, dem **Umweltschutz** (§ 1 Abs. 6 Ziff. 7, § 1a BauGB) beizeiten, also schon im letzten Jahrhundert, einen **Vorrang** einzuräumen,⁷¹ werden uns kommende Generationen mit Recht vorwerfen.

55

der Stadtentwicklung, zu fördern, sowie die städtebauliche Gestalt und das Orts- und Landschaftsbild baukulturell zu erhalten und zu entwickeln.“ – Man sieht, es ist ein langer **Wunschzettel**, der auch immer wieder ergänzt wird.

65 Vom Abdruck der gesamten Vorschrift sehe ich ab: Es sind mittlerweile 14 Posten, teilweise mit Unterpunkten, und es werden, von der Tagespolitik motiviert, ständig mehr.

66 Carsten Bäcker, Juristisches Begründen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327 (325–327), rät zu diesem Verfahren offenbar bei jeder Form der Abwägung.

67 Ein Versuch, immerhin erschienen im Bundesanzeiger: Erich Gassner, Methoden und Maßstäbe für die planerische Abwägung, Köln 1993.

68 Siehe etwa OVG Münster, Urteil vom 5.12.1996 – 7a D 23/95.NE –, Beck'sche Rechtssammlung (BeckRS) 1996, 13851, Rn. 34: „scheinbar mathematische Systeme“. Demgemäß findet sich denn auch im klassischen Kurzkommentar Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 25. Aufl., München 2022, insofern: nichts.

69 Allgemein Jan-Reinard Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990, S. 236 f. (siehe dort auch S. 18 f.: Subsumtions- und Abwägungsmodell); Jan-Dirk Just, Ermittlung und Einstellung von Belangen bei der planerischen Abwägung, Münster 1996; S. 71 f.

70 BVerwGE 47, 144 (148) – öffentlicher Parkplatz (1974) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

71 Zu den Konsequenzen nicht unpolemisch Michael Krautzberger/Bernhard Stüer, Städtebaurecht 2004: Umweltprüfung und Abwägung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2004, 914–924, Untertitel: „Vom schlichten Wegwägen zum Grundsatz der nachhaltigen Trauerarbeit“.

- 56 Wie auch immer: Die „Abwägung 1“ ist jedenfalls keine Grenze, die dem Rechtsanwen-der auf der Rechtsfolgenseite gezogen wurde. Sie dient ganz im Gegenteil einem *Optimierungsgebot*, zu dem ein autoritativer Rechtstext die Tür geöffnet hat. Und sie findet ihre Grenze nur im Verbot sachfremder „Parameter“, insbesondere im Willkürverbot.

b) Abwägung 2: Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismäßigkeit)

- 57 Die zweite Form der Abwägung haben wir ebenfalls schon erwähnt, und wir können sie sehr kurz abhaken: die Abwägung von Mitteln im Hinblick auf einen Zweck. Dies ist die „Abwägung“ im Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Wie wir gesehen haben, hat sie unproblematisch dort ihren Platz, und zwar als Grenze, wo in Rechte eingegriffen wird.

Klassischer Ort daher: das Recht der Gefahrenabwehr („Polizeirecht“).

Problematisch wird es hingegen, wenn ein Gericht – hier das BVerfG – vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einen möglichst hochrangigen politischen Zweck in den Vordergrund stellt und sodann einen Eingriff in subjektive Rechte, der allenfalls ein Zwischenziel erreicht, als „geeignet und erforderlich“ durchwinkt, weil er angesichts des hohen Ziels jedenfalls als „angemessen“ erscheint.⁷² Auf diese Weise wird im ersten Schritt Politik gemacht, damit im zweiten Schritt das Recht zurücktritt. Eigentlich sollte es gerade anders herum funktionieren: Im ersten Schritt muss sich das – konkrete! – politische Ziel erst einmal vor dem subjektiven Recht rechtfertigen. Erst dann kann man fragen, ob der Eingriff in dieses Recht „geeignet, erforderlich, angemessen“ ist.

- 58 Im Klartext: Das unbestreitbar höchststrangige Ziel „Klimaschutz“ lässt auf den ersten Blick jedes subjektive Recht leicht zurücktreten. Dennoch ist das Zwischenziel „Schaffung *politischer* Akzeptanz“ bei den einen (noch dazu durch eine Art Beste-chung) kein *legitimes* Ziel, das Eingriffe in Rechte der anderen – hier in die Eigen-tums- oder Berufsfreiheit, zudem in die Vereinigungsfreiheit⁷³ – rechtfertigen könnte. Politische Akzeptanz hat die Politik sich selbst zu beschaffen.⁷⁴

c) Abwägung 3: Aufeinanderabstimmen von Regeln (und korrespondierenden Rechten)

- 59 Eine dritte Form der „Abwägung“ schließlich ist weder eine „Grenze“ bei der Rechtsfolgenbestimmung noch gar ein schlichtes „Optimierungsgebot“ wie im Pla-nungsrecht, sondern letztlich (und logisch) nichts anderes als ein Aufeinanderabstim-

72 Quintessenz aus BVerfGE 161, 63 (109–130, Rn. 98–156) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022). Sachverhalt: Ein Gesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern schrieb und schreibt vor, dass Windenergieanlagen nur noch in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden dürfen, bei der ein Teil der GmbH-Anteile an ortsansässige Bürger (und auch an die Gemeinden selbst) verkauft werden muss. Damit soll die „Akzeptanz in der Bevölkerung“ für die Windkraft gesteigert werden. Das ist wohl eher Wunschenken. Mehr dazu § 34 IIb Rn. 67–75.

73 Artikel 14, 12, 9 Abs. 1 GG.

74 *Lege*, Beschaffung politischer Akzeptanz? In: NVwZ 2019, 1000–1005.

men von Regeln – und den damit korrespondierenden⁷⁵ Rechten. Bildlich könnte man auch von einer „Grenzziehung im Gegenseitigkeitsverhältnis“ sprechen: Man muss von zwei Seiten her zu einem Ausgleich der Interessen kommen. (Auch das Bild einer Mehrpoligkeit⁷⁶ böte sich an.)

Klassischer Fall: Der Vermieter V kündigt dem Mieter M, er erwirkt sogar ein Räumungsurteil. Der Mieter droht obdachlos zu werden und draußen zu erfrieren. Die Behörde weist ihn deshalb in seine bisherige Wohnung ein.⁷⁷

Diese Maßnahme lässt sich, um damit zu beginnen, auf die polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Generalklausel stützen:

60

§ 13 SOG M-V Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

Zur „öffentlichen Sicherheit“ gehört nämlich auch der Schutz von Rechtsgütern Einzelner⁷⁸ (aber nur „als Teil der Allgemeinheit“⁷⁹), so dass hier auf Seiten des Mieters M das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) ins Spiel kommt.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – aber *erst hier!* – ist dann zu prüfen, ob zum Schutz dieses Rechts (und damit der „öffentlichen Sicherheit“) die Einweisung nicht nur „geeignet“ und „erforderlich“, sondern auch „verhältnismäßig (im engeren Sinn)“ bzw. „angemessen“ war. Allerdings bildet dann gerade nicht das Grundrecht des Mieters M den Einstieg (sozusagen als Trumpf⁸⁰), sondern das Grundrecht des Vermieters V aus Art. 14 Abs. 1 GG – Eigentum –: Er ist es ja, in dessen Rechtsphäre der Staat eingreift, *sein* Grundrecht ist die erste Grenze, wenn der Staat die öffentliche Sicherheit retten will. Das Grundrecht des Mieters M (Art. 2 Abs. 2 GG) dient nur dazu, diesen Eingriff des Staates zu stützen (Überwindung der Grenze), und es kann ihn nur so weit stützen, wie dies nötig ist (Begrenzung der Überwindung der Grenze).⁸¹

61

75 „Korrespondieren“ heißt: Es gibt hinsichtlich „Recht und Regel“ kein logisches Prius, kein „zuerst war die Regel“ oder „zuerst war das Recht“. Jedes Recht folgt aus einer Regel, und jede Regel (*Rechtsregel*, versteht sich) vermittelt ein Recht. Es ist wie mit dem Huhn und dem Ei.

76 In der Rechtswissenschaft kein fremdes Bild, siehe etwa: *Norbert Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Berlin 1982, S. 100 („Multipolarität“); *Matthias Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, Berlin 1992.

77 Instruktiver Fall (dort allerdings Gefahr wegen einer psychischen Erkrankung des Mieters): Obergerverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2010, 1094–1096.

78 Siehe nur *Heinrich Lang*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern. Studienbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 5 Rn. 37, 47.

79 Deshalb gehört der Schutz privatrechtlicher Rechte nur dann zur öffentlich-rechtlichen „Gefahrenabwehr“, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne die Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird“, so § 1 Abs. 3 SOG M-V.

80 ... um nochmals an Ronald Dworkin anzuknüpfen (Fn. 62).

81 Unter Umständen muss auch eine Entschädigung gezahlt werden, § 72 Abs. 1 SOG M-V: „Wer nach § 71 in Anspruch genommen wird, kann Entschädigung für den ihm hierdurch entstandenen Schaden verlangen.“ (§ 71 regelt die „Inanspruchnahme des Nicht-Störers.“) – Klassischer Fall BGHZ

Zu dem gleichen Ergebnis ist das Preußische Oberverwaltungsgericht übrigens schon im Jahr 1920 gekommen – ganz ohne Grundrechte.⁸²

- 62 **Methodisch** zeigt sich also: Mit der „Abwägung 3“ ist die Interpretation *eines* Rechtssatzes verlassen. Bei der „Abwägung 3“ geht es vielmehr immer um das Aufeinander-Abstimmen *mehrerer* Rechtssätze – hier der Rechtssätze des Art. 14 Abs. 1 und des Art. 2 Abs. 2 GG. Anders gewendet: „Abwägung 3“ überschreitet *immer* die schlichte Interpretation (Auslegung) von einzelnen Regeln, es ist immer eine Operation mit mehreren Regeln.

Wir werden deshalb erst in § 18 darauf zurückkommen.

4. Grenze: Selbstbindung (Gebot der Gleichbehandlung)

- 63 Sehr wohl eine Grenze (auf der Rechtsfolgende) ist hingegen, und zwar aus Gründen der Logik, das Gebot der Gleichbehandlung gleicher Fälle. Es führt zu einer Selbstbindung *jeder* Instanz, die für sich in Anspruch nimmt, sich an Recht und Gerechtigkeit zu orientieren.

Das „Wesen“ der Gerechtigkeit ist nun einmal zuallererst die Gleichbehandlung gleicher Fälle (siehe schon § 11 Rn. 36 zu Aristoteles; die Kunst liegt dann natürlich oft im Differenzieren.) Und das „Wesen“ der Logik ist Folgerichtigkeit (§ 4).

a) „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“ (Goethe)

- 64 Erinnern wir uns: Eine jede Entscheidung eines Falls trägt in sich den „Keim zur Verallgemeinerung“ – denn es gibt keine *völlig* einzigartigen Fälle⁸³ („Sonne“ ist ein Allgemeinbegriff, auch wenn es nur eine gibt). Verallgemeinerungen wiederum sind der Ausdruck für eine *Regel*, mag sie dem Entscheider schon bewusst sein oder auch nicht. Jedenfalls aber hat er diese *Regel*, nach der er den ersten Fall entschieden hat, auch im nächsten, gleich liegenden Fall zum Maßstab⁸⁴ seiner Entscheidung zu machen – dies ist die „Selbstbindung“, die ein jedes Recht erst zum Recht macht. (Und zwar unabhängig davon, ob dies explizit in einem Gesetz – wie Art. 3 GG – geregelt ist.)

In den Worten Mephistos: „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte.“⁸⁵

130, 332 – Einweisung einer Mutter mit vier Kindern (1995) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite).

82 PrOVGE 75, 339 – Einweisung einer Arbeiterfamilie (1920) (Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts Band, Seite).

83 Zur Wunsiedel-Entscheidung unten § 27 III. – Interessante Dissertation: Max Weber (nicht der berühmte Soziologe), Atypischer Einzelfall und allgemeines Gesetz. Die Berücksichtigung atypischer Sachverhalte im Zusammenspiel von Rechtsetzung und gebundener Rechtsanwendung, Tübingen 2023.

84 Im Englischen gibt es eine hübsche Verwandtschaft zwischen Regel (*rule*) und Lineal (*ruler*).

85 Johann Wolfgang von Goethe, Faust, Teil 1, Studierzimmer, Vers 1412. Kontext: Der Teufel muss immer durch dieselbe Tür oder Öffnung hinaus, durch die er auch hineingekommen ist. Faust antwortet (Vers 1413): „Die Hölle selbst hat ihre Rechte?“

Oder besser noch in Anlehnung an die Bibel: „Die Logik höret nimmer auf.“⁸⁶ Und damit auch nicht der Zwang zur Konsequenz (Folgerichtigkeit).

b) Die Entstehung neuer „dogmatischer Tatbestände“

Auf diese Weise sieht man zugleich: Die „Grenze“, die die erste Entscheidung qua Selbstbindung der zweiten Entscheidung zieht, ist **methodisch** nichts anderes als die Rückwirkung der *Rechtsfolge* dieser Entscheidung auf einen neuen „Tatbestand“ – oder sagen wir besser: auf eine neue *Regel* auf der Rechtsfolgenseite. Man mag im ersten Zugriff gesagt haben: *I cannot define it, but I know it when I see it* (s.o. § 15a Rn. 50). Spätestens im zweiten Fall muss man sagen: Der erste Fall hatte die Merkmale A, B und C, der zweite Fall hat sie ebenso (oder auch nicht) – *also* muss er ebenso entschieden werden (oder eben auch nicht).

65

Logisch betrachtet gerinnt auf diese Weise die *Aussage*, die zum ersten Fall als **Regel** formuliert wurde, zum *Begriff* auf deren „Wenn-Seite“. Und dies durch eine logische *Schlussfolgerung* per Abduktion und Induktion (§ 6 III, § 10 Rn. 14): Hmm, könnten wir die Merkmalskombination A, B und C nicht – zum Beispiel – „Korruption“ nennen?

Ich schlage vor, dieses Phänomen als die Entstehung von „Tatbeständen der Dogmatik“ zu bezeichnen (oder auch: von *dogmatischen Tatbeständen*). Man weiß dann erstens, dass sie wie gesetzliche Tatbestände funktionieren, dass sie aber, zweitens, keineswegs gesetzliche Tatbestände *sind*. Anders gewendet: Sie sind nicht selbst schon ein autoritativer Text, sondern nur eine Interpretation.

66

Gutes Beispiel: Die eingangs erwähnte Ermessensfehlerlehre mit ihren „Fallgruppen“ oder eben *dogmatischen* Tatbeständen von „Ermessensüberschreitung“, „Ermessensunterschreitung“, „Ermessensnichtgebrauch“ – oder auch weiteren „Tatbeständen“ (aus meiner Sicht immer noch am leichtesten fassbar: „sachfremde Erwägungen“ wie im Gastwirt-Sondernutzungs-Fall oben III 1 a). All dies ist lediglich *Interpretation*.

5. Annex: Rückwirkung der Rechtsfolge auf gesetzliche Tatbestände

In der gleichen Weise wirkt übrigens auch bei gebundenen Entscheidungen („Muss-Vorschriften“) die Rechtsfolge auf die Interpretation des *gesetzlichen* Tatbestandes zurück. Nehmen wir noch einmal

67

§ 3 StVG Erweist sich jemand als ungeeignet oder nicht befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen, so hat ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen.

Auch hier entscheidet man letztlich mit Blick auf die Rechtsfolge, wann jemand derart unfähig oder unzuverlässig ist, dass man ihn nicht am Steuer eines Kraftfahrzeugs auf die Allgemeinheit loslassen kann. Mit anderen Worten: Die Begriffe „ungeeignet“ und „nicht befähigt“ werden im Hinblick auf diese Rechtsfolge näher bestimmt (zum Begriff „konkretisieren“ sogleich unter § 15c Rn. 4–28). Der „Spielraum“ wandert hier

⁸⁶ 1. Kor 13, 8 (Erster Brief des Paulus an die Korinther): „Die Liebe höret nimmer auf.“

also – als sogenannter Beurteilungsspielraum – auf die Seite des *gesetzlichen* (nicht: dogmatischen) Tatbestands (s.o. § 15a Rn. 70–75).⁸⁷

IV. Die Interpretation „programmatischer Rechtsaussagen“

- 68 Gelegentlich gibt es Rechtssätze, die nicht nach dem schnöden Schema „Tatbestand plus Rechtsfolge“ konstruiert sind, die aber dennoch unzweifelhaft als „normative Aussagen“ (Hollerbach⁸⁸), genauer, als Sätze des geltenden Rechts verstanden werden wollen. Sie finden sich vor allem im Verfassungsrecht, einige haben wir schon erwähnt:

Art. 1 Abs. 1 GG Die Würde des Menschen ist unantastbar.

Art. 3 Abs. 1 GG Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Art. 20 Abs. 1 GG Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

Art. 20 Abs. 2 GG Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. (...)

Art. 28 Abs. 1 GG Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.

- 69 Ich möchte derartige Sätze als „programmatische Rechtsaussagen“ bezeichnen, weil sie etwas geisterhaft-gasförmig durch die Rechtsordnung schweben. Aus ihnen müssen „echte“ Rechtssätze mit Tatbestand und Rechtsfolge erst noch herausdestilliert werden⁸⁹ (und diese können sich dann zu Begriffen verfestigen, etwa zur „Objektformel“ bei der Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG – Menschenwürde⁹⁰).

1. Allgemeine Einordnung der programmatischen Rechtsaussagen

- 70 In den juristischen Methodenlehren und in der Rechtstheorie, aber auch in der juristischen Dogmatik gibt es eine ganze Reihe von Modellen dafür, was derartige programmatische Rechtsaussagen „sind“ und vor allem: wie man sie „anzuwenden“ hat. Am bekanntesten dürfte die Kennzeichnung als „Prinzipien“ sein, die sich eben noch nicht zu dem Wenn-dann-Schema von „Regeln“ auskristallisiert haben und deshalb erst zu Regeln ausdifferenziert werden müssen. Sie sind dann gewissermaßen Regeln zum Umgang mit Regeln (dazu unten § 18).
- 71 Ebenfalls verbreitet dürfte die Vorstellung sein, dass die Verfassungsinterpretation gegenüber der „sonstigen“ juristischen Interpretation eine besondere Stellung einnimmt oder gar etwas Eigenes und Anderes ist – eben weil die Verfassung eine ganze Reihe

⁸⁷ Zu diesem Zusammenhang von Tatbestands- und Rechtsfolgenreihe auch *Wolfgang Frisch*, *Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und „Beurteilungsspielraum“ im Strafrecht*, in: NJW 1973, 1345–1349. These am Ende: Im Strafrecht haben solche Spielräume nichts zu suchen, es gibt nicht „mehrere rechtlich gleichwertige Ergebnisse“, sondern „nur eine richtige Lösung“.

⁸⁸ Siehe bei Fn. 4.

⁸⁹ Das Bild von drei Aggregatzuständen des Rechts in Anlehnung an *Oliver Lepsius*, *Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, Tübingen 2016 (der allerdings als Festkörper die Einzelfallentscheidung sieht).

⁹⁰ Dazu schon § 5 III Rn. 93 mit Fn. 183.

von programmatischen Rechtsaussagen enthält. Damit korrespondiert die Redeweise von einer „Konkretisierung“, derer die Verfassung bedarf.

Ausgiebig von „Konkretisierung“ spricht das BVerfG zum Beispiel in der mehrfach erwähnten Entscheidung zur ersten Bundestagsauflösung 1982/83 (Helmut Kohl)⁹¹ – wir kommen darauf zurück (§ 15c Rn. 17–19). Sehr viel „Konkretisierung“ (hier des Art. 20a GG – Schutz der Natur auch in Verantwortung für die künftigen Generationen) findet man auch im sensationellen Beschluss zum Klimawandel von 2021.⁹²

Die NJML ist gegenüber solchen Sonder-Methodenlehren eher misstrauisch. Sie hegt den Verdacht, dass mit ihnen sowohl die Bindung an autoritative Texte gelockert als auch die seriöse Auseinandersetzung mit Präjudizien vermieden wird (Stichwort „schlechtes Fallrecht“, § 15a Rn. 44–46). Stattdessen lassen sich im Nebel vieldeutiger Formeln die *politisch* (oder auch wirtschaftlich oder gesellschaftlich) gewünschten Ergebnisse als Ableitungen aus dem *Recht* darstellen.

Die NJML betont hingegen: Es gibt nur eine juristische Methode, und sie besteht aus Logik, Logik und Logik (Deduktionen, Induktionen, Abduktionen) – plus Interpretation. Ihr Kern besteht in der Bildung und Interpretation von *Regeln*, die aus möglichst klaren Begriffen bestehen sollten, was praktisch bedeutet: Es muss möglichst genau vorhersehbar sein, in welchen Fällen sie zu welchen Rechtsfolgen führen. Wenn man es daher mit „programmatischen“ Rechtsaussagen zu tun hat, die lediglich eine Zielvorstellung formulieren – „Rechtsstaat“, „Demokratie“ etc. – sollte man sie eher vorsichtig und fallnah zu Regeln ausdifferenzieren, statt in sie hineinzudeuten, was man *als Interpret* für das Wesen von Demokratie oder Rechtsstaat hält.

72

2. Beispiele

Die folgenden Beispiele genügen diesen methodischen Postulaten mal mehr, mal weniger.

73

a) Der „Rechtsstaat“ und seine Politisierung

Zunächst ist natürlich nicht zu bestreiten: Das „**Rechtsstaatsprinzip**“ muss, wenn es eine praktische Bedeutung haben soll, selbstverständlich in „Unterprinzipien“ ausdifferenziert werden – oder genauer: in Regeln, die sich „anwenden“ lassen. Diese Regeln finden sich teils schon an anderen Stellen des Grundgesetzes, so etwa vornehmlich in

74

Art. 20 Abs. 3 GG Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Oder noch klarer als Regeln formuliert:

Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten.

Art. 19 Abs. 4 GG Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.

⁹¹ BVerfGE 62, 1 – Bundestagsauflösung I (1983): siebenmal „Konkretisierung“.

⁹² BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021): rund 27mal „Konkretisierung“ und Ableitungen davon.

Im Übrigen lassen sie sich häufig mit guten Argumenten aus dem „Wesen“ des Rechts ableiten: Wenn das Recht den Menschen eine Orientierung bieten soll, dann müssen die Menschen es kennen können („Bestimmtheitsgebot“), das Recht darf auch grundsätzlich nicht für Sachverhalte gelten, die in der Vergangenheit liegen („Rückwirkungsverbot“).⁹³

- 75 Problematischer ist, dass nach erschlagend herrschender Meinung auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, kraft Verfassung die gesamte Rechtsordnung durchdringt. Problematisch ist dies vor allem deshalb, weil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade nicht ein *Rechtssatz* ist, also eine *Regel*, die konditional („wenn – dann“, s.o. Rn. 5–6) einen Tatbestand mit einer Rechtsfolge verknüpft (mit Luhmann: „Konditionalprogramm“). Stattdessen geht er von Zielen aus und fragt nach den Mitteln, mit denen sie erreicht werden sollen („Finalprogramm“ oder auch „Zweckprogramm“).⁹⁴
- 76 Für das *Recht* ist nun aber kennzeichnend, dass es – und dies schon im Codex Hammurabi⁹⁵ – nach Konditionalprogrammen operiert (letztlich wegen der Orientierungsgewissheit, die nur sie gewähren: tust du dies, erwartet dich das). Finalprogramme sind hingegen das Kennzeichen der *Politik* (und auch der Wirtschaft oder der Erziehung): Der Zweck bestimmt die Mittel. Daraus folgt:

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn man ihn so weit interpretiert wie die deutsche Jurisprudenz, stellt „im Prinzip“ die gesamte Rechtsordnung unter den Vorbehalt der Politik. Dadurch wird sie unberechenbar.

Vielleicht ist genau dies aber der Grund dafür, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu einem „Exportschlager“ geworden ist.⁹⁶

b) „Demokratie“: Festlegung auf eine enge Interpretation

- 77 Das Demokratieprinzip ist ein Beispiel dafür, dass der Begriff seit Beginn der Bundesrepublik gerade nicht als „offen“ und ausfüllungsfähig angesehen wurde. Vielmehr

93 Übersicht über die Unterprinzipien des Rechtsstaatsprinzips in allen Lehrbüchern und Kommentaren zum Grundgesetz: Gewaltenteilung; Bindung an Verfassung, Gesetz und Recht; Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, insbesondere (a) Vorrang des Gesetzes (kein Handeln des Staates *gegen* das Gesetz) und (b) Vorbehalt des Gesetzes (kein Handeln *ohne* Gesetz bei „Eingriffen in Freiheit und Eigentum“); Verhältnismäßigkeit (fraglich); Vertrauensschutz, insbesondere Rückwirkungsverbot und Bestimmtheitsgrundsatz (beides zuvörderst im Strafrecht); Gebot effektiven Rechtsschutzes; Existenz von Grundrechten (fraglich); Ausrichtung an der Gerechtigkeit (schwer fassbar, aber selbstverständlich).

94 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 195–204; das Kapitel heißt übrigens „Codierung und Programmierung“. – Die Unterscheidung von Konditional- und Final/Zweckprogramm findet sich aber auch schon zuvor: Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Band 2, Hamburg 1972, S. 227–234.

95 Der Codex Hammurabi (neuerdings: Hammurapi) ist eine Gesetzessammlung, die im 18. Jahrhundert vor Christus in Babylonien entstanden ist. Der Text ist in eine Stele (Säule) aus Diorit eingemeißelt, die Stele befindet sich heute in Paris im Louvre. Das Pergamonmuseum in Berlin hat eine Kopie davon und unterrichtet über sie unter <https://www.flickr.com/photos/hen-magonza/6166638003/in/photostream/> <16.12.2023>.

96 Formulierung erstmals wohl von Christoph Engel, Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts. Eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, S. 97–128 (97).

wurde in ihn – mehr oder weniger detailliert – hineininterpretiert, dass nur das im restlichen Grundgesetz ausbuchstabierte System von (repräsentativer und parlamentarischer) Demokratie auch „Demokratie“ im Sinn des Art. 20 Abs. 2 GG sei.⁹⁷ Praktische Folge: Eine Verfassungsänderung, die dieses System ändern wollte, wäre gemäß Art. 79 Abs. 3 GG⁹⁸ unzulässig.

Natürlich ist dies angesichts des damaligen Ost-West-Konflikts und des System-Wettbewerbs mit sozialistischen „Volksdemokratien“ politisch nachvollziehbar.⁹⁹

Ein zweites Beispiel von Hineininterpretieren findet sich in den Entscheidungen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht. Dort wurde aus dem Begriff „Demokratie“ gefolgert, dass auch bei Wahlen auf der Ebene von Städten und Gemeinden („Bürgermeisterwahl“) unter dem Begriff „Volk“ nur das Staatsvolk zu verstehen sei – also nur die deutschen Staatsangehörigen.¹⁰⁰ Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG¹⁰¹ hätte dies nicht zwingend verlangt¹⁰² – und es ließ sich auch nicht folgerichtig durchhalten: Europäisches Recht verlangte die sofortige Korrektur, dass auch EU-Ausländer wahlberechtigt sind.¹⁰³

78

Nicht konsequent durchhalten ließ sich auch die Lehre von der „ununterbrochenen Legitimationskette“, die von den Wählern über die Regierung bis in die letzten Niederungen der Verwaltungsorganisation reichen soll.¹⁰⁴ Sie wurde alsbald dahingehend relativiert, dass nur ein bestimmtes „Legitimationsniveau“ erreicht werden muss.¹⁰⁵

97 Am weitestgehenden und deutlichsten *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, § 18 II 3: „Das demokratische Prinzip des GG ist normativ geprägt; es ist eine ganz bestimmte *konkrete Ausgestaltung der Idee* der Demokratie, die sich z.B. in der Absage an plebiszitäre und präsidentielle Demokratieelemente manifestiert.“ Demgegenüber *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20 Rn. 153: Ein parlamentarisches Regierungssystem (in dem der Kanzler/Regierungschef vom Parlament gewählt und u.U. abgewählt wird) ist nicht zwingend vorgeschrieben, vielmehr wäre ein „Wechsel zum Präsidialsystem“ (in dem, wie in den USA, der Regierungschef direkt vom Volk gewählt wird) „nicht ausgeschlossen“. Ebenso *Friedrich E. Schnapp*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl., München 2012, Art. 20 Rn. 19.

98 Wortlaut: „Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche (...) die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“

99 Klassische Entscheidung: BVerfGE 5, 85–393 – KPD-Verbot (1956); wegweisend zuvor schon BVerfGE 2, 1–79 (12 f.) – SRP-Verbot (1952). KPD stand für Kommunistische Partei Deutschlands, SRP für Sozialistische Reichspartei (sie bestand „vornehmlich aus ‚alten Kämpfern‘ und aktiven Nationalsozialisten“, S. 23).

100 BVerfGE 83, 37 – Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein (1990); BVerfGE 83, 60 – Ausländerwahlrecht Hamburg (1990).

101 Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG: „In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.“

102 Siehe die gallige Kritik von *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis (StWStPr) 1994, 305–330.

103 Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG lautet deshalb: „Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden [darunter fallen auch die Städte] sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar.“

104 BVerfGE 83, 60 (72 f.) – Ausländerwahlrecht Hamburg (1990).

105 BVerfGE 93, 37 (67) – Mitbestimmung der Personalräte (1995).

c) Gleichheitssatz: Von der Willkürformel hin zur Formel für Willkür

- 79 Das vielleicht problematischste Beispiel zum Umgang mit programmatischen Rechtsaussagen bietet schließlich der Gleichheitssatz des Grundgesetzes. Er lautet, wie schon erwähnt:

Art. 3 Abs. 1 GG Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Die hierzu entwickelte Dogmatik¹⁰⁶ lässt sich kurz wie folgt skizzieren: Der Gleichheitssatz gebietet, „Gleiches gleich zu behandeln“. Zudem verbietet er nicht, ja gebietet sogar, „Ungleiches ungleich“, genauer: seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln.¹⁰⁷ Zudem ist anerkannt, dass der Gleichheitssatz nicht nur die Rechtsanwendungsgleichheit im Sinn gleicher Gesetzesanwendung meint („sind vor dem Gesetz gleich“), sondern auch den Gesetzgeber selbst bindet¹⁰⁸ (auch er muss Gleiches gleich behandeln) und letztlich die gesamte Staatsgewalt.

Aber wie weit geht diese Bindung? Zumal der Gesetzgeber eigentlich einen großen Gestaltungsspielraum hat, ja haben sollte (siehe schon oben Rn. 47–48) – gerade in einer Demokratie! Insofern hat es eine bemerkenswerte Entwicklung gegeben.¹⁰⁹

- 80 Zunächst wurde dem Gesetzgeber ein großer Spielraum gelassen: Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liege nur vor, wenn der Gesetzgeber willkürlich Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt (**Willkürformel**).¹¹⁰ Dies wurde für manche Bereiche verschärft, etwa für die Ungleichbehandlung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Hinblick auf Kündigungsfristen. Hier hat das Gericht eine „**Neue Formel**“ aufgestellt, die jedenfalls dem Wortlaut nach eine intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung (also: politische Überprüfung, siehe oben) von Gesetzen erlaubt:

„Eine Ungleichbehandlung mehrerer Gruppen von Normadressaten ist mit Art. 3 Abs. 1 GG nur dann vereinbar, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen. (...) Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.“¹¹¹

- 81 Dass eine solch intensivste Überprüfung nicht immer angebracht ist, wohl aber angebracht sein kann, sagt sodann die „**Neueste Formel**“:

„Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.“¹¹²

Aber wann gilt welche Formel? Das BVerfG vermeidet es geradezu, sich festzulegen, wenn es nun in einer sogenannten „**Stufenlos-Formel**“ verkündet:

106 Bahnbrechend schon ganz früh BVerfGE 1, 14 (Leitsatz 18) – Südweststaat (1951).

107 Das sich hier etwa im Hinblick auf die Eigenart von Frauen und Männern viel verändert hat, liegt auf der Hand.

108 Auch dies schon in BVerfGE 1, 14 (Leitsatz 18) – Südweststaat (1951).

109 Zum Folgenden und überhaupt zu Art. 3 GG: *Uwe Kischel*, Art. 3 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Grundgesetz, insb. Rn. 24–29 zu den „Formeln“.

110 Schön auch BVerfGE 18, 121 – Fiskusprivileg beim Mieterschutz (1964): „die Unsachlichkeit der getroffenen Regelung muß evident sein“.

111 BVerfGE 82, 126 (146) – Kündigungsschutz (1990).

112 BVerfGE 88, 87 (96) – Transsexuellengesetz (1993).

„Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können.“¹¹³

Man wird nicht sagen können, dass dies zu einer großen Rechtsklarheit führt. Eher ist man geneigt zu sagen: Es hat eine Entwicklung stattgefunden von der Willkürformel hin zu einer **Formel für Willkür** – Willkür bei der Wahl des konkreten Prüfungsmaßstabs. 82

3. Fazit: Methodischer Freistil und verfassungsrechtliche Hybris

Alles in allem wird man sagen können: Bei der Interpretation der hier so bezeichneten „programmatischen Rechtsaussagen“ herrscht derzeit und seit langem – und jedenfalls in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – eine Art methodischer Freistil. Man sollte sich zumindest fragen, ob es nicht auch anders möglich wäre. 83

Denn ein Effekt ist nicht zu verkennen: Je mehr das BVerfG sich nach Gutdünken zum Kontrolleur politischer Entscheidungen macht, desto weniger Verantwortung trägt das *politische* System „dem Bürger gegenüber“. Wenn sich der Gesetzgeber (!) immer weniger vor dem Volk und immer mehr „vor Karlsruhe“ verantworten muss, dann ist es kein Wunder, wenn sich Teile der Bevölkerung unter Berufung „auf Karlsruhe“ zu Gerichtsvollziehern aufschwingen, die der legitim gewählten Regierung „Verfassungsbruch“ vorwerfen, sich deshalb an das Recht nicht mehr gebunden sehen und dem Gemeinwesen stattdessen mit plakativen Aktionen ihren Willen aufzwingen wollen. 84

Gemeint sind natürlich die Klebeaktionen der „Letzten Generation“. An ihnen stört mich eigentlich nur diese verfassungsrechtliche Hybris.

V. Resümee: Logik und Wertung

§ 15b hatte zum Thema: „Regeln interpretieren – Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes“. Er sollte im Wesentlichen zeigen: Die Interpretation von Regeln ist ein weites Feld und jedenfalls mehr als die „Begriffsbildung“ auf der Tatbestandsseite „der Norm“ (des Rechtssatzes). Wir spielen aber auch auf diesem weiter gefassten Feld stets nach den Regeln der Logik („working logic“), und ein Bedürfnis für unhintergehbare „Wertungen“ haben wir nicht wirklich entdecken können. 85

Ganz im Gegenteil sollte man mehr Methodenkritik wagen. Und ernst nehmen.

113 BVerfGE 129, 49 (Leitsatz 1) – Bundesausbildungsförderungsgesetz/Teilerlass (2011).

§ 15c Regeln (Rechtssätze) interpretieren III: Irrlehren

- 1 Wir haben uns in § 15a und § 15b, und zwar ausgehend von der syllogistischen Logik („Regel – Fall – Ergebnis“), ausgiebig mit der Interpretation von „vorgefundenen“ (§ 14) **Regeln** beschäftigt, genauer: mit der Auslegung von autoritativen Texten, die, formuliert in Rechtssätzen („Wenn – Dann“), normative Aussagen darüber enthalten, was „in der Regel“ rechtens sein soll.

In den §§ 16 bis 20 werden wir dann sehen, wie man Regeln korrigiert/angepasst, wie man sie erfindet, aufeinander abstimmt und systematisiert.

- 2 Dabei haben wir uns erstens mit den Rechts**begriffen** beschäftigt, zweitens mit der *Aussage* des Rechtssatzes als ganzer – nennen wir es ruhig: mit der Rechts**aussage**, genauer: *Regelaussage*.

Die Rechtsaussage ist, wenn sie eine *Regel* formuliert, in einer Wenn-dann-Struktur formuliert (Tatbestand und Rechtsfolge, „Rechtssatz“). Selbstverständlich müssen aber auch Rechtsaussagen, die sich auf einen *individuellen Sachverhalt* beziehen, unter Umständen interpretiert werden: Was genau haben Käufer und Verkäufer gemeint (*Haakjöringsköd*!), was genau genehmigt der Planfeststellungsbeschluss „Stuttgart 21“², welche Strafe wird gegen den Täter X verhängt?

Wie auch immer: In den §§ 15a und 15b ist zur Interpretation der Begriffe und der Gesamtaussage einer Rechtsregel **methodisch** alles Wesentliche gesagt (insbesondere auch, wie beides miteinander logisch zusammenhängt).

- 3 Umso mehr tut es not, im nun folgenden **§ 15c** einige verbreitete – sogar weit verbreitete – **Irrlehren** zur Interpretation von Rechtsregeln zu untersuchen. Wir werden mit der durchaus nebulösen „Idee der Konkretisierung“ beginnen (I), sodann – sehr kurz – die Lehre vom Typus und die Topik vorstellen (II), die erste als Ausprägung von falschem Wertungspathos, die zweite als eine zu ernsthaft rezipierte Ironie (zu Ironie und Pathos § 30 II). Den Abschluss bildet die oft sehr hoch gehandelte „Verfassungsinterpretation“ (III); wir werden sehen, dass an ihr nicht mehr „dran ist“ als an der Interpretation sonstiger Rechtsregeln.

In **§ 15d** werden wir uns dann – mancher wird sicher denken: warum erst jetzt? – dem zuwenden, was woanders meist den Einstieg in die Methodenlehre bildet: der Lehre von den vier „**Canones**“ der Auslegung, so wie sie heute gelehrt werden: Wortlaut, Historie, Systematik, Teleologie. Im Grund zeigt aber schon ein erster

1 Klassischer Fall im ersten Semester: Käufer und Verkäufer schließen einen Vertrag über die Lieferung von *Haakjöringsköd* und meinen dabei beide: Walfischfleisch. Allerdings bedeutet das norwegische Wort *Haakjöringsköd* auf Deutsch: Haifischfleisch. Welchen Inhalt hat der Kaufvertrag? Antwort: Verkauft und gekauft wurde Walfischfleisch. Dass beide Parteien es falsch bezeichnet hatten, ändert daran nichts (*falsa demonstratio non nocet* – eine falsche Bezeichnung schadet nicht). Es ist dies ein Fall des Reichsgerichts aus dem Jahr 1920: RGZ 99, 147 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite).

2 Planfeststellungsbeschluss nach § 18 Abs.1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) für den Umbau des Bahnknotens Stuttgart (Projekt „Stuttgart 21“), Planfeststellungsabschnitt 1.1 (Talquerung mit neuem Hauptbahnhof) (...) vom 28.01.2005. Der Beschluss umfasst 389 Seiten und ist im Internet zugänglich: <https://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/mediathek/detail/media/pfa-11-talquerung-mit-hauptbahnhof-planfeststellungsbeschluss-planaenderungen/mediaParameter/show/Medium/<17.12.2023>>.

Blick auf diese vier „Canones“ oder – wie Savigny sie genannt hat – auf diese vier **Elemente**, dass sie über die Auslegung einer einzelnen Rechtsaussage immer schon hinausweisen: Sie sitzen wie eine Spinne im Netzwerk („System“) der vielen Regeln, das wir im Recht mit Hilfe von Logik und Interpretation immer schon gestaltet haben und weiterhin gestalten. Und es gibt – um das schiefe Bild schief zu vollenden – eine Menge Strippen, an denen man ziehen kann.

I. „Konkretisierung“

In den juristischen Methodenlehren trifft man recht häufig auf den Begriff „Konkretisierung“. Oft ist wenig klar, was damit gemeint ist – und dies, obwohl die Kategorie „konkret“ in der *Dogmatik* (zum Begriff § 11 Rn. 8) durchaus eindeutig verwendet wird. Beginnen wir deshalb mit diesem Bereich!

4

1. „Abstrakt/konkret“ und „generell/individuell“ als Begriffe der Dogmatik

Der Begriff „konkret“ ist im dogmatischen Alltag – zumindest im Öffentlichen Recht – überaus geläufig. Dort dient „konkret“, als Bestandteil eines Begriffs-Quartetts, vor allem zur Abgrenzung von **Gesetzen** (im materiellen Sinn,³ also Wenn-dann-Regeln) und **Einzelfallentscheidungen**, insbesondere Verwaltungsakten. Kurz und knapp: Gesetze (im materiellen Sinn) regeln ihre Sachverhalte **abstrakt-generell**, Verwaltungsakte und sonstige Einzelfallentscheidungen tun dies **konkret-individuell**. Dabei bezieht sich das Gegensatzpaar *generell/individuell* auf die Zahl der Adressaten (eine unbestimmte Mehrheit oder Einzelne), das Gegensatzpaar *abstrakt/konkret* auf die Eigenschaften des Sachverhalts (wird er allgemein oder „hier und jetzt“ geregelt?).⁴

5

Bedeutung hat dies vor allem für den Rechtsschutz. So spricht man etwa von einer „abstrakten Normenkontrolle“, wenn das BVerfG ein Gesetz unmittelbar auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG – Grundgesetz). Eine „konkrete Normenkontrolle“ liegt hingegen vor, wenn ein „Fachgericht“⁵ ein Gesetz, auf dessen Grundlage es seinen konkreten Fall zu entscheiden hätte, für verfassungswidrig hält und die Sache deshalb dem BVerfG vorlegt (Art. 100 Abs. 1 GG).

All dies ist methodisch nicht besonders interessant.

Es blendet übrigens auch zwei weitere Kombinationen aus: „abstrakt-individuelle“ Regelungen (Anweisung, dass der Grundstückseigentümer X bei Schneefall den Gehweg zu räumen hat)⁶ und „generell-konkret“ (Widmung einer Straße für den

6

3 Demgegenüber sind Gesetze im formellen Sinn alle Akte, die von den gesetzgebenden Organen – z.B. Bundestag und Bundesrat – im Verfahren der Gesetzgebung beschlossen werden. Bekanntester Fall: das Haushaltsgesetz. Es enthält keine Wenn-dann-Regeln, sondern regelt einen Einzelfall: den Staatshaushalt für eine bestimmte Zeit, meist für ein Jahr.

4 Statt vieler zum Beispiel Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

5 „Fachgerichte“ (kein Begriff aus einem autoritativen Text [§ 14 Rn. 22]!) sind alle Gerichte, die nicht Verfassungsgerichte sind.

6 Maurer/Waldhoff, Verwaltungsrecht (Fn. 4), § 9 Rn. 21 meinen allerdings, „abstrakt-individuelle“ Regelungen seien eine „bloße Arabeske theoretischen Durchdeklinierens“.

öffentlichen Verkehr). Auch dies sind Verwaltungsakte, der zweite in Form der sog. Allgemeinverfügung.⁷

2. „Konkret“ als Methodenbegriff: eine Chiffre für „Offenheit“ und „Wertung“?

- 7 Interessanter wird es, wenn man die Akzente leicht vereinfachend wie folgt setzt: Das Gegensatzpaar „generell/individuell“ bezieht sich eher auf die *Quantität* (der Adressaten), das Gegensatzpaar „abstrakt/konkret“ auf die *Qualität* (der Sachverhalte). Vor diesem Hintergrund scheint dann die Versuchung groß zu sein, den Sachverhalten „möglichst konkret“ gerecht werden zu wollen – möglichst „lebensecht“ und „einzelfallgerecht“, nicht nach dem „Schema F“ des Gesetzes. Mit anderen Worten: „**Konkret**“ hat offenbar die **Konnotation** von „näher an der Sache und damit gerechter“ – kurz: **sachnäher**.

Als „Konnotation“ bezeichnet man Bedeutungen, die in einem Begriff nur „mitschwingen“, meist in einem bewertenden Sinn.⁸ So wird etwa der Begriff „Demokratie“ heutzutage positiv konnotiert – bei Aristoteles war das noch anders. Oder man nehme den Begriff „Markt“: Er trägt je nach politischer Richtung sehr positive Konnotationen (so im Liberalismus) oder sehr negative (im Kommunismus).

a) Der „konkret-allgemeine Begriff“ bei Karl Larenz

- 8 Mit dieser Konnotation hat der Begriff „konkret“ in der juristischen Methodenlehre eine wenig rühmliche Tradition. Gemeint ist Karl Larenz' Lehre vom „konkret-allgemeinen Begriff“. Larenz hat mit ihr vor allem die Methoden des nationalsozialistischen Rechtsdenkens gerechtfertigt: Was das völkische Leben „konkret“ verlangt, das muss auch rechtens sein. Und bei der Erkenntnis dessen, was *konkret* rechtens ist, gibt es nur eine einzige höchste Rechtsquelle: den Willen des Führers Adolf Hitler – mit dem man sich als Jurist zu identifizieren hat (ich füge hinzu: am besten in vorausseilendem Gehorsam). Und dies gerade auch dann, wenn man das konkret-Allgemeine dieses Führerwillens⁹ „verstandesmäßig“ nicht wirklich begreifen kann.¹⁰ Der Führerwille

7 § 35 Satz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) lautet: „Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.“

8 Hans Hannappel/Hartmut Melenk, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 128–131.

9 Glorifizierend Karl Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 44: „Jene relative Selbständigkeit des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit, von der oben, bei der Begründung des normativen Charakters des Gemeinwillens die Rede war, ist im Führer aufgehoben. Er gehorcht nicht einer an ihn gerichteten Norm, sondern dem Lebensgesetz der Gemeinschaft, das in ihm Fleisch und Blut gewonnen hat“ (Hervorhebung im Original).

10 Larenz, Rechtserneuerung (Fn. 9), S. 23, spricht in Bezug auf den Gemeinwillen von einem „entscheidende[n] Punkt, der eben nie rein verstandesmäßig begriffen, sondern nur mit Hilfe des dialektischen Denkens erfasst werden kann.“ Und auf S. 29 heißt es: „Wir dürfen nur nicht, was freilich der Art des verstandesmäßigen Denkens entspricht, immer von dem Getrennten ausgehen, das dann freilich nie mehr zu wirklicher Einheit zusammengefügt werden kann, sondern wir müssen von dem ungetrennten Ganzen als dem ursprünglichen Einen ausgehen und zusehen, wie dieses sich in sich selbst differenziert, um die Unterschiede erst aus dem Ganzen sich entwickeln zu lassen und dieses dabei festzuhalten.“

liegt – wie der Friede Gottes¹¹ – offenbar jenseits dessen, was Normalsterbliche sich ausdenken können.

Es ist aus heutiger Sicht schwer vorstellbar, wie stark religiös getönt die Verehrung Adolf Hitlers war.¹² Er wurde – auch in Kirchen – geradezu als „Heiland“¹³ bezeichnet.¹⁴

Larenz' Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff ist zunächst offenbar unter dem Einfluss Hegels entstanden.¹⁵ Er hat sie nach Hitlers Machtergreifung jedoch sehr rasch auf das nationalsozialistische Rechtsdenken angewendet¹⁶ und sich auch im Übrigen klar zum „völkischen Rechtsdenken“ bekannt.¹⁷ Am bekanntesten ist seine – klar rassistische und antisemitische – Definition der Rechtsfähigkeit:

„Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist (...) Nur der Rechtsgenosse nimmt in vollem Maße an dem Rechtsleben der Volksgemeinschaft teil (...) Wer außerhalb der Volksgemeinschaft steht, steht auch nicht im Recht, ist nicht Rechtsgenosse.“¹⁸

Umso peinlicher ist und bleibt, dass die in der Bundesrepublik maßgebende „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ von demselben Karl Larenz stammt¹⁹ (siehe schon § 1 Rn. 23) – und dass sich Larenz vom „konkret-allgemeinen Begriff“²⁰ nie wirklich

11 Brief des Paulus an die Philipper, Kapitel 4, Vers 7: „Und der Friede Gottes, der höher ist als alle Vernunft, wird eure Herzen und Sinne bewahren in Christus Jesus.“ – Im griechischen Original steht *noús*, das kann Vernunft, aber auch Verstand bedeuten.

12 Ludolf Herbst, Hitlers Charisma. Die Erfindung eines deutschen Messias, Frankfurt a.M. 2011; Richard Steigmann-Gall, The Holy Reich. Nazi Conceptions of Christianity, 1919–1945, Cambridge 2003, mit Fotos von SA-Gottesdiensten (S. 146 f.).

13 Griechisch *sōtēr* = Retter; im Christentum eine exklusive Bezeichnung für Jesus Christus („Gottes Sohn, unser Herr und Heiland“).

14 Ich zitiere aus dem Gedächtnis und habe einen präzisen Nachweis nicht gefunden. Allgemein siehe Olaf Blaschke, Die Kirchen und der Nationalsozialismus, Stuttgart 2014, insb. S. 74–87; auch Christoph Strohm, Die Kirchen im Dritten Reich, München 2011.

15 Karl Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1. Aufl., Berlin 1931, S. 83 ff., 108.

16 Larenz, Rechtserneuerung (Fn. 9), dort etwas versteckt S. 38–40: „konkrete Rechtsidee“, „konkretes Gliedsein“; ebenso Karl Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 5 (Vorwort: „das artgemäße deutsche Rechtsdenken, das ‚konkret‘ und ‚ganzheitlich‘ zugleich ist“); deutlich dann Karl Larenz, Zur Logik des konkreten Begriffs, in: Deutsche Rechtswissenschaft (DRW) 1940, 279–299.

17 Karl Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938.

18 Karl Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung [!] der Rechtsgrundbegriffe, in: Karl Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225–260 (241); Hervorhebungen im Original gesperrt.

19 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Berlin u.a. 1960.

20 Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl. (Fn. 19), S. 355, räumt selbst ein, dass man sich „nicht geringen Gefahren aussetzt“, wenn man der Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff folgt. Alexander Hollerbach hat dies in seiner Rezension des Larenz'schen Werks mit einem Ausrufezeichen versehen (Philosophisches Jahrbuch 69 [1961], S. 426–429 [428]) – und auch im Übrigen Bedenken gegen Larenz' Hegel-Rezeption vorgebracht.

verabschiedet hat.²¹ Noch in der letzten von ihm selbst verantworteten Auflage der Methodenlehre taucht er als Exkurs auf.²²

b) „Konkretisierung“ im Verfassungsrecht I: Konrad Hesse

- 11 Umso erstaunlicher ist, dass der Begriff „Konkretisierung“ in der Nachkriegszeit gerade auch von Juristen aufgewertet wurde, die über jeden Verdacht erhaben waren. So heißt es insbesondere bei dem legendären Verfassungsrechtler Konrad Hesse (1919–2005; er war auch Richter des Bundesverfassungsgerichts):

„Unter dem Aspekt der Bedingungen der Verwirklichung von Verfassungsrecht können Verfassung und „Wirklichkeit“ also nicht voneinander isoliert werden. Das gleiche gilt für den *Vorgang der Verwirklichung* selbst. Der Inhalt einer Verfassungsnorm läßt sich in aller Regel nicht allein auf der Grundlage der – vor allem in Gestalt eines sprachlichen Textes zum Ausdruck kommenden – Anforderungen realisieren, die in der Norm enthalten sind, und zwar umso weniger, je allgemeiner, unvollständiger, unbestimmter der Text der Norm gefaßt ist. Um menschliches Verhalten in der jeweiligen Situation leiten zu können, bedarf deshalb die meist mehr oder minder fragmentarische Norm der **Konkretisierung**.“²³

- 12 Erstes Argument also: Die „Normen“ (= normativen Aussagen in den Rechtssätzen) der Verfassung sind häufig unbestimmt. Hesse fährt dann fort (mit einem – im Vorgriff auf unseren § 19 II – ganz wunderbaren Beispiel):

„Diese [gemeint: Konkretisierung] ist nur möglich, indem neben dem normativen Kontext die Besonderheiten der konkreten Lebensverhältnisse, auf die die Norm bezogen ist, in das Verfahren einbezogen werden: das die Verfassungsnorm realisierende Wirken kann an diesen Besonderheiten nicht vorbeigehen, wenn es nicht die Problemlage verfehlen will, um deren Bewältigung es der Verfassung geht.

So können z.B. Inhalt und Tragweite der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nur unter Berücksichtigung der sozialen und wirtschaftlichen *Funktion* des Eigentums im modernen Sozialstaat bestimmt werden (...).“²⁴

- 13 Zweites Argument also: Normtexte beziehen sich auf sozusagen äußere, genauer außerrechtliche „Wirklichkeiten“, und man darf deren „Eigengesetzlichkeiten“ nicht

21 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin etc. 1969, S. 86 Fn. 3: Zwar sehe er „heute vieles sehr anders als damals“. Trotzdem: „Hegels großartige Leistung bleibt einmal seine Logik des ‚konkreten Begriffs‘; zum anderen (...). Insoweit halte ich auch heute den Hegelianismus der zwanziger Jahre noch nicht für ‚überholt‘. Erst in der letzten, der 6. Auflage 1991, wurde die Passage gestrichen (S. 84 Fn. 2; in der 5. Aufl. 1983 ist sie noch vorhanden). – Leicht irreführend daher Claus Wilhelm Canaris, Karl Larenz, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtler des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 2, Berlin 2010, S. 263–308 (295 f.): Larenz’ „Abwendung“ (Canaris) vom konkret-allgemeinen Begriff bestand eben keineswegs in einer Distanzierung, sondern in einer „Hinwendung“ zum ebenso nebulös-wertungs offenen Begriff des „Typus“.

22 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, S. 440–443 – übri-gen ebenfalls mit dem Beispiel des Eigentums (vgl. sogleich bei Fn. 24).

23 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 45 (Absatz und Hervorhebung J.L.).

24 Hesse, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 45 (Hervorhebung J.L.). – In § 19 II werden wir sehen, dass die *soziale* Funktion des Eigentums die Koppelung von Wirtschaft und Recht ist: Was *wirtschaftlich* betrachtet Güter sind, genauer Waren, ist *rechtlich* betrachtet Eigentum; und was *rechtlich* betrachtet Eigentum ist, sind *wirtschaftlich* betrachtet Güter (genauer: Waren). Vor diesem (konkreten) Hintergrund läßt sich die Eigentumsdogmatik des Art. 14 GG besser begreifen als mit (abstrakten) Definitionen. (Man denke sich einen Zwinkersmiley.)

ignorieren. Hesse recurriert insofern auf eine Begrifflichkeit seines Schülers Friedrich Müller (geb. 1938):

„Die **Konkretisierung** des Inhalts einer Verfassungsnorm und dessen Verwirklichung sind daher nur möglich unter Heranziehung der Verhältnisse der ‚Wirklichkeit‘, die diese Norm zu ordnen bestimmt ist. Die, oft schon rechtlich geformten, Besonderheiten dieser Verhältnisse bilden den ‚Normbereich‘, der aus der Gesamtheit der von einer Vorschrift betroffenen Gegebenheiten der sozialen Welt durch die vor allem im Wortlaut der Norm ausgedrückte Anordnung, das ‚Normprogramm‘, als Bestandteil des Normativtatbestandes herausgehoben wird.“²⁵

Kurz gefasst also: Verfassungstexte sind oft unbestimmt, und man sollte wissen, was sie in der Sache regeln wollen. (Oder wohl besser: was man als Interpret *in der Sache* mit ihnen regeln will – und vor allem auch: regeln *kann*!)

Die NJML formuliert: Man muss nicht nur den SINNZUSAMMENHANG²⁶ des Rechts verstehen, sondern auch die innere Logik der SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“.

In der Sache kann man alldem kaum widersprechen – es bleibt aber doch, darin liegt eine gewisse Ironie, reichlich abstrakt. Und es wird auch nur wenig konkreter (!) in den weiteren Ausführungen Hesses zur Verfassungsinterpretation: Sie greifen erstens die damals gängige Meta-Methodologie auf (Hermeneutik [„Vorverständnis“] und Topik), vertiefen zweitens Friedrich Müllers Konzepte von „Normprogramm“ und „Normbereich“ und führen schließlich drittens – sozusagen als Topoi der systematischen Auslegung – fünf *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* ein: die „Einheit der Verfassung“, die berühmte „praktische Konkordanz“ (mehr dazu unten § 18 Rn. 86–91), den Maßstab „funktioneller Richtigkeit“, einen weiteren Maßstab „integrierender Wirkung“, schließlich die „normative Kraft der Verfassung“.²⁷

Eine gewisse Ironie liegt auch darin, dass Hesse sich als Richter des BVerfG auf der sogenannten „Staatsrechtslehrertagung“ – das ist, grob gesagt, der jährliche Kongress der deutschsprachigen Professorinnen und Professoren des Öffentlichen Rechts²⁸ – in einem Diskussionsbeitrag eher distanziert zu abstrakten Methodendiskussionen geäußert hat (Hervorhebung J.L.):

„Ich hatte eigentlich vor, mich nicht zu Wort zu melden, und habe das auch bis zum Schluß durchgehalten, möchte mir nun aber doch zu einem Punkt eine ganz kurze Anmerkung erlauben. Sie betrifft die mehrfach als grundsätzlich bezeichnete Methodenfrage, die Frage: wie hält es das Bundesverfassungsgericht mit der Methode? Dazu muß ich vielleicht doch ein wenig aus der Schule plaudern und sagen: wir können nicht – es ist schon gesagt worden – abstrakte Methodendiskussionen führen. Das ist auch gar nicht so schlimm, wie es vielleicht

25 Hesse, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 46 (Hervorhebungen J.L.); zur Begrifflichkeit grundlegend Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966, S. 184–200: „Normprogramm, Normbereich und praktische Konkretisierung“.

26 Zum Begriff § 5 II Rn. 40–59.

27 Hesse, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 60–78: „Verfassungsinterpretation als Konkretisierung“.

28 Sie ist daher ein Ereignis von immenser Bedeutung für Fortkommen und Hackordnung in der „Zunft“, siehe die Darstellungen des Hofhistoriographen: Helmuth Schulze-Fielitz, Die Wissenschaftskultur der Staatsrechtslehrer – im Spiegel der Geschichte ihrer Vereinigung, Tübingen 2022; Helmuth Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos. Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2. Aufl. Tübingen 2022 (mit „Ahnentafeln“, also den Beziehungen von „Lehrern“ und „Schülern“, d.h. wer von wem habilitiert wurde und in diesem Sinn von ihm oder ihr „abstammt“).

manchem hier erscheinen mag, und man braucht sich diese Situation auch nicht – jedenfalls wir empfinden es nicht so – als ein besonderes Dilemma vorzustellen. Als wesentlich wird es bei uns vielmehr angesehen, und das scheint mir richtig, daß man **baldmöglichst zur Sache** kommt. Wird diese Sache dann in ihrer Eigengesetzlichkeit, mit ihren Problemen, von guten Juristen juristisch gut behandelt, dann können diese Juristen durchaus verschiedene Methoden haben. Es kommen dabei, wie ich meine, tragbare Entscheidungen heraus.“²⁹

- 16 Bei aller Verehrung möchte ich dem zum Teil widersprechen: Was einen guten Juristen ausmacht, ist gerade die *gute Methode* (dass sie „schöpferischen Charakter“ haben kann,³⁰ also eine Frage der Ästhetik ist, steht dem nicht entgegen – mehr dazu unten §§ 30–34).

Und im Übrigen gern zustimmen: „Zurück zum Text, zurück zum Fall“ – das wäre meine Kurzformel für gute Jurisprudenz.³¹

c) „Konkretisierung“ im Verfassungsrecht II: das BVerfG und die Bundestagsauflösung

- 17 Aber zurück zur Konkretisierung im Verfassungsrecht! Das Bundesverfassungsgericht hat diese Konzeption vielfach aufgenommen. Als Beispiel mögen die **Leitsätze** dienen, die das BVerfG zur Interpretation des Art. 68 GG im schon erwähnten (§ 15a Rn. 77–80) Fall der Bundestagsauflösung 1982 (Helmut Kohl) aufgestellt hat:

4. a) Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG ist eine offene Verfassungsnorm, die der Konkretisierung zugänglich und bedürftig ist.

b) Die Befugnis zur Konkretisierung von Bundesverfassungsrecht kommt nicht allein dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch anderen obersten Verfassungsorganen zu. Dabei sind die bereits vorgegebenen Wertungen, Grundentscheidungen, Grundsätze und Normen der Verfassung zu wahren.

c) Bei der Konkretisierung der Verfassung als rechtlicher Grundordnung ist zumal ein hohes Maß an Übereinstimmung in der verfassungsrechtlichen wie verfassungspolitischen Beurteilung und Bewertung der in Rede stehenden Sachverhalte zwischen den möglichen betroffenen obersten Verfassungsorganen unabdingbar und eine auf Dauer angelegte, stetige Handhabung unerlässlich. Eine politisch umkämpfte und rechtlich umstrittene Praxis von Parlamentsmehrheiten und Regierungsmehrheiten reicht als solche hierfür nicht aus.³²

- 18 Schaut man genauer hin, sind dies freilich erstaunliche Aussagen, denn Art. 68 GG ist alles andere als eine „offene“ oder unpräzise Vorschrift. Sie lautet vielmehr überaus eindeutig:

Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen.

²⁹ Konrad Hesse, Diskussionsbeitrag, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 39 (1980), S. 207 f.

³⁰ Hesse, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 60; siehe auch bei Fn. 39.

³¹ Joachim Lege, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064. – Dies war übrigens ein Begleitufsatz zur Staatsrechtslehrertagung 2007 in Freiburg i.Br. (Hesses Wirkungsstätte als Professor).

³² BVerfGE 62, 1 (Leitsatz 4) – Bundestagsauflösung Kohl (1983) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

Was das BVerfG daher wohl sagen will, ist dies: In der „Verfassungswirklichkeit“ ist das Gericht nicht der einzige Akteur, auch nicht bei der Interpretation des Verfassungstextes („was geht, und was geht nicht mehr?“). Es gibt neben ihm weitere oberste (!) Organe von Verfassungsrang. Wie nun all diese Organe „die Verfassung mit Leben füllen“ – da hackt eine Krähe der anderen ungern ein Auge aus. Und es wäre schon eine Art Augenaushacken gewesen, wenn das Gericht den drei anderen Organen (Bundeskanzler, Bundespräsident, Bundestag) bescheinigt hätte, das Verfahren gemäß Art. 68 GG zwar buchstabengetreu durchgeführt, aber doch missbraucht zu haben. Deshalb die oben bereits dargestellte Lösung: im Abstrakten klare Maßstäbe dafür, wann ein Missbrauch der Vertrauensfrage vorliegt – und im **Konkreten** alle Augen zugeedrückt.³³

„Konkretisierung“ in diesem Sinn wird man also übersetzen dürfen: sich in einem heiklen Fall so zusammenraufen, dass beide Seiten das Gesicht wahren.

Es liegt auf der Hand, dass dies für die Methoden der Rechtswissenschaft wenig ergiebig ist (die Rechtspolitologie mag es anders bewerten).

d) „Konkretisierung“ in den aktuellen Methodenlehren

Das letzte Beispiel zeigt drastisch – vielleicht ein wenig zu drastisch: Der Begriff Konkretisierung wird häufig unklar verwendet. Man scheint ihn immer dann passend zu finden, wenn es Spielräume gibt, die man als weit empfindet („Verwirklichung von Verfassungsrecht“), die man nicht nach Routineregeln abarbeiten kann, die vielmehr nach ein wenig Phantasie verlangen, aber dennoch nicht der Willkür überlassen werden sollten. Kurz: „Konkretisierung“ ist eine Art Sammelbezeichnung dafür, dass zwischen der „Welt da draußen“ und dem Status quo der Rechtsordnung noch gewisse Freiräume zur Ausgestaltung bestehen – Freiräume, die sozusagen von beiden Seiten aus „wertend“ zusammenwachsen müssen (wir kommen auf die Metapher des Wachsens sogleich [Rn. 24] zurück!).

In diesem Sinn verwendet offenbar *Franz Reimer* den Begriff „Konkretisierung“ als Oberbegriff für (1) Abwägungen „als Querschnittsherausforderung“, (2) wertausfüllungsbedürftige Begriffe, (3) Verfassungsprinzipien (nur als „Beispiel“), (4) Ermessen (ebenfalls nur als „Beispiel“), (5) „normübergreifende Abwägungen“.³⁴ Reimer stellt zudem ganz explizit klar, was er unter „Konkretisierung“ versteht: **das Nutzen von Spielräumen durch – eigene! – Wertentscheidungen**. Dies unterscheidet die Konkretisierung von dem „in jeder Rechtsanwendung schon aufgrund der Unbestimmtheit

33 Aufschlussreich auch Leitsatz 9 (Hervorhebungen J.L.): „In Art. 68 GG hat das Grundgesetz selbst durch die Einräumung von Einschätzungsspielräumen und Beurteilungsspielräumen sowie von Ermessen zu politischen Leitentscheidungen an drei oberste Verfassungsorgane die verfassungsgerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten *weiter zurückgenommen als in den Bereichen von Rechtsetzung und Normvollzug* (!); das Grundgesetz vertraut insoweit in erster Linie auf das in Art. 68 GG selbst angelegte System der gegenseitigen politischen Kontrolle und des politischen Ausgleichs zwischen den beteiligten obersten Verfassungsorganen. Allein dort, wo verfassungsrechtliche Maßstäbe für *politisches* Verhalten normiert sind, kann das Bundesverfassungsgericht ihrer Verletzung entgegenreten.“ – Als wenn Bundestag und Bundesrat in ihrer Funktion als Gesetzgeber keine obersten Verfassungsorgane wären!

34 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Teil D, S. 222–250 (29 Seiten).

der Sprache liegende Ausfüllen von Korridoren durch interpretatorische Entscheidungen“.³⁵

- 22 Einen noch größeren Raum für Spielräume eröffnet die Methodenlehre von *Thomas M. J. Möllers*.³⁶ Sie gliedert ihren 3. Teil, überschrieben mit „Konkretisierung und Konstruktion“³⁷, in vier Hauptthemen:

- § 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte
- § 8 Bewegliches System, Fallgruppen und Fallgruppenvergleich als Methoden der Konkretisierung
- § 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien
- § 10 Abwägung als Konstruktion

Eine sehr genaue Definition von „Konkretisierung“ findet man bei Möllers freilich nicht. Zwar heißt es: „Bei der Konkretisierung wird dem Interpreten eine ‚**größere Spezifizierungsleistung**‘ abverlangt, weil der Wortlaut eine Subsumtion nicht unmittelbar zulässt.“³⁸ Insbesondere „kann (!) die Konkretisierung **Elemente schöpferischer Gestaltung annehmen**“.³⁹ „Die Konkretisierung geht damit über die Auslegungskanon hinaus und sollte der Auslegung in einem zweiten Schritt nachfolgen.“⁴⁰ All dies ist aber nicht sehr präzise, und es stimmt in dieser Allgemeinheit wohl kaum: Die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (Stichwort „Qualitätswein“⁴¹) folgt dem klassischen Kanon, die entscheidende Frage ist lediglich, *wer* darüber letztendlich entscheidet (*quis iudicabit*, § 15a Rn. 83, 88).

3. Der Begriff „konkret“: kurze Entzauberung

- 23 Betrachtet man nach allem die Themen, die üblicherweise unter der Rubrik „Konkretisierung“ behandelt werden, dann stellt sich heraus: Es sind allesamt Themen, die sich im Rahmen einer systematischen, an der *working logic* des Rechts orientierten Methodenlehre – also der NJML – besser woanders verorten lassen: bei der Begriffsbildung (§ 15a), bei der Interpretation der Rechtsfolgende von Rechtssätzen (§ 15b), beim Erfinden von Regeln (unten § 17), beim Aufeinanderabstimmen mehrerer Regeln (unten § 18). Kurz: Man braucht den Begriff Konkretisierung „**nicht wirklich**“⁴².

35 F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 34), Rn. 476.

36 Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, S. 285–404 (120 Seiten).

37 Bis zur 2. Auflage (2019) hieß es nur: „Konkretisierung“.

38 Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 36), § 7 Rn. 2.

39 Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 36), § 7 Rn. 3.

40 Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 36), § 7 Rn. 2.

41 Siehe § 15a Rn. 75 mit Hinweis auf BVerwGE 94, 307 – Weinprüfungskommission I (1993) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite) und BVerwGE 129, 27 – Weinprüfungskommission II (2007).

42 Für die Nachwelt: Die Formulierung „nicht wirklich“ hat in der derzeitigen Umgangssprache einen besonderen Unterton. Beispiel: „War das Konzert schön?“ – „Nicht wirklich.“ Es bedeutet also in etwa: „eigentlich nicht“ oder gar „keineswegs“ („Folgt dies aus der Verfassung?“ – „Nicht wirklich.“). Zur Herkunft: Es ist wohl eine Eindeutschung des englischen *not really* (Gesellschaft für deutsche Sprache e.V., <https://gfds.de/nicht-wirklich/> <31.05.2023>).

Er fehlt denn auch in einigen Methodenlehren völlig (Bydlinski, Kramer, Pawlowski), insbesondere auch in der erkenntnistheoretisch anspruchsvollsten (Strauch).⁴³

a) Der Wortlaut: „konkret“ = was zusammengewachsen ist (concrecere)

Stattdessen reicht es, sich kurz klar zu machen, was der Begriff „konkret“ eigentlich bedeutet. Erfunden hat ihn – und seinen Gegensatz „abstrakt“ – offenbar der spätantike römische Philosoph und Theologe Boethius (ca. 480/485–524/526), und zwar in Auseinandersetzung mit der Begriffslehre des Aristoteles.⁴⁴ Hintergrund der Begriffsbildung ist offenbar die Vorstellung – allerdings falsche Vorstellung –, dass zwischen den Begriffen als Gedankengebilden und der äußeren „Wirklichkeit“ – man erinnere sich an Konrad Hesse! – eine Art Kluft besteht, die man irgendwie überbrücken muss.

24

Und eben deshalb heißt dann „konkret“, als Partizip Perfekt Passiv von *con-crescere*: das, was **zusammengewachsen** ist – nämlich die („gedachten“) Merkmale des abstrakten Begriffs und die („realen“) Merkmale des individuellen Sachverhalts zu einem *konkreten Fall*.

Mit anderen Worten: „Konkret“ ist das Ergebnis (= die Konklusion) dessen, was wir Subsumtion nennen – und was sich bei genauerer Betrachtung als eine qualifizierende Induktion beschreiben lässt (§ 6 Rn. 40–42). *Nothing more pretentious*.

Demgegenüber kommt „abstrakt“ von lateinisch *ab(s)-trahere* = fortziehen, und gemeint sind hier die Eigenschaften, die man von den individuellen Sachverhalten gedanklich fortzieht (Tier, vier Beine, bellt) und in der Vorstellung zum Begriff („Hund“) zusammensetzt.

25

Mit anderen Worten: „Abstrakt“ ist das Ergebnis einer Verallgemeinerung oder Generalisierung, wie sie sich mit der quantifizierenden Induktion erreichen lässt (§ 6 Rn. 33–39).

Das ist alles – und es hat mit „Wertung“ nicht mehr zu tun als jedes andere normative Denkhandeln.⁴⁵

b) „Konkretisierung“: Erkenntniswert null

Damit zeigt sich zugleich, dass der Erkenntniswert des Begriffs „Konkretisierung“ für die juristische Methodenlehre und generell für die Jurisprudenz gleich Null ist. „Konkretisierung“ ist eine Verlegenheitsformel, die über schlechte Metaphysik hinweghelfen soll. Alles, was „Konkretisierung“ genannt wird, lässt sich auch anders – und dann besser – **beschreiben, begreifen und verstehen**.

26

Um auch meinerseits etwas konnotative Mystik und Wärme zu verbreiten.

⁴³ Überblick zu diesen und weiteren Methodenlehren: § 1 Rn. 23–32.

⁴⁴ Einzelheiten, auch zur weiteren Begriffsgeschichte, siehe *Ludger Oeing-Hanhoff*, abstrakt/konkret, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (HWPh), Band 1, Basel 1971, Sonderausgabe Darmstadt 2019, Spalte 34–42. Erstaunlicherweise fehlt im Band 4 (1976) das Stichwort „Konkretisierung“ völlig.

⁴⁵ Zum Begriff Denkhandeln *Joachim Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, Tübingen 1999, S. 161–164, 178.

4. Fazit: „Konkretisierung“ überflüssig und gefährlich

- 27 Damit einher geht eine wenn nicht Warnung, so doch Ermahnung zur Vorsicht: Überflüssige Begriffe haben oft die Funktion, mit ihren **Konnotationen**⁴⁶ Gefühle anzusprechen: Befürchtungen, Hoffnungen, Sehnsüchte. Beim Begriff „Konkretisierung“ scheint dies eine Sehnsucht nach Wärme, Legitimität, heiler Welt zu sein: nach Einzelfallgerechtigkeit, nach Sachnähe, nach den richtigen „Werten“. Diese Ängste und Sehnsüchte hat der Nationalsozialismus seinerzeit perfekt bedient, und die Jurisprudenz hat dem nicht zuletzt mit dem Begriff „konkret“ Vorschub geleistet (s.o. unter 2 a).

Am Rande sei deshalb doch noch Carl Schmitts arg überschätzte Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ erwähnt. Sie plädiert für ein „konkretes [!] Ordnungs- und Gestaltungsdenken“, das angeblich zwischen „Dezisionismus“ und „Normativismus“ einen Mittelweg weist – und in Wahrheit die „konkrete Gestalt“ des Führers jeglicher Kritik entzieht.⁴⁷

Die Begriffsstrategie ist übrigens leicht zu durchschauen: Es werden zuerst zwei Extrempositionen entworfen (Normativismus = Fahrplan; Dezisionismus = Willkür), die so nicht stimmen können. Also liegt die Wahrheit in der Mitte – eben in „konkreten Ordnungen“. In seiner Schrift „Staat – Bewegung – Volk“⁴⁸ verfährt Schmitt nach demselben Rezept.

Deshalb in Abwandlung eines berühmten Schmitt-Zitats an dieser Stelle: Wer „Konkretisierung“ sagt, will betrügen.⁴⁹

- 28 „Konkretisierung“ ist aber auch aus einem weiteren Grund nicht ungefährlich. Wir haben bereits gesehen – und werden es noch an anderer Stelle sehen (§ 17 Rn. 16–39 [Schweinemäster], § 28 Rn. 9–29 [Abwägungsfehlerlehre]) –, wie sehr eine intensional⁵⁰ hypertrophe Rechtsprechung (neuerdings auch: Gesetzgebung) die Freiräume, die man späteren Entwicklungen des Rechts offenhalten sollte, „zumauern“ kann.

Es ist ein billiger Scherz, aber *concrete* heißt im Englischen auch: Beton.

Dies gilt etwa für die Abwägungsfehlerlehre des BVerwG, vor allem aber für die „maßstabsetzende Gewalt“⁵¹ des BVerfG mit ihrer „Patchwork-Dogmatik“⁵². Man

46 Siehe bei und in Fn. 8.

47 Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, 2. Aufl., Berlin 1993, S. 18 f., 55: Die konkrete Gestalt des „Führers der Bewegung“ dürfe man nicht, wie im 19. Jahrhundert den Monarchen, zum „Staatsorgan“ deklassieren (sic!), vielmehr sei der „Staat als besondere Ordnungsreihe ... nur ein Organ des Führers der Bewegung“ – Dass mittlerweile eine 3. Aufl. von 2006 auf dem Markt ist (Erscheinungsort Berlin), ist mir unbegreiflich.

48 Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit* (1933), 3. Aufl., Hamburg 1935.

49 Das Schmitt-Zitat lautet: „Wer Menschheit sagt, will betrügen“ (Der Begriff des Politischen [1932], 3. Aufl. der Ausgabe von 1963, Berlin 1991, S. 55). Schmitt will damit seinerseits ein Proudhon-Zitat abgewandelt haben: „Wer Gott sagt, will betrügen.“

50 Zur Erinnerung: Intension ist der Begriffsinhalt, sind seine abstrakten Merkmale, insbesondere eine Definition (wenn es sie gibt); Extension ist der Begriffsumfang, sind die Gegenstände, die unter ihn fallen (ja: Fälle!).

51 Oliver Lepsius, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: *Das entgrenzte Gericht*, Berlin 2011, S. 159–281.

52 Joachim Lege, *Verfassungsrechtsdogmatik*, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), *Rechtsdogmatik – Stand und Perspektiven*, Wien und München 2024, S. 227–248 (238–240).

kommt halt an allem, was geschrieben ist, nicht mehr ohne weiteres vorbei – und irgendwann ist es so viel geworden, dass es dem Zufall überlassen bleibt, auf welches Präjudiz sich das Gericht stützen wird. Wo schon alles „zukunftsetisiert“ ist (= zubetoniert), kann sich konkrete Gerechtigkeit⁵³ – mit Nähe zum autoritativen Text und zum individuellen Fall – paradoxerweise nur noch mühsam entfalten.

Natürlich ist auch die Hypertrophie der sonstigen Rechtsliteratur ein Problem. Wozu braucht man die rund zwanzig Grundgesetz-Kommentare? Und zehn Methodenlehren?

II. Typus und Topos

Im Folgenden soll es um zwei Fehlvorstellungen („Irrlehren“) gehen, die zwar etwas aus der Mode gekommen sind, vielleicht aber gerade deshalb gefährlich bleiben: Sie könnten von jungen Juristen, die den Kontext nicht kennen, mit einer gewissen Arglosigkeit wieder ausgegraben werden und dann eine Tendenz entfalten, die ihnen innewohnt: nämlich eine allzu „freie Rechtsfindung“ rechtfertigen – womöglich gar mit größter Überzeugung von den eigenen „Werten“ (man nennt das dann Selbstgerechtigkeit). 29

Im Vorgriff: Ich werde an späterer Stelle zwei Haltungen zur juristischen Methode und überhaupt zum Recht unterscheiden, nämlich Ironie und Pathos (§ 30 II). Die erste der beiden folgenden Positionen kann schlechtes Pathos befördern, die zweite war ursprünglich gute Ironie.

Zur Selbstgerechtigkeit immer noch am schönsten Alexander Hollerbach: Das ethische (!)⁵⁴ Gegenwesen zur Gerechtigkeit sei „natürlich die Ungerechtigkeit, aber vielleicht *noch mehr*, zumindest in gleicher Weise, die Selbstgerechtigkeit, die sich jeder kritischen Frage entziehen glaubt oder die wähnt, man könne Gerechtigkeit als fix und fertigen Besitz haben.“⁵⁵ 30

1. Der sogenannte Typusbegriff

Wir haben es schon angedeutet: Der „Typusbegriff“ ist eine Denk- und Argumentationsfigur, die vor allem Karl Larenz in die Juristische Methodenlehre eingeführt hat – und zwar als funktionales Äquivalent für den schlecht beleumdeten „konkret-allgemeinen Begriff“. Hauptfunktion des Typusbegriffs ist bei Larenz nämlich: Er tritt auf den Plan, wenn das „abstrahierende Denken“ zu einer „Sinnentleerung“ führt und der fehlende Sinn, wie es scheint, durch ein „wertorientiertes Denken“ eingeführt werden 31

⁵³ Dies ist *keine* Anspielung auf das Lehrbuch des sehr geschätzten Kollegen *Matthias Mahlmann*, *Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, 6. Aufl., Baden-Baden 2022. Der Titel ist trotzdem unglücklich gewählt.

⁵⁴ Nicht also: moralische! Ethik ist nämlich die *Reflexion* von Moral – und ist deshalb für den *richtigen* Umgang mit Moral moralisch geboten. (Ich weiß, das sind Paradoxien und Tautologien, aber darum kommt man als reflektierter Mensch nicht herum; auch dazu § 30 I und II.).

⁵⁵ *Alexander Hollerbach*, *Reflexionen über Gerechtigkeit*, in: *Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, 63–76 (66); erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), *Gerechtigkeit und soziale Ordnung*. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. [u.a.] 1996, 42–55.

muss.⁵⁶ Wenn damit nur gemeint sein sollte, dass man bei einer rechtlichen Entscheidung am Ende selbst Stellung beziehen muss – „hier stehe ich, ich kann nicht anders“⁵⁷ – dann ist gegen „Wertung“ gar nichts einzuwenden. Die Gefahr besteht jedoch darin, mit dem „wertorientierten Denken“ scheinbar überindividuelle, „objektive“ Werte ins Boot zu holen – wobei diese „Werte“ meist das sein werden, was in der Gesellschaft gerade *en vogue* ist („Zeitgeist“⁵⁸).

Das kann dann eben auch einmal die nationalsozialistische Weltanschauung oder ein sonstiges Geschwurbel sein.

- 32 Demgegenüber lässt sich aus Sicht der nüchternen Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) sagen:

Was Larenz den Typusbegriff nennt, lässt sich mit Wittgenstein als „Familienähnlichkeiten“ beschreiben (§ 15a Rn. 52–53). Es gibt gewisse Verallgemeinerungen, die sich nicht endgültig definieren lassen und deshalb notwendig unscharf sind – so als würde man Fotos von menschlichen Gesichtern übereinanderbelichten.⁵⁹ Es ergibt sich dann, sozusagen, eine unscharfe „Idee“, unter die sich verschiedene Fälle und Fallgruppen „subsumieren“ lassen – besser vielleicht: der sich verschiedene Fallgruppen zuordnen lassen. Das hat dann aber mit „Wertung“ nicht mehr zu tun als unser Umgang mit unscharfen Begriffen – „Liebe“, „Schönheit“ – sonst auch.

- 33 Kurz: Der „Typusbegriff“ – übrigens von griechisch *týpos* = Hieb, Schlag – ist nichts anderes als eine abkürzende Bezeichnung für die extensionale⁶⁰ Ausdifferenzierung von Begriffen durch Fallgruppenbildung (§ 15a Rn. 65–67).⁶¹

In den aktuellen Methodenlehren wird die Lehre vom Typus übrigens kaum mehr erwähnt.⁶² Das schützt aber nicht vor eventuellen Wiederentdeckungen,⁶³ und ausgerechnet im Strafrecht ist der Typus nach wie vor beliebt.⁶⁴

56 Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. (Fn. 22), S. 436–440 (Tendenz zur Sinnentleerung), 205–215 (Wertorientierung und Typus), 276–281 (allgemein zu Werturteilen, Typus und – ja, auch Konkretisierung), 443–455 (allgemein zum Typus, der eben „konkreter [!] ist als der Begriff“ [S. 444 im Anschluss an Karl Engisch]).

57 Zu diesen angeblichen Worten Luthers schon § 5 II Rn. 39 mit Nachweis.

58 Aus juristischer Sicht: Thomas Würtenberger, *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl., Tübingen 1991.

59 Mit einem gewissen Unbehagen zitiere ich: Ernst Kretschmer, *Körperbau und Charakter* (1921), 25. Aufl., Berlin u.a. 1967, S. 41, der seinerseits abdruckt aus David Katz, *Studien zur experimentellen Psychologie*, Basel 1953. – Kretschmer war Professor für Psychiatrie und Neurologie und im Hinblick auf den Nationalsozialismus nicht unbelastet. Auf ihn geht die wohl überholte Einteilung der „Konstitutionstypen“ in Pykniker, Astheniker und Athletiker zurück.

60 Siehe Fn. 50.

61 Siehe auch schon Lege, *Pragmatismus* (Fn. 45), S. 416–427 (420, 422), dort in ausführlicher Auseinandersetzung mit dem Begriff „Wertung“.

62 Bei Th. Möllers, *Methodenlehre* (Fn. 36), § 14 Rn. 60–63, gerade einmal vier Randnummern; bei F. Reimer, *Methodenlehre* (Fn. 34), so gut wie Fehlanzeige (Rn. 122 spricht nur ganz Alltagssprachlich die „Unterscheidung von Typischem und Atypischem“ an); Fehlanzeige auch bei Hans-Joachim Strauch, *Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Freiburg etc. 2017 (2. Aufl.: Baden-Baden 2022, leider ohne Sachverzeichnis).

63 Zu einer Wiederentdeckung der Larenzschen „Wertungsjurisprudenz“ Lena Kunz, *Wertungsjurisprudenz und objektive Zurechnung im Zivilrecht. Der Einfluss von Karl Larenz auf die frühe Rechtsprechung des BGH*, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), *Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk*, Tübingen 2019, S. 101–112, mit anschließender Diskussion S. 113–119.

2. Die „Topik-Diskussion

Der historische Kontext der Topik-Diskussion ist ein deutlich anderer. Sie beginnt mit dem schmalen Buch „Topik und Jurisprudenz“ des Zivilrechtlers Theodor Viehweg (1907–1988), Erstauflage 1953, fünfte Auflage 1974.⁶⁵ Dieses Buch – man kann durchaus sagen: Büchlein – brachte mit seinen schmalen 75 (!) Seiten wohl erstmals in der Nachkriegszeit einen etwas ironischen und aufmüpfigen Ton in die juristische Fachwelt. (Zuvor hatte man angesichts der Schrecken des Nationalsozialismus und der oft eigenen Verstrickung darin versucht, das Naturrecht und seine – oft christlichen – Werte wiederzubeleben.⁶⁶)

34

In der Tat waren es steile Thesen, die Viehweg vortrug: Das „axiomatische Systemdenken“ der deutschen Rechtswissenschaft verstelle den Blick auf die wahren Probleme. Es gelte daher, dem deduktiven Systemdenken ein „Problemdenken“ entgegenzusetzen und hierfür als Vorbild die antike Rhetorik, genauer: die Topik des Aristoteles und Ciceros zu wählen – Viehweg war über den Renaissance-Philosophen Giambattista Vico (1688–1744) auf sie gestoßen.

Wir haben die Topik bereits im Kontext der Antiken Gerichtsrhetorik erwähnt (§ 2 Rn. 31–33). – Es ist ein wenig erstaunlich, dass Viehweg selbst sie nicht in diesen größeren Rahmen gestellt hat.⁶⁷

Diese Topik zeichnet sich nach Viehweg nun dadurch aus, dass sie eher lose nach Gesichtspunkten sucht, die zur Lösung des Falls etwas beitragen können – eben nach *tópoi* (Plural von griechisch *tópos*, wörtlich: der Ort, daher die Topographie). Welche Topoi dies nun genau sein könnten und nach welchen Kriterien man sie (a) finden und (b) verwenden sollte, dazu findet sich dann zwar sehr wenig. Nichtsdestoweniger wurde das Buch zum Teil begeistert aufgenommen, jedenfalls aber heftig diskutiert – wohl deshalb, weil es so frech war.

35

Viehweg war in der Juristenzunft eher ein Außenseiter, wohl deshalb hat er auch zur eigenen Position eine gewisse selbstironische Distanz bewahrt: „Topoi gibt es wunderfeine / Wer sie kennt, der glaubt an keine.“⁶⁸ Allerdings ist Viehweg in den sogenannten Grundlagenfächern ein überaus erfolgreicher „Netzwerker“ gewesen: Er war lange Jahre Präsident der deutschen Sektion der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie) und hat insbesondere deren Zeitschrift, das Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), im Jahr 1949 wiederbelebt (gemeinsam mit Rudolf Laun). Zudem hat er eine ganze Reihe von Schülern um sich

64 So wird etwa die bekannte Tatherrschaftslehre (Roxin) zur Abgrenzung von Täterschaft und bloßer Teilnahme an einer Straftat (also Anstiftung oder Beihilfe) als typologische Begriffsbildung „verkauft“; kritisch dazu *Joachim Renzikowski*, Zurück in die Steinzeit? – Aporien der Tatherrschaftslehre, in: Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlin 2014, S. 495–508; *Joachim Renzikowski*, Die Methodik der Tatherrschaftslehre – eine kritische Analyse, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft (ZfISw) 2025, 1–10 (6–8).

65 Erscheinungsort aller Auflagen: München.

66 Standardwerk: *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2013; zu Viehweg dort nur sehr kurz (S. 212f.).

67 Dies erst bei *Gerhard Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion. Ertrag und Aufgaben, in: Rechtstheorie (RTh) 1970, 183–197: Rolle der Topik bei Disputierübungen.

68 Ich zitiere einen seiner Schüler – Ottmar Ballweg – aus dem Gedächtnis.

gesammelt, man spricht sogar von einer „Mainzer Schule“ der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie. Diese Schule stellt sich ganz bewusst in die Tradition der (antiken) Rhetorik, die bekanntesten Vertreter sind Ottmar Ballweg (1928–2019), Wolfgang Gast (geb. 1940) und Katharina Gräfin von Schlieffen geb. Sobota (geb. 1956).

- 36 Der Ertrag dieser „Topik-Diskussion“ ist in der Sache wenig sensationell, aber keineswegs gering zu achten, denn es handelt sich um Ideologiekritik. Kritisiert wird das Selbstbild der Jurisprudenz als einer hochrationalen Wissenschaft, die ihre Entscheidungen selbstgenügsam aus den „Axiomen“ der Rechtsordnung ableitet – ohne von der Welt und ihren Problemen wirklich Kenntnis zu nehmen. Dies mag überzeichnet gewesen sein, die heftige Reaktion spricht allerdings dafür, dass an der Kritik „etwas dran war“.

Methodologisch ist es freilich keine Überraschung, dass die Jurisprudenz – so wie jede Wissenschaft – ihre Erkenntnisse nicht rein deduktiv aus unhinterfragbaren Axiomen gewinnt. (Dies dürfte auch kaum jemals ein Jurist vertreten haben.) Es bedarf immer wieder neuer Ideen, um Rechtsprobleme neu zu lösen – die gängigen Methodenlehren nennen dies gern „schöpferische Elemente“, und sie schmuggeln dabei gleich eine „Wertorientierung“ mit hinein. Nein, sagt Viehweg, dies sind nichts als „Topoi“: Vertrauensschutz, Lastengleichheit, Angemessenheit und so weiter.

- 37 Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) fügt hinzu: Auch die „schöpferischen Elemente“ und die „Wertungen“ stehen nicht außerhalb der Logik (als *working logic*) mit ihren Deduktionen, Induktionen und Abduktionen (§ 6). Und damit auch nicht außerhalb der Kritik.

Den ausführlichsten „Topoikatalog“ im soeben angedeuteten Sinn hat seinerzeit Gerhard Struck (1944–2015) vorgelegt.⁶⁹ Dort finden sich etwa: *In dubio pro reo* (Im Zweifel für den Angeklagten), Einmal ist keinmal (daher Strafaussetzung zur Bewährung), Verbot des Vertrages zu Lasten Dritter, Schikaneverbot, Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen, Verhältnismäßigkeit, Willkürverbot, öffentliches Interesse.

- 38 Anders gewendet: Die Topik im Sinne Viehwegs war eine ironische Relativierung dessen, was Juristen mit ihrer „Wissenschaft“ erreichen können. In den Worten von Aristoteles selbst:

„Wir werden diese Disziplin [d.h. die „Dialektik“ = Disputierkunst] vollkommen beherrschen, wenn wir sie in der gleichen Weise beherrschen wie die Redekunst (Rhetorik), die ärztliche Kunst und ähnliche Künste ... Der Rhetoriker wird nicht in allen Fällen überzeugen und der Arzt nicht in allen Fällen die Heilung herbeiführen. Wenn er nur nichts von dem, was möglich ist, unterlässt, werden wir schon sagen, dass er seine Wissenschaft genügend inne hat.“⁷⁰

Warum es trotzdem wichtig und richtig ist, an der *Idee* von rechtlicher Richtigkeit mit einem gewissen Pathos (statt Ironie) festzuhalten: dazu mehr unter § 30 II und III.

⁶⁹ Gerhard Struck, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a.M. 1971, S. 20–34: 64 Topoi.

⁷⁰ Aristoteles, Topik Buch 1 Kapitel 3, meine Übersetzung in Anlehnung an: Topik/Sophistische Widerlegungen, 2. Aufl., Hamburg 1995; siehe auch schon § 2 Rn. 36 mit etwas anderer Übersetzung.

III. Verfassungsinterpretation

Unter den vielen Ansichten, die man zum Thema „Regeln interpretieren“ (§§ 15–15d) haben kann, ist „Verfassungsinterpretation“ die wohl vielschichtigste Variante. Denn weil das Verfassungsgesetz (*constitution*) – jedenfalls als neuzeitlicher Begriff – gleichsam am höchsten hängt und allem anderen Recht – für Nicht-Juristen: dem sogenannten „einfachen Recht“ – vorgeht („Vorrang der Verfassung“), umgibt sich die Verfassungsinterpretation gern mit dem Nimbus des leicht Numinosen: „(in Bezug auf das Göttliche) schaudervoll und anziehend zugleich“⁷¹.

39

Anziehend übrigens auf die gesamte Bevölkerung, siehe zum Beispiel die Aktionen der „Letzten Generation“. So wie man früher sagte „Gott mit uns“, sagt man jetzt: „Die Verfassung mit uns“.⁷²

Nebenbei: Der „Vorrang der Verfassung“ war etwas, das die Autoren der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika – also der ersten „neuzeitlichen“ Verfassung – noch gar nicht „auf dem Schirm hatten“.⁷³ Dieser Vorrang wurde erst später erfunden (zur Erfindung von Regeln unten § 17), und zwar in einem berühmten Urteil des Supreme Court von 1803: *Marbury v. Madison* (nach mancher Ansicht übrigens eine offensichtlich falsche Entscheidung⁷⁴).

Wie auch immer: Jedenfalls ist es eine sehr verbreitete Auffassung, auch unter ehemaligen Richtern des Bundesverfassungsgerichts, dass sich die Verfassungsinterpretation von der sonstigen Interpretation des Rechts – mit anderen Worten: von der üblichen juristischen Methode – unterscheide, dass sie „etwas anderes“ sei. Dieses „Andere“ ist dann offenbar der auch oder gar vornehmlich „politische“ Charakter der Verfassungsinterpretation. Heikel wird es allerdings, wenn obendrein die Vorstellung besteht, man könne Recht und Politik in diesem Kontext gerade *nicht* unterscheiden.⁷⁵

40

All dem ist zu widersprechen:

41

(Auch) Die Verfassungsinterpretation ist nichts anders als eine juristische Interpretation autoritativ vorgegebener Rechtssätze – vorgegeben in einem Verfassungsgesetz.

71 Duden, <https://www.duden.de/rechtschreibung/numinos> <18.12.2023>.

72 Nämlich in Gestalt der Interpretation des Art. 20a GG durch das Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021). Das BVerfG hat hier „der Politik“ bescheinigt, genauer: dem Gesetzgeber, für den Klimaschutz nicht genug getan zu haben.

73 Insbesondere ist in den berühmten Federalist Papers davon noch nicht die Rede. – Die Federalist Papers (1787) waren eine Reihe von 85 (!) gehaltvollen Aufsätzen, die in verschiedenen New Yorker Zeitungen erschienen, um das Volk des Staates New York davon zu überzeugen, der Verfassung zuzustimmen. Die Verfasser waren Alexander Hamilton, James Madison und John Jay. Es gibt auch eine vollständige deutsche Ausgabe, übersetzt und herausgegeben von Barbara Zehnpfennig (Darmstadt 1993).

74 Entscheidungen des Supreme Court, Band 5, S.137, aus dem Jahr 1803; abgekürzt: 5 U.S.137 (1803); zumindest ist die Entscheidung überaus *tricky*: Winfried Brugger, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, in: Juristische Schulung (JuS) 2003, 320–325.

75 So der ehemalige Präsident des BVerfG Andreas Voßkuhle in einer Diskussion, die im Gesprächskreis „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“ auf der „Staatsrechtslehrertagung“ (Fn. 28) des Jahres 2022 in Bremen stattfand. Referiert hatte Brun-Otto Bryde zum Thema „Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik?“.

Dass dieses Gesetz gelegentlich unbestimmte Begriffe enthält, ist kein wesentlicher Unterschied gegenüber anderen Gesetzen (§ 15a Rn. 69–75). Folglich ist die Frage ihrer Interpretation in weitem Umfang eine Kompetenzfrage – *and nothing more pretentious*.

Dass dem so ist, haben wir am Beispiel der Bundestagsauflösung 1983 – Missbrauchsvotum Helmut Kohl – schon gesehen (oben Rn. 17–19 und bereits § 15a Rn. 69, 76–80).

Aber nun im Einzelnen:

1. Verfassung oder Verfassungstext?

- 42 Zunächst ist klarzustellen: Der Begriff „Verfassung“ ist doppeldeutig⁷⁶ – nicht zuletzt darauf beruht wohl seine Anziehungskraft. Zum einen meint Verfassung schlicht nur das Verfassungsgesetz oder genauer: den *Text* dieses Gesetzes – über dessen *Aussagegehalt* („Inhalt“) man dann streiten kann (so wie man über jedes Zeichen streiten kann: war dieses Lob wirklich „so gemeint?“⁷⁷).
- 43 Zum anderen kann „Verfassung“ aber auch die „Wirklichkeit“ der Verfassung meinen: die reale politische und soziale Ordnung des „Gemeinwesen“ – wobei es übrigens ganz gleich ist, ob man sich in diesem Gemeinwesen einen Gegensatz von Staat und Gesellschaft vorstellt (klassisch Ernst-Wolfgang Böckenförde) oder gerade nicht (Konrad Hesse). Wenn man mit „Interpretation der Verfassung“ *diese* „Wirklichkeit“ meint, scheint die Interpretation zwangsläufig, ja unvermeidlich „politischer“ und „kreativer“ zu werden als die Interpretation des einfachen Rechts. So heißt es im Grundgesetz zum Beispiel:
- Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG** Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.
- 44 Das BVerfG hat dazu in mehreren „Fernsehurteilen“ präzisere Regeln entwickelt, an die sich der Gesetzgeber bei *seiner* Interpretation dieses Textes zu halten hat. Am bekanntesten dürfte insoweit die „Grundversorgung“ an seriöser Information und Unterhaltung sein, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk gewährleisten muss – gegenüber dem Privatfernsehen.⁷⁸ „Abgeleitet“ wurde dies vor allem aus dem Prinzip der freiheitlichen und demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik,⁷⁹ die eine Gleichschaltung der Medien ebenso verbietet wie deren Ausverkauf auf einem kapitalistisch-ungeordneten Markt.

⁷⁶ Schöner Titel daher: *Dominik Richers*, Die Verfassung der Verfassung: Rudolf Smend (1882–1975), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, S. 271–283.

⁷⁷ Oder man denke an den berühmten Spruch von Klaus Wowereit, damals Regierender Bürgermeister von Berlin: „Ich bin schwul – und das ist auch gut so“. Insofern gab es über die Auslegung des Wortes „auch“ durchaus Streit. Nach Wowereits authentischer Interpretation war das „auch“ nicht mehr als ein Füllwort und keine Stellungnahme zu anderen Formen der Sexualität (https://de.wikipedia.org/wiki/Klaus_Wowereit <15.06.2022>).

⁷⁸ BVerfGE 73, 118 – 4. Rundfunkentscheidung (1986); die „Grundversorgung“ wurde wohl von Konrad Hesse erfunden.

⁷⁹ Bezeichnenderweise nennt das BVerfG in dieser Entscheidung *nicht* den Art. 18 GG (Verwirkung von Grundrechten), in dem die „FDGO“ wörtlich als solche benannt wird, dort aber – Nicht-Juristen aufgepasst! – etwas anderes bedeutet: den Bestand des Staates.

Aber ist dies wirklich mehr als eine systematische Interpretation des Verfassungstextes? Die Begriffe „Freiheit“ und „Demokratie“ tauchen in einigen Vorschriften des Grundgesetzes auf, und aus deren Zusammenschau lassen sich gewisse Grundregeln entwickeln, die verhindern, dass der Gesetzgeber bei *seiner* Interpretation des Grundgesetzes (hier: der Rundfunkfreiheit) ganz grob „danebenlangt“ (ich nenne das immer die „dicken Hunde“). Das Ganze hat dann zwar nicht die Präzision zivilrechtlicher „Paragraphenketten“, ist aber letztlich nichts anderes als diese: ein Aufeinanderabstimmen von Regeln (und Regeln über Regeln), die sich am Verfassungstext festmachen lassen.

Siehe zu diesem Aufeinanderabstimmen von Regeln sogleich §§ 16 bis 20.

Man könnte also ganz nah am Text der Verfassung bleiben und knapp wie folgt formulieren:

45

„Gewährleisten“ bedeutet: Der Staat muss garantieren, dass es etwas gibt, das den Namen „**Freiheit** des Rundfunks“ verdient. Folglich muss er im Rundfunkbereich Unfreiheit verhindern. Unfreiheit bestünde, wenn der Rundfunk ganz oder ganz überwiegend in die Hand einer einzigen sozialen Macht geriete, sei es in die Hand der Bundesregierung – daran war das geplante „Adenauer-Fernsehen“ gescheitert⁸⁰ –, sei es in die Hand des Kommerzes, d.h. der Privatwirtschaft. Folglich muss der Staat eine vom Kommerz unabhängige Grundversorgung durch öffentlich-rechtlich organisierte Rundfunkanstalten garantieren.“

2. Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation?

Dass auch die Verfassungsinterpretation nichts anderes ist als Interpretation eines autoritativen **Textes** (zum Begriff § 14 Rn. 22) hat eine erhebliche praktische **Konsequenz**, und zwar wieder im Hinblick auf die **Kompetenz**. Im Klartext: *Verfassungsgerichte* dürfen den Wortlaut des Textes nur ausdeuten, nicht aber ändern oder ergänzen. Eine Änderung oder Ergänzung steht allein dem *Gesetzgeber* zu. Die Grenzziehung kann freilich schwierig sein.

46

a) Fall 1: Die fünfte Amtszeit des Bundeskanzlers

Nehmen wir den frei erfundenen Fall, dass ein Bundeskanzler bereits eine Amtszeit von vier Legislaturperioden hinter sich hat und nun, nach der neuen Bundestagswahl, vom Bundestag erneut zum Kanzler gewählt wird. Der Bundesrat hält dies für verfassungswidrig und greift die Wahl vor dem BVerfG im Wege des Organstreits an (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 63 ff. BVerfGG).

47

Vermutlich wird die Lektüre dieses Falls zunächst Befremden auslösen, denn selbstverständlich würde in Deutschland niemand jemals auf die Idee kommen, eine fünfte Amtszeit des Kanzlers auch nur in Betracht zu ziehen.⁸¹ Vor allem aber steht im Grundgesetz zur Anzahl der Amtszeiten des Bundeskanzlers – *nichts*. Sehr wohl heißt es im Grundgesetz allerdings (Hervorhebung J.L.):

⁸⁰ BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung oder auch 1. Fernsehurteil (1960).

⁸¹ Siehe die Überschrift in der Zeitschrift *focus* vom 06.02.2021: „Fast jeder Zweite für fünfte Merkel-Amtszeit.“ 45 Prozent waren dafür, 47 Prozent dagegen.

Art. 20 Abs. 1 GG Die Bundesrepublik Deutschland ist ein **demokratischer** und sozialer Bundesstaat.

Oder auch:

Art. 28 Abs. 1 GG Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, **demokratischen** und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.

- 48 Daran ließe sich nun wie folgt anknüpfen: „Demokratie“ ist ein unscharfer Begriff. Im Kern und dem Wortsinn nach bedeutet er, dass die Staatsgewalt nicht von Gott oder von einer sonstigen höheren Macht ausgeht – etwa von der höheren Einsicht einer Partei –, sondern vom Volk (altgriechisch *dēmos*), also allen Menschen, die eben dieser Staatsgewalt als Bürger zugleich auch unterworfen sind.

Deshalb ja der Slogan „**Wir** sind das Volk“ in der friedlichen Revolution der DDR-Bevölkerung gegen die Herrschaft der SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands).

Man kann dann freilich darüber streiten, ob zum „Volk“ im Sinn des Art. 28 Abs. 2 GG – also zum Volk in den Städten, Kreisen und Gemeinden – nur die deutschen Staatsbürger zählen oder alle Einwohner (im nötigen Wahlalter, versteht sich).⁸² Aber das ist ein Nebenpunkt.

- 49 Es gibt aber auch andere, in gewisser Weise pragmatischere Begriffe von Demokratie, die vor allem an die oben eingeflochtene Idee anknüpfen, dass in der Demokratie dieselben Menschen sowohl Staatsgewalt ausüben (und sei es nur durch Wahlen) als auch der Staatsgewalt unterworfen sind. Dann ist Demokratie ihrem Wesen nach vor allem: **Herrschaft auf Zeit**.

Am schönsten wohl immer noch formuliert in der Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776 (Hervorhebungen J.L.):

Section 2. That all power is vested in and consequently derived from the people; that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them.

Section 5. That the legislative and *executive* powers of the State should be separate and distinct from the judiciary; and that the *members* of the two first may be *restrained from oppression by feeling and participating the burdens of the people*, they should at fixed periods *be reduced to a private station*, return into that body from which they were originally taken, and the *vacancies* be supplied by frequent, certain and regular elections, in which all or any part of the former members to be again eligible or ineligible, as the laws shall direct.⁸³

Kurz: Die Mitglieder der Regierung sollten **at fixed periods** (!) in das normale Leben als Private **zurückgeschickt** werden, um dort am eigenen Leib zu erfahren, was sie dem Volk an Lasten auferlegt haben.

Ähnlich hat der Physiker und Philosoph Karl Raimund Popper (1902–1994) als Demokratie diejenige Herrschaftsform bezeichnet, in der es möglich ist, die Herrscher ohne Blutvergießen (*bloodshed*) auszutauschen. Dies sei ihr größter Vorzug, nicht etwa, dass die Mehrheit Recht habe.⁸⁴

82 Dazu schon § 15b Rn. 78.

83 Zitiert nach <https://law.lis.virginia.gov/constitutionexpand/article1/<18.12.2023>>.

84 Karl Raimund Popper, *The Open Society and Its Enemies*, vol. 1, 2nd ed., London 1952, S. 124 f.; deutsch: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Band 1, 6. Aufl., München 1980, Kapitel 7 II, S. 174 f.

Wenn aber Demokratie Herrschaft auf Zeit ist, dann ist es, politisch gesehen, geradezu **undemokratisch**, wenn ein und dieselbe Person 20 Jahre lang an der Spitze des Staates steht. Ist eine fünfte Amtszeit des Bundeskanzlers aber auch **verfassungswidrig**? Nein, wird man wohl sagen, denn im Grundgesetz steht es so nun einmal nicht drin. 50

Anders in der amerikanischen Verfassung, bezeichnenderweise erst als Zusatz, genauer als das *Amendment XXII* von 1951⁸⁵:

Section 1. **No person** shall be elected to the office of the President **more than twice**, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of President more than once.

Könnte man dann aber nicht im Licht der Rechtsvergleichung sagen: Wenn die USA, immerhin die Erfinder der konstitutionellen Demokratie, schon *drei* Amtszeiten für undemokratisch halten, müssen es *fünf* Amtszeiten dann nicht *auf jeden Fall* sein? So dass Art. 63 GG – Wahl des Bundeskanzlers – im Licht des Art. 20 Abs. 1 GG **teleologisch-systematisch** so zu interpretieren ist: Nach 16 Jahren Amtszeit ist eine Wiederwahl ausgeschlossen. 51

Man könnte auch sagen: Im Licht der Dicker-Hund-Theorie (z.B. § 18 Rn. 34–38) wäre dies ein allzu „starkes Stück“.

Ich bin mir nahezu sicher, mit dieser Argumentation jedenfalls im ersten Anlauf die wenigsten zu überzeugen. Im Grundgesetz steht es so nun einmal nicht drin. Es müsste im Wege der Verfassungsänderung hineingeschrieben werden. Zumal es im Grundgesetz selbst heißt:

Art. 79 Abs. 1 GG Das Grundgesetz kann nur durch ein **Gesetz** geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert **oder ergänzt**.

Daraus lässt sich nun rückschließen: Wenn ein **Verfassungsgericht** den Wortlaut des Grundgesetzes stillschweigend ändern oder ergänzen sollte, dann wäre dies gleich doppelt verfassungswidrig. Erstens wäre es ein Übergriff in die *Kompetenz* des (verfassungsändernden) Gesetzgebers, zweitens ein Verstoß gegen das *Ausdrücklichkeitsgebot*. 52

Zur Interpretation des Wortes „ausdrücklich“ nochmals unten § 29 Rn. 6–15 (Stichwort: Auslandseinsätze der Bundeswehr).

b) Fall 2: Die Abschaffung des Bayerischen Senats per Plebiszit

aa) Der Sachverhalt

Der zweite Fall zur Abgrenzung von Verfassungsinterpretation und Verfassungsänderung bzw. -ergänzung ist nicht erfunden, sondern stammt aus dem Jahr 1999.⁸⁶ Damals wurde in Bayern per verfassungsänderndem (!) Volksentscheid ein sehr spezielles, ja einzigartiges Verfassungsorgan abgeschafft: der Bayerische Senat. Dieser Bayerische 53

⁸⁵ Dies war eine Reaktion darauf, dass der amerikanische Präsident Franklin D. Roosevelt (1882–1945) im Jahr 1944 für eine vierte Amtszeit gewählt worden war (während der er nach kurzer Zeit starb).

⁸⁶ Dazu *Joachim Lege*, Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation? Der Methodenstreit um die Abschaffung des Bayerischen Senats, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2000, 283–287. – Ich hatte das Volksbegehren im Verfahren vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof als Prozessbevollmächtigter vertreten.

Senat war eine Art von Honoratioren-Kammer, denn er setzte sich, ähnlich den Rundfunkräten⁸⁷, gewissermaßen „ständisch“⁸⁸ aus 60 Mitgliedern zusammen, die von den sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und kommunalen Körperschaften des Landes entsendet wurden, also etwa von der Land- und Forstwirtschaft, den Gewerkschaften, Religionsgemeinschaften, Hochschulen. Der Senat hatte vornehmlich beratende Funktion, aber auch ein Recht zur Gesetzesinitiative.⁸⁹

Diese „ständische“ und auch leicht elitäre Einrichtung war seit langem Gegenstand der Kritik. Im Jahr 1999 schaffte es die ödp (Ökologisch-demokratische Partei), ein Volksbegehren mit dem Ziel zu initiieren, diese Honoratioren-Versammlung abzuschaffen („Schlanker Staat ohne Senat“⁹⁰). Das Volksbegehren wurde von dem erforderlichen Zehntel der stimmberechtigten Bürger des Freistaates unterstützt. Am anschließenden Volksentscheid beteiligten sich – die letzte Zahl ist wichtig – 39,9 % der Stimmberechtigten, von ihnen stimmten 69,2 % Prozent für die Abschaffung des Senats. Dies waren zugleich 27,32 % aller Stimmberechtigten.

bb) Der Verfassungstext

- 54 Der Bayerische Senat klagte nun vor dem bayerischen Verfassungsgerichtshof gegen seine Abschaffung. Hintergrund war der folgende, für ihn leicht prekäre Verfassungstext (ich teile ihn gerade für Nicht-Juristen ausführlich mit):

Art. 72 Verf (1) Die Gesetze werden vom Landtag oder vom Volk (Volksentscheid) beschlossen.

(2) ...

Art. 73 Verf Über den Staatshaushalt findet kein Volksentscheid statt.

Art. 74 Verf (1) Ein Volksentscheid ist herbeizuführen, wenn ein Zehntel der stimmberechtigten Staatsbürger das Begehren nach Schaffung eines Gesetzes stellt.

(2) Dem Volksbegehren muß ein ausgearbeiteter und mit Gründen versehener Gesetzentwurf zugrundeliegen.

(3) bis (7) ...

87 Siehe zum Beispiel § 18 und § 19 des NDR-Staatsvertrags vom 4. März 2021: Zusammensetzung und Aufgaben des Rundfunkrats. Der Rundfunkrat soll „die Interessen der Allgemeinheit auf dem Gebiet des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vertreten“ und dabei „die Vielfalt der Meinungen der Bürger und Bürgerinnen [berücksichtigen]“. Er hat zudem eine Reihe konkreter Befugnisse, etwa die Genehmigung des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses.

88 Siehe zum Beispiel §§ 132–133 der Verfassung für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819: zwei Kammern, die erste (Kammer für die Standesherrn) für den Hochadel, die zweite (Kammer der Abgeordneten) für – grob gesagt – Abgeordnete des ritterschaftlichen Adels, der Kirchen, der Städte und Oberamts-Bezirke und: „dem Kanzler der Landes-Universität“ (zitiert nach Werner Frotscher/Bodo Piero, Verfassungsgeschichte, 20. Aufl., München 2022, Rn. 288. – Im Rundfunkrat des NDR sind die Universitäten nicht vertreten, im Rundfunkrat des Bayerischen Rundfunks sitzt immerhin ein Vertreter der bayerischen Hochschulen (§ 6 Abs. 3 Ziff. 13 Bayerisches Rundfunkgesetz).

89 Siehe insgesamt Art. 34 bis 42 der Bayerischen Verfassung vom 2. Dezember 1946, aufgehoben durch Gesetz vom 20. Februar 1998.

90 Der Reim konnte in der spanischen Übersetzung erhalten werden: *Estado delgado sin Senado!* – Siehe Joachim Lege, ¿Reforma de la Constitución o interpretación constitucional? El debate metodológico en torno a la supresión del Senado Bávaro, in: Cuestiones Constitucionales 9 (2003), S. 187–199. Die Übersetzung hatte mein großartiger Freund Héctor Fix-Fierro besorgt.

Art. 75 Verf (1) Die Verfassung kann nur im Wege der Gesetzgebung geändert werden. Anträge auf Verfassungsänderungen, die den demokratischen Grundgedanken der Verfassung widersprechen, sind unzulässig.

(2) Beschlüsse des Landtags auf Änderung der Verfassung bedürfen einer Zweidrittelmehrheit der Mitgliederzahl. Sie müssen dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden.

(3) ...

(4) Änderungen der Verfassung sind im Text der Verfassung oder in einem Anhang aufzunehmen.

Zusammenfassend: Die Verfassung kann in Bayern nur „im Wege der Gesetzgebung“ geändert werden. Die Kompetenz zur Gesetzgebung steht sowohl dem Landtag zu (als dem Parlament) als auch dem Volk selbst im Wege des Volksentscheids („unmittelbare Demokratie“).

55

Dies war in der Verfassung übrigens von Anfang an vorgesehen. Und Art. 75 Abs. 4 Verf hat natürlich die amerikanischen Amendments („Anhang“) vor Augen.

Für die **Gesetzgebung** durch das Volk gibt es eine Spezialregelung beim *Volksbegehren*: Dort muss ein sogenanntes Quorum (Mindestunterstützerzahl) von 10 % der Stimmberechtigten erreicht werden. Für den anschließenden *Volksentscheid* findet sich keine Spezialregelung. Es gilt vielmehr die allgemein-demokratische Regel: „Mehrheit entscheidet“ (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verf).

Für die **Verfassungsänderung** gibt es eine Spezialregelung, wenn sie vom Landtag initiiert wird: Dann muss dort eine Zweidrittelmehrheit erreicht werden, der Beschluss muss zudem auch noch dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden. Eine Spezialregelung für den Fall, dass die Verfassungsänderung vom Volk selbst per Volksbegehren initiiert wurde, fehlt hingegen. Die Verfassung sagt dazu – *nichts*.

cc) Zwei mögliche Interpretationen

Angesichts dieses Gesetzestextes gab und gibt es zwei mögliche Interpretationen. Die erste Interpretation unterstellt der Verfassung, dass sie die Materie vollständig geregelt habe. Folglich ist eine Verfassungsänderung durch *jedes* Gesetz im Sinn des Art. 72 Abs. 1 Verf möglich, also auch durch Volksentscheid. Und für diesen verfassungsändernden Volksentscheid gibt es keine strengeren Regeln als für den einfach-gesetzlichen Volksentscheid. Es genügt das Eingangsquorum des Art. 74 Abs. 1 Verf: 10 Prozent der Stimmberechtigten.

56

Die zweite Interpretation unterstellt der Verfassung ebenfalls, dass sie alles, was sie regeln wollte, vollständig geregelt hat – und kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Das Argument lautet: Von Verfassungsänderung ist nur in Art. 75 Verf die Rede. Dort wird implizit vorausgesetzt, dass eine solche Verfassungsänderung nur auf Initiative des Landtags zustande kommen kann. Für diesen – einzigen – Weg gelten sodann die Erschwernisse des Art. 75 Abs. 2 Verf: Zweidrittelmehrheit im Parlament, anschließendes Plebiszit. Hingegen findet sich zu einer Verfassungsänderung unmittelbar durch Plebiszit in der Verfassung – *nichts*. Also hat die Verfassung diesen zweiten Weg auch nicht vor-gesehen (im wahrsten Sinn des Wortes).

57

dd) Jenseits der Interpretation: Ergänzung der Verfassung

58 Der Bayerische Verfassungsgerichtshof war offensichtlich mit beiden Ergebnissen nicht recht zufrieden: weder mit einer allzu leichten Verfassungsänderung per Plebiszit noch mit einem völligen Verzicht darauf. Er hat daher einen Mittelweg gefunden, der allerdings die Grenze dessen, was man noch „Auslegung“ des Textes nennen kann, deutlich überschreitet. In Wahrheit war es eine **Änderung** der Verfassung – und dass man sie bis heute in deren Text vergeblich sucht, macht die Sache nicht besser.

59 Die Leitsätze des BayVerfGH lauten wie folgt (Hervorhebungen J.L.):

„1. (...)

2. Die Bayerische Verfassung kann auch im Wege der Volksgesetzgebung nach Art. 74 BayVerf. geändert werden.

3. Bei Verfassungsänderungen im Wege der Volksgesetzgebung nach Art. 74 BayVerf. ist beim Volksentscheid ein **Quorum** erforderlich. Die gegenteilige Auffassung des BayVerfGH in der Entscheidung vom 2. 12. 1949 (BayVerfGHE 2, 181 [218]) wird aufgegeben.

4. Dass ein solches Quorum **in der Verfassung nicht ausdrücklich** vorgeschrieben ist, stellt eine planwidrige Unvollständigkeit des Verfassungstextes dar, eine **Lücke**, die im Wege der **Auslegung** zu schließen ist.

5. Bei der **lückenfüllenden Auslegung** [!] geht der BayVerfGH davon aus, dass die Verfassung auch im Verfahren der Volksgesetzgebung einen erhöhten Bestandsschutz beansprucht und eine angemessene demokratische Legitimation sicherstellen will. Er legt andererseits zu Grunde, dass die Verfassung keine Hürden für die verfassungsändernde Volksgesetzgebung aufrichten will, die praktisch nicht zu übersteigen sind und deshalb prohibitiv wirken.

6. Es ist nicht Sache des BayVerfGH, punktgenau anzugeben, durch welche Lösung den Intentionen der Verfassung am besten entsprochen wird. Zu einer entsprechenden **Konkretisierung** (!) des Willens der Verfassung ist der **einfache** (!) Gesetzgeber verpflichtet.

7. Der **Gesetzgeber** hat die von der Verfassung insoweit vorgegebenen gegensätzlichen Ziele im Wege des schonenden Ausgleichs miteinander zu vereinen. Sein grundsätzlich gegebener Gestaltungsspielraum reduziert sich angesichts der Vorgaben der Verfassung auf eine relativ enge Bandbreite. Eine **mögliche Lösung**, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, ist ein Zustimmungsquorum von **25 %** der stimmberechtigten Bürger.

8. Das Gesetz zur Abschaffung des Bayerischen Senats hat beim **Volksentscheid** vom 8. 2. 1998 die Zustimmung von **27,3 %** der Stimmberechtigten erhalten. Diese Zustimmungquote ist ausreichend, um diesem verfassungsändernden Gesetz die erforderliche demokratische Legitimation zu verleihen und nicht mit dem Ziel der Verfassungsstabilität in Konflikt zu geraten. Ein höheres Quorum ist von Verfassungs wegen nicht gefordert.“

60 Mit dieser Argumentation konnte im **Ergebnis** die Abschaffung des Bayerischen Senats „gerettet“ werden („es waren mehr als 25 Prozent“).

Man erkennt, nebenbei, dasselbe Schema wie bei der Bundestagsauflösung 1983 (§ 15a Rn. 77–80): Zuerst werden strenge Maßstäbe entwickelt, unter die der konkrete Fall dann aber gerade *nicht* subsumiert wird. Wenn ein Maßstab aber nicht wirklich *praktisch* wird, ist er dann nicht eigentlich ein *obiter dictum*?⁹¹

91 Ein *obiter dictum* ist eine Aussage des Gerichts, die nicht entscheidungserheblich ist und deshalb – in Fallrechtssystemen – auch *nicht bindend*, sei es für das Gericht selbst in späteren Fällen oder für die unteren Instanzen (vgl. § 11 Rn. 16 f. und § 14 Rn. 55, 58, 68).

Nichtsdestoweniger ist diese **Argumentation methodisch** eindeutig **falsch**. Denn im Klartext sagt der BayVerfGH: Die *Verfassung* gebietet für verfassungsändernde Volksentscheide ein Zustimmungsquorum von 25 Prozent. Leider steht dies so nicht in der Verfassung. Also kann man seriöserweise nur sagen: Die Verfassung *sollte* dies gebieten – sie müsste insofern also **geändert** bzw. ergänzt werden, und zwar **ausdrücklich** „im Text der Verfassung oder in einem Anhang“ (Art. 75 Abs. 4 Verf!), etwa wie folgt:

Art. 75 Abs. 2a Verf [Entwurf] Verfassungsänderungen durch Volksentscheid bedürfen der Zustimmung von 25 Prozent der Stimmberechtigten.

Dort, im Verfassungstext, findet sich aber bis heute nichts dergleichen. Stattdessen heißt es nun im **einfachen Recht**, hier: im Gesetz über Landtagswahl, Volksbegehren und Volksentscheid (Landeswahlgesetz – LWG).⁹²

Art. 79 Abs. 1 LWG Ein Gesetzentwurf erreicht die erforderliche Zustimmung durch Volksentscheid, wenn

1. er mehr gültige Ja-Stimmen als Nein-Stimmen erhält und
2. im Fall, dass der Gesetzentwurf eine Verfassungsänderung beinhaltet, diese Ja-Stimmen mindestens 25 v.H. der Stimmberechtigten entsprechen (Quorum); (...).

Dass nach Ansicht des BayVerfGH der *einfache* Gesetzgeber eine solche Verfassungsänderung vornehmen durfte – dazu brauchte man in der Tat ein Wundermittel. Wir haben es weiter oben schon erörtert: die „Konkretisierung“ (RN 4–28).

ee) Bewertung: Verstoß gegen ein Konkretisierungsverbot

Es mag durchaus sein, dass man das Ergebnis, zu dem der BayVerfGH gekommen ist, für verfassungspolitisch richtig, ja für weise hält: Es besteht weiterhin die Möglichkeit, die Verfassung per Volksbegehren plus Volksentscheid zu ändern, aber nur unter erschwerten Bedingungen. Dies lässt sich auch mit nachvollziehbaren Argumenten untermauern: Eine Verfassung hat den Hauptzweck (*télos*), die politische Grundordnung von Staat und Gesellschaft zu stabilisieren. Also sollte sie schwerer zu ändern sein als ein einfaches Gesetz. Die Frage ist nur, ob dieses Argument **rechtlich zulässig** war. Das ist eine Frage der **Methodenlehre**, und die Antwort lautet ganz klar: Nein.

Anders gewendet: Der Zweck (*télos*) heiligt nicht jedes Mittel, nicht jedes „teleologische“ Argument. – Für Nicht-Juristen: Zu den vier „Canones“ der Auslegung – zu ihnen gehört die sogenannte teleologische – sogleich in § 15d.

Wir sehen, nebenbei, dass die Methodenlehre eine normative Wissenschaft ist.⁹³

Zur Begründung ist das Wichtigste schon gesagt: In der Sache wird in die Verfassung etwas hineininterpretiert, das sich aus ihrem Wortlaut beim besten Willen nicht ergibt – nämlich die Erschwerung verfassungsändernder Volksentscheide. Damit ist die Grenze der Auslegung überschritten – der BayVerfGH spricht selbst von einer „Lücke“, und eine „lückenfüllende Auslegung“ (Leitsatz 5) ist ein Widerspruch in sich selbst (auf Latein: *contradictio in adiecto*).

⁹² Zur „Paragraphenzählung“: In Bayern werden auch die Vorschriften der einfachen Gesetze mit Artikeln, nicht mit Paragraphen „durchnummeriert“.

⁹³ Ebenso wie die Logik, siehe § 5 II Rn. 53 mit Kant-Zitat: Logik ist „eine Wissenschaft des richtigen (!) Verstandes- und Vernunftgebrauchs überhaupt, aber nicht subjektiv, d.h. nicht nach empirischen (psychologischen) Prinzipien, wie der Verstand denkt, sondern objektiv, d.h. nach Prinzipien a priori, wie er denken soll“ (Hervorhebung J.L.).

Lückenfüllung ist, jedenfalls nach herrschender Meinung (h.M.) in den deutschen Methodenlehren, gerade nicht mehr „Auslegung“, sondern „Rechtsfortbildung“. Und insofern enthält Art. 75 Abs. 4 BayVerf geradezu ein **Konkretisierungsverbot**: Die Rechtsfortbildung muss auf höchster Ebene geschehen, im Text der Verfassung, nicht ein Geschoss tiefer durch ein „konkretisierendes“ Verfassungsgericht und ein ihm folgendes einfaches Gesetz.⁹⁴

Dieses Konkretisierungsverbot ähnelt durchaus dem bekannten Analogieverbot im Strafrecht (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG): keine Strafe ohne Gesetz, *nulla poena sine lege*.

- 65 Zudem lässt sich dem teleologischen Argument des BayVerfGH entgegenhalten: Die Gesetzgebung per Volksbegehren und Volksentscheid ist schon als solche erheblich schwerer zu bewerkstelligen als die Gesetzgebung im Landtag. Bereits das Eingangsquorum von 10 Prozent ist schwer zu erreichen. Hinzu kommt, dass der Landtag zu diesem Begehren, genauer: zu dem Gesetzentwurf des Begehrens, einen Alternativentwurf vorlegen kann (Art. 74 Abs. 4 BayVerf) und dass der Entwurf „mit einer Weisung der Staatsregierung zu begleiten [ist], die bündig und sachlich sowohl die Begründung der Antragsteller wie die Auffassung der Staatsregierung über den Gegenstand darlegen soll“ (Art. 74 Abs. 7 BayVerf). Kurz und gut: Es *ist* schon schwer genug, ein Gesetz per Volksentscheid „durchzubringen“ – und man vergleicht Äpfel mit Birnen, wenn man aus den Erschwernissen, die für parlamentarisch initiierte Verfassungsänderungen gelten, ein allgemeines Erschwerungsgebot ableitet.

Und falls es *nicht* schwer genug sein sollte, muss man eben die Verfassung ändern – in den dafür vorgesehenen Verfahren. Das ist gar nicht zynisch gemeint: Zwar wird das Volk nur höchst ungern einer Beschränkung seiner Befugnisse zustimmen – durch Einführung eines (auch Abstimmungs-)Quorums. Aber es ist der einzig legale Weg der Änderung, und vielleicht könnte man das Volk davon sogar überzeugen: indem man es vor einem allzu leichten Weg für Populisten⁹⁵ warnt!

c) Erneut: ein Kompetenzproblem

- 66 Es liegt auf der Hand: Auch die Frage, was die Verfassungsinterpretation „ist“ und wie weit sie gehen kann, ist am Ende eine Kompetenzfrage. *Nothing more pretentious*.

Daher muss eine normative Aussage, die aus dem Verfassungstext beim besten Willen nicht mehr hervorgeht, von den dafür zuständigen Instanzen explizit in das Verfassungsgesetz eingefügt werden – sei es nun eine Begrenzung der Amtszeiten des Bundeskanzlers (soeben unter 1) oder eine Erschwerung von Plebisziten (unter 2).

Siehe im Übrigen zur Verfassungsrechtsdogmatik, insbesondere zur Patchwork-Dogmatik des BVerfG, schon § 15a Rn. 31–36.

94 Klar zu den „Grenzen der Verfassungsinterpretation“ auch Hesse, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 77 f.

95 Ich denke an das Minarett-Verbot in Art. 72 Abs. 3 der Schweizer Bundesverfassung, angenommen in der Volksabstimmung vom 29. November 2009. Das Verbot ist zumindest schwer mit der Religionsfreiheit in Art. 15 der Verfassung vereinbar, auch Art. 9 Abs. 2 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) – die Schweiz ist daran gebunden – dürfte entgegenstehen.

3. Verfassungswandel?

Die beiden vorangegangenen Abschnitte zum Thema Verfassung und Verfassungsinterpretation waren jeweils mit einem Fragezeichen überschrieben. Im folgenden Abschnitt wollen wir uns nun dem größten Fragezeichen in diesem Kontext zuwenden: dem sogenannten Verfassungswandel. Gemeint ist damit ein Wandel in den sozialen Welten „außerhalb“ des Rechts, genauer: in deren „*politischer* Verfassung“,⁹⁶ der auf die Rechtswelt dergestalt zurückwirkt, dass sich auch das Recht – hier das Verfassungsrecht – wandelt. Oder wandeln *sollte*?

67

Indes ist der Begriff „Verfassungswandel“ nicht unproblematisch. Dies liegt zum einen daran, dass sich die Wirklichkeit und ihre Welten *dauernd* wandeln und sich dabei einander anpassen. Kurz, es gibt einen „ständige(n), mehr oder minder erhebliche(n) ‚*Verfassungswandel*‘, der sich nicht leicht erkennen lässt und darum selten deutlich wird.“⁹⁷ Zum anderen kann der Wandel aber auch so weit fortgeschritten sein, dass man die ursprüngliche Interpretation der Verfassung ändern sollte.

So wurde in einem Sondervotum zur Bundestagsauflösung 1983 – Helmut Kohl – darauf hingewiesen, dass sich die Bundesrepublik entgegen den Vorstellungen der Verfassungsmütter und -väter zu einer „Kanzlerdemokratie“ entwickelt habe.⁹⁸ Deshalb sei es legitim, dass ein vom Parlament im Wege des Misstrauensvotums gewählter Kanzler alsbald Neuwahlen ansetzt – und sei es im Weg der nicht wirklich⁹⁹ passenden Vertrauensfrage (s.o. Rn. 17–19 und schon § 15a Rn. 77–80).

Wie weit sich eine Neu-Interpretation der Verfassung, genauer des Verfassungstextes, auf einen „Verfassungswandel“ berufen darf – genauer: auf einen für die Auslegung des Verfassungstextes relevanten gesellschaftlichen und/oder politischen Wandel –, ist weitgehend ungeklärt¹⁰⁰ und ein eher heißes Eisen.¹⁰¹ Dies liegt daran, dass man angesichts der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus misstrauisch gegenüber allen Bestrebungen ist – und sein sollte! –, die aus einem Wandel des Zeitgeistes heraus rasch die Rechtsordnung uminterpretieren wollen.

68

⁹⁶ Mit Luhmann könnte man sagen: Im Funktionssystem „Politik“ als einem Teilsystem der Um-Welt des (Verfassungs-)Rechts.

⁹⁷ Hesse, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 46 – übrigens gleich im Anschluss an die Ausführungen zu „Normbereich“ und „Normprogramm“.

⁹⁸ Sondervotum des Vizepräsidenten Wolfgang Zeidler, in: BVerfGE 62, 1, 64–70; das Stichwort „Kanzlerdemokratie“ fällt so allerdings nicht ausdrücklich.

⁹⁹ Zu dieser Formulierung schon Rn. 23 mit Fn. 42.

¹⁰⁰ Soweit ersichtlich wird der Verfassungswandel in den gängigen Lehrbüchern des Staats- und Verfassungsrechts kaum erwähnt.

¹⁰¹ ... an das sich immerhin der damals amtierende Präsident des BVerfG herangetraut hat: *Andreas Voßkuhle*, Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 417–423; *Matthias Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, München, Werkstand Mai 2023, Art. 79 Abs. 3 Rn. 33, identifiziert Verfassungswandel als „ein Thema der **verfassungsrechtlichen Methodik**, nicht der Rechtsquellenlehre“. Allerdings findet sich dazu dann ausgerechnet in der am stärksten öffentlich-rechtlich geprägten Methodenlehre (*F. Reimer*, Fn. 34) – mit Recht – nichts. – Die NJML rät dazu, auf diese Kategorie zu verzichten. – Siehe zum dogmatischen Ansatz auch etwa *Horst Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2025, Art. 79 Abs. 1 GG Rn. 38–44.

Zweifelhafter Klassiker immer noch Carl Schmitt: „Wir denken die Rechtsbegriffe um. (...) Wir sind auf der Seite der kommenden Dinge!“¹⁰²

- 69 Auf der anderen Seite gibt es doch gelegentlich sehr weitgehende Veränderungen in den sozialen Strukturen – Veränderungen, die dazu führen, dass eine bisher bestehende Regel des Rechts **„nicht mehr wirklich“** in die heutige Zeit passt.

Ein schönes Beispiel (zu ihm auch schon § 11 Rn. 22), weil es die Auslegung des einfachen Rechts im Licht eines „Verfassungswandels“ zu illustrieren scheint: Der ehemalige § 1300 BGB gewährte einer „unbescholtenen Verlobten“ einen Entschädigungsanspruch, wenn sie dem Verlobten vor der Ehe die Beiwohnung gestattet hatte und er später von der Verlobung zurücktrat. Diese Vorschrift wurde im Jahr 1992 von einem Amtsgericht (!) für verfassungswidrig gehalten und deshalb nicht angewendet (bei sog. vorkonstitutionellem Recht, also Recht aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes, ist dies zulässig). Begründung: Die Sexualmoral habe sich im Lauf des 20. Jahrhundert derart gewandelt, dass der voreheliche Geschlechtsverkehr einer Frau nicht mehr als ein Makel angesehen wird, der ihr Ansehen trübt. Angesichts dieses „Wandels“¹⁰³ verstoße § 1300 BGB nunmehr gegen den speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG („Männer und Frauen sind gleichberechtigt“). – Im Jahr 1998 wurde § 1300 BGB dann durch Gesetz aufgehoben.

Nichtsdestoweniger sollte man hier nicht von „Verfassungswandel“ sprechen. Gewandelt hat sich nicht der SINNZUSAMMENHANG (zum Begriff § 5 Rn. 40–59) der *Verfassung* – der Gleichheitssatz ist derselbe geblieben –, gewandelt haben sich die SINNZUSAMMENHÄNGE des sozialen Zusammenlebens von Mann und Frau. Diese haben aber *als solche* nicht Verfassungsrang, sie fließen lediglich bei der Interpretation dessen, was im Sinn der Verfassung „gleich“ ist, ein.

- 70 Dass ein Wandel in den sozialen SINNZUSAMMENHÄNGEN *als solcher* nicht schon Verfassungsrang hat, zeigt sich schließlich am schon mehrfach erwähnten Begriff „Ehe“. Wenn das, was der soziale Wandel unter einem Begriff verstehen will, abrupt und radikal von dem abweicht, was der Verfassungstext darunter verstanden hat, dann führt das nicht zu einem Wandel des Verfassungsbegriffs, sondern zu zwei miteinander unvereinbaren Begriffen: einem alten und einem neuen. Und nur der alte hat Verfassungsrang.

Anders gewendet: Der Begriff „Ehe“ in Art. 6 Abs. 1 GG („Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“) hat zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung eindeutig nur eine Ehe zwischen Mann und Frau gemeint – und selbst das BVerfG hat bis zum Jahr 2012 die Gegengeschlechtlichkeit für ein konstituierendes Merkmal der „Ehe“ gehalten.¹⁰⁴ Dieser Ehebegriff der *Verfassung* hat sich dadurch, dass mittlerweile eine Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare erst gefordert und dann im Jahr 2017 durch einfaches Gesetz ermöglicht wurde (§ 1353 BGB),

102 Carl Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: Deutsches Recht (DR) 1934, 225–229 (229), im Original hervorgehoben. Dankenswerterweise jetzt leicht zugänglich, weil zusammen mit den anderen Schriften aus der NS-Zeit abgedruckt in: Carl Schmitt, Gesammelte Schriften 1933–1936, Berlin 2021, S. 156–164 (164).

103 So explizit Amtsgericht (AG) Münster, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1720.

104 BVerfGE 131, 239 (259) – Lebenspartnerschaft von Beamten (2012): „Die Ehe als allein der Verbindung zwischen Mann und Frau vorbehaltenes Institut ...“.

nicht radikal und abrupt „gewandelt“ (andernfalls könnte die Verfassung in der Sache durch *einfaches* Gesetz oder gar durch einen Wandel der gesellschaftlichen „Wertvorstellungen“ geändert werden). Kurz: Von einem *Verfassungswandel* kann hier nicht die Rede sein.¹⁰⁵

Praktische Konsequenz: Nach wie vor steht nur die Ehe zwischen Mann und Frau „unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“ (Art. 6 Abs. 1 GG). Der – einfache – Gesetzgeber könnte die „Ehe für alle“¹⁰⁶ also auch wieder abschaffen (streitig¹⁰⁷).

Methodologisch folgt daraus: Der Begriff „**Verfassungswandel**“ ist überflüssig – und zudem gefährlich. Er bezeichnet in wohlwollender Auslegung nicht mehr als das, was Schicksal eines jeden Begriffs und jeder Aussage ist: ihre Bedeutung *ständig* zu wandeln.

71

Zur Erinnerung: Ein Begriff ist die *Bedeutung* eines Terminus im Hinblick auf einen Gegenstand (§ 5 Rn. 9) – und was daraus folgt (§ 5 Rn. 14–17, „Pragmatische Maxime“). Eine Aussage ist die *Bedeutung* eines Satzes – z.B. eines Rechtssatzes – im Hinblick auf einen Sachverhalt (§ 5 Rn. 25) – und was daraus folgt.

Versteht man unter „Verfassungswandel“ hingegen – und so wird er verstanden –, dass eine „eigentliche“ Verfassung, eine „Verfassung hinter der Verfassung“¹⁰⁸ dazu drängt, die nur vordergründige Verfassung des Verfassungstextes „wertend“ auf Trab zu bringen, dann stellt man letztlich die Politik (und damit die Macht) über das Recht.

Aus diesem Grund sollte man, ja muss man auf den Begriff Verfassungswandel **verzicht**-**ten**.¹⁰⁹

Er verkörpert eine gefährliche Irrlehre.

105 Sehr lesenswert *Heinrich Lang*, in: Heinrich Lang/Heinrich Willms, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., Stuttgart 2022, Rdnr: 792–794.

106 ... die übrigen keine echte Ehe „für alle“ ist, denn sie erfasst weder Intersexuelle noch Ehen zwischen Geschwistern oder Mehrfachehen.

107 So vermutlich *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 6 Rn. 118: „Gleichgeschlechtliche Ehen nehmen damit ebenso und gleichermaßen wie verschiedengeschlechtliche Ehen am Schutz des Art. 6 I GG teil.“ Allerdings: Wenn Art. 6 Abs. 1 ein „normgeprägtes Grundrecht“ ist, d.h. dem einfachen Gesetzgeber eine „Ausgestaltungsbefugnis“ zugesteht (Rn. 119) – warum dann nicht? Warum sollte ein *actus contrarius* an der Verfassung scheitern?

108 Formulierung in Anlehnung an *Richers*, Verfassung der Verfassung: Rudolf Smend (Fn. 76); und natürlich auch in Anlehnung an den berühmten „Täter hinter dem Täter“ im Strafrecht, erfunden von *Friedrich-Christian Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Berlin 1965 (seine Doktorarbeit).

109 Ebenso *Otto Depenheuer*, in: Stern/Sodan/Mörtl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Auflage, München 2022, § 10 Rn. 114 (Hervorhebung dort): „Was sich in diesem vielstimmigen Chor der Verfassungsinterpreten wandelt, ist allein die Interpretation der Verfassungsnormen und ihre problemorientierte dogmatische Aufbereitung, während die Verfassung selbst stets die gleiche bleibt. **Einen Verfassungswandel gibt es daher nicht.** Was sich ändert, ist nur die Interpretation der gleichbleibenden Verfassungsnormen durch unterschiedliche Akteure des Verfassungslebens. Dabei kommt der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zwar eine unübersehbare Bedeutung zu, der aber – jenseits der konkreten Urteile – keine normative Verbindlichkeit für alle anderen Verfassungsinterpreten zukommt.“

IV. Schlussbemerkungen

- 72 Thema dieses § 15c der NJML waren die wichtigsten „Irrlehren“ betreffend die Interpretation von Rechtsregeln, genauer: die Interpretation vorgegebener autoritativer Rechtstexte („Gesetzesauslegung“). Leider gehören diese Fehlvorstellungen nach wie vor zum Grundbestand vieler juristischer Methodenlehren, und sie werden – *even worse* – vor allem dann hervorgekramt, wenn man in schwierigen Fällen (*hard cases*) „wertend“ Stellung zu beziehen hat.

- 73 In solchen Fällen besteht offenbar das Bedürfnis, der rechtlichen Entscheidung über das schlicht-logische Argumentieren mit Wertungen *als ersten Prädikaten* (§ 5 Rn. 34–36) hinaus ...

Zur Erinnerung: „Wertungen“ sind im Prozess des normativen Schlussfolgerns die ersten Prädikate – so wie im Prozess des sonstigen Schlussfolgerns *Wahrnehmungen* die ersten Prädikate sind. Das Prädikat „ist heiß“ führt zu Schlussfolgerungen, die uns lehren, mit dem Wesen einer Herdplatte rational umzugehen. Das Prädikat „ist schrecklich“ führt zu Schlussfolgerungen darüber, was man rechtlich verbieten sollte – und dann übrigens schon bei Platon zu der (Kompetenz-)Frage, wer die richtige (!!) Meinung vom Schrecklichen haben sollte.¹¹⁰ Antwort: die Wächter, also der Staatsapparat.

... ein Surplus zu verleihen: den Nimbus einer höheren (oder tieferen?) Einsicht in „Werte“, die Legitimation durch „wertende Erkenntnis“. Letztlich steckt diese Sehnsucht – jedenfalls nicht besserer Durchblick – hinter Konzepten wie „Konkretisierung“ und „Typus“, hinter „Topik“ (wenn man ihre Ironie beiseite lässt) und „Verfassungsinterpretation“.

„Werte“ sind nun einmal Dialogstopper: Darüber können wir nicht mehr diskutieren.

- 74 Angesichts dieses nach wie vor gefährlichen Potentials sind drei Schlussbemerkungen angebracht: eine analytische, eine dogmatische und eine ethische. Sie hängen eher lose miteinander zusammen.

1. Synästhetische Missverständnisse: Unbestimmtheit – Wertung – Kreativität

- 75 Vermutlich beruhen die erörterten Fehlvorstellungen zum Teil auf syn-ästhetischen Missverständnissen: Man schaltet unwillkürlich verschiedene Parameter der Wahrnehmung (= Ästhetik) gleich, obwohl sie voneinander unabhängig sind. So neigt man als Amateurmusiker dazu, im Tempo *schneller* zu werden, wenn man in der Dynamik *lauter* wird oder wenn man in der Melodie *mehr Noten* pro Takt zu bewältigen hat. Ganz ebenso meint man als Jurist offenbar leicht, dass bei Rechtsbegriffen die (semantische) *Unbestimmtheit* gleichzusetzen ist mit der Notwendigkeit einer (rechtsethischen) *Wertung* und mit einem Spielraum für *schöpferische Elemente* (bei der geistigen Tätigkeit).

¹¹⁰ Platon, Politeia IV 7 (429b–d, 430a–b); dazu Joachim Lege, „Die richtige Meinung vom Schrecklichen“, Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow, Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 271–280; dazu schon § 14 Rn. 27.

In Wahrheit steckt im recht präzisen Begriff „Heimtücke“ ebensoviel „Wertung“ wie im unscharfen Begriff „Treu und Glauben“; allein die Begriffsbildung unterscheidet sich: Bei der Heimtücke erfolgt sie im Schwerpunkt intensional („Definition“), bei Treu und Glauben im Schwerpunkt extensional („Fallgruppen“). Die Logik hinter beidem ist dieselbe (§ 15a III und IV).

76

Das Beispiel „Heimtücke“ haben wir mehrfach erwähnt (Gashahn-Fall, § 3, § 6 und öfter), und wir werden noch einmal darauf zurückkommen (Türkischer-Onkel-Fall, § 27 II).

Ästhetik ist ursprünglich nicht die Lehre vom Schönen, sondern von der *Wahrnehmung* (altgriechisch *aísthēsis*). *Syn-ästhetik* ist daher, wörtlich genommen, die „Zusammen-Wahrnehmung“ von Phänomenen unter verschiedenen Wahrnehmungskategorien: Manche Musiker verbinden mit den verschiedenen Tonarten bestimmte Farben (und können dann sogar Cis-Dur und Des-Dur höchst kontrastreich unterscheiden¹¹¹).

Dass Ästhetik auch für die Jurisprudenz der letzte Halt ist – und nicht etwa Ethik! – ist übrigens eine der Hauptthesen der NJML (dazu der Vierte Teil dieses Buchs).

Kurz: Die Bestimmtheit oder **Unbestimmtheit** von Begriffen (oder Aussagen), ihr Bezug auf (objektive) **Werte** und vor allem ihr Bezug zu **Kreativität** („schöpferische Elemente“) sind drei **völlig verschiedene Kategorien**.

77

Man kann geradezu im Gegenteil sagen: Kreativität ist umso mehr gefragt, wenn Begriffe oder Aussagen eindeutig sind – und man sich trotzdem nicht an sie halten will.¹¹² Beispiele dazu in Kapitel 5 („Manipulation des Ergebnisses“).

2. Viele Methodenlehren, eine (einzige) Methode

Bestätigt hat sich, nebenbei, in § 15c eine weitere Hauptthese der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML), sie lautet in aller Kürze:

78

Viele Methodenlehren, eine Methode!

Und etwas länger: Es gibt viele juristische Methodenlehren, aber nur eine einzige juristische Methode.¹¹³

Diese juristische *Methode* besteht aus Logik, Logik, Logik (genauer: Deduktion, Induktion, Abduktion) plus Interpretation (von Begriffen, Aussagen und Schlussfolgerungen in ihren jeweiligen – auch mehreren! – SINNZUSAMMENHÄNGEN); dazu auch unten §§ 24–24b.

Die verschiedenen juristischen Methodenlehren haben von dieser *einen* Methode allerdings unterschiedliche (Hintergrund-)Vorstellungen. Und manche davon sind, wie wir in diesem § 15c gesehen haben, falsch.

¹¹¹ Für die Erkenntnis danke ich sehr dem Schweizer Kollegen *Wolfgang Portmann*.

¹¹² Hier passt noch einmal *Carl Schmitt*, Staat, Bewegung, Volk (Rn. 48), S. 43: „So betrachtet, gibt es heute überhaupt nur noch ‚unbestimmte‘ Rechtsbegriffe“; jetzt leicht zugänglich in: Schmitt, Schriften 1933–1936 (Fn. 102), S. 113.

¹¹³ So bereits *Joachim Lege*, Was leistet „die“ Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der“ Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45.

3. Zur Ethik der Interpretation autoritativer Texte („Regelbildung“)

- 79 Fehlvorstellungen sind nicht nur theoretisch interessant, sondern auch praktisch relevant – wenn sie zu Fehlverhalten führen. Daher will ich – bei aller Skepsis gegenüber „der Ethik“ (§ 31) und eher als Beifang – am Ende dieser Auseinandersetzung mit verbreiteten „Irrlehren“ doch zwei Gebote formulieren, die die Rechtschaffenheit (*righteousness*) im Umgang mit autoritativen Texten befördern könnten.

a) Das Gebot intensionaler („abstrakt-genereller“) Zurückhaltung

- 80 Das erste Gebot ist eine Antwort auf die synästhetischen Fehlschlüsse, die wir soeben (unter 1) erörtert haben. Diese Fehlschlüsse lauten: Rechtsbegriffe sind oft unbestimmt, also muss man gegebenenfalls viel in sie hineininterpretieren. Das Gegenteil ist richtig:

Gerade **wenn und weil** in autoritativen Texten die Begriffe (oder Aussagen) **unbestimmt** sind, sollte man nicht viel in sie hineininterpretieren. Vielmehr sollte gelten: So viel wie nötig, **so wenig wie möglich**.

Andernfalls verletzt man die Kompetenz des Autors („Gesetzgebers“, Normgebers), vor allem aber blockiert man die weitere Entwicklung des Rechts „von Fall zu Fall“.

- 81 Immerhin an einigen hohen Gerichten nimmt man dies, wie man mir gesagt hat, sehr ernst und fragt sich immer: Wie viel müssen wir in den „Obersatz“¹¹⁴ hineinschreiben, um den Fall entscheiden zu können? Und was können wir, auch wenn es uns im Hinblick auf künftige Fälle gefallen würde, weglassen? Denn wenn wir es weglassen *können*, dann *müssen* wir dies auch. Wir sind die Richter, nicht die Gesetzgeber.

Und wir wissen auch nicht, ob sich eine Fallkonstellation, die wir heute *so* bewerten *würden* (!), in zehn Jahren *ganz anders* darstellen wird (etwa wegen eines technischen Fortschritts).

Ich möchte dies geradezu als ein Postulat der **Ethik rechtlicher Regelbildung** bezeichnen.

- 82 Im Licht der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) kann man auch sagen: Bei der Interpretation unbestimmter Begriffe (oder Aussagen) in autoritativen Texten darf so wenig wie möglich an der *Intension* (§ 15a Rn. 5), also am *Begriffsinhalt* (grob: an der Definition) „geschraubt“ werden. Ich nenne dies das **Gebot intensionaler Zurückhaltung**.

Andernfalls verselbständigen sich die unnützen Elemente und irrlichtern unberechenbar wie Weltraumschrott durch die Zukunft. – Ein aktuelles Beispiel dafür, dass Fragmente aus der Rechtsprechung des BVerfG auch am Anfang der juristischen Nahrungskette, also bei den Amtsgerichten, völlig dekontextualisiert aufgegriffen werden: Zubilligung eines Zeugnisverweigerungsrechts unmittelbar aus der Verfassung, hier abgeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, ohne jede Auseinander-

114 Kritisch zu dieser Verwendung des Begriffs unten § 34 Rn. 56–62 (58).

setzung mit dem Präjudiz – allein also unter Rückgriff auf eine intensionale Formulierung des BVerfG.¹¹⁵

Noch anders formuliert¹¹⁶ lässt sich sagen – dies gilt dann für *jede* Interpretation autoritativer Texte: Was ein Interpret einem autoritativen Text auf der „abstrakt-generellen“¹¹⁷ Ebene hinzufügt (also bei der Bildung der *Regel* des Vollständigen Juristischen Syllogismus – VJS –, siehe § 8), sollte so sparsam wie möglich erfolgen.

83

Und wenn das abstrakt Hinzugefügte den bisherigen Begriff geradezu konterkariert – Beispiel „Ehe“ – oder wenn es mit kreativen Aussagen Lücken füllt, wo keine sind – Beispiel „Bayerischer Senat“ –, dann ist dies eben nicht mehr Interpretation.

b) Das Gebot gegenseitigen Respekts (Autor und Interpret)

Das zweite ethische Gebot zur Interpretation autoritativer Texte richtet sich, genau besehen, mehr an den Autor als an den Interpreten. Hinter diesem Gebot steht die schlechte Einsicht:

84

Mit schlechten autoritativen Texten kann man nur schwer gutes Recht „produzieren“¹¹⁸.

Daraus folgt: Nicht nur hat der Interpret den Autor eines autoritativen Textes zu respektieren (in der gerade geschilderten Art). Sondern es muss auch der Autor seinem Interpreten den nötigen Respekt erweisen. Und dies tut er nicht, wenn er seine Regeln unklar oder gar widersprüchlich formuliert – salopp formuliert nach dem Motto: Sollen sie sehen, wie sie damit klarkommen, sei es als Juristen oder als Rechtsunterworfenene.

Beispiele für derartige Respektlosigkeiten von Seiten des Gesetzgebers: § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB (Baugesetzbuch) – eine Norm, die sich kaum konsistent auslegen lässt.¹¹⁹ Oder der schon erwähnte § 184j StGB (Strafgesetzbuch) – Straftaten aus Gruppen.¹²⁰

Politisch steht dahinter natürlich oft, dass die Gesetze des Parlaments ein Kompromiss verschiedener Parteien sind. Mit unscharfen Wendungen können dann alle

115 Amtsgericht (AG) Menden, in: Strafverteidigerforum (StraFo) 2023, 93–95 mit Anmerkung von *Antonia Taute*. – Im Fall berief sich in einem Vergewaltigungsprozess das mutmaßliche Opfer auf dieses ungeschriebene Zeugnisverweigerungsrecht.

116 Angeregt durch die knappen Ausführungen von *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 14 Rn. 8 und § 4 Rn. 20, zur „Ehe für alle“.

117 Dazu oben Rn. 5.

118 Das Wort „produzieren“ ist hier völlig wertfrei gemeint, insbesondere nicht als Anspielung auf industrielle Massenproduktion oder dergleichen. Es bedeutet schlicht: herstellen, fabrizieren, gestalten usw. – Die sogenannte Strukturierende Rechtslehre – eine wichtige „Schule“ unter den Juristischen Methodenlehren – spricht übrigens bewusst von „Rechtsarbeit“, wenn es um die Tätigkeit der Juristen geht, dazu etwa *Frank Laudenklos*, Rechtsarbeit ist Textarbeit. Einige Bemerkungen zur Arbeitsweise der „Strukturierenden Rechtslehre“, in: Kritische Justiz (KritJ) 1997, 142–158; dabei ist „Rechtsarbeit“ natürlich auch eine kleine Reverenz an den Marxismus. – Zu Friedrich Müller, dem Begründer dieser Schule, oben im Text Rn. 13 f.

119 Siehe unten § 28 Rn. 15 f.

120 Siehe oben § 10 Rn. 40.

Autoren leben¹²¹ (und sich vor ihrer Klientel rechtfertigen). Und wenn die Gerichte etwas anderes daraus machen, kann man die Schuld auf sie schieben.

- 85 Besonders schwierig wird es freilich, wenn der Interpret dem Autor signalisiert, er werde dessen Werk ohnehin gering achten – im Klartext: wenn die Rechtsprechung dem parlamentarischen Gesetzgeber mehr oder weniger den Gehorsam verweigert¹²² oder wenn das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) immer wieder etwas zu beanstanden findet. In beiden Fällen ist eine gewisse Resignation des Autors – hier des Gesetzgebers – jedenfalls verständlich: „Die Gerichte machen ohnehin, was sie wollen ...“

Ebenso verständlich daher, dass „die Politik“ manchmal geradezu darum bittet, vom BVerfG „möglichst genaue Vorgaben“ zu bekommen.¹²³

121 Bekannt ist die Wendung „dilatorischer Formelkompromiss“ (*Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 11. Aufl., Berlin 2017, § 3 III S. 31–36).

122 Ein hübscher Fall: BVerwGE 107, 215 (223) – Drittschützende Wirkung des Abwägungsgebots zu Gunsten von Plan-Angrenzern/Dauerkleingärten (1998): Hier hat das Gericht das, was der Gesetzgeber wollte – eine Begrenzung der Klagemöglichkeit gegen Bebauungspläne – durch eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung vereitelt, nämlich: dort eine Klagemöglichkeit anerkannt, wo es sie vorher verneint hatte. Und dann dem Gesetzgeber gesagt: Wir wissen ja, was du wolltest – aber du hast es im falschen Gesetz geregelt.

123 So offenbar einmal geschehen nach einem der vielen Aufrufe zur Umgestaltung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag. Das Problem ist nur, dass sich das BVerfG dort selbst in kaum lösbare Verstrickungen begeben hat.

§ 15d Regeln (Rechtssätze) interpretieren IV: Die guten alten „Canones“

Kommen wir nun also, reichlich spät, zu dem Punkt, mit dem die gängigen Methodenlehren meist beginnen, wenn es um die Interpretation von Regeln geht (genauer: von autoritativen Texten, in denen die Regel formuliert ist): zu den sogenannten „Canones“ der Auslegung! Wir werden sehen, dass diese Canones ihrerseits der Interpretation bedürfen: Was versteht man heute ganz allgemein darunter (I), wie verstand sie Savigny (II), und was haben sie uns hier zu sagen – im Kontext der Neuen Juristischen Methodenlehre – NJML – (III)?

Nebenbei: Das Wort „Canon“ war schon im Lateinischen ein Fremdwort, das aus dem Griechischen stammt. Dort bedeutet *kanón* ursprünglich „Rohrstab, gerader Stab“, sodann auch „Stab, mit dem man etwas misst“, kurz „Maß-Stab“, schließlich übertragen auch „Vorschrift, Regel, Norm, Vorbild“. Das Wort „Kanone“ (als Rohr) ist damit verwandt.¹

I. Die „Canones“ heute („h.M.“)

Nach geradezu erschlagend herrschender Meinung („h.M.“) hat die Auslegung von Regeln (genauer: Normtexten) vier „Canones“ zu berücksichtigen – man könnte ganz unpräzise auch sagen: vier Aspekte (also: Gesichtspunkte, Sichtweisen):

- Wortlaut („grammatisch“)
- Entstehungsgeschichte („historisch“)
- Systematik (die Stellung der Regel im Geflecht anderer Regeln – „systematisch“)
- Ziel und Zweck der Regel (altgriechisch *télos*² – „teleologisch“).

Wann genau es zu genau *diesem* Kanon gekommen ist, lässt sich erstaunlicherweise nicht eindeutig klären. Die klassischen Methodenlehren (Larenz³, Zippelius⁴, Coing⁵) formulieren keine derartige „Checkliste“, sondern gehen teils wenig vertieft vom klassischen Savigny-Text aus (dazu sogleich unter II) oder auch eigene Wege. Die Liste, so wie sie soeben vorgestellt wurde, findet sich – auch dann allerdings nicht immer in ganz einheitlicher Terminologie⁶ – eher in den Methodenlehren der zweiten und

1 Genaue Genealogie offenbar: von griechisch *kánna* = Rohr über lateinisch *canna* und italienisch *cannone* = großes Rohr ins Deutsche.

2 Nochmals: *das* Telos (Neutrum) und kurzes „e“.

3 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Heidelberg 1960, S. S.13, 241–259; 6. Aufl., Heidelberg etc. 1991, S. 16, 312–365 (Kapitel 4).

4 Reinhold Zippelius, Einführung in die Juristische Methodenlehre, München 1971, übrigens mit noch heute leistungswertem Vorwort; Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, §§ 8–10.

5 Helmut Coing, Juristische Methodenlehre, Berlin etc. 1972, erwähnt Savigny nur kurz und nennt S. 25–28 ganz andere Canones (nach Schleiermacher): Autonomie oder Objektivität des zu interpretierenden Werkes; Einheit des Werkes; genetische (gemeint historische) Auslegung; Auslegung aus der Sachbedeutung; der Gesichtspunkt des Vergleichs.

6 So nennt etwa Lutz Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Heidelberg 1998, S. 51, die Auslegung nach dem Wortlaut die „philologische“ Auslegung.

dritten Generation, und zwar sowohl in der großen „akademischen“ Methodenlehre von Bydliniski⁷ als auch in primär an Studenten gerichteter „Ausbildungsliteratur“ (Schmalz⁸, Wank⁹, Treder¹⁰, Beaucamp/Beaucamp¹¹).

- 4 Die treffendste und kürzeste Gegenüberstellung der heutigen Terminologie und der Terminologie im klassischen Savigny-Text (der wörtlich zitiert wird) findet sich bei Klaus Adomeit und Susanne Hähnchen.¹²

Der ursprüngliche Titel dieses Werks – „Rechtstheorie für Studenten“, damals noch von Adomeit allein verantwortet (1979) – war übrigens bewusst missverständlich formuliert. Es handelte und handelt sich gerade nicht nur um eine für Studenten aufbereitete Darstellung des *status quo*, sondern um eine durchaus kritische, teilweise sogar kämpferische Aufklärung des *backgrounds* der juristischen Methode – nicht zuletzt im Lichte der Logik.¹³

- 5 Die beiden aktuell herausragenden Methodenlehren von Thomas M.J. Möllers und Franz Reimer behandeln *diese* vier „klassischen“ Kanones durchaus unterschiedlich. Bei Möllers geht der klassische Text von Savigny (s.u. Rn. 7) im weiteren Kontext zunächst eher unter.¹⁴ Sodann folgt Möllers aber in § 4 Savignys Terminologie – „grammatisch“, „systematisch“, „historisch“, –, bevor er in § 5 mit „Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung“ ein sehr buntes Fass aufmacht.

Franz Reimer stellt die soeben genannten vier Kanones an den Anfang einer ganzen Reihe von weiteren, allerdings mit Fragezeichen versehenen „Auslegungsgesichtspunkten“ (der letzte lautet: „Sonstige Kanones?“).¹⁵ Eingebaut ist zudem eine ausführliche und kritische Auseinandersetzung mit dem klassischen Text von Savigny (s.u.),¹⁶ nicht zuletzt unter Rückgriff auf die zornige Verteidigung des Klassikers gegen vereinfachende Kritik oder Vereinnahmung, wie sie Joachim Rückert – wohl der beste Savigny-Kenner¹⁷ – vorgelegt hat.¹⁸

7 Franz Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982, S. 436–463.

8 Dieter Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl., Baden-Baden 1992, S. 230–270.

9 Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl., Köln u.a. 2005, §§ 5 bis 8.

10 Siehe Fn. 6.

11 Guy Beaucamp/Jakob Beaucamp, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 4. Aufl., Heidelberg 2019, S. 45–57.

12 Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2018, S. 53 (Rn. 66).

13 Im Aufbau noch heute abzulesen: I. Normlogik – II. Methodenlehre – III. Rechtspolitologie (ja, Politologie!).

14 Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 18–22.

15 Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, S. 138–199.

16 F. Reimer (Fn. 15), Rn. 274–280.

17 Spätestens seit Joachim Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984; zur Auslegung dort S. 348–358.

18 Joachim Rückert, Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861), in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 35–72.

Wie auch immer: Der heutige Viererkanon – Wortlaut, historisch, systematisch, teleologisch – ist gleichsam¹⁹ gewohnheitsrechtlich (zum Begriff § 14 Rn. 17–19) als zentrales juristisches Handwerkszeug anerkannt.

6

Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung. Auch dort, wo sie die Kanones nicht ausdrücklich benennt, arbeitet sie häufig in der Sache genau dieses Schema ab (siehe zu Schemata auch unten § 23 und schon oben § 11 Rn. 42–45).

Dabei sind die ersten drei Elemente mehr oder weniger selbsterklärend. Allein beim „Telos“ scheint es schwierig zu werden: Wessen Ziel soll maßgeblich (*kanón*!) sein? Der subjektive Wille des Gesetzgebers oder der objektive Zweck des Gesetzes? Und auf *welche* Folgen (*consequences*!) der Entscheidung soll es ankommen? Auf die Rechtsfolge im konkreten Fall oder auf die z.B. wirtschafts- und ordnungspolitischen Folgen *in the long run*? Wir kommen darauf zurück.

Dass Begriffe die Gesamtheit ihrer Folgen sind, haben wir vielfach erwähnt (siehe vor allem § 5 Rn. 14).

II. Die „Elemente“ der Auslegung bei Friedrich Carl von Savigny (1840)

1. Der klassische Text

Wie auch immer: Auch die NJML kommt an dem Klassiker Savigny nicht gänzlich vorbei. Daher: Dies ist der Text von 1840 (Savigny war also schon 60 oder 61 Jahre alt und hatte eine glanzvolle Karriere hinter sich,²⁰ u.a. als preußischer „Staats- und Justizminister“²¹):

7

„Das Eigenthümliche derselben (d.h. der Auslegung, J.L.) zeigt sich aber, wenn wir sie in ihre Bestandteile zerlegen. So müssen wir in ihr Vier [sic] Elemente unterscheiden: ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches.

Das *grammatische* Element der Auslegung hat zum Gegenstand das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Gesetzgebers in unser Denken vermittelt. Es besteht daher in der Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze.

Das *logische* Element geht auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältniß, in welchem die einzelnen Theile desselben zu einander stehen.

Das *historische* Element hat zum Gegenstand den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältniß durch Rechtsregeln bestimmten Zustand. In diesen Zustand sollte das Gesetz auf bestimmte Weise eingreifen, und die Art dieses Eingreifens, das was dem Recht durch dieses Gesetz neu eingefügt worden ist, soll jenes Element zur Anschauung bringen.

19 „Gleichsam“, weil er gerade nicht *autoritativ* (§ 14 II) vorgeschrieben ist. Er ist halt nur: eine Interpretation von „Interpretation“.

20 Zur ersten kurzen Orientierung: Jan Schröder, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), in: Gerd Kleinheyer/Jan Schröder, Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., Heidelberg 1996, S. 352–361; euphorischer Erik Wolf, Friedrich Carl von Savigny, in: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 467–542; und man denke natürlich an den Savigny-Platz in Berlin-Charlottenburg (in den Stationsdurchsagen der S-Bahn fälschlich auf der zweiten statt der ersten Silbe betont).

21 Insofern allerdings nach dem Fazit Schröders (Fn. 20), S. 353, „politisch nicht sehr erfolgreich“.

Das *systematische* Element endlich bezieht sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft (§ 5). Dieser Zusammenhang, so gut als der historische, hat dem Gesetzgeber gleichfalls vorgeschwebt [!], und wir werden also seinen Gedanken nur dann vollständig erkennen, wenn wir uns klar machen, in welchem Verhältniß dieses Gesetz zu dem ganzen Rechtssystem steht, und wie es in das System wirksam eingreifen soll.²²

- 8 Was als Allererstes auffällt (das ist allgemein bekannt): Die „teleologische“ Auslegung fehlt. Auf der anderen Seite: Wenn Savigny danach fragt, in welchen Rechtszustand das Gesetz (= die Regel) „eingreifen“ wollte – fragt er dann nicht *eigentlich* schon nach dem (historischen) Gesetzeszweck?

2. Die Interpretation des Textes

- 9 Wir müssen an dieser Stelle Savigny weder verteidigen noch desavouieren – es gibt genug an (offenbar auch schlechter²³) Literatur über ihn. Sehr wohl aber wollen wir versuchen, seinen Text einmal an den heutigen Maßstäben zu messen.

a) Wortlaut: „Elemente“, nicht „Canones“

- 10 Was den Wortlaut angeht, so fällt auf (auch das ist allgemein bekannt): Savigny verwendet gerade nicht das Wort „Canones“ (oder Kanones) für die Auslegung, sondern das Wort „Elemente“. Also nicht „Maßstäbe“, sondern „Bestandteile“, die offenbar in *jeder* Interpretation von Rechtregeln enthalten sind.

Ohnehin bezeichnet das Wort Kanon eigentlich nicht die *Bestandteile* eines Ganzen, sondern das Ganze selbst, hier: die vier Regeln der Auslegung. Vorbild dafür ist ein Text aus der griechischen Antike: der „Kanon“ des Bildhauers Polyklet (ca. 480–400 v. Chr.) – eine Schrift, in der die Kunstregeln der Bildhauerei dargestellt und insbesondere die „richtigen“ Proportionen des (schönen) menschlichen Körpers vorgestellt und gleichsam normiert wurden. (Das Buch ist allerdings verlorengegangen.) Das Musterbeispiel einer Statue, die nach diesen Normen geschaffen wurde, ist der sogenannte *Doryphoros* (Speerträger; Bilder findet man im Internet ohne Mühe).

Einen „Kanon“ als Gesamtheit meint auch der sogenannte Bildungskanon: Das sind die Bücher, die man als gebildeter Mensch gelesen haben muss.²⁴ Oder Filme, die man gesehen haben muss. Opern, die man kennen muss. Schallplatten ...²⁵ Als „Kanon“ bezeichnet man schließlich auch die Liste der maßgeblichen, von den

22 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, § 33, S. 213 f. (Hervorhebungen im Original). – Zum „Vorschweben“ vgl. auch oben § 14 bei Fn. 45.

23 So jedenfalls nach der Einschätzung von Rückert (Fn. 18), Rn. 212, mit drei Beispielen.

24 In den frühen 2000er Jahren hat der Literaturkritiker Marcel Reich-Ranicki (1920–2013, sprich: „Ranitzki“) einen solchen Kanon herausgegeben, untergliedert nach: Romane, Erzählungen, Dramen, Gedichte, Essays.

25 Siehe auch Manfred Fuhrmann, Der europäische Bildungskanon, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2004; siehe zu Fuhrmann auch § 2 Fn. 24.

jeweiligen Kirchen als heilig akzeptierten Bücher der Bibel;²⁶ die Bücher außerhalb des Kanons bezeichnet man als Apokryphen.²⁷

Und Savigny schließlich, das ist der letzte Witz, versteht unter „Canon“ ganz beiläufig etwas ganz anderes: nämlich die von ihm als – in meiner Terminologie – autoritativer Text anerkannten „Gesetze“ des Römischen Rechts.²⁸ Konkret also: vor allem das Corpus Iuris Civilis des (ost-)römischen Kaisers Justinian (482–565).

11

Ich sage ja immer: Denken Sie beim Römischen Recht nicht an Rom, sondern an Istanbul, vormals Konstantinopel und noch früher Byzanz. Dort hat Justinian regiert – und übrigens nahezu zeitgleich zum Corpus Iuris Civilis die Hagia Sophia erbauen lassen (532–537).

b) Systematik: „gesunde“ und „mangelhafte“ Gesetze

Allerdings – das haben Rückert und Reimer deutlich herausgearbeitet: Dies funktioniert bei Savigny nur, wenn es um die Auslegung „gesunder“ Gesetze geht. Schlechte Gesetze lassen sich nicht wirklich gut interpretieren. Wenn es schlechte Gesetze gibt – Savigny sagt: „mangelhafte Gesetze“²⁹ –, ist der Richter oder sonstige Rechtsanwender freier, und er orientiert sich dann an drei „Hilfsmitteln“:

12

- dem „inneren Zusammenhang der Gesetzgebung“
- dem „Zusammenhang des Gesetzes mit seinem“ – sehr wichtig! – „Grunde“ (!)³⁰
- „dem inneren Werthe des aus der Auslegung hervorgehenden Inhalts“.³¹

In den Worten der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): am (1) SINNZUSAMMENHANG (§ 5 Rn. 40–59) der Rechtswelt, am (2) SINNZUSAMMENHANG der zu regelnden Umwelt (Recht, Politik, [Privat-]Wirtschaft) etc., (3) schließlich ganz schöne: am Ergebnis. Und dies bei *jeder* Interpretation.

Ohnehin ist die zitierte „Stelle“ bei Savigny nur der Auftakt zu einer 120 Seiten umfassenden Abhandlung nicht nur über die Auslegung im dem engen Sinn, wie wir sie heute verstehen – mit dem Wortlaut als Grenze. Vielmehr ist Gegenstand auch das, was man heute Rechtsfortbildung nennt, also etwa das Ausfüllen von Lücken durch Analogie – auch dies nennt Savigny „Auslegung“!³² Beides wird zudem nicht „an sich“

13

26 Die katholische Kirche akzeptiert als *heilig* 46 Schriften des Alten Testaments und 27 Schriften des Neuen Testaments; siehe Katechismus der Katholischen Kirche von 1997, § 120 (https://www.vatican.va/archive/DEU0035/_PW.HTM <21.12.2023>).

27 Altgriechisch *krýptein* = verbergen, daher die „Krypta“ und „kryptische Reden“.

28 von Savigny, System (Fn. 22), § 40 mit Rückverweis auf § 17.

29 von Savigny, System (Fn. 22), §§ 35–37 (S. 222–240). Denkbar sind zwei Fälle solch mangelhafter Gesetze (S. 222): „I. Unbestimmter Ausdruck, der also auf gar keinen vollendeten Gedanken führt. II. Unrichtiger Ausdruck, indem der von ihm unmittelbar bezeichnete Gedanke von dem wirklichen Gedanken des Gesetzes verschieden ist.“

30 Siehe dazu auch unten § 19 Rn. 6.

31 von Savigny, System (Fn. 22), § 35 (S. 223 ff.).

32 von Savigny, System (Fn. 22), § 46 (S. 290–296).

erörtert, sondern bezogen auf Savignys Herzensprojekt: Er möchte ein von der Rechtswissenschaft seiner Zeit erzeugtes „Römisches Recht“ als *geltendes* Recht legitimieren.³³

Daher ja auch der Titel des Gesamtwerks: „System des heutigen (!) römischen Rechts“.

c) Historie: im Hintergrund Logik und Rhetorik

- 14 Was den historischen Hintergrund von Savignys gesamter Methodenlehre angeht, so muss man zunächst wissen, dass Savigny schon als junger Mann Vorlesungen zur Methodenlehre gehalten hat – bekannt ist die Nachschrift eines seiner Studenten: Jacob Grimm, einer der „Brüder Grimm“.³⁴ Auch die Methodenlehre war Savigny offenbar eine Herzenssache.

Gut bekannt ist auch, dass Savigny einen gewissen philosophischen *background* hatte – man rechnet ihn dem deutschen Idealismus zu (vor allem Kant, weniger – aber das ist umstritten – Hegel).

In unseren Kategorien könnten wir zum Thema Idealismus sagen: Savigny hält fest an einer regulativen Idee von rechtlicher Richtigkeit (§ 30), die man *im Recht selbst* zu entdecken hat.³⁵

- 15 Zudem war Savigny vielleicht auch von der zeitgenössischen Theologie beeinflusst, insbesondere von der sogenannten „Hermeneutik“ (= Interpretationslehre³⁶) des – ebenfalls in Berlin lehrenden – Friedrich Schleiermacher (1768–1834).³⁷ Ohnehin war „Hermeneutik“ damals ein Modethema, das auch in der Jurisprudenz längst aufgegriffen worden war.³⁸

Am Rande: Für die christliche Hermeneutik war seit Johannes Cassianus (ca. 360–435), also seit rund 1.500 Jahren, eine Lehre vom vierfachen (!) Schriftsinn der Bibel maßgeblich. Gemäß dieser Lehre sind zu unterscheiden:

- der wörtliche Sinn,
- der allegorische Sinn (übertragene Bedeutung in der religiösen Dogmatik),

33 Siehe z.B. die §§ 14 und 19 („Wissenschaftliches Recht“), §§ 38–41 (Auslegung der Justinianischen Gesetze), §§ 49 („Aussprüche des R. R. über die Auslegung“, „Praktischer Werth der Römischen Bestimmungen“).

34 Das Kolleg von 1802 ist überliefert in *Friedrich Carl von Savigny, Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951 (Savigny selbst hatte es als „Juristische Methodologie“ bezeichnet); Savignys eigene Unterlagen finden sich jetzt in *Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842*, hrsg. von Aldo Mazzacane, Frankfurt a.M. 1993.

35 So auch *Rückert* (Fn. 18), Rn. 115–117, mit den weiteren Erläuterungen, es komme Savigny an auf „das Verständnis von Idee und Wirklichkeit“, und: „Savigny tritt emphatisch ein für etwas *Höheres im Recht*“ (Hervorhebung im Original). Die NJML sagt: *mit Pathos*.

36 Das Wort leitet sich ab vom griechischen Götterboten Hermes, selbst zudem Gott der Kaufleute, der Diebe und der Übersetzer.

37 Zur Einordnung Savignys in die philosophischen Zeitströmungen umfassend *Stephan Meder*, *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen 2004.

38 *Karl Salomo Zachariä*, Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts, Meissen 1805. Zachariä unterscheidet bereits die grammatische und die logische Auslegung; *von Savigny* (Fn. 22) zitiert ihn S. 210.

- der moralische Sinn (Anleitung zum richtigen Handeln),
- der anagogische Sinn (im Hinblick auf die Heilsgeschichte, also das Himmelreich – oder auch die Hölle – am Ende aller Zeiten nach dem Jüngsten Gericht).

Im Katechismus der Katholischen Kirche findet sich diese Lehre bis heute.³⁹

Auf jeden Fall sollte man sich aber bewusst machen: Savigny hatte sicherlich einen *background*, den heutige Juristen nicht mehr haben, nämlich gute Kenntnisse in der klassischen Logik und vermutlich auch in der klassischen Rhetorik.

16

Die Logik – in etwa wohl in der Gestalt der Logik von Port-Royal aus dem Jahr 1662 (§ 1 Rn. 12–13) – gehörte in der damaligen Zeit zur akademischen Grundausbildung, zu Hegels Zeiten war sie Schulfach im Gymnasium.

Es gibt denn auch von Kant⁴⁰ ein eigenes Logik-Lehrbuch und von Hegel einschlägige Skripten⁴¹.

Die Rhetorik schließlich gehörte an den Universitäten ganz offiziell zur Juristenausbildung dazu – als „Referier- und Dekretierkunst“ neben anderen Fächern der „practischen Jurisprudenz“ wie Staats- und Kanzlei- und Archiv- und Registraturwissenschaft (erst Savigny hat das abgeschafft).⁴² Es ist daher nicht unwahrscheinlich, dass Savigny die Statuslehre der antiken Gerichtsrhetorik gekannt hat (§ 2 Rn. 8–18) – und sich vielleicht auch von ihr, insbesondere von den *status legales*,⁴³ zu der Zahl Vier hat inspirieren lassen.

Wie auch immer: Jedenfalls im Hinblick auf die **Logik** wird Savigny erheblich besser informiert gewesen sein als die meisten heutigen Juristen. Allerdings war er noch nicht auf dem Stand der heutigen Logik und ihrer Ergänzung vor allem durch die Semiotik, den Peirce'schen Pragmatismus und die Theorie der Abduktion – kurz auf dem Stand der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML). Wir werden deshalb am Ende dieses § 15d kurz skizzieren, was *uns* Savigny „heute“ bedeuten könnte (III).

17

39 Katechismus der Katholischen Kirche von 1997, §§ 115–118 (https://www.vatican.va/archive/DEU0035/_PW.HTM <21.12.2023>); dort heißt es z.B. zur letzten Kategorie: „So ist die Kirche auf Erden Zeichen des himmlischen Jerusalem (Vgl. Offb 21,1–22,5).“ Und zur zweiten: „So ist der Durchzug durch das Rote Meer ein Zeichen des Sieges Christi und damit der Taufe (Vgl. 1 Kor 10,2).“

40 Immanuel Kant, Logik (1800), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VI, Frankfurt a.M. 1977, S. 417–585; dazu schon oben § 1 Rn. 14.

41 Gemeint ist also nicht das Hauptwerk „Die Wissenschaft der Logik“, gemeint sind vielmehr die Logik-Skripten aus Hegels Zeit am Nürnberger Egidien-Gymnasium, abgedruckt in: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, in: Werke, Band 4: Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808–1817, Frankfurt a.M. 1970, S. 86 ff, 124 ff, 139 ff, 162 ff. Dort findet sich neben der Lehre von Begriff – Urteil – Schluss auch Abgehobeneres, z.B. zu Kants Antinomien der reinen Vernunft, zum Sein und Wesen und zum Bewusstsein. Gut kompatibel mit der *working logic* der NJML ist S. 149: „Der Schluss ist die vollständige Darstellung des Begriffs.“

42 Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1979.

43 Es waren diese vier: *scriptum et voluntas; leges contrariae; ambiguitas; collectio* oder *ratiocinatio*.

d) Teleologie: Rechtsgewissheit und gute Arbeitsteilung von Gesetz und Interpret

- 18 Zuvor aber noch zum Telos von Savignys Auslegungs- und Methodenkonzeption in seiner Zeit! Es sind offenbar zwei „Ziele“, die er verfolgt:

Das erste Ziel ist eine möglichst hohe Rechtsgewissheit für alle, die dem Recht unterworfen sind: Was ein Gesetz „will“, sollte man methodisch sauber herausarbeiten. Hierfür gibt es die vier „Elemente“ der Auslegung und, bei mangelhaften Gesetzen, die drei „Hilfsmittel“ der Auslegung (die allerdings etwas unscharf bleiben).⁴⁴

Bei diesen „Hilfsmitteln“ empfiehlt Savigny eine „Stufenfolge“: „Das erste [innerer Zusammenhang der Gesetzgebung] ist unbedenklich überall anzuwenden; das zweite [„Grund“, d.h. Anlass des Gesetzes] macht schon größere Vorsicht nöthig; das dritte endlich [„innerer Werth des Resultats] kann nur in engsten Gränzen zugelassen werden.“ Denn: Allzu leicht könnte sonst „der Ausleger die Gränzen seines Geschäfts überschreiten und in das Gebiet des Gesetzgebers hinübergreifen“.⁴⁵

- 19 Das zweite Ziel hängt mit dem ersten zusammen. Gesunden Gesetzen kann man schlicht gehorchen, man muss ihren Sinn lediglich erkennen (mit Hilfe der vier „Elemente“). Bei mangelhaften, also „unbestimmten“ oder „unrichtigen“ Gesetzen darf und muss man als Jurist ein wenig nachhelfen („Hilfsmittel“), aber mit wachsendem schlechten Gewissen. Deshalb ist das Ideal, das Savigny vorschwebt, letztlich eine gute Zusammenarbeit von Gesetzgeber und Gesetzesinterpretation: „Es besteht also eine Wechselwirkung zwischen trefflicher Gesetzgebung und trefflicher Auslegung, indem der Erfolg einer jeden durch die andere bedingt und gesichert ist.“⁴⁶

Deshalb sollte sich der Gesetzgeber nach Savignys Vorstellung im Privatrecht eher zurückhalten: Die *Privatrechtsordnung* ist in erster Linie die Ordnung der *Privatwirtschaft*. Dort entstehen die Regeln im Sinn einer spontanen Ordnung von selbst – Beispiel Wechselrecht –, und die Juristen gießen diese Ordnung dann nur noch in abstrakte Sätze.⁴⁷

3. Auslegung und Rechtsanwendung als „Kunst“

- 20 Bei allem ist sich Savigny stets darüber im Klaren, dass die Grenzen zwischen Auslegung und „Rechtsfortbildung“⁴⁸, ja auch die Grenzen zwischen den vier „Elementen“ fließend sind. Wohl deshalb heißt es gleich zu Anfang, die Auslegung sei letztlich eine „Kunst“, die sich nicht vollständig auf Regeln bringen lässt⁴⁹ (es geht eben nicht immer „nach Schema F“).

44 So das Fazit von Rückert (Fn. 18), Rn. 159.

45 von Savigny (Fn. 22), S. 225.

46 von Savigny (Fn. 22), S. 216.

47 So die Interpretation von Rückert (Fn. 18), Rn. 167–179.

48 Savigny selbst unterscheidet gerade nicht zwischen Auslegung (mit den vier „Elementen“) und Rechtsfortbildung (mit den drei „Hilfsmitteln“), sondern nennt beides „Auslegung“ – und hält es doch nicht ganz durch: So heißt es am Ende, dass die „Gränze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifelhaft seyn kann“ (von Savigny, System [Fn. 22], S. 329 f.).

49 von Savigny, System (Fn. 22), S. 211.

Die Formulierung betreffend die „Kunst“ dürfte eine Anspielung auf Kants Theorie der „Urteilkraft“ sein: Irgendwann muss man *selbst* entscheiden, ob etwas der Fall ist oder nicht (Subsumtion!), und kann dies nicht einer (weiteren) Regel überlassen; Kant spricht in diesem Kontext auch von einer „verborgenen Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele“⁵⁰ (zur Urteilkraft schon § 6 Rn. 6, § 9 Rn. 4–10, ferner unten § 31 Rn. 34–43).

Nebenbei: Savigny hatte schon in jungen Jahren nichts Geringeres vor, als ein Kant der Jurisprudenz zu werden.⁵¹

Vielleicht hat Savigny sogar an die „Kunst“ im altgriechischen Sinn von *téchnē* (oder lateinisch *ars*) gedacht – also an ein theoriegeleitetes „Handwerk“ wie die Medizin, die Bildhauerei oder die Rhetorik (§ 2).

So betrachtet, sind Savignys vier Canones wohl am besten als eine ziemlich gelungene Heuristik zu bezeichnen: Sie greifen vier wichtige Gesichtspunkte heraus, die für das Verständnis eines autoritativen Rechtstextes teils mehr, teils weniger, aber stets „vereinigt“ eine Rolle spielen.⁵² 21

Deshalb muss man die Elemente auch nicht stets ausdrücklich erwähnen, das wirkt „unnütz und schwerfällig“⁵³ – Zum Begriff „Heuristik“, auch *simple heuristics*, siehe § 35 Rn. 21–26, auch § 36 Rn. 25 mit Fn. 36. – Zur *heurēsis* in der antiken Gerichtsrhetorik bereits § 2 Rn. 6.

III. Die heutigen Kanones im Licht der NJML

1. Die vier heutigen „Kanones“: eine simple Heuristik

Dasselbe kann man nun auch über die **heutige** Gestalt der vier „Kanones“ sagen: Sie sind eine **simple Heuristik**, die im ersten Zugriff ein einigermaßen strukturiertes Suchen und Finden (griechisch *heurēin*) von **Gesichtspunkten** für das Verständnis von Regeln liefern. Spannend wird es freilich erst, wenn es mehrere Möglichkeiten des Verständnisses gibt und diese Möglichkeiten zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen; oder es gibt ein Unbehagen am zunächst ganz eindeutigen Verständnis der Regel (wollen wir das wirklich unter den Begriff „Heimtücke“ subsumieren?). Wie man als Jurist aber dann, also bei derart mehreren Möglichkeiten, die gefundenen „Gesichtspunkte“ methodisch sauber zu schlüssigen Argumenten verarbeitet, darüber sagt diese Lehre von den vier „Kanones“ gar nichts. Und noch weniger sagt sie zu der Frage, wie man die Qualität der Argumente beurteilen soll. 22

50 Immanuel Kant, KrV B 180 f. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 180 f.; „A“ ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985. Genau genommen bezieht sich dies auf einen „Schematismus unseres Verstandes“, den Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Freiburg i.Br. etc. 2017, Teil E, wohl als „Mustererkennung“ bezeichnen würde.

51 Erik Wolf, Rechtsdenker (Fn. 20), S. 475 f.; in Berlin durchschneidet den Savigny-Platz denn auch die Kantstraße.

52 Voll auf den Punkt: Martin Morlok, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner, Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, 179–214.

53 von Savigny, System (Fn. 22), S. 215.

- 23 Das **Anliegen der NJML** ist es daher, genauer zu erklären, was *nach* diesem ersten Einstieg geschieht. Schlagwortartig: Es ist alles eine Frage von Logik und Ästhetik.

Die **Logik** sorgt dafür, dass alle „Gesichtspunkte“, die für die Lösung eines Rechtsfalls von Bedeutung sind, in einem Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) – bestehend aus Regel, Fall und Resultat – ihren Platz finden.⁵⁴ Insofern werden wir sogleich sehen, dass keineswegs immer schon eine *Regel* vorhanden ist (in Savignys Worten: ein Gesetz), die man „nur noch“ richtig verstehen („Hermeneutik“) müsste (das war Thema unserer §§ 15 bis 15d). Sondern Regeln müssen oft genug korrigiert und angepasst, aufeinander abgestimmt, systematisiert, ja erfunden werden (dazu §§ 16–20). Hinzu kommt, dass der *Fall* – als sozusagen Schnittstelle von Rechtswelt und zu regelnder Umwelt – rational aufbereitet werden muss (Kapitel 4). Schließlich kann – auch das ist durch und durch logisch – der VJS vom *Ergebnis* her derart umgekrempelt werden, dass man entweder einen klaren „Fall von X“ doch nicht unter die Regel subsumiert oder für ihn die Regeln nachträglich⁵⁵ ändert (Kapitel 5).

Ein Beispiel für beides ist die Entscheidung des BVerfG im NPD-Verbotsverfahren: Zunächst kommt die Subsumtion zu dem Ergebnis, dass die NPD ganz entgegen den bisherigen Kriterien doch nicht „darauf ausgeht“ (Art. 21 Abs. 2 GG), die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen. Sodann wird angedeutet, dass der Gesetzgeber Parteien, die auf eben diese Beseitigung „ausgerichtet sind“ (neu erfundener Begriff), von der staatlichen Parteienfinanzierung ausschließen könne.⁵⁶

- 24 Was schließlich die Qualität des konstruierten VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismus) angeht, so gibt es dafür kein besseres Kriterium als **Ästhetik**, genauer: eine *juristische Ästhetik* (dazu der Vierte Teil). Ihr entscheidender Vorteil besteht darin, dass sie es – anders als etwa die Ästhetik der Kunst – immer mit zwei *konkurrierenden* VJS zu tun hat, von denen nur einer „richtig“ sein kann. Entscheidend ist daher letztlich (nur), in welchem der beiden Syllogismen die drei Bestandteile – Regel, Fall, Ergebnis – *besser* zusammenstimmen.⁵⁷ Es geht, kurz gesagt, nicht um absolute, sondern nur um relative „Richtigkeit“.

Insofern wird die NJML einen ersten Kanon von Kriterien juristischer **Gelungenheit** herausarbeiten (§§ 33–34).

2. Der größere Rahmen: Fünf Erweiterungen des framings

- 25 Ein letztes Wort zu den heutigen Kanones: Vielleicht kann man sie im Licht der NJML mit etwas mehr „Grundlagen“ wie folgt interpretieren:

- (1) Der *Wortlaut* eines autoritativen Textes (§ 14 II) repräsentiert immer schon etwas Objektives oder jedenfalls Intersubjektives (Savigny nennt es „Denken“, Frege den

⁵⁴ Und wenn man sie dort nicht einbauen kann, sind sie eben nicht relevant.

⁵⁵ Eigentlich ist dies eine der größten Ungerechtigkeiten überhaupt: nachträgliche Änderung der Regeln, nach denen bisher gespielt wurde.

⁵⁶ BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren II (2017), Rn. 896 ff., 527 am Ende (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); mehr dazu § 29 Rn. 26–35.

⁵⁷ Salopp formuliert: Was sträubt sich mehr – das Sprachgefühl oder das Gerechtigkeitsgefühl?

„Gedanken“⁵⁸): Würden wir die Bedeutung eines Wortes (Satzes, Zeichens) nicht immer schon mit anderen „teilen“ – wie könnten wir uns überhaupt verständigen?

Damit hat sich das Problem der „subjektiven“ oder „objektiven“ Auslegung erledigt. Es lautet: Kommt es auf den (subjektiven) Willen des historischen Gesetzgebers an oder auf den (objektiven) Willen, den das Gesetz hier und jetzt vernünftigerweise haben müsste? Antwort: Es kommt darauf an, was uns *heute* mehr Bauchschmerzen macht – sturer Gehorsam oder allzu kühner Ungehorsam.

- (2) Jeder autoritative Rechtstext bezieht sich *immer schon* auf mindestens zwei SINNZUSAMMENHÄNGE: auf den SINNZUSAMMENHANG des Rechts, also auf dessen Dogmatik als Ganzes (man kann es auch als „Rechtswelt“ bezeichnen); und auf den SINNZUSAMMENHANG der sozialen „Umwelt“, die der Gegenstand der Regel ist, die der Text formuliert. Beides gehört *immer schon* zusammen.

Man könnte geradezu von der Janusköpfigkeit⁵⁹ der Rechtstexte sprechen.

- (3) Alle vier Kanones müssen daher *immer schon* mindestens zwei SINNZUSAMMENHÄNGE ins Kalkül ziehen: den rechtlichen und den „außerrechtlichen“ Kontext. Juristen unterscheiden denn auch beim „Wortlaut“, wenn es angezeigt ist, ganz intuitiv den Sprachgebrauch in der – z.B. – Alltagssprache vom spezifisch rechtlichen und juristischen Sprachgebrauch.
- (4) Auch die drei übrigen Kanones – Historie, Systematik, Teleologie – müssen *immer schon* (und so gut es geht) diese mindestens zwei SINNZUSAMMENHÄNGE analysieren und offenlegen.

Es ist also nicht etwa so, dass sich die systematische Interpretation ausschließlich auf die „Rechtswelt“ beziehe und erst über die Teleologie „Außerrechtliches“ in die Argumentation einflüsse.

- (5) Insbesondere werden wir sehen, dass auch die „systematische Auslegung“ gar nicht zu verstehen ist, wenn man sich nicht klar macht, wie Systembildung im Recht *überhaupt* funktioniert: nämlich letztlich von den (Rechts- und Real-) Folgen her.

Dabei wird ein anderes Werk Savignys das erste Beispiel sein (§ 19 I).

Kurz und nochmals: Die „Kanones“ der Auslegung sind ein schöner Einstieg, sie sind eine grobe und simple, deshalb auch hilfreiche **Heuristik**. Die eigentliche Arbeit fängt mit ihnen aber erst an.

26

58 Gottlob Frege, Der Gedanke. Eine logische Untersuchung (1918), in: Ausgewählte Schriften zur Philosophie der Logik und der Sprache, hrsg. von Dolf Rami, Göttingen 2021, S. 198–217.

59 Auch Hans-Joachim Strauch (Fn. 50), S. 337–340, beobachtet eine „Janusköpfigkeit der Rechtssprache“. Janus ist der römische Gott des Aus- und Eingangs, daher der Januar; Janus hat statt des Hinterkopfes ein zweites Gesicht.

§ 16 Regeln (Rechtssätze) modifizieren (korrigieren, anpassen)

- 1 Ursprünglich sollte dieser Paragraph nur die Überschrift „Regeln korrigieren“ tragen, allerdings hätte dies nicht ganz gepasst: Es geht in ihm nicht um die berühmten „Redaktionsversehen“ des Gesetzgebers (oder sonstigen Regelsetzers¹).² Vielmehr geht es um Fälle, in denen eine Regel als solche – genauer: der autoritative Rechtssatz³, der sie repräsentiert – weiterhin unverändert Bestand hat. Nur stellt sich heraus: Auf manche Fälle, die er seinem Wortlaut nach regelt, „passt“ er nicht wirklich. Oder aber er „passt“ recht gut auf Fälle, die er seinem Wortlaut nach gerade nicht erfasst. Dann kann man darüber nachdenken, die Regel für diese Fälle „anzupassen“ – oder aber auch nicht.
- 2 Am besten dürfte es daher sein, diesen Paragraphen mit „Regeln modifizieren“ zu überschreiben. Dies Modifizieren⁴ umfasst zunächst das „Anpassen“ von Regeln, indem man sie erweitert, insbesondere durch Fiktionen und im Weg der Analogie (I–III). Recht kurz können wir sodann die gewöhnlichste „Korrektur“ von Regeln behandeln: ihre Einschränkung mit Hilfe von Ausnahmen unterschiedlicher Gestalt (IV). Schließlich gibt es auch Fälle, in denen sich eine Regel gegen die Versuchung einer Anpassung behauptet – man kann dies als „Kontrakkorrektur“ oder Kontra-Anpassung bezeichnen (V).

Die herkömmlichen Methodenlehren würden übrigens sagen: In den §§ 15 bis 15d haben wir uns mit „Auslegung“ beschäftigt, in den §§ 16 ff. geht es jetzt – weil jenseits der Wortlautgrenze – um „Rechtsfortbildung“. Hingegen war für den klassischen Savigny auch das, was jetzt folgt, immer noch „Auslegung“ – denn Grenze war für ihn nicht der Wortlaut, sondern der „Gedanke“ des Gesetzgebers.⁵ Aber um Worte müssen wir nicht streiten.

Sehr schön jetzt ein Bonmot der Rechtsprechung: „Eine Rechtsfortbildung – auch durch *contra-legem*-Auslegung – ist vom Bundesverfassungsgericht zwar anerkannt (...). Sie überschreitet aber jedenfalls [dann] die verfassungsrechtlichen Grenzen einer erlaubten richterlichen Rechtsfortbildung, wenn es nicht mehr darum geht festzustellen, was der Gesetzgeber sagen wollte, sondern was er hätte sagen sollen (...)“.⁶

1 Man denke an den Fall „Haakjöringsköd“, oben § 15c Rn. 2.

2 Magnus Riedel, Die Rechtsfigur des Redaktionsversehens des Gesetzgebers, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 119 (1994), 642–657; Hanjo Hamann, Redaktionsversehen: Ein Beitrag zur Legislativfehlerlehre und zur Rechtsförmlichkeit, in: AöR 139 (2014), 446–475; siehe auch schon O. Lindemann, Berichtigung der in verkündeten Gesetzen enthaltenen Redaktionsversehen, in: AöR 14 (1899), 145–175.

3 Zum Begriff „autoritativer Text“ siehe § 14 II, zum Begriff „Rechtssatz“ § 14 Rn. 2–4.

4 Nebenbei: „Modification“ findet sich am Rande auch bei Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, S. 239, 321.

5 von Savigny, System (Fn. 4), S. 235, 238, 321 f.

6 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 16.12.2024 – St 5/23 – Ausbildungsunterstützungsfonds, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland (NordÖR) 2025, 65–73, Rn. 207 (zitiert nach juris), Sondervotum von Sabine Schlacke/Stephan Haberland/Dieter Riemer. Bezug genommen wird auf BVerfGE 34, 269 (287 f.) – Soraya (1973, mehr dazu unten § 27 I) – und BVerfGE 69, 315 (372) – Brokdorf (1985).

I. Regeln erweitern I: Erweiterung von Rechtsbegriffen

Für die Erweiterung von Regeln (Rechtssätzen) über ihre ursprüngliche Bedeutung hinaus gibt es einige allgemein anerkannte Handwerkszeuge. Wir können uns daher kurz fassen und sogleich mit der Erweiterung von Rechtsbegriffen beginnen.⁷ 3

Zur Ausdehnung von Rechtssätzen in ihrer Ganzheit sodann unter II (Analogie) und III („Erst-recht-Schlüsse“).

Methodisch lassen sich bei der Erweiterung von Rechtsbegriffen nun zwei Konstellationen unterscheiden.

1. Fiktionen

Die erste Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass die Erweiterung des Begriffs nur von demjenigen Rechtsetzer realisiert werden kann, der den ursprünglichen autoritativen Text in die Welt gesetzt hat. Nur er kann fingieren, dass ein Begriff auch für Fälle „gilt“, auf die er „eigentlich“ nicht zutrifft. (Es ist also eine Frage der Kompetenz.) 4

Die wohl bekannteste Fiktion findet sich im Erbrecht. Erbberechtigt können grundsätzlich nur lebende Personen sein (vgl. § 1923 Abs. 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch). Ausgenommen hiervon ist der sogenannte *nasciturus* (oder auch die *nascitura*), also ein noch ungeborenes Kind, das erbberechtigt wäre, wenn es bereits lebte. Für dieses Kind gilt als Ausnahmeregelung:

§ 1923 Abs. 2 BGB Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.

Stirbt also der Vater vor Geburt des Kindes, ist das Kind ganz ebenso Erbe wie seine schon vorhandenen Geschwister.

Zu einem weiteren (Schul-) Beispiel siehe unten § 27 Rn. 38–40 (Bademeister).

2. Extensive Interpretation contra legem (entgegen dem Gesetz)

Schwieriger ist die Frage, ob eine andere Instanz als der ursprüngliche Normsetzer einen Rechtsbegriff über seinen Wortlaut hinaus ausdehnen darf. Die Antwort lautet im Grundsatz: Nein. Dies gilt zuvörderst für die Gerichte: Sie sind primär „nur dem Gesetz unterworfen“ (Art. 97 Abs. 1 GG – Grundgesetz). Allerdings sind sie sekundär auch „an Gesetz und Recht gebunden“ (Art. 20 Abs. 3 GG, Hervorhebung J.L.). Aus dieser Wendung „und Recht“ wird gefolgert, dass die Gerichte das Gesetz auch einmal gegen seinen Wortlaut – auf Latein: *contra legem*⁸ – korrigieren dürfen, wenn die Gerechtigkeit es erfordert. Allerdings muss sich dies auf ganz klare Fälle („dicke Hunde“⁹) beschränken. 5

⁷ Man erinnere sich an die klassische Einteilung der Logik in „Begriff – Aussage – Schlussfolgerung“ (§ 5).

⁸ Wörtlich: gegen das Gesetz. Klassiker: Jörg Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, München 1992; 2. Aufl. 2005 (mit einem temperamentvollen Nachwort).

⁹ So die Bezeichnung in der NJML; zur Dicker-Hund-Theorie auch § 17 Rn. 18, § 18 Rn. 34–38, § 27 Rn. 19, § 28 Rn. 11, § 33 Rn. 28, § 34 IIb Rn. 54 sowie Joachim Lege, Abkehr von der „sog. Abwägungsfeh-

Wir werden das bekannteste Beispiel hierzu – den Fall „Herrenreiter“¹⁰ – weiter unter erörtern (§ 27 I).¹¹ Stichwort: Schmerzensgeld auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, grob gesagt: der Ehre. Und dies, obwohl das Gesetz einen solchen Anspruch auf Schmerzensgeld („Ersatz des immateriellen Schadens“) eigentlich ausdrücklich ausschloss.

- 6 Das grundsätzliche Verbot der Interpretation *contra legem* gilt aber auch im Verhältnis des einfachen Gesetzgebers zur Verfassung als dem höherrangigen Recht. Insofern war und ist umstritten, ob die Öffnung der bürgerlichen Ehe „für alle“ (§ 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. – neue Fassung) durch den einfachen Gesetzgeber ohne Änderung der Verfassung (Art. 6 Abs. 1 GG) zulässig war – wir haben den Fall schon erwähnt.

Nach wohl herrschender Meinung (h.M.) gibt es seither einen doppelten Ehebegriff¹²: (1) den einfachrechtlichen, er behandelt¹³ gleichgeschlechtliche Ehen ganz ebenso wie Ehen zwischen „Mann und Frau“; (2) den verfassungsrechtlichen Ehebegriff, er stellt nur die Ehe von Mann und Frau unter den „besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ (Art. 6 Abs. 1 GG).

- 7 Dass schließlich auch die Exekutive ein Gesetz nicht *contra legem* erweitern darf, sei der Vollständigkeit halber als Selbstverständlichkeit hinzugefügt.

II. Regeln erweitern II: Ausdehnung von Rechtssätzen (Analogie)

- 8 Das bekannteste methodische „Werkzeug“ im Bereich der sogenannten Rechtsfortbildung ist die analoge (entsprechende) Anwendung einer Regel auf einen Fall, für den sie nicht gemacht war. Die Analogie setzt daher auf der Ebene der *Rechtsaussage* an, gängiger formuliert: auf der Ebene des Rechtssatzes, bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge.

Zur Analogie gibt es – mit nur wenig Übertreibung – ganze Bibliotheken.¹⁴ Wir können uns daher auf das Nötigste beschränken.

lerlehre“? Aufräumarbeit und stille Verschiebungen im Bauplanungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (362, 364, 365, 372, 373, 374).

10 BGHZ 26, 349 – Herrenreiter (1958) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite).

11 Wir werden dort freilich sehen, dass man den Fall methodologisch auch anders „einordnen“ kann: als offene Korrektur des *Ergebnisses* eines Juristischen Syllogismus.

12 Claus Dieter Classen, Staatsrecht II: Grundrechte, München 2018, § 14 Rn. 6–10; Heinrich Lang/Heinrich Wilms, Staatsrecht II: Grundrechte, 2. Aufl., Stuttgart 2020, Rn. 786–294 (794).

13 Ja, „behandelt“! Begriffe sind der Inbegriff ihrer praktischen Konsequenzen (§ 5 I Rn. 14–21)! Sie behandeln Sachverhalte daher durchaus!

14 Klassiker: Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus (1965), 2. Aufl., Heidelberg etc. 1982, mit aufschlussreichem Schema S. 59; vielschichtiger Rundumschlag: Katja Hemke, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006 (469 Seiten); aus der Ausbildungsliteratur: Markus Würdinger/Felix Bergmeister, Analogie und Umkehrschluss, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2007, S. 15–24 mit vielen Beispielen aus dem Zivilrecht (allerdings fast nur zur Analogie). – Siehe auch Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse. Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Deziision, Macht, München 1999. – Irgendwie dann doch sehr anderes: Douglas Hofstadter/Emmanuel Sander, Die Analogie – das Herz des Denkens, 3. Aufl., Stuttgart 2018; treffender der englische Originaltitel: Surfaces [!] and Essences – Analogy as the Fuel and Fire of Thinking (2013).

1. Erscheinungsformen

Üblicherweise unterscheidet man bei der Analogie die entsprechende Anwendung eines einzelnen Gesetzes von der entsprechenden Anwendung eines ganzen Bündels von Rechtssätzen. 9

a) Einzelanalogie (Gesetzesanalogie)

Ein Beispiel für **Einzelanalogie** (ich ziehe diesen Terminus der Bezeichnung „Gesetzesanalogie“ vor) ist die Erweiterung des § 442 Abs. 1 BGB über seinen Wortlaut hinaus (Hervorhebung J.L.): 10

§ 442 Abs. 1 BGB Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel *arglistig verschwiegen* (...) hat.

Wie liegt es dann aber, wenn der Verkäufer zwar nicht einen Mangel verschwiegen, wohl aber arglistig eine bestimmte Eigenschaft *vorgespiegelt* hat? Er hat zum Beispiel den Tachometerstand eines Kraftfahrzeugs manipuliert. Es liegt auf der Hand, dass dieser Fall in Sachen Arglist um einiges krasser liegt und daher ganz ebenso zu behandeln ist wie das Verschweigen.¹⁵ Der Käufer behält also, selbst wenn er die Täuschung hätte erkennen können (grobe Fahrlässigkeit) seinen Anspruch auf, zum Beispiel, Rücktritt vom Vertrag (§ 437 Nr. 2 BGB).

Das Beispiel ist zugleich ein Beispiel dafür, dass auch die Grenzen der *methodologischen* Kategorien fließend sind. In den gängigen Kommentaren wird dieser Fall meist gar nicht mehr als Analogie ausgeflaggt, vielmehr stellt man „arglistiges Vorspiegeln einer positiven Eigenschaft“ bedenkenlos dem Begriff „arglistiges Verschweigen“ gleich.¹⁶ Auf der anderen Seite wird bestritten, dass es sich um eine Analogie handle, weil kein „Mangel“ vorliege.¹⁷ Schließlich könnte man den Fall auch als Beispiel für das *argumentum a minore ad maius* (vom Kleineren zum Größeren, s.u. Rn. 43) verwenden: Wenn schon arglistiges Verschweigen die Rechte des Käufers aufrecht erhält, dann erst recht ein arglistiges Vorspiegeln. 11

b) Gesamtanalogie (Rechtsanalogie): „pVV“ und „cic“

Das berühmteste Beispiel für eine **Gesamtanalogie** (ich ziehe diesen Terminus der Bezeichnung „Rechtsanalogie“ vor) ist die „Erfindung“ der sogenannten *positiven Vertragsverletzung* (pVV) und der sogenannten *culpa in contrahendo* (Verschulden bei Vertragsschluss, cic) im Zivilrecht. In aller Kürze: 12

15 So schon RGZ 66, 335 (338) – Vorgespiegelte Mieteinnahmen beim Verkauf eines Hauses (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite); Rechtsfolge dort allerdings Schadensersatz wegen Nichterfüllung (damals § 463 BGB).

16 Michael Stöber, in: BeckOGK (beck-online.GROSSKOMMENTAR) BGB, Stand 01.08.2022, § 442 Rn. 50 („steht ... gleich“).

17 Florian Faust, in: Hau/Poseck, BeckOK (beck-online-Kommentar) BGB, 65. Edition, Stand 01.11.2023, § 442 Rn. 28 mit Verweis auf § 438 Rn. 39: außerdem liege im Vorspiegeln „zugleich schon“ ein Verschweigen, so dass es der Analogie nicht bedürfe.

aa) Positive Vertragsverletzung (pVV)

- 13 Das BGB enthielt in seiner ursprünglichen Fassung (die insoweit allerdings bis zur Schuldrechtsreform von 2002 „durchgehalten“ hat!), und zwar in seinem *Allgemeinen Teil* des Schuldrechts, nur zwei Regelungen für die sogenannten Leistungsstörungen: erstens Regeln für die Unmöglichkeit der Leistung (das verkaufte Auto wird, bevor es an den Käufer übereignet werden kann, von Vandalen zerstört), zweitens Regeln für den Verzug (das Auto wird später als vereinbart geliefert). In beiden Konstellationen geht es um Schadensersatz. Hinzu kamen und kommen im *Besonderen Teil* des Schuldrechts Regelungen für bestimmte Vertragstypen, etwa für Kaufverträge, Werkverträge (Beispiel: Reparatur eines Autos), Dienstverträge (insbesondere Arbeitsvertrag), Mietverträge, Darlehensverträge.
- 14 Allerdings blieben dann durchaus Fälle übrig, und zwar gar nicht selten, die durch diese beiden Raster gleichsam hindurchfielen.

Fall 1: Der Verkäufer liefert eine Sache, durch die ein Folgeschaden entsteht, z.B. verdorbenes Fischmehl für die Schweinemast, so dass die Schweine sterben. Hier nützt es dem Käufer nichts (oder zu wenig), wenn er lediglich die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann¹⁸ oder gar die Nachlieferung mangelfreien Fischmehls¹⁹.

Angesichts derartiger Fälle hat man – genauer: hat Hermann Staub (1856–1904) schon zwei Jahre (!) nach Inkrafttreten des BGB – aus den Rechtssätzen, die bei Verzug oder Unmöglichkeit Schadensersatz gewähren,

- erstens einen gemeinsamen „Oberrechtssatz“ herausdestilliert, nämlich: „dass die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden [vertraglichen] Verbindlichkeit in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht“;
- zweitens unter diesen „Oberrechtssatz“ dann Fälle wie diesen subsumiert (hier sogenannter Mangelfolgeschaden)

und das Ganze „positive Vertragsverletzung“ genannt.²⁰

- 15 Methodisch liegt auf der Hand, dass dies eine dreistufige Operation der **Logik** war: Zunächst wurde per *Induktion* (Schluss von Besonderen auf das Allgemeine) ein allgemeiner Rechtssatz geschaffen. Dieser **Regel** wurde dann per *Deduktion* (Schluss vom Allgemeinen über das Besondere auf das Konkrete) der **Fall** zugeordnet, um das gewünschte **Resultat** zu erhalten.²¹ Und auf die Idee dazu muss Staub offenbar per *Abduktion* (Zusammenschluss *mehrerer Schlüsse*) gekommen sein. – Siehe zu allem § 6 (mit vielen „Dreiklängen“ aus „Regel – Fall – Resultat“).

18 Paragraphenkette: § 437 Ziff. 2 i.V.m. (in Verbindung mit) §§ 440, 323, 326 Abs. 5 und – entscheidend! – § 346 Abs. 1 BGB.

19 § 439 Abs. 1 BGB.

20 Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29–56 (32, 38 mit dem Beispiel wurmstichiger Äpfel); als Faksimile abgedruckt in Thomas Henne/Rainer Schröder/Jan Thiessen, Anwalt – Kommentator – „Entdecker“: Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag am 21. März 2006, Berlin 2006, S. 131–160. Staub hat die Analogie hinsichtlich der Rechtsfolgen sogar noch erweitert: Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (S. 44 ff.), etwa bei einem Bierlieferungsvertrag.

21 F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 33), Rn. 598–606, beschreibt dieses Verfahren erst bei der „Bildung und Anwendung eines Rechtsgrundsatzes“, nicht schon bei der Analogie.

bb) Verschulden bei Vertragsanbahnung (culpa in contrahendo)

Methodisch etwas komplizierter liegen die Dinge bei der nun folgenden *culpa in contrahendo*. Hierzu der kurze 16

Fall 2: Der Käufer rutscht im Supermarkt auf einem Salatblatt aus und verletzt sich beim Sturz erheblich.²² Kann er Schadensersatz verlangen?

Geht man von einem (*gesetzlichen*) Anspruch aus unerlaubter Handlung aus (§ 823 BGB), dann kann sich der anvisierte Verkäufer, also der Betreiber des Supermarktes, in aller Regel „exkulpieren“: Gemäß § 831 BGB haftet er für die Nachlässigkeit seines Personals nur dann, wenn er es nicht sorgfältig genug ausgewählt oder überwacht hat.²³ Ginge man hingegen von einem *vertraglichen* Anspruch aus, dann haftet der Verkäufer für ein Verschulden seines Personals „wie [für] eigenes Verschulden“ (§ 278 Abs. 1 BGB). Im Ergebnis haftet er deshalb schon dann, wenn das Personal (leicht) fahrlässig gehandelt hat, und „fahrlässig“ heißt: wenn es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat (§ 276 Abs. 1 und Abs. 2 BGB²⁴). Dies wäre hier zu bejahen (man lässt Salatblätter nicht unbeaufsichtigt herumliegen). Nur: Es ist ja noch kein Vertrag geschlossen, der Kunde ist vorher ausgerutscht. Also scheidet ein vertraglicher Anspruch aus, ganz ebenso wie – in aller Regel – der gesetzliche Anspruch aus § 823 BGB (wegen der Exkulpation).

Zur Konkurrenz gesetzlicher und vertraglicher Ansprüche auch unten § 18 Rn. 10–11.

Ein solches Ergebnis hat man schon im 19. Jahrhundert für „unbillig“ gehalten²⁵ (in 17 Nichtjuristenkreisen muss man heute wohl sagen: für „ungerecht“). Das BGB von 1900 hat den Fall trotzdem nicht geregelt, Rechtsprechung und Lehre haben diese „Lücke“ dann aber gefüllt, indem man die Regeln über das Vertragsrecht – hier also den § 278 BGB – auf Akte, die einen Vertrag („Kontrakt“) erst vorbereiten, analog angewendet hat. Und das Ganze wurde dann, wie schon gesagt, *culpa in contrahendo*²⁶ genannt.²⁷

22 Im Originalfall des Reichsgerichts wurden eine kauflustige Frau und ihr Kind in einem Warenhaus von zwei Linoleumrollen verletzt: RGZ 78, 239 – Linoleumrolle (1911); der Terminus „culpa in contrahendo“ fällt übrigens nicht. In der Leitentscheidung des BGH ging es dann in der Tat um ein Gemüseblatt im Kassenbereich: BGHZ 66, 51 – Gemüseblatt (1976).

23 Wortlaut des § 831 Abs. 1 BGB: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.“

24 Wortlaut des § 276 BGB: „(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (...)
(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.“

25 Klassiker: Rudolf von Jhering (gesprochen „Jeering“), *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: JherJb 4 (1861), 1–112 (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, hrsg. von Carl Friedrich von Gerber und Rudolf Jhering, später und in Kurzform zitiert als „Jherings Jahrbücher“, Band [Jahr], Seiten); gemeinsam mit der Schrift von Hermann Staub zu den positiven Vertragsverletzungen (Fußn. 20) zugänglich in einer von Eike Schmidt herausgegebenen Ausgabe: Bad Homburg v.d.H. etc. 1969.

26 Für Freunde des Latein: *contrahendo* ist das sogenannte Gerundiv zu *contrahere*. Wörtliche Übersetzung daher: Schuld beim „zu schließenden Vertrag“.

- 18 Methodologisch betrachtet, hat man auch hier per Induktion eine „Oberregel“ gebildet: „Bei Verträgen und vertragsähnlichen Beziehungen haften die Beteiligten für ein Verschulden ihrer ‚Erfüllungsgehilfen‘ (das ist der Terminus technicus) wie für eigenes Verschulden.“²⁸ Unter diese **Regel** wird sodann der **Fall** der Vertragsanbahnung subsumiert, und es folgt das gewünschte **Resultat**: A erhält seinen Schadensersatz.
- 19 Das methodologische Problem daran ist freilich, leicht polemisch formuliert: Wer sagt denn, dass hier eine „Lücke“ besteht?²⁹ Eine Lücke, für die man ja auch einen wirklich passenden Oberbegriff noch nicht gefunden hat – „Verträge und vertragsähnliche Beziehungen“ sind eine Summe, kein Begriff (siehe aber sogleich Rn. 35 am Ende). Kurz: Es gibt keine Lücke, denn der Fall *ist* geregelt, und zwar in § 831 BGB!
- Nebenbei: Schon im Römischen Recht hat man Ansprüche „aus Vertrag“ und „aus Quasi-Vertrag“ unterschieden, des Weiteren Ansprüche „aus Delikt“ (also unerlaubter Handlung) und „aus Quasi-Delikt“.³⁰
- 20 Und noch ein Nebenbei: Die Fälle von pVV und cic sind mittlerweile im BGB – seit der Schuldrechtsreform 2002 – ausdrücklich geregelt: § 280 Abs. 1 BGB regelt ganz allgemein die Verletzung von „Pflichten aus dem Schuldverhältnis“, darunter fällt die ehemalige pVV. Gemäß § 311 Abs. 1 BGB wird ein (freiwilliges³¹) Schuldverhältnis grundsätzlich durch Vertrag begründet (Abs. 1). Gemäß § 311 Abs. 2 BGB „entsteht [es jedoch] auch“ durch Vertragsanbahnungen und „ähnliche geschäftliche Kontakte“.
- Nichtsdestoweniger veranschaulichen die beiden Klassiker „pVV“ und „cic“, auch wenn sie nur noch Geschichte sind, recht deutlich das Problem und die Funktionsweise der Analogie.

c) Tatbestands- und Rechtsfolgenanalogie

- 21 Zu erwähnen bleibt: Analogien können sowohl auf der Seite des Tatbestands als auch auf der Seite der Rechtsfolge gebildet werden. Ein Beispiel für letzteres: Bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – etwa durch Nennung des Namens einer berühmte Sängerin in einer Werbeanzeige – wird ein Anspruch auf Unterlassung weiterer derartiger Verletzungen in Analogie zu den §§ 862 Abs. 3, 1004 Abs. 1 Satz 2

27 Umfassend zur Geschichte: Jörg Benedict, *Culpa in contrahendo. Transformationen des Zivilrechts*. Band I: Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung, Tübingen 2018 (813 Seiten).

28 „Verschulden“ ist der Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

29 Kritisch zur *culpa in contrahendo* daher etwa Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 7. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 16.

30 Institutionen 3.13.2. – Die Institutionen sind der erste Teil des Corpus Iuris Civilis, das ist die klassische Rechtssammlung des römischen Rechts, veröffentlicht 529 vom oströmischen Kaiser Justinian und an Wichtigkeit für ganz Europa kaum zu überschätzen. Leicht zugänglicher Text: Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohse/Thomas Rübner (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis – Die Institutionen*, 4. Aufl., Heidelberg etc. 2013. – Siehe auch unten § 19 Rn. 11.

31 Das Gesetz nennt es „durch Rechtsgeschäft“. Die Unterscheidung von „freiwilligen“ (also vertraglichen) und „unfreiwilligen“ (also gesetzlichen) Schuldverhältnisse findet man schon bei Aristoteles (§ 11 Rn. 37, 39).

BGB bejaht (die sich eigentlich nur auf Beeinträchtigungen von Besitz oder Eigentum beziehen).³²

2. Voraussetzungen der Analogie: die herrschende Meinung (h.M.)

Nun muss man allerdings konstatieren, dass in den herkömmlichen Methodenlehren die Funktionsweise der Analogie eher nebelhaft dargestellt wird – und die Praxis hält sich wohl aus Gewohnheit kritiklos daran. Im Klartext: Nach ganz herrschender Meinung³³ ist Voraussetzung dafür, dass eine Norm analog angewendet werden darf,

- das Bestehen einer (planwidrigen) Lücke im „Gesetz“, genauer: im **autoritativen Text** (§ 14 Rn. 22) – sogenannte „Regelungslücke“;
- eine gleich zu bewertende Interessenlage.

Dies ist, wenn man genauer hinschaut, durchaus fragwürdig.

a) Die „planwidrige Lücke“

Wir haben gerade schon im Kontext der *culpa in contrahendo* gesehen: Es kann durchaus fraglich sein, ob wirklich eine Lücke vorliegt. Insofern liegen die Dinge einfach, wenn das Gesetz eine *abschließende Regelung* treffen wollte. Dann gibt es keine Lücke, und eine Analogie ist unzulässig (Analogieverbot).

Insofern muss man das gesamte Strafrecht als eine abschließende Regelung verstehen (siehe Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB – Strafgesetzbuch): Strafe droht nur, wenn ein Straftatbestand verwirklicht wurde. Allerdings muss man dann beachten: Es gibt neben dem sogenannten „Kernstrafrecht“ im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs auch ein sehr umfangreiches „Nebenstrafrecht“. Dies sind Strafvorschriften, die sich vor allem in Gesetzen des Steuer- und Verwaltungsrechts finden und dort die Verletzung gesetzlicher Pflichten sanktionieren. So wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft, wer eine gentechnische Anlage ohne Genehmigung betreibt (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 GenTG – Gentechnikgesetz); ebenfalls drei Jahre drohen für Bilanzfälschung (§ 331 HGB – Handelsgesetzbuch).

Aussage eines Steuerrechtlers: Mit nichts kommt man in Deutschland so schnell ins Gefängnis wie mit einem Verstoß gegen das Umsatzsteuergesetz.³⁴

Relativ einfach liegen die Dinge auch, wenn sich, logisch betrachtet, ein einfacher Oberbegriff³⁵ bilden lässt. Verzug und Unmöglichkeit fallen unter den Begriff Leis-

32 BGHZ 30, 7 – Caterina Valente (1959); erwähnt wird zudem der – etwas passendere – § 12 Satz 2 BGB (Verletzung des Namensrechts durch Bestreiten des Rechts, ihn zu führen, oder durch unbefugtes Führen des gleichen Namens). – Der Fall war übrigens recht skurril: In dieser Werbeanzeige für eine Zahnprothesen-Haftcreme behauptete eine erfundene Sängerin, sie wäre ebenso berühmt geworden wie Caterina Valente, wenn ihr nicht bei einem Konzert das Gebiss herausgefallen wäre (zitiert nach juris).

33 Besonders klar Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 562, 568–585.

34 Olaf Hohmann, in seiner Greifswalder Antrittsvorlesung.

35 Er findet sich heute, wie schon im Text bemerkt, in § 280 BGB: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.“ Kurz: *Pflichtverletzung*.

tungsstörung, darunter fallen zwanglos aber auch andere Unterbegriffe: Vorliegen von Sachmängeln, sonstige Schlechtleistung, mangelnde Aufklärung. Da muss man dann weniger fragen, *ob* die Analogie zulässig ist – Anspruchsgrundlage: pVV –, sondern eher, *wie weit* die Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit „entsprechend“ anzuwenden sind.

- 25 Schwieriger wird es, wenn ein gemeinsamer Oberbegriff nicht vorhanden ist,³⁶ sondern man es mit einem Phänomen zu tun hat, das sich gleichsam *zwischen* zwei geregelten Bereichen befindet. So befindet sich etwa die *culpa in contrahendo* gleichsam *zwischen* deliktischer Haftung und vertraglicher Haftung. In einer solchen Konstellation muss man offenbar schauen, welchem dieser beiden geregelten Bereiche der „Fall dazwischen“ näher liegt. Nach welchen Kriterien aber soll man dies entscheiden? Soll man im „Begriffshimmel“³⁷ schauen, ob das Personal im Supermarkt besser unter den Begriff „Erfüllungsgehilfe“ (§ 278 BGB) passt oder unter den Begriff „Verrichtungsgehilfe“ (§ 831 BGB)?

b) Gleich zu bewertende Interessenlage

- 26 In Wahrheit schaut man darauf, welche Konstruktion im **Ergebnis** den Interessen der Beteiligten besser gerecht wird. Ist der Fall „näher dran“ an einer unerlaubten Handlung, bei der die Beteiligten sozusagen durch Zufall aufeinandertreffen (ein Dachziegel vom Haus des A trifft den B)? Oder besteht bereits eine „**rechtliche Sonderverbindung**“ (oder auch „-beziehung“³⁸), in deren Rahmen sich auch der Gehilfe bewegt? Dann soll der Schuldner für diejenigen Personen, deren er sich in dieser Sonderverbindung bedient, wie für eigenes Verschulden haften – und sich nicht schon damit herausreden können, dass er die Person sorgfältig ausgewählt hat.
- 27 Ein schönes, aber auch etwas schräges und kompliziertes Beispiel außerhalb der *culpa in contrahendo* ist dieser **Schadensersatzanspruch des D gegen den P**:

Man kann das Beispiel gern überspringen und bei Rn. 30 weiterlesen.

Hier hat der BGH (Bundesgerichtshof) eine „**rechtliche Sonderbeziehung**“ bejaht zwischen dem zunächst ganz unbeteiligten „Dritten“ **D** (Geschädigter) und dem **P** (Schädiger).³⁹ Dieser P hatte als Pfandgläubiger (daher „P“, er ist der „Erste“) bei seinem Schuldner **Z** (das ist der „Zweite“) einen Lkw **Hanomag** wirksam⁴⁰ für sich pfänden lassen – aber der Lkw gehörte in Wahrheit nicht dem Z, sondern dem D. Wenn nun

36 Daher jetzt, wie im Text schon bemerkt, die *beiden* Begriffe in § 311 BGB: in Abs. 1 die Begründung eines Schuldverhältnisses durch Vertrag, in Abs. 2 die Begründung durch vertragsähnliche Beziehungen.

37 Der „Begriffshimmel“ ist eine polemische Formulierung des schon genannten *Rudolf von Jhering* (1818–1892), gerichtet gegen die sogenannte Begriffsjurisprudenz; berühmte Schrift: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), vielfach nachgedruckt, z.B. 13. Aufl., Leipzig 1924, diese wiederum nachgedruckt Darmstadt 1992, S. 249 f.

38 BGHZ 131, 200 (204) – Haftung des Notars für das Verschulden von Hilfspersonen bei der Grundbucheinsicht (1995).

39 BGHZ 58, 207 (214) – Haftung für Rechtsanwalt bei verzögerter Freigabe eines Pfandgegenstandes (1972).

40 Der Gerichtsvollzieher prüft nur, ob sich die Sachen im *Gewahrsam* des Schuldners befinden (§ 808 Abs. 1 ZPO), nicht, ob er auch Eigentümer ist (dies ist er z.B. nicht, wenn der Lkw, weil nicht abbezahlt, noch der Bank gehört oder wie hier einem „Dritten“).

- P in diesem Fall nicht selbst gehandelt, sondern einen – sorgfältig ausgewählten – Rechtsanwalt **R** mit der Angelegenheit betraut hatte,
- wenn D gegenüber diesem **R** sein Recht aus dem Eigentum rechtzeitig geltend gemacht hatte,
- wenn Rechtsanwalt **R** den Lkw dann aber schuldhaft zu spät „freigegeben“ hatte
- und wenn dadurch ein Verzugschaden entstanden ist (in diesem Fall immerhin 19.702,00 DM),

dann **haftet** der **P für den R** gemäß § 278 BGB wie für eigenes Verschulden.⁴¹ Er kann sich nicht über § 831 BGB exkulpieren.



Etwas „schräg“ ist allerdings die Begründung des BGH: Zunächst wird dargelegt, dass sich der Schadensersatzanspruch des D gegen den P „u.a.“ aus unerlaubter Handlung ergibt – so dass man zwanglos bei der Entschuldigungsmöglichkeit gemäß § 831 BGB landet (er gehört zum Abschnitt über die unerlaubte Handlung), nicht bei § 278 BGB. Dies aber wäre, so der BGH, im **Ergebnis** unerträglich. Originalton: „Die praktischen Auswirkungen (!) dieser Rechtsmeinung müßten den von der Pfändung betroffenen Dritten in kaum tragbarer Weise benachteiligen.“⁴² Und nun wird es gewunden: Rechtsanwalt R hätte, wenn P ihm die Freigabe verboten hätte, die gepfändete Sache – hier den Lkw – gar nicht freigeben dürfen. Aber dann würde P dem D gegenüber doch unmittelbar aus § 823 BGB (unerlaubte Handlung) auf Schadensersatz haften, wobei Verschulden unproblematisch vorliegt! Und warum soll so, wie es hier gelaufen ist, eigentlich nicht der Anwalt R selbst haften (ebenfalls aus unerlaubter Handlung)?

Der BGH spricht den wahren Grund nur undeutlich an⁴³: Es ist dem Dritten D nicht zuzumuten, mit seinem Anspruch von einem zum anderen zu laufen: zuerst zum P, der sich mit dem R herausredet, sodann zum R, der sich auf eine Weisung des P beruft ... Hase und Igel ... Deshalb heißt es also beim BGH am Ende (nach reichlich Spiegelfechtereier): Die „sachliche Interessenlage“ spricht für eine „rechtliche Sonderbeziehung nicht nur zwischen dem Vollstreckungsgläubiger [hier P, „Erster“] und dem im Titel genannten Schuldner [bei dem gepfändet wurde, hier Z, „Zweiter“], sondern auch zwischen jenem [also dem Vollstreckungsgläubiger P] und einem

41 BGHZ 58, 207 (216).

42 BGHZ 58, 207 (211); dort auch zum folgenden Satz.

43 Immer noch in BGHZ 58, 207 (211): „Für den von der Pfändung betroffenen Dritten, der regelmäßig über die Weisungen des Gläubigers an den beauftragten Anwalt nicht informiert ist, ergäbe sich daraus eine erhebliche Erschwerung bei der Durchsetzung seines Ersatzanspruchs. (...) In diesen Fällen erscheint auch die persönliche Haftung des Anwalts als Alternative zur Haftung des Auftraggebers kaum sinnvoll, weil die Entschließung über die Freigabe mit einem Risiko verbunden ist, das dem wirtschaftlichen Bereich des Mandanten zugeordnet ist.“

etwaigen Drittberechtigten [hier D]⁴⁴ – „jedenfalls für die Zeit ab Geltendmachung des Drittrechts“⁴⁵. Praktische Konsequenz also: Der D kann sich an P halten, und dieser soll sich das Geld bei seinem Anwalt R zurückholen.⁴⁶ Warum sagt man das nicht so „klar und deutlich“ (vgl. § 1 Rn. 6, § 5 Rn. 14–17)?

Heute dürfte auch diese Konstellation unter § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen.⁴⁷

- 30 Im Fall des **Salatblatts** im Supermarkt, um dies abzuschließen, ergab und ergibt sich die „rechtliche Sonderverbindung“, auch wenn es den § 311 BGB nicht gäbe, aus dem von beiden Seiten angestrebten Kaufvertrag. Für diese rechtliche Sonderverbindung „passt“ das Vertragsrecht mit seinem § 278 BGB besser als das Deliktsrecht, weil es den Interessen besser gerecht wird: Wer eine große Kundschaft bedient und dies nicht alles selbst schafft, muss für Fehler seines Personals einstehen.

Und deshalb bestand insoweit auch, trotz § 831 BGB, der den Fall „eigentlich“ geregelt hätte, eine Lücke.

c) Fazit: Zwei Seiten derselben Medaille

- 31 Die letzte Beobachtung aus dem Fall „cic“ (Salatblatt) lässt sich nun durchaus verallgemeinern: Im Grund ist die Frage, ob eine „Lücke“ vorliegt, immer *identisch* mit der Frage, ob die schon vorhandenen Regelungen der Interessenlage, wie sie sich im konkreten Fall stellt, wirklich gerecht werden – oder ob nicht eine *andere* Regelung diesen Interessen besser gerecht wird, eben weil die Interessenlage jener anderen Regelung der hier zu beurteilenden Interessenlage besser vergleichbar ist. Ist dies der Fall, liegt eine Lücke vor – sonst eben nicht.⁴⁸

Gegenprobe daher: Wenn man damit leben kann, dass ein Tacho-Manipulator besser behandelt wird als jemand, der einen Blechschaden verschweigt, gibt es keine Lücke. Wenn man es als gerecht empfindet, dass jemand frisches Schweinefutter für sein verendetes Vieh verlangen kann, gibt es keine Lücke. Wenn man es billigt, dass jemand sich im geschäftlichen Verkehr für sein Personal leicht exkulpieren kann (und das Personal dann selbst haftet), dann gibt es keine Lücke.

- 32 Anders gewendet: Schon ob eine Lücke vorliegt, ist eine Frage der Interessenbewertung. Und entscheidend ist, im wahrsten Sinn des Wortes, das Ergebnis.

Und deshalb irgendwie eine nicht weiter begründbare „Wertung“?

3. How it really works: Logik und Ästhetik der Analogie

- 33 Um daran zu erinnern: Es ist ein Hauptanliegen der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML), der sogenannten „Wertungsjurisprudenz“ den Wind einer höheren, intuitiven, letztlich nicht kritisierbaren „Werterkenntnis“ aus den Segeln zu nehmen. Das muss hier nicht wiederholt werden.

44 BGHZ 58, 207 (214).

45 BGHZ 58, 207 (212).

46 Anspruchsgrundlage: pVV im Geschäftsbesorgungsvertrag.

47 Wortlaut: „Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch (...) 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.“

48 Zur sogenannten Interessenjurisprudenz siehe unten § 39 Rn. 5.

Oder vielleicht doch: „Wertung“ ist nichts als eine mehr oder weniger emotionale Stellungnahme zu einem Sachverhalt: Wir empfinden ihn – sozusagen ästhetisch – als „gut“ oder „schlecht“ (oder uninteressant). Diese „Wertungen“ fließen in derselben Weise in unser Denken ein wie Wahrnehmungen, nämlich als erste Prädikate („ist rot“, „ist schön“, „ist ungerecht“). In unserem Denken werden sie dann im Hinblick darauf abgearbeitet, was aus ihnen (logisch) folgt. Wenn nun andere Menschen insoweit anderer Ansicht sind („ist doch ungerecht!“), muss man versuchen, sich die Voraussetzungen – logisch gesprochen: die Prämissen – der jeweiligen „Wertung“ bewusst zu machen.⁴⁹ Zwar wird man dabei an Grenzen stoßen – wer kennt sich schon mit seinen Gefühlen ganz genau aus? Und gar mit denen der anderen? Nichtsdestoweniger kann man sich am Ende – wenn man ehrlich ist und immer mit Blick auf das Ergebnis – in den allermeisten Fällen recht klar besser in die eine oder die andere Seite „einfühlen“ (und einige *hard cases* bleiben immer übrig). Kurz: „Wertung“ hat nichts mit höheren „Werten“ zu tun, sondern mit Logik und Ästhetik (als Lehre von der *Wahrnehmung* und insofern auch „Gefühlssache“; genauer dazu unten § 31 II).

Stattdessen lässt sich gerade an der Analogie gut zeigen, dass die sogenannte „Wert-
erkenntnis“ in der Jurisprudenz – und überhaupt im Recht – nie für sich allein steht, sondern stets schon in einem, nein: in *zwei* möglichen (Handlungs-)Rahmen (*frames*⁵⁰). Es geht also nie um Werte „an sich“, es geht immer nur darum, welche Begründungskonstruktion in diesem konkreten Fall *besser* ist: für den A, für den B und – wie sich gleich zeigen wird – auch für die Allgemeinheit.

34

Für die Analogie bedeutet dies nun: Auch hier geht es um eine *Alternative*. Fällt der Fall unter die Regel (bzw. den Begriff⁵¹) „A“ oder unter die Regel (bzw. den Begriff) „B“? Oder genauer: *Sollte* er besser unter den Begriff/die Regel „A“ fallen, unter die er beim ersten Zugriff fällt? Oder *sollte* er unter einen anderen Begriff/eine andere Regel fallen, die für *andere* Fälle mit vergleichbarer Interessenlage gilt?

Wenn nun von „vergleichbarer“ Interessenlage die Rede ist, dann ist damit zugleich gesagt, dass man einen Vergleichsmaßstab braucht – ein *tertium comparationis* (wörtlich: das Dritte des Vergleichs). Dieses *tertium comparationis* ist nun, logisch betrachtet, der Oberbegriff (beziehungsweise der Obersatz), unter den die Vergleichsfälle zu subsumieren sind. In unseren Beispielfällen also:

35

- Unter den Oberbegriff „Arglist“ des Verkäufers fallen – sicher – Verschweigen eines Mangels und – vielleicht – Vorspiegeln einer günstige(re)n Eigenschaft.
- Unter den Oberbegriff „Pflichtverletzung“ fallen – sicher – Verzug und Unmöglichkeit und – vielleicht – Schlechtleistung („pVV“)
- Unter den Oberbegriff „rechtliches Näheverhältnis“ (man kann ihn also doch bilden!) fallen – sicher – Vertragsverhältnisse, – vielleicht – die Anbahnung von Verträgen.

49 Sagen wir: „Wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen“ (Zweiter Brief des Apostel Paulus an die Thessalonicher [ein Teil der Bibel, genauer des Neuen Testaments], Kapitel 3 Vers 10).

50 Mehr zum *framing* unten § 35 Rn. 49.

51 Regeln und Begriffe sind nur verschiedene Aggregatzustände von Erkenntnis, s.o. § 5 IV Rn. 120.

- 36 In den „Vielleicht-Fällen“ wird sodann probeweise⁵² durchsubsumiert, welches **Resultat** sich ergibt, wenn die Subsumtion mit dem Urteil „ist ein **Fall** von“ endet oder „ist **kein Fall** von“ dem jeweiligen Oberbegriff (bzw. der **Regel**, deren Bestandteil er ist). Auf diesem Weg bekommt man *zwei* (Vollständige Juristische) Syllogismen (VJS, § 8), und die „Wertung“ besteht dann darin, dass man fragt: Welcher von beiden Syllogismen **klingt insgesamt besser**? Kurz: Die „Wertung“ ist letztlich eine Frage der **Logik** (zwei VJS) und der **Ästhetik** (wie fühlen sie sich an) – *and nothing more pretentious*.

Bereits hier (mehr dazu § 31 II): **Ästhetik** hat ursprünglich nichts mit Schönheit zu tun, es ist vielmehr die Lehre von der **Wahrnehmung**. Dass diese Wahrnehmung aus Sicht der einen Partei – etwa des Supermarktbetreibers – eine andere sein kann als aus Sicht der anderen Partei – hier des Kunden – macht es nötig, dass ein Dritter – hier das Recht – sich in beide „hineinversetzt“, dann aber auch eine Regel bildet, die auf lange Sicht – *in the long run* – die günstigeren Verhältnisse hervorbringt. Hier also: weniger unbeaufsichtigte Salatblätter im Supermarkt (zur Orientierung am „Ergebnis“ unten § 26).

4. Ein besseres Prüfschema für die Voraussetzungen der Analogie

- 37 Vor diesem Hintergrund lassen sich die Voraussetzungen der Analogie realistischer wie folgt beschreiben und prüfen:

a) Vergleichbarkeit mit Fällen einer anderen Fallgruppe

- 38 Der erste Schritt besteht darin, die Ähnlichkeit des zu entscheidenden Falls – Tacho, Schweinefutter, Salatblatt – mit vergleichbaren Fällen herauszuarbeiten, die anders geregelt sind – Verschweigen, Unmöglichkeit und Verzug, vertragliche Haftung –. Dies geschieht in der Regel, indem man für die Fälle dieser anderen Fallgruppe einen Oberbegriff findet oder auch erfindet – arglistiges Verhandeln, Pflichtverletzung, rechtliche Nähebeziehung –. Wie auch immer: Die Ähnlichkeit oder Vergleichbarkeit der Fälle muss herausgearbeitet werden.

b) Vorzugswürdigkeit der Regel für die andere Fallgruppe

- 39 Im zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob die Regel, die für den vergleichbaren Fall besteht, für den jetzt zu entscheidenden Fall *besser* passt als die Regel, die aktuell für ihn gilt (denn eine „Lücke“ im Sinn von Gar-nicht-Regelung gibt es „nicht wirklich“). Kommt man zu dem Ergebnis, dass die andere Regelung „besser passt“, dann ist sie „entsprechend“ anzuwenden – sonst nicht.

Wann die andere Regel besser passt, ist im ersten Schritt eine Frage dieser Regel selbst: Vielleicht „will“ sie gar nicht analog gelten, sondern ist „abschließend“ gemeint (wie das gesamte Strafrecht). In diesem Fall muss man im Umkehrschluss (dazu sogleich unter III) die Analogie ablehnen.

- 40 Nur wenn die entsprechende Anwendung der anderen Regel *möglich* ist, muss man schauen, ob dies auch *sinnvoll* ist. Das ist in der Tat eine Frage von Analyse und

⁵² Allgemein zur Idee der experimentierenden Rechtsgewinnung Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III, auch §§ 39 und 40.

Bewertung der betroffenen Interessen – und zwar in *beiden* Entscheidungsvarianten. Und **entscheidend** ist dabei letztlich das Ergebnis, also die Rechtsfolge (und deren Folgen) – aber nicht das Ergebnis allein, sondern der **Zusammenklang** von **Ergebnis** und **Begründung**. Wir kommen darauf zurück (§ 33 Rn. 23–24).

Kurz und gut: Bei der Analogie geht es nicht um die Schließung von „Lücken“. Es geht um die Frage, ob eine andere Regel besser passt. 41

III. Regeln erweitern III: Die Argumente a fortiori (Erst-recht-Schlüsse)

Eine Besonderheit bei der Erweiterung von Regeln über den Wortlaut hinaus sind die *argumenta a fortiori*, wörtlich: die Argumente „vom Stärkeren her“ – wobei dieses Stärkere allerdings ein Weniger (*minus*) oder ein Mehr (*maius*) sein kann.⁵³ 42

1. Das Argument a minore ad maius

Ein Beispiel für das Argument vom Kleineren zum Größeren haben wir bereits vorgestellt: Wenn auf Seiten des Verkäufers schon das arglistige Verschweigen eines Mangels zu einer Verschärfung seiner Haftung führt, dann doch erst recht das arglistige Vorspiegeln einer günstigen Eigenschaft, die gar nicht besteht (niedriger Tachometerstand).⁵⁴ 43

Das wohl berühmteste Beispiel für einen – schiefen! – Erst-recht-Schluss ist die sehr frühe Entscheidung des Großen Senats des BGH zur Entschädigung wegen Enteignung.⁵⁵ Der Erst-recht-Satz lautet: Wenn schon eine *rechtmäßige* Enteignung entschädigt werden muss (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG), dann doch wohl „erst recht“ eine *rechtswidrige* Enteignung. Geradezu hochkomplex „daneben“ war dann allerdings, dass der BGH meinte, zum Begriff der Enteignung gehöre ihre Rechtmäßigkeit (!) – so dass er in diesem Fall glaubte, eben wegen der *Rechtswidrigkeit* einen „enteignungsgleichen Eingriff“ konstruieren zu müssen. Wir werden darauf zurückkommen (§ 19).

Hier mag genügen: Enteignung ist die zwangsweise Übertragung eines Objekts auf jemand anderen, damit dieser es nutzen kann. Klassisches Beispiel: Die Enteignung von Grundstücken für eine Autobahn oder Eisenbahn. Deshalb lag denn auch im BGH-Fall eine *echte Enteignung* vor: Die Wohnungsbehörde hatte nach dem Zweiten Weltkrieg (es gab viele Flüchtlinge!) zwangsweise Mieter in Wohnungen eingewiesen, also das Eigentum des Vermieters in Anspruch genommen, damit andere es nutzen – in diesem Fall obendrein rechtswidrig eingewiesen. Das *argumentum a fortiori* hätte also auch – und viel besser – *ohne* den „enteignungsgleichen Eingriff“ gepasst. – Siehe zum Enteignungsbegriff bereits § 15a Rn. 31–36 (als Beispiel für die

53 Dazu aus der gängigen Methodenliteratur mit weiteren Beispielen etwa *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 33), Rn. 323–325; *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 6 Rn. 106–110; *Guy Beaucamp/Jakob Beaucamp*, Methoden und Techniken der Rechtsanwendung, 5. Aufl., Heidelberg 2023, Rn. 343–348; nur kurz erwähnt bei *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie (Fn. 29), Rn. 49. Kurz, es ist eine ganz gängige Argumentationsfigur.

54 Siehe oben Rn. 10.

55 BGHZ (GS) 6, 270 – Zwangseinweisung von Flüchtlingen in Mietwohnungen (1952). „GS“ ist der Große Senat des Bundesgerichtshofs; er tritt zusammen, wenn, grob gesagt, ein Senat von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will.

Patchwork-Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts) und dann unten § 19 Rn. 32–35.

2. Das Argument a maiore ad minus

- 44 Vielzitiertes Beispiel für den Schluss vom Größeren auf das Kleinere: Wenn ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund *fristlos* gekündigt werden kann, dann doch wohl erst recht fristgemäß.⁵⁶ Oder: Wenn schon ein Eingriff in das Eigentum, der im *rechtmäßigen* aggressiven Notstand erfolgt, zum Schadensersatz verpflichtet (§ 904 Satz 2 BGB⁵⁷), dann doch erst recht ein Eingriff bei nur *vermeintlich* rechtmäßigem aggressiven Notstand.⁵⁸ Wenn – nach alter Rechtslage – Jura-Professoren schon vor dem Bundesverwaltungsgericht als Prozessvertreter auftreten dürfen, dann doch erst recht vor dem Verwaltungsgericht.⁵⁹

IV. Regeln einschränken

- 45 Für die Einschränkung von Regeln, obwohl sie vom Wortlaut her passen, gibt es ebenfalls eine ganze Reihe von Techniken. Dabei soll außer Betracht bleiben, dass „der Gesetzgeber“ – genauer: derjenige, der im jeweiligen Bereich in einem autoritativen Text schon die Regeln gesetzt hat – auch selbst Ausnahmeregeln treffen darf. Das versteht sich von selbst. Ein Beispiel aus dem BGB:

§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz Außer in den Fällen des § 281 Absatz 2 und des § 323 Absatz 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

1. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale

- 46 Eine erste Technik, um weniger explizite Ausnahmen von der Regel zu machen, besteht darin, dass in einen Rechtssatz ein Tatbestandsmerkmal hineingelesen wird, das dort nicht steht. Dadurch können einige Fälle ausgesiebt werden.

Das bekannteste Beispiel ist das Tatbestandsmerkmal „Vermögensverfügung“ im Betrugstatbestand des § 263 StGB. Die Vorschrift lautet unverfälscht:

56 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 16.7.1959, in: Arbeitsgerichtliche Praxis (AP) Nr. 31 zu § 626 BGB (zitiert nach juris); im Fall ging es um eine Kündigung wegen wissenschaftlicher Plagiate, und es war dem Gekündigten aus Kulanz eine Frist gewährt worden.

57 Wortlaut des § 904 BGB: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.“

58 Jan C. Joerden, Logik im Recht, 2. Aufl., Heidelberg 2010, S. 352 ff. (356).

59 So das Argument zum alten § 67 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung; der neue § 67 hat den Kreis der Vertretungsbefugten erheblich erweitert.

§ 263 StGB Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Der objektive Tatbestand enthält demnach gemäß Wortlaut nur die drei Elemente: 47
Der Täter muss sein Opfer (1) täuschen, das Opfer muss sich (2) irren, und dann muss beim Opfer ein (3) Vermögensschaden entstehen. Dass dieser Vermögensschaden durch ein Zutun des Opfers geschieht, steht so nicht im Gesetz, so dass auch der Fall darunter fallen könnte, dass A den B (1) täuscht und dieser „durch“ seinen (2) Irrtum so abgelenkt ist, dass A ihm das Handy – zu des B (3) Vermögensschaden – unbemerkt wegnehmen kann. Das ist aber, so die ganz herrschende Meinung (h.M.) nicht gemeint: Der Betrug ist ein „Selbstschädigungsdelikt“, deshalb braucht man die (4) „Vermögensverfügung“ des Opfers selbst. Und der Handy-Fall ist ein Fall des (Trick-) Diebstahls (§ 242 StGB).⁶⁰

In jüngerer Zeit hat die Frage, ab wann eine eigene Vermögensverfügung des Opfers vorliegt, zum Beispiel beim Erschleichen eines „0190er-Nummern-Vertrags“ eine Rolle gespielt. Der Sachverhalt ist durchaus kompliziert, und der Schaden betrug 800.000 Euro.⁶¹

Ein weiteres – nicht ganz unumstrittenes – ungeschriebenes Tatbestandmerkmal ist 48
die sogenannte „materielle Auflösungsfrage“ bei der Auflösung des Bundestags nach einer erfolglosen Vertrauensfrage des Bundeskanzlers (dazu schon § 15a Rn. 77–80). Die maßgebliche Regel lautet unverfälscht:

Art. 68 GG (1) Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt.

(2) Zwischen dem Antrage und der Abstimmung müssen achtundvierzig Stunden liegen.

Der Bundespräsident „kann“ (nicht muss, § 15b Rn. 14) den Bundestag also auflösen, wenn drei Voraussetzungen vorliegen; (1) Antrag des Kanzlers, (2) keine Zustimmung der Mehrheit, (3) Ablauf der Frist von 48 Stunden. Wie aber nun, wenn der Bundeskanzler zwar die Mehrheit des Bundestages hinter sich hat, aber dennoch die Vertrauensfrage stellt, um Neuwahlen herbeizuführen – so dass sich „seine“ Mehrheit der Stimme enthält und die Opposition gegen ihn stimmt? Hat Art. 68 GG auch diesen Fall gemeint?

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat diese Frage in bereits zwei Entscheidungen 49
klar verneint⁶² (es gibt allerdings ein gewichtiges Sondervotum⁶³): Die Verfassungsgeber hätten die Vertrauensfrage nur für den Fall vorgesehen, dass eine echte Regie-

⁶⁰ Siehe etwa *Frank Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrecht, 2. Aufl., München 2020, § 263 Rn. 119.

⁶¹ BGHSt 50, 174 – „0190er-Nummern-Vertrag“ (2005) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite); dazu *Hans Kudlich*, in: *Juristische Schulung* (JuS) 2005, 1133–1134.

⁶² BVerfGE 61, 1 (36 ff.) – Vertrauensfrage Helmut Kohl (1982) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); BVerfGE 114, 121 – Vertrauensfrage Gerhard Schröder (2005).

⁶³ BVerfGE 114, 121 (182–195) – Vertrauensfrage Schröder (2005) – Sondervotum *Gertrude Lübbe-Wolff*.

rungskrise vorliegt. Hauptargument: Das Grundgesetz sieht kein Selbstauflösungsrecht des Bundestages vor, man könne es daher auch nicht mit einer „getürkten“⁶⁴ Vertrauensfrage herbeiführen. Deshalb das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „materielle Auflösungslage“. Wenn es nicht erfüllt ist, *darf* der Bundespräsident den Bundestag nicht auflösen.

Dass das BVerfG dieses Tatbestandsmerkmal in den beiden Fällen letztlich als erfüllt angesehen hat, weil es insoweit auf die Einschätzung des Bundeskanzlers ankomme, führt zu weiteren Fragen. Wir haben bereits gesehen, dass die Logik des SINNZUSAMMENHANGS „Politik“ diese Fragen anders beantwortet hat, als man es sich im SINNZUSAMMENHANG „Recht“ wohl vorgestellt hatte (§ 15a Rn. 80).

2. Die sogenannte teleologische Reduktion (auch: Restriktion)

- 50 Während die Konstruktion eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals die Ausnahme von der Regel auf der *intensionalen* Ebene des Rechtssatzes schafft – also auf der Ebenen seines (sprachlichen) „Inhalts“, stellt das, was man gewöhnlich die teleologische Reduktion (oder auch Restriktion) nennt, auf die *extensionale* Ebene ab: also auf das, was der Rechtssatz seinem „Umfang“ nach an Fällen umfasst.⁶⁵ Manche dieser Fälle sollten, obwohl es passen würde, sozusagen von vornherein nicht unter ihn fallen. Die „Norm“ (das Gesetz, der Befehl) könne dies, gemessen an ihrem Ziel und Zweck nicht gewollt haben, daher „teleologische Reduktion“ (griechisch *to télos* – Neutrum, daher *das Telos* = das Ziel, der Zweck).

Ein Beispiel schon in der Antiken Gerichtsrhetorik: Der Fremde auf der Stadtmauer. Das Gesetz schreibt, vor, dass „Fremde“ – also Ausländer⁶⁶ –, die auf der Stadtmauer angetroffen werden, mit dem Tod zu bestrafen sind. Ziel und Zweck: Abwehr von Spionage und Sabotage. Die Stadt wird von Feinden angegriffen. Ein Ausländer beteiligt sich heldenhaft an der erfolgreichen Verteidigung – von der Stadtmauer aus! Es ist klar, dass das Gesetz diesen Fall nicht gemeint haben kann. (Der Status heißt daher: *scriptum et voluntas*, wörtlich: Geschriebenes und Wille, s.o. § 2 Rn. 14).⁶⁷

- 51 Ein weiteres schon recht betagtes Beispiel betrifft den Fall, dass Eltern ihrem sechsjährigen Kind etwas schenken wollen. Die Schenkung ist, rechtlich betrachtet, ein Vertrag. Zu einem Vertrag müssen beide Seiten zustimmen. Kinder unter sieben Jahren können dies nicht, sie sind noch nicht geschäftsfähig (§ 104 Nr. 1 BGB). Sie müssen und können sich von ihren Eltern vertreten lassen (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB). Anders gewendet: Die Eltern sind ihre gesetzlichen Vertreter. Scheitert dann

64 Dies ist natürlich nicht die Diktion des BVerfG. – Vielleicht sollte man heute auch besser sagen: eine „gefakete“ Vertrauensfrage (von englisch *fake*), weil das Wort „getürkt“ für „vorgetäuscht“ von türkischen Menschen als diskriminierend empfunden werden könnte.

65 Zu den Begriffen „Intension“ und „Extension“ siehe § 9 Rn. 20–23, § 15a Rn. 5.

66 Genauer: Nicht-Bürger dieser *Pólis* (Stadt); insgesamt hielten sich die Griechen nämlich trotzdem für eine einzige Nation (Panhellenismus), und eben deshalb pflegten sie gemeinsame Institutionen wie die Olympischen Spiele (in Olympia, versteht sich) oder die Isthmischen Spiele in Korinth.

67 Es könnte gut sein, dass sich diese nicht nur Zweiteilung, sondern *Entgegensetzung* bis zur Zeit Savignys fortgeerbt hat: in Gestalt der „grammatischen“ *versus* „logischen“ Auslegung. Demgegenüber war das Neue bei Savigny, dass stets *alle* vier „Elemente“ zusammenwirken müssen, siehe *von Savigny*, System (Fn. 4), § 50 (S. 319 f.), ferner im berühmten § 33 (S. 215).

aber die Schenkung an dem sogenannten Verbot des Selbstkontrahierens? Es findet sich in dieser Vorschrift:

§ 181 BGB Insichgeschäft Ein Vertreter kann, soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn (...).

Dem Wortlaut nach ist die Schenkung an das Kind verboten: Die Eltern nehmen das Rechtsgeschäft – also die Schenkung – *zum einen* vor als Vertreter des beschenkten Kindes und *zum anderen* mit sich selbst, als Schenkende, im eigenen Namen. Dies zu verbieten kann § 181 BGB schwerlich gewollt haben, deshalb gilt insofern seit jeher die teleologische Reduktion:

Fälle, in denen das Insichgeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bietet, sind von § 181 BGB nicht umfasst.⁶⁸

Die teleologische Reduktion ist, um dies abzuschließen, ein in der deutschen Methodenlehre sehr verbreiteter „Auslegungstopos“. Deshalb können wir auf weitere Beispiele verzichten.

52

Doch, eines noch, es findet sich bei Savigny: Ein Minderjähriger führt einen Prozess, obwohl er dies ohne Vertreter (Curator) gar nicht darf. Gewinnt er den Prozess, „so bleibt das Verfahren gültig“.⁶⁹

Klarzustellen ist allerdings: Die sogenannte *geltungserhaltende* Reduktion ist kein Fall von „Regeln einschränken“, sondern von „Regeln behaupten“ (unten III): Wenn von mehreren Auslegungsmöglichkeiten nur einige mit höherrangigem Recht vereinbar sind, müssen die rechtswidrigen Varianten ausgesondert werden, und nur die rechtmäßigen dürfen weiterhin gelten.⁷⁰

V. Regeln behaupten (Kontrakorrektur)

Weniger deutlich sieht man meistens: Auch die Entscheidung, eine Regel *nicht* zu korrigieren, anders gewendet: die Entscheidung *gegen* die Korrektur einer Regel ist eine Entscheidung *über* die Korrektur der Regel. Man kann dies recht gut als Kontrakorrektur bezeichnen.

53

68 BGHZ 59, 240 – Schuldenerlass durch Insichgeschäft (1972); BGHZ 94, 232 (235) – Schenkung an das Kind setzt sich gegen Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Mutter durch (1985).

69 von Savigny, System (Fn. 4), § 37 S.234; Savigny zählt dies übrigens noch zur *Auslegung* („einschränkende Auslegung“), nicht etwa zur *Rechtsfortbildung*. – Die NJML verzichtet ganz auf diese strenge Unterscheidung, sofern sich daran praktische Konsequenzen knüpfen sollen, insbesondere im Hinblick auf die Kompetenz der Gerichte. Es sind immer fließende Übergänge. – Manchmal ist man allerdings gezwungen, dennoch eine Grenze zu ziehen, nämlich bei der Frage, ob eine Verfassungsänderung vorliegt. Vgl. insoweit die Fälle Bundestagsauflösung (noch „Auslegung“ durch Hineinlesen eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals, soeben Rn. 48 f.) und Abschaffung des Bayerischen Senats (unzulässige „Fortbildung“ durch Hineinlesen einer zusätzlichen Verfahrenspflicht, § 15c Rn. 59 [dort Nr. 6], 61 f.).

70 Am bekanntesten ist dies bei der verfassungskonformen Auslegung, dazu unten § 18 Rn. 52–54.

1. Das Verbot, *contra legem* zu entscheiden (*contra-legem*-Verbot)

- 54 Ein generelles Verbot, gegen den Wortlaut eines Gesetzes zu entscheiden – auf Latein: *contra legem*, gegen das Gesetz – gibt es nicht. Eine Parallele findet dies in Fallrechtssystemen darin, dass ein Präjudiz im Wege des *overruling* aufgehoben wird, genauer: die Regel, nach der in diesem Fall entschieden wurde.

Jüngstes Beispiel ist die schon erwähnte Entscheidung *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* des amerikanischen Supreme Court vom 24. Juni 2022. Sie hat das in *Roe v. Wade* im Jahr 1973 aus der Bundesverfassung abgeleitete *constitutional right* von Frauen auf Abtreibung verneint – unter ausdrücklicher Abkehr von dieser Entscheidung.⁷¹

- 55 In der bundesdeutschen Jurisprudenz werden gerichtliche Entscheidungen *contra legem* im Grundsatz gebilligt, allerdings gilt dies nur für Ausnahmefälle⁷² (bekanntestes Beispiel ist der „Herrenreiter-Fall“, wir kommen darauf in § 27 I zurück).
- 56 Besonders interessant ist schließlich die Regel, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) insoweit aufgestellt hat. Sie besagt, dass ein nationales Gericht bei der „europarechtskonformen Auslegung“ des nationalen Rechts nicht gegen den Wortlaut einer Norm (*contra legem*) entscheiden dürfe.⁷³ Allerdings bestehen insofern durchaus Unklarheiten.

Mehr zur europarechtskonformen Auslegung unten § 18 Rn. 55–77.

Erstens kann dieses Verbot meinen: Die nationale Norm, mit der eine Richtlinie der Union umgesetzt wird, darf nicht gegen den Wortlaut der *Richtlinie* verstoßen (dies versteht sich von selbst) – und das Gleiche gilt für die Auslegung dieser Norm durch die nationalen Gerichte (auch dies leuchtet unmittelbar ein). Zweitens kann das *contra-legem*-Verbot aber auch meinen: Die europarechtskonforme „Auslegung“ des nationalen Rechts darf sich nicht über den Wortlaut der *nationalen* Norm hinwegsetzen – vielmehr muss der Fall „hoch zum EuGH“, etwa im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Hier ist vieles noch nicht endgültig geklärt.⁷⁴

- 57 Methodologisch betrachtet handelt es sich um ein Problem der Reichweite des *contra-legem*-Verbots. Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie der Begriff „*contra legem*“ selbst auszulegen ist – zumal es in der Union nicht nur ein einziges Methodenverständnis gibt⁷⁵ und der EuGH für sich eine „autonome“ Auslegung und Interpretation des EU-Rechts in Anspruch nimmt.⁷⁶

71 US Supreme Court, U.S. 597, 79 (2022): „We now overrule these decisions ...“

72 Das scheint so selbstverständlich zu sein, dass man es gerade in den neueren Methodenlehren (Reimer, Möllers), soweit ich sehe, so ausdrücklich nicht findet. Klar, aber en passant noch Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, S. 428. – Möllers (Fn. 53) setzt sich mit *contra legem* nur im Rahmen des Europarechts (§ 12) auseinander; dazu in dieser NJML § 18 Rn. 55–77.

73 Wulf-Henning Roth/Christian Jopen, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 13 Rn. 24

74 W.-H. Roth/Jopen, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 73), Rn. 36–39.

75 Dazu vor allem der Beitrag von Jörg Neuner, Die Rechtsfortbildung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 12.

76 Rüdiger Stotz, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 20 Rn. 19. Die autonome Auslegung des EU-Rechts ist vor allem

2. Klarer Wortlaut und die *acte clair*-Doktrin

Ein erster Zugang könnte darin bestehen: Eine *contra-legem*-Entscheidung liegt jedenfalls dann vor, wenn gegen eine „Norm“ (ein Gesetz, ein Befehl, ein Vertrag – kurz: ein *autoritativer Text*, § 14 Rn. 22) verstoßen wird, die „klar“ und „eindeutig“ formuliert ist. Im deutschen Methodenverständnis würde diese Vorstellung freilich schnell als naiv entlarvt werden: Auch „Klarheit“ ist ein vager Begriff, und selbst der „Begriffskern“ eines Rechtsbegriffs (§ 15a Rn. 8) ist gelegentlich Verhandlungssache.

Wir werden weiter unten sehen (§ 27 Rn. 11–13, § 29 Rn. 5, 6–15), dass es der deutschen Jurisprudenz keine Schwierigkeiten bereitet, das Wort „nur“ als „nicht nur“ zu interpretieren und das Wort „ausdrücklich“ als „implizit“. Und wir haben bereits gesehen, dass unter „Gewalt“ auch gewaltfreie Aktionen subsumiert werden (§ 8 – Laepple-Urteil – und öfter).

In anderen Rechtskulturen ist dies anders. So hatte in Frankreich der *Conseil d'État* – „Staatsrat“ – in seiner Funktion als oberstes Verwaltungsgericht eine *acte-clair*-Doktrin entwickelt, gemäß der bei klarem Wortlaut des Gesetzes für Interpretation kein Raum bleibt⁷⁷ (auf Latein: *in claris non fit interpretatio*).

Der *Conseil d'État* hat eine Doppelfunktion als oberstes Verwaltungsgericht und als Rechtsberater der Regierung.⁷⁸

Diese Doktrin ist dann in einer berühmten – und sehr frühen – Entscheidung des EuGH in das Europarecht eingesickert.⁷⁹ Seither gilt dort „offiziell“ eine besondere Art von *acte-clair*-Doktrin, ergänzt um die *acte-éclairé*-Doktrin.⁸⁰ Beide besagen im Groben: Ein mitgliedstaatliches Gericht muss dem EuGH eine Frage zur Auslegung des Unionsrechts *dann nicht* zur Vorabentscheidung vorlegen, wenn „die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig [... ist], dass *keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel* an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt“ (*acte clair*). Das Gleiche gilt, wenn der Gerichtshof die Frage bereits in einem anderen Fall zweifelsfrei geklärt hat (*acte éclairé*).

Wann allerdings eine Frage „klar“ zu beantworten ist, bedarf von Seiten des nationalen Gerichts einer gewissenhaften Prüfung, bei der auch andere Sprachfassungen der Norm zu berücksichtigen sind. Letztlich müsse das Gericht davon überzeugt sein, dass

in einigen Gebieten des „Besonderen Teils“ prägend, siehe in demselben Werk Thomas Ackermann, Europäisches Kartellrecht, § 19 Rn. 15–17; Robert Rebhahn/Martin Franzen, Europäisches Arbeitsrecht, § 17 Rn. 13.

⁷⁷ Dahinter stand letztlich wohl die Lehre *Montesquieu*s vom Richter als Mund, der (nur) die Worte des Gesetzes ausspricht (De l'esprit des lois [1748], Buch XI 6), vgl. Ulrike Babusiaux, Frankreich, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin etc. 2021, § 22 Rn. 9.

⁷⁸ Hans Jürgen Sonnenberger/Claus Dieter Classen (Hrsg.), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2012, Abschnitt 71; sehr knapp Sybille Neumann/Oliver Berg, Französisches Recht, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, Rn. 56–63; ebenfalls recht knapp: Philippe Cossalter/Julien Dubarry, Einführung in das französische Recht, München 2024, Rn. 566–568, 630–632.

⁷⁹ EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 13 ff. – CILFIT – (Sammlung der Rechtsprechung des [Europäischen] Gerichtshofes Jahr, Seite, zitiert nach der Datenbank juris). –; im konkreten Fall ging es um Gebühren für gesundheitspolizeiliche Untersuchungen von Wollimporten aus Nicht-Mitgliedstaaten.

⁸⁰ Zum Folgenden z.B. Ulrich Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand Januar 2023, Art. 267 AEUV (Vorabentscheidung) Rn. 56–58.

„auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde“⁸¹. Nur dann darf es ohne Vorlage entscheiden.

Mittlerweile wird diese Doktrin wohl ganz überwiegend für zu streng gehalten.⁸² Es wird sogar – leicht paradox – angeregt, „dass nationalen Gerichten bei der Entscheidung, ob ein *acte clair* vorliegt, ein gewisses Ermessen zugestanden werden muss“.⁸³ Eher subversiv-inoffiziell konstatieren andere, dass die *acte-clair*-Doktrin oftmals nur zum Schein befolgt wird – was auch allen klar sei.⁸⁴

Dass die Formel vom vernünftigen Zweifel nicht nur an das angloamerikanische Recht erinnert (*reasonable doubt*), sondern auch an die *doubt/belief*-Theorie des amerikanischen Pragmatisten Charles Sanders Peirce (1839–1914), sei am Rande erwähnt (dazu § 30 Rn. 5; s. auch § 5 Rn. 18, § 18 Rn. 72).

- 61 Methodologisch lässt sich – jetzt ganz unabhängig vom EU-Recht – festhalten: Zwar ist „Klarheit“ ein relativer Begriff. Dennoch sollte es uns ein ungutes Gefühl geben, wenn wir eine Regel korrigieren, obwohl ihr Wortlaut sich dagegen sträubt (zur juristischen Ästhetik unten §§ 33–34). Deshalb darf man durchaus als Regel formulieren:

Im Zweifel für (*in dubio pro*) den „klaren Wortlaut“ – und im Zweifel für die Nicht-Korrektur einer klaren Regel.

Und wann ist der Wortlaut „klar“? Wenn daran kein „vernünftiger Zweifel“ (*reasonable doubt*) besteht ...

Zumindest sollte man, wenn man gegen den klaren Wortlaut entscheidet, dies mit offenem Visier tun – dazu unten Kapitel 5 (Manipulation des Ergebnisses).

3. Der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*)

- 62 Ein im deutschen Methodenverständnis geläufiges Argument, um die Korrektur einer Norm (eines Gesetzes, eines Befehls, eines Vertrags) abzuwehren, ist der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*, wörtlich: Argument aus dem Gegenteil). Er besagt: Der zu entscheidende Fall wird von der ins Auge gefassten Regel *nicht* erfasst – und das soll auch so sein, weil der „Normsetzer“ – genauer: Verfasser des autoritativen Textes (§ 14 II) – genau dies so gewollt hat. Dabei kann der Normsetzer das explizit zum Ausdruck gebracht haben, etwa wie folgt: „Schmerzensgeld als Schadensersatz kann man *nur* in diesen und jenen Fällen verlangen.“

Dass dem Normsetzer dies manchmal nichts nützt, werden wir noch sehen (§ 27 Rn. 18).

- 63 Der Wille des Gesetzgebers, eine **abschließende** (exklusive) Regel zu treffen, kann sich aber auch in systematischer Interpretation ergeben.

Einfaches Beispiel: In § 9 Abs. 2 GenG (Genossenschaftsgesetz) heißt es, dass Mitglieder des Vorstandes Genossen sein müssen. In § 26 Abs. 1 BGB fehlt eine entspre-

81 EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 16 – CILFIT.

82 Siehe dazu auch unten § 18 Rn. 70–72.

83 Morten Broberg/Niels Fenger, Theorie und Praxis der *Acte-clair*-Doktrin des EuGH, in: Europa-recht (EuR) 2010, 835–854 (853).

84 Siehe etwa Bernhard Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EGV) Rn. 33.

chende Vorschrift für den Vorstand des (eingetragenen) Vereins. Daraus lässt sich *e contrario* schließen: Der Vorstand des eingetragenen Vereins muss nicht selbst Vereinsmitglied sein.

Das Ganze wird sehr anschaulich, wenn man bedenkt, dass es Vereine gibt, die nur aus juristischen Personen bestehen, zum Beispiel der Deutsche Juristen-Fakultätentag (Mitglieder sind die juristischen Fakultäten⁸⁵ in Deutschland, Österreich und – aber nicht alle – der Schweiz sowie die Ándrassy-Universität in Budapest). Als Vorstand fungieren können aber nur natürliche Personen (die freilich diesen Fakultäten angehören müssen).⁸⁶

Wenn der Normsetzer eine **abschließende** Regelung getroffen hat, ist auch keine Analogie möglich – insofern ist das gesamte Strafrecht mit seinem Analogieverbot (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG: *nulla poena sine lege*) ein „Fall für den Umkehrschluss“.

64

Manchmal liegt allerdings zwar ein Umkehrschluss nahe, es spricht aber mehr gegen ihn als für ihn. So lautet etwa (Hervorhebungen J.L.)

Art. 12 Abs. 1 GG Alle Deutschen haben das Recht, Beruf und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Daraus könnte man schließen: Aha, nur die Ausübung, nicht aber die Wahl des Berufs kann „durch Gesetz geregelt“ werden. Dies wäre freilich eine wenig sinnvolle Regel. Das BVerfG hat daher die *beiden* Sätze wie folgt interpretiert: Berufswahl (Satz 1) und Berufsausübung (Satz 2) bilden einen *einheitlichen* „Schutzbereich“, und dieser einheitliche Schutzbereich steht unter dem gemeinsamen „Regelungsvorbehalt“ des Satzes 2 zu Gunsten des (einfachen) Gesetzgebers.⁸⁷

VI. Resümee ...

Es dürfte klar geworden sein: Die Grenze zwischen „Regeln auslegen“ („interpretieren“ im engeren Sinn) und „Regeln korrigieren“ („interpretieren“ im weiteren Sinn) ist fließend – so wie letztlich die Grenzen *aller* Begriffe und sonstiger Zeichen fließend sind: Was „meinen“ sie wirklich, was ist ihre „wahre“ Bedeutung? *What does a kiss mean?*

65

Die besondere Schwierigkeit der Rechtswissenschaft besteht darin, dass sie über Bedeutungen verbindlich entscheiden muss – und dann stellt sich jenseits der sozusagen reinen Semantik (und Syntaktik) der Sprache immer wieder die letztentscheidende pragmatische⁸⁸ Frage:

Wer soll entscheiden (quis iudicabit – wörtlich: wer wird entscheiden).

⁸⁵ Genau genommen sind dies in der Regel gar keine vollgültigen juristischen Personen, sie sind vielmehr nur teilrechtsfähig. Vollständige juristische Person ist nur ihre (jeweilige) Universität.

⁸⁶ § 15 Abs. 3 der Satzung des DJFT vom 5. Juni 2015.

⁸⁷ BVerfGE 7, 377 – Apothekenurteil (1958); eine der berühmtesten und wichtigsten Entscheidungen des Gerichts.

⁸⁸ Zur klassischen Unterteilung der Semiotik in Semantik, Syntaktik und Pragmatik siehe Rn. Ivor § 22.

Wer hat das letzte Wort? Wer ist, in altertümlicher Terminologie, der Befehlsgeber, wer der Befehlsempfänger? Wer befiehlt, wer hat zu gehorchen? Wer darf von wem „Rechtsgehorsam“ einfordern?

VII. ... – und ein klarer Fall richterlichen Ungehorsams

- 66 Deshalb mag am Ende dieses Paragraphen ein Fall stehen, in dem das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) dem Gesetzgeber geradezu offen den Gehorsam verweigert hat und das, was er klar und deutlich wollte, mit einem ebenso klaren „geht nicht“ konterkariert hat. Dies war die ursprüngliche Rechtslage:

Gemäß § 1 Abs. 7 BauGB (Baugesetzbuch) sind bei der Aufstellung von Bebauungsplänen – das sind die verbindlichen Vorgaben der Stadt oder Gemeinde für die Art und das Maß, mit denen in einem bestimmten Gebiet der Boden genutzt werden darf – die betroffenen privaten und öffentlichen Belange „gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen“. Aber *welche* privaten Belange? Nur die der Grundstückseigentümer in diesem Gebiet? Oder auch die Interessen derjenigen, deren Grundstücke an das Baugebiet angrenzen (ich nenne sie die Planangrenzer)?

Das BVerwG hatte den § 1 Abs. 7 BauGB bis dato nun so ausgelegt, dass die Planangrenzer kein subjektives *Recht* darauf hatten, dass ihre *Belange* in die Abwägung einfließen. Das war aber für die Planangrenzer kein Beinbruch, weil sie den Bebauungsplan gemäß § 47 Abs. 2 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung) schon dann vor dem Obergericht angreifen durften, wenn sie schützenswerten *Interessen* geltend machen konnten.

- 67 Dies wollte der Gesetzgeber nun ändern (damit mehr und schneller gebaut werden kann – ein altes Phänomen ...). Deshalb änderte er den § 47 Abs. 2 VwGO dergestalt, dass man Bebauungspläne fortan nur noch sollte angreifen dürfen, wenn man eine Verletzung in seinen *Rechten* geltend machen konnte. Für Planangrenzer also: Fehlanzeige. Aber der Gesetzgeber hatte die Rechnung ohne das Bundesverwaltungsgericht gemacht. Der Fall, den es zu entscheiden hatte, war wenig spektakulär, aber einprägsam:

A ist Eigentümer eines Grundstücks, das an einer bewaldeten Fläche liegt. Die Gemeinde erlässt einen Bebauungsplan, der dieses bewaldete Gebiet als private Grünfläche mit der Konkretisierung „Dauerkleingärten“ einschließlich Vereinsheim und Parkplatz ausweist. Das Grundstück des A wäre von diesem Gebiet nur durch einen 10 m breiten und als Pferdekoppel genutzten Schutzstreifen getrennt. A macht geltend, er werde durch den zu erwartenden Lärm unzumutbar beeinträchtigt werden. Die Gemeinde habe den Belang der Wohnruhe bei der Abwägung vernachlässigt. Kann A den Bebauungsplan angreifen?⁸⁹

Das BVerwG hat kurzerhand aus dem *nicht* bestehenden Recht auf Abwägung *der privaten Belange* des A ein subjektives Recht *auf Abwägung* der privaten Belange gemacht – und *dieses* Recht (auf Abwägung) könne er auch als Planangrenzer geltend machen.

- 68 Und nun kommt die **Pointe**: Dem Gericht sei zwar bewusst, dass der Gesetzgeber genau dies verhindern wollte. Aber – leider, leider – handele es sich bei der Frage, ob und worauf A ein „subjektives Recht“ habe, um eine Frage des „materiellen“ Rechts.⁹⁰ Die Antwort hierauf mit Hilfe des § 1 Abs. 7 BauGB⁹¹ zu „erkennen“, sei Sache des

89 BVerwGE 107, 215 – „Dauerkleingärten“/Planangrenzer (1998).

90 „Materielles Recht“ ist der Fachausdruck für die sachlichen Regelungen des Rechts. Gegensatz ist das Verfahrensrecht, insbesondere – für die Gerichte – das Prozessrecht.

91 Damals übrigens noch § 1 Abs. 6 BauGB.

Gerichts. § 47 Abs. 2 VwGO sei hingegen Prozessrecht (Verfahrensrecht) und könne am materiellen Recht nichts ändern.⁹²

Früher hätte man wohl gesagt: Da hat das Gericht dem Gesetzgeber eine lange Nase gedreht.

92 BVerwGE 107, 215 (223).

§ 17 Regeln (Rechtssätze) erfinden

- 1 Wir beschäftigen uns in diesem Dritten Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) mit der Zurichtung der drei Kernaussagen – Regel, Fall und Ergebnis –, die einen VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismus) ergeben. Dabei geht es zunächst, in diesem Kapitel 3, um die Zurichtung der *Regel*, die – verkörpert im Rechtssatz – einer Entscheidung zu Grunde liegen soll. Insofern haben wir als sozusagen Unterstufe erörtert: Regeln finden (§ 14), Regeln interpretieren (§ 15), Regeln korrigieren und anpassen (§ 16). Wir werden jetzt eine Ebene höher steigen, nämlich dorthin, wo völlig neue Regeln (Rechtssätze) erfunden werden. Nach der herrschenden Doktrin der Gewaltenteilung ist dies „eigentlich“ (*proprie*) Sache der Gesetzgebung. Allerdings sind auch die Rechtsprechung und die sogenannte Rechtslehre (grob gesagt: die akademische Rechtswissenschaft) gelegentlich sehr kreativ.

Ob das Ganze dann immer gelungen ist (zu dieser Kategorie §§ 33, 34), ist eine zweite Frage.

I. Zwei Klarstellungen

Die Überschrift „Regeln erfinden“ bedarf zweier kurzer Klarstellungen.

1. Kreativität („schöpferische“ Elemente) im Recht

- 2 Einer der roten Fäden, die sich durch die NJML ziehen, ist die Frage, welche Rolle so etwas wie Kreativität¹ in der Jurisprudenz spielt – oder, wie es in der älteren Rechtsprechung und Literatur auch heißt: ein „schöpferisches“ Moment². Insofern treten wir der Auffassung entgegen, dass eine solch schöpferische Leistung außerhalb der Logik stattfinde (§ 3 Rn. 15, 18 und öfter) und dadurch der Kritik entzogen wäre (§ 3 Rn. 21).

Insbesondere ist Kreativität kein Argument dafür, dass die entscheidenden „Wertungen“ gleichsam von außen in das juristische Denken importiert werden müssten.

Vielmehr haben wir gezeigt, dass auch Kreativität in einem Prozess logischen Schlussfolgerns stattfindet, nämlich in kreativen Schlüssen (Abduktionen), mit deren Hilfe induktive und deduktive Schlüsse zu neuen Ideen „kurzgeschlossen“ werden (§ 6 III). Zugleich „überwinden“ diese Schlüsse immer wieder die Grenze vom Unbewussten („Bauch“) zum Bewussten („Kopf“), oder besser: Sie enttarnen diese Grenze als das, was sie ist: nämlich *keine* klare Grenze.

Das ist ganz ebenso wie mit dem Schlaf und dem Wachzustand: Keine Grenze, sondern ein Übergang.

1 Dass Kreativität eine Rolle spielt, dürfte unbestritten sein, siehe etwa Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 60, 66, 78, 238. Die Frage ist nur, was man daraus folgert.

2 Insbesondere Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, z.B. S. 402–404: schöpferische Erkenntnis. In der 5. Aufl. (1983) fand sich im Sachverzeichnis noch das Stichwort „Schöpferische Leistung des Auslegenden“, in der 6. Aufl. wurde es gestrichen. Siehe in der 5. Auflage auch S. 301, 331, 352, 383 f.

Praktisch bedeutet dies: Letztlich bewegt sich alle „Geistestätigkeit“ – auch die juristische – in einem logischen Kontinuum, das – je nach dem zu bewältigenden Problem – mehr oder weniger Kreativität erlaubt oder gar verlangt. Für die **Legitimation** einer „schöpferischen Rechtsfindung“³ von Seiten der Gerichte folgt daraus **gar nichts**. 3

Siehe dazu auch unten § 27 Rn. 13 und 16, Stichwort „Soraya“.

Stattdessen sollte man immer wieder fragen, ob so viel Kreativität wirklich nötig ist (und zudem: rechtspolitisch sinnvoll⁴).

Siehe dazu auch unten § 28 II, Stichwort: „Abwägungsfehlerlehre“ im Baurecht.

2. „Regeln“ „erfinden“

Der Begriff „Regel“ soll in diesem Paragraphen in einem weiten Sinn verstanden werden. Im Kern meint Regel auch hier natürlich „Rechtssatz“, bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge (§ 14 Rn. 2). Wenn Juristen kreativ werden, geschieht dies aber häufig dergestalt, dass sie zunächst etwas Größeres als eine einzelne Regel entwerfen – ein Prinzip, ein Rechtsgut, ein Gebot, ein neues subjektives Recht – und aus diesem Größeren dann einzelne Regeln ableiten – wir haben dies bei der Interpretation von Aussagen schon beobachtet (§ 15b IV). 4

Bekanntestes Beispiel: das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“, erfunden im Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG).⁵

Man erinnere sich im Übrigen daran, dass Regeln und Begriffe im Grunde dasselbe sind, genauer: Es sind unterschiedliche Aggregatzustände von Erkenntnis (§ 5 Rn. 18–21, 120).

Die nun folgenden Beispiele für Regeln „erfinden“ unterscheiden sich daher von einigen der schon erörterten Fälle nur graduell. Trotzdem scheint mir ihre „Erfindungshöhe“ das Bisherige deutlich zu überragen, und zwar deshalb, weil ohne Ableitung aus Naheliegender, teilweise sogar im Widerspruch dazu, neue „dogmatische Figuren“ eingeführt wurden. 5

Nebenbei: Der Begriff „Erfindungshöhe“ entstammt dem Patentrecht. Im Gesetz ist er wie folgt umschrieben (§ 4 Satz 2 PatG – Patentgesetz): „Eine Erfindung gilt als auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhend, wenn sie sich für den Fachmann nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt.“

II. Neue „dogmatische Figuren“

Neue dogmatische Figuren werden aus unterschiedlichen Motiven erfunden. Man kann mit ihnen Gerechtigkeitslücken füllen (II 1), man kann versuchen, mit ihnen im Labyrinth des Gesetzes eine Abkürzung einzubauen (II 2), man kann schließlich aber 6

3 BVerfGE 34, 269 (287 f.) – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

4 Das Stichwort „Jurisdiktionsstaat“ möge ausreichen: Je mehr Kreativität die Gerichte entwickeln, desto geringer wird die demokratische Legitimation des Rechts, bei der nun einmal das (Parlaments-) Gesetz den politischen Willen des Volkes in Rechtsvorschriften übersetzt.

5 BVerfGE 65, 1 – Volkszählung (1983).

auch, ganz im Gegenteil, eine Nebelkerze zünden, um den unverstellten Blick auf das Gesetz zu verschleiern (II 3).

1. Der übergesetzliche Notstand

- 7 Die wohl bekannteste juristische Erfindung stammt aus dem Strafrecht: der sogenannte übergesetzliche Notstand. Er wurde vom Reichsgericht offiziell anerkannt und erlebt gerade eine kleine Renaissance.

Im Ausgangsfall des Reichgerichts hatte ein Arzt einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen, um die unverheiratete Frau vor dem Selbstmord zu bewahren. Der Tatbestand des § 218 StGB (Strafgesetzbuch) – Abtreibung – war damit erfüllt. Einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund⁶ konnte das Reichsgericht aus dem damaligen § 54 StGB nicht ableiten. § 54 StGB a.F. [alte Fassung] schließe es aber, so das Gericht, nicht aus, dass „aufgrund eines *daneben* bestehenden geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatzes [!] bei gewissen Notstandshandlungen (...) die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist.“⁷ Als derart ungeschriebenen Rechtssatz erkannte das Reichsgericht sodann den „Grundsatz [?] der Güter- und Pflichtenabwägung an“, so wie er von der akademischen Rechtswissenschaft bereits „erfunden“ war.⁸ Dieser Grundsatz [!] wird sodann speziell für diesen Fall konkretisiert, indem die Voraussetzungen für die Rechtfertigung des Arztes wegen der Notlage der Schwangeren (Gutsnotstand) benannt werden.⁹

- 8 Gegenwärtig wird die Frage diskutiert, ob sich Klimaschützer bei Protestaktionen (Sich-festkleben auf Autobahnen, Kunstwerke mit Suppe bespritzen) zur Rechtfertigung oder Entschuldigung auf einen übergesetzlichen Notstand berufen können – dies dürfte zu verneinen sein (ziviler Ungehorsam ist geradezu dadurch gekennzeichnet, dass man Strafbarkeit in Kauf nimmt¹⁰). Das Gleiche gilt für die vor einigen Jahren diskutierte Frage, ob ein von Terroristen entführtes Passagierflugzeug abgeschossen werden darf, bevor es in ein Atomkraftwerk (Fußballstadion, Staudamm, World Trade Center) gelenkt werden kann („Luftsicherheitsgesetz“).

Beide Fälle kann man freilich schon mit den herkömmlichen Kategorien lösen (also den §§ 34, 35 StGB). Nach hier vertretener Meinung: Im Fall Klimaschutz liegt weder Rechtfertigung noch Entschuldigung vor, der gute Wille ist aber bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.¹¹ Im Fall „Luftsicherheitsgesetz“ würde ich sogar einen rechtfertigenden Notstand bejahen.¹²

6 Zum Prüfschema im Strafrecht siehe in diesem Buch § 23 II.

7 RGSt 61, 242 (252) – Übergesetzlicher Notstand (1927) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band, Seite [Fundstelle]); Hervorhebung J.L.

8 RGSt 61, 242 (254 mit Fn. 1).

9 RGSt 61, 242 (255 f.): zuvörderst eine „gegenwärtige, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr für die Schwangere“.

10 Matthias Jahn, Klimaaktivismus und rechtfertigender Notstand, in: Juristische Schulung (JuS) 2023, 82 (84).

11 Zu den Grundsätzen der Strafzumessung (§ 46 StGB) oben § 15b Rn. 11, 25–27.

12 Anderer Ansicht (a.A.) bekanntlich BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz (2006): keine Rechtfertigung, weil die Passagiere des Flugzeugs zu einem bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht würden, was wiederum gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verstoße. Dass dies Unsinn ist,

Als weitere Anwendungsfälle des übergesetzlichen Notstands werden diskutiert: der Weichenstellerfall (auch Trolley-Problem¹³: opfere ich fünf Menschen, um 20 zu retten?) oder auch Triage-Fälle (Prioritätsentscheidungen bei der Behandlung von Kranken und Verletzten).¹⁴ Gerade im letzten Fall hat das BVerfG freilich eine *gesetzliche* Regelung dergestalt gefordert, dass in einer Pandemie (und natürlich auch sonst) „niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger ... Ressourcen benachteiligt wird“.¹⁵

9

2. Das Anwartschaftsrecht

Die wohl erfolgreichste juristische Erfindung entstammt kurioserweise dem Rechtsgebiet, das die strengste Systematik überhaupt aufweist: dem Sachenrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Das Sachenrecht ist vor allem deshalb so streng, weil in ihm grundsätzlich ein *numerus clausus* der *Rechte* besteht, die man an Sachen (das sind „körperliche Gegenstände“, § 90 BGB) haben kann: Es gibt Besitz, Eigentum und Pfandrechte an beweglichen Sachen, Eigentum an Grundstücken, als Pfandrechte Hypotheken und Grundschulden, weiterhin Reallasten etc. – aber dann ist auch Schluss.

10

Was man im Gesetz dann aber nicht findet, ist das sogenannte Anwartschaftsrecht. Es ist vielmehr eine Erfindung der Rechtslehre (d.h. der akademischen Rechtswissenschaft), die sich sodann in der Rechtsprechung neben dem Gesetz (lateinisch: *praeter legem*) durchgesetzt hat – angeblich „mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs“¹⁶.

11

Methodologisch interessant ist vor allem, dass mit dem „Anwartschaftsrecht“ zu einem schwierigen Problem ein sehr *subjektiv-rechtlicher* Ansatz gewählt wird, aus dem heraus dann die nötigen *objektiven* „Rechtssätze“ entwickelt werden (wir werden sogleich ab Rn.16 sehen, dass im öffentlichen Recht das objektive Recht die Oberhand hat). In der Diktion des Bundesgerichtshofs (BGH):

zeigt sich schon daran, dass auch die Menschen im Stadion (oder unterhalb des Staudamms oder im World Trade Center) zu Objekten staatlichen Handelns gemacht werden – nämlich eines staatlichen Unterlassens. Im Ergebnis wie hier für eine Berechtigung zum Abschuss *Christof Gramm*, Ein tragischer Held als letzter Ausweg?, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifRecht) 2006, 82–90; *Reinhard Merkel*, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten, in: Juristenzeitung (JZ) 2007, 373–385, übrigens mit deutlicher Kritik auch an der Allgegenwart des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (siehe oben § 15b Rn. 38–51).

13 Hier ist es eine Straßenbahn (*trolley*), die man umleiten könnte, um fünf Menschen auf Kosten eines einzigen zu retten. In der fachphilosophischen Ethik wurde das Problem offenbar von der englischen Philosophin *Philippa Foot* (1920–2010) bekannt gemacht; mittlerweile hat es auch im Internet Berühmtheit erlangt.

14 Zur Vertiefung: *Alexander Bechtel*, Der übergesetzliche entschuldigende Notstand, in: JuS 2021, 401–407.

15 BVerfGE 160, 79 – Pandemiebedingte Triage (2021); siehe dort Ziff. 1 und 2 der Entscheidungsformel.

16 So *Larenz* (Fn. 2), S. 398–400.

„Aufgabe der Rechtsprechung und der Rechtslehre ist es daher, die für die rechtliche Bewertung der Übertragung des [subjektiven] Anwartschaftsrechts maßgebenden [objektiven] **Rechtssätze** zu **finden**.“¹⁷ ...

- 12 Aber nun: Was *ist* eigentlich ein Anwartschaftsrecht? Im klassischen Fall sah es so aus:

Kaufmann A hatte vom Verkäufer V einen Fahrzeuganhänger gekauft. V hatte sich das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten.¹⁸ A „übereignete“ dennoch seinerseits den noch nicht vollständig bezahlten Hänger an den Dritten K (wie Kläger), die Formulierung lautete:

„Als Ausgleich für das im Jahre 1952 von Herrn J. K. ... erhaltene bare Darlehn von DM 5.000 übereigne ich heute an den Genannten meinen Dittmann-Zweiachsenanhänger, Fahrgestellnummer 2624, Baujahr 1952.¹⁹ Herrn K ist bekannt, daß ich [also der A] auf den Hänger noch einen Kaufpreisrest [an den V] zu bezahlen habe. Das Eigentum wird daher erst mit Bezahlung des Restbetrages für Herrn K voll wirksam. Es wird vereinbart, daß der vorläufig in meinem [des A] Besitz bleibende Hänger von mir für Geschäftszwecke weiter benutzt wird.“

A zahlte die letzte Kaufpreisrate am 10. Februar 1953. Bereits zuvor hatten Gläubiger des A den Anhänger pfänden lassen. K klagte gegen diese Gläubiger auf Herausgabe des Hängers.²⁰

- 13 Die Frage war nun ganz einfach: Wie war der „Schwebezustand“, in dem sich das Eigentum an Hänger bis zur letzten Ratenzahlung befand, zu bewerten? Hatte der Kläger K schon etwas rechtlich Erhebliches erworben? Oder sollte die „Übereignung“ an ihn nichts wert sein, wenn ihm jemand mit Hilfe des Gerichtsvollziehers zuvorkam? Der BGH hatte gemeint, diese Fragen mit dem Gesetz allein²¹ nicht beantworten zu können (ob das stimmt, ist umstritten und jedenfalls kompliziert²²). Stattdessen hat er den Fall gleichsam metaphorisch gelöst: Kaufmann A hatte bis zur letzten Rate zwar noch nicht Eigentum erworben, wohl aber eine „Anwartschaft“ darauf – er wird, anders gewendet, zu einem Anwartschaftsberechtigten. Dieses Anwartschaftsrecht durfte A zudem, so der BGH, auf den K übertragen, der dadurch zum Anwartschaftsberechtigten Nr. 2 wird. Was passiert aber nun, wenn die letzte Rate gezahlt wird?
- 14 Insofern gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder wird zunächst der A Eigentümer, sozusagen für eine juristische Sekunde (man bezeichnet es wirklich so), erst dann der K. Dann greift in dieser juristischen Sekunde die Pfändung seitens der Gläubiger des A durch, und der Hänger ist fort. Oder es gibt keinen solchen „Durchgangserwerb“ (wie der BGH es nennt), und der Hänger gleitet, ungestört vom ersten Anwartschaftsberechtigten

17 BGHZ 20, 88 (94) – Dittmann-Zweiachsenanhänger (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]); Klammerzusätze J.L.

18 Sogenannter Eigentumsvorbehalt.

19 Sogenannte Sicherungsübereignung.

20 BGHZ 20, 88 – Dittmann-Zweiachsenanhänger (1956).

21 Hier die §§ 158 Abs. 1, 160, 161, 185, 455, 929 BGB; die ersten vier entstammen dem Allgemeinen Teil (Bedingung, Verfügung eines Nichtberechtigten), der fünfte dem Besonderen Schuldrecht (Kauf unter Eigentumsvorbehalt) und der letzte dem Sachenrecht (Übereignung beweglicher Sachen); dass der BGH § 185 BGB (Verfügung eines Nichtberechtigten) ausdrücklich für „nicht anwendbar“ erklärt (Leitsatz 1), sei immerhin erwähnt.

22 Kritik etwa von Wolfgang Marotzke, Das Anwartschaftsrecht, ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?, Berlin 1977; Matthias Armgardt, Das Anwartschaftsrecht – dogmatisch unbrauchbar, aber examensrelevant, in: JuS 2010, 486–490.

tigten (A), direkt zum zweiten Anwartschaftsberechtigten (K) durch. Der BGH hat sich für diese zweite Lösung entschieden, man kann dies auf die Kurzformel bringen:

Kein Durchgangserwerb des Vollrechts bei Übertragung einer Anwartschaft.

Mittlerweile hat sich das Rechtsinstitut „Anwartschaftsrecht“ quer durch das Sachenrecht hindurch auch in vielen weiteren Fallgestaltungen „bewährt“ (würden seine Freunde sagen) oder gerade nicht (so seine Kritiker²³). Jedenfalls gehört es zum festen Bestand der Sachenrechtsdogmatik.²⁴ Ob es die rechtlichen Probleme wirklich vereinfacht, ist allerdings umstritten.²⁵

15

Methodologisch kann man jedenfalls festhalten: Das Anwartschaftsrecht ist eine überaus erfolgreiche Erfindung, die gewissermaßen ein Bündel von Rechtssätzen²⁶ zusammengefasst hat, noch bevor es sie gab. Das kann man mit Recht Kreativität (oder eine „schöpferische Leistung“) nennen.

3. Das Gebot der Rücksichtnahme (Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht)

Eine der kühnsten rechtlichen Regelerfindungen dürfte schließlich das sogenannte Gebot der Rücksichtnahme sein. Es wurde im Jahr 1977 vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) aus einer Verlegenheit heraus ersonnen, die in Wahrheit gar nicht bestand. Mittlerweile ist das gesamte öffentliche Baurecht, was den Nachbarschutz angeht, von diesem Gebot geradezu durchtränkt – obwohl (oder gerade weil?) es so nicht im Gesetz steht. Aus ihm ist vielmehr eine ungeschriebene Generalklausel (vgl. § 15a Rn. 51–68) geworden, die ein Eigenleben entwickelt hat und dies wohl auch entwickeln sollte. Ihre praktische Konsequenz ist nämlich: Das Gebot der Rücksichtnahme erlaubt es den Verwaltungsgerichten, sich zum Schein „im Rahmen der Gesetze“ zu bewegen und in Wahrheit Einzelfall-Judikatur zu betreiben.

16

Methodologisch betrachtet, ist schon und vor allem die Herkunft des Rücksichtnahmegebotes dubios. Dies ist die Geschichte:

23 Zum Immobiliarsachenrecht (Rechte an Grundstücken): *Mathias Habersack*, Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers – gesicherter Bestand des Zivilrecht oder überflüssiges Konstrukt der Wissenschaft?, in: JuS 2010, 1145–1150. – Zum Mobiliarsachenrecht (Rechte an beweglichen Sachen) differenzierend *Jan Felix Hoffmann*, Das mobiliarrechtliche Anwartschaftsrecht in der juristischen Ausbildung, in: JuS 2016, 289–294; entgegen dem Eindruck, den der Titel vermittelt, ist der Aufsatz gerade nicht stur auf „examensrelevante Streitfragen“ gepolt, sondern auf Verständnis der Interessen und der wirtschaftlichen Hintergründe.

24 Ausführlich *Maria-Viktoria Runge-Rannow*, Grundfälle zum Anwartschaftsrecht, Teil I, in: Juristische Ausbildung (JA) 2016, 487–493; Teil II, JA 2016, 568–575.

25 Nochmals *Armgarbt*, Das Anwartschaftsrecht, in: JuS 2010, 486–490.

26 Anspielung auf die anglo-amerikanische Theorie vom Eigentum als einem „Bündel von Rechten“; dazu etwa *Helmut Rittsteg*, Grundgesetz und Eigentum, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1982, 721–724 (722); die herrschende Dogmatik zu Art. 14 GG (Eigentum), zumal die Kommentarliteratur, vermeidet dieses Bild in schon auffällender Weise.

a) Der Fall „Schweinemäster“ und das Problem

- 17 Dem Ausgangsfall²⁷ lag der folgende Sachverhalt zu Grunde:

Kläger K ist Eigentümer eines Einfamilienhauses und Nachbar des Landwirts L. Er wendet sich gegen eine dem L erteilte Baugenehmigung zur Errichtung eines Schweinestalls. Das Haus des K liegt, gemeinsam mit anderen Einfamilienhäusern, an der Ostseite eines Genossenschaftsweges, der Hof des L auf dessen Westseite. Die umliegenden Flächen werden landwirtschaftlich genutzt. Auf dem Grundstück des L befinden sich, vom Weg zurückgesetzt, ein älteres Wohn- und Wirtschaftsgebäude sowie, unmittelbar daneben, ein Schweinestall. Näher zum Wege hin liegen zwei ältere Scheunen, die 33,50 m auseinander stehen. In diesem Zwischenraum hat L, vom Landratsamt genehmigt, einen neuzeitlichen Schweinestall errichtet und in Betrieb genommen. In dem Stall werden 300 bis 350 Schweine gemästet, er liegt etwa 25 m von dem Haus des K entfernt. L hätte den Stall auch gut woanders anlegen können.

- 18 Das im wahrsten Sinn vorrangige Problem war nun, so wie das BVerwG die Sache anging, gar nicht die Frage, ob die Entscheidung in der Sache rechtlich haltbar war. Insofern stank der Fall – er spielt in einer Zone vorherrschender Westwinde – ganz klar zum Himmel (ich nenne das gern die Dicker-Hund-Theorie²⁸). Das vorrangige Problem war vielmehr, für Nicht-Juristen schwer nachvollziehbar (und wohl auch für nicht-deutsche Juristen):

ob sich der Kläger K gegen die Baugenehmigung *überhaupt* vor Gericht wehren durfte.

Und nicht nur der Kläger – Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall²⁹ –, sondern auch künftige Kläger. Sollte da etwa „jeder kommen können“³⁰?

b) Dogmatischer Hintergrund: Die sogenannte Schutznormtheorie

- 19 „Dogmatischer“ Hintergrund der Problematik war die sogenannte Schutznormtheorie. Sie stammt aus dem 19. Jahrhundert, als man davon ausging, das öffentliche Recht diene grundsätzlich (nur) dem *öffentlichen* Interesse (also den Interessen der Allgemeinheit, vertreten durch den Staat), nicht aber den Interessen der einzelnen Untertanen. Für die Einzelnen konnte das öffentliche Recht deshalb zwar vorteilhafte „Reflexe“ erzeugen – etwa indem ein Gesetz den Gerbereien verbot, giftige Abfälle in den Fluss zu kippen. Ein *Recht* darauf, dass die Gerberei diese Vorschriften einhält, hatten die betroffenen Nachbarn aber grundsätzlich nicht.

27 BVerwGE 52, 122 – Schweinemäster (1977) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite). - Schilderung des Sachverhalts in meinen Worten, J.L.

28 Z.B. Joachim Lege, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre“? Aufräumarbeit und stille Verschiebung im Bauplanungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (362, 364, 365, 372, 373, 374).

29 Joachim Lege, Was Juristen wirklich tun, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2008, S. 207–232 (224).

30 Vgl. die drei Grundsätze der öffentlichen Verwaltung: Das haben wir schon immer so gemacht (oder auch: noch nie gemacht). Da könnte ja jeder kommen. Wo kämen wir denn dahin?

Es sei denn (so die Idee) ... dass das Gesetz, das den Gerbereien die Entsorgung der Chemikalien im Fluss verbot, „zumindest auch“ dem Schutz der Nachbarn dienen sollte. Wann dies der Fall war, musste man durch Auslegung des Gesetzes ermitteln. Anders gewendet: Man musste schauen, ob eine „Norm des objektiven Rechts“³¹ – also ein Gesetz – den betroffenen Nachbarn auch ein „subjektives öffentliches Recht“ vermitteln sollte, grob gesagt: einen Anspruch darauf, dass das Gesetz eingehalten wird. Nur dann handelt es sich um eine „Schutznorm“, aus der das subjektive (öffentliche) Recht der Untertanen „abgeleitet“ wird.

Und dieses „Recht“ braucht er, damit seine Klage Erfolg hat (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO [Verwaltungsgerichtsordnung]³²), mehr noch: damit er überhaupt klagen darf (§ 42 Abs. 2 VwGO – sogenannte Klagebefugnis³³).

Diese Schutznormtheorie gilt, mehr oder weniger unhinterfragt,³⁴ bis heute.³⁵

20

Wie sehr diese Theorie eher ein Vorwand ist, zeigt sich daran, dass die Gerichte sich zur Not eine Schutznorm aus dem Himmel des Verfassungsrechts herunterdeduzieren: Als sich Nachbarn des Flughafens Köln/Bonn gegen die Festlegung von Abflugrouten wehrten, ließ sich kein einfach-rechtliches³⁶ Schutzgesetz finden. Also hat das BVerwG aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 28 Abs. 1 GG (Grundgesetz) – der nicht einmal zitiert wird! – für jedwede staatliche Planung ein „rechtsstaatliches Abwägungsgebot“ abgeleitet, das unabhängig davon gilt, ob es „fachgesetzlich normiert“ ist.³⁷ Diesem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot hat es sodann auch den nötigen „Schutznormcharakter“ zugesprochen.³⁸

Ein weiteres plakatives Beispiel dafür, dass man eine Klage- oder Beschwerdebefugnis schon findet, wenn man sie braucht, ist das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Hier hat man – sehr kreativ – aus dem Wahlrecht zum Bundestag (Art. 21 GG) und der Stellung seiner Abgeordneten (Art. 38 GG – „Vertreter des ganzen Volkes“) abgeleitet, dass jeder einzelne Staatsbürger das subjektive Recht hat, die Demokratie des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 3 i.V.m.

31 Übliche Definition: die Gesamtheit der (abstrakt-generellen) Rechtsnormen; die Rechtsordnung.

32 Wortlaut (Hervorhebung J.L.): „Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf.“

33 Wortlaut (Hervorhebung J.L.): „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.“

34 Kritisch aber Hartmut Bauer, Über öffentliche Rechte, in: DÖV 2021, 181–193 (187, 192); ebenso bereits Hartmut Bauer, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 113 (1988), 582–631 (besonders scharf 630). Siehe auch Anna Ingeborg Scharl, Die Schutznormtheorie. Historische Entwicklung und Hintergründe, Berlin 2018.

35 Statt vieler Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 8 Rn. 8; zum Gebot der Rücksichtnahme gleich darauf ausführlich – und durchaus kritisch – Rn. 9.

36 Für Nicht-Juristen: „Einfaches Recht“ ist ein Fachterminus, nämlich alles Recht, das im Rang unter dem Verfassungsrecht (das ist der Gegenbegriff) steht.

37 BVerwGE 111, 276 (280) – Abflugrouten (2000).

38 BVerwGE 111, 276 (281).

Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) dagegen zu verteidigen, dass die Bundesrepublik zu viele Kompetenzen auf die Europäische Union überträgt.³⁹

c) Das scheinbare Dilemma im Fall „Schweinemäster“ ...

- 21 Speziell im Fall „Schweinemäster“ gab „das Gesetz“ dem Nachbarn des Landwirtes nun – scheinbar⁴⁰ – keinerlei *Recht* darauf, dass seine Belange bei der Baugenehmigung berücksichtigt würden. Für den sogenannten „Außenbereich“ gilt nämlich, dass dort gemäß § 35 Abs. 1 BauGB (Baugesetzbuch) land- und forstwirtschaftliche Betriebe „privilegiert“ sind (wie man *praeter legem* sagt⁴¹). Salopp formuliert: Wenn in der freien Landschaft schon gebaut wird, dann wenigstens nur für solche Projekte, die dorthin gehören, zuvörderst Land- und Forstwirtschaft (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB), aber auch Strom- und Gasversorgung (Nr. 3), Windenergie (Nr. 5), Atomenergie (Nr. 7), jetzt auch Solarenergie längs der Autobahnen (Nr. 8).

Jedenfalls aber: keine Wohnbebauung – wie im Fall des Klägers im Schweinemästerfall.

Derartige „sonstige Vorhaben“ sind gemäß § 35 Abs. 2 BauGB nur ausnahmsweise („im Einzelfall“) zulässig, „wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt“⁴² werden.

- 22 Wann aber sind die „privilegierten“ Vorhaben – hier der Schweinestall – zulässig? Die Antwort gibt (Hervorhebung J.L.)

§ 35 Abs. 1 BauGB Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn **öffentliche Belange** nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es

1. einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt,
2. (...).

Also: wenn *öffentliche* Belange entgegenstehen. *Nur* öffentliche Belange. Nicht also private wie das Wohninteresse des Klägers K.

Daraus folgt: § 35 Abs. 1 BauGB ist kein Schutzgesetz zu Gunsten des Nachbarn.⁴³

39 BVerfGE 89, 155 – Vertrag von Maastricht (1993). Die Erfindung stammte vom Prozessvertreter der Beschwerdeführer, dem Nürnberger Rechtsprofessor Karl Albrecht Schachtschneider; siehe *Karl Albrecht Schachtschneider/Angelika Emmerich-Fritsche/Thomas C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, in: Juristenzeitung (JZ) 1993, 751–760.

40 Wem es nicht mehr so präsent ist: „scheinbar“ bedeutet, dass es in Wirklichkeit anders ist („er ging scheinbar auf das Angebot ein, in Wahrheit hatte er andere Pläne“); wenn es wirklich so ist, wie es scheint, heißt es „anscheinend“. Wenn Sie sogar die Fußnoten lesen, können Sie mit dem Text *anscheinend* etwas anfangen. Vielen Dank!

41 Anders gewendet: Der Begriff „privilegiert“ wird im autoritativen Text (zum Begriff § 14 Rn. 22) des § 35 Abs. 1 BauGB *nicht* verwendet. Es ist vielmehr ein Begriff, der von Rechtsprechung und Lehre geprägt wurde.

42 Der wichtige Unterschied zwischen „nicht beeinträchtigt“ in Abs. 2 und „nicht entgegenstehen“ in Abs. 1 des § 35 BauGB kann hier vernachlässigt werden. Es kommt nur darauf an, dass in beiden Vorschriften allein von *öffentlichen* Belangen die Rede ist.

43 Der Vollständigkeit halber: Bis zu dieser Entscheidung hatte das Gericht als Schutzgesetz u.U. das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG herangezogen, wollte dies aber offensichtlich nicht mehr tun – wahrscheinlich, weil damit zu viele entschädigungsrechtliche Nebenwirkungen verbunden waren.

d) ... und seine kühne Überwindung: „Gebot der Rücksichtnahme“

Das BVerwG hat dieses – scheinbare, dazu sogleich unter e – Dilemma nun in einer Art Sich-drüber-Hinweghangeln überwunden. Zunächst wurde – als eine „Norm“ des „objektiven Rechts“ – ein *objektivrechtliches* Gebot der Rücksichtnahme mehr postuliert als begründet. Es heißt insofern in der Entscheidung: 23

„Vorhaben im Außenbereich können, mag es sich um privilegierte oder um sonstige Vorhaben handeln, deshalb genehmigungsunfähig sein, weil sie auf die Interessen anderer nicht genügend Rücksicht nehmen. Das hat der erkennende Senat bereits mehrfach entschieden (...). Dem läßt sich nicht mit Erfolg entgegenhalten, daß nach dem Wortlaut des § 35 BBauG⁴⁴ lediglich das Entgegenstehen (bzw. die Beeinträchtigung) *öffentlicher* Belange die Unzulässigkeit eines Vorhabens begründen kann. Das Gebot der Rücksichtnahme auf schutzwürdige Individualinteressen steht zu den öffentlichen Belangen nicht im Gegensatz. Vielmehr ist dieses Gebot zugleich ein öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 BBauG.“⁴⁵

Aber: Dieses – objektivrechtliche – Gebot der Rücksichtnahme habe nicht immer auch schon „Schutznormcharakter“⁴⁶! Mehr noch: Weil im Baurecht der Kreis derjenigen, die Rücksicht verlangen könnten, kaum abzugrenzen ist, gelte im Grundsatz („da könnte ja jeder kommen“): 24

„Dem Gebot der Rücksichtnahme korrespondieren demnach im allgemeinen keine subjektiven Rechte.“

Aber dann geht es doch wie folgt weiter: 25

„Das schließt jedoch nicht aus, daß bei einem Hinzutreten besonderer, die Pflicht zur Rücksichtnahme qualifizierender und damit zugleich individualisierender Umstände dem Gebot der Rücksichtnahme eine drittschützende Wirkung zuerkannt werden muß. Das ist in der Tat der Fall (vgl. dazu im einzelnen Weyreuther BauR 1975, 7 ff.).“⁴⁷

Mit anderen Worten: Wenn im Einzelfall gegen das (objektive) Gebot der Rücksichtnahme qualitativ (Gestank) und quantitativ (Nähe zum Wohnhaus) derart verstoßen wird, dass die Rücksichtslosigkeit „geradezu handgreiflich“ wird, dann wird das Gebot der Rücksichtnahme „drittschützend“.⁴⁸ Und daraus folgt dann auch ein *subjektives* Recht, das man vor Gericht „geltend machen“ kann (§ 42 Abs. 2 VwGO).

Das Sich-drüber-Hinweghangeln besteht also darin: Zunächst zieht man sich in einem Klimmzug hoch auf die Ebene des objektiven Rechts, handelt sich dort seitlich über den Gesetzeswortlaut („öffentliche Belange“) hinweg und lässt sich sodann auf der Seite des Schutzbedürftigen wieder herunter, um ihm beizustehen. 26

44 Die Vorschrift entspricht unverändert dem § 35 BauGB; warum das BauGB seinen Namen trägt, siehe in diesem Buch § 28 Rn. 6.

45 BVerwGE 52, 122 (125) – Schweinemäster (1977); Hervorhebung J.L.

46 Wie es in BVerwGE III, 276 (281 f.) – Abflugrouten (2000) – heißt, s.o. Rn. 20.

47 BVerwGE 52, 122 (129 f.). – Nebenbei: Felix Weyreuther (1928–1997) war auch der zuständige Berichterstatter im 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts; „BauR“ ist das Kürzel für die Zeitschrift „Baurecht“.

48 Siehe dazu sogleich in Fn. 53.

e) Unter den Teppich gekehrt: die einfache Lösung gemäß § 3 Abs. 1 BImSchG (Bundesimmissionsschutzgesetz)

- 27 Man ist nach allem durchaus versucht, dem BVerwG zu diesem Coup zu gratulieren: Da wird erstens zu Gunsten des Bürgers und zur Bekämpfung von „dicken Hunden“ eine **Regel erfunden**, die unmittelbar einleuchtet.⁴⁹ Und es wird zweitens festgelegt, wie man sie im Einzelfall anzuwenden hat, um „dem Bürger“ hinreichend Rechtsschutz zu verschaffen. Der Haken ist nur:

Man hätte diese Regel gar nicht erfinden müssen.

- 28 Es **gab** nämlich **schon eine Regel**, genauer: eine einschlägige Schutznorm, und zwar im Bundesimmissionsschutzgesetz, in Kraft getreten schon 1974 (Hervorhebung J.L.):

§ 3 Abs. 1 BImSchG Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne dieses Gesetzes sind Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit *oder die Nachbarschaft* herbeizuführen.

Deutlicher kann ein Gesetz kaum sagen, dass es gerade auch die Nachbarn schützen will (und nicht nur die objektive Rechtsordnung). Und dass dies auch im Baurecht gelten sollte, folgte ebenfalls schon aus dem Gesetz:

§ 35 Abs. 3 BauGB a.F. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere vor, wenn das Vorhaben

- den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht,
- *schädliche Umwelteinwirkungen* hervorrufen kann oder ihnen ausgesetzt wird,
- (...)

- 29 Das BVerwG hätte also ohne weiteres eine Paragraphenkette bilden können, wie man sie aus dem Zivilrecht kennt, und es hätte sich aus ihr ganz zwanglos die Schutznorm zu Gunsten des Nachbarn und Klägers ergeben:

§ 35 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m.⁵⁰ §§ 35 Abs. 3 BauGB, 3 Abs. 1 BImSchG.

f) Mutmaßungen über die wahren Gründe

- 30 Warum das Bundesverwaltungsrecht diesen einfachen Weg nicht gegangen ist, darüber kann man nur Mutmaßungen anstellen. Übersehen hat es den § 3 Abs. 1 BImSchG keineswegs, es hat ihn aber gewissermaßen unter den Teppich gekehrt. Anders gewendet: Es hat den § 3 Abs. 1 BImSchG dem § 35 BauGB untergeordnet, und dies auch nur im Rahmen des *objektiv*-rechtlichen Gebotes der Rücksichtnahme (Hervorhebungen J.L.):

„Andererseits bietet sich bei der Bemessung dessen, was den durch ein Vorhaben Belästigten zugemutet werden kann, eine *Anlehnung* [!] *an die Begriffsbestimmungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes* an. Dieses Gesetz verlangt von den Betreibern emittierender Anlagen, mögen diese Anlagen immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtig sein oder nicht, daß vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen unterbleiben. Schädliche Umwelteinwirkungen sind nach § 3 BImSchG alle „Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind,

49 Nochmals zur Klarstellung (siehe schon oben Rn. 4): Das Gebot der Rücksichtnahme wird zwar als „Gebot“ bezeichnet, es lässt sich aber zwanglos als *Regel* formulieren. Etwa so: „(Auch) im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn es auf schützenswerte private Belange ausreichend Rücksicht nimmt.“

50 Abkürzung für „in Verbindung mit“.

Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft [...] hervorzurufen“.⁵¹

Dann aber kein Wort über den expliziten Nachbarschutz in § 3 BImSchG, sondern Ausweichen auf einen eher nebulösen Nebenkriegsschauplatz:

„Einwirkungen dieses Grades – und nicht erst enteignende Beeinträchtigungen oder „ernste Gesundheitsbeeinträchtigungen“ – sind den davon Betroffenen grundsätzlich nicht zumutbar. Dabei ist, wie klargestellt werden mag, die Unzumutbarkeit in dem hier erörterten Sinne (...) nicht identisch mit dem enteignungsrechtlichen Begriff der Unzumutbarkeit.“⁵²

Wie gesagt, man kann nur mutmaßen, warum das BVerwG den § 3 Abs. 2 BImSchG nicht unmittelbar angewendet hat, um einen Drittschutz/Nachbarschutz⁵³ zu begründen. Der Umweltschutz und das Umweltbewusstsein steckten im Jahr 1977 noch in den Kinderschuhen, das BImSchG war gerade erst 1974 in Kraft getreten. Möglicherweise befürchtete das Gericht, dass sich nun allzu viele Kläger auf dessen Nachbarschutz berufen würden. Daher war die Wohltat des Gerichts zu Gunsten des Klägers wohl eher ein Abwürgen künftiger Klagen von Nachbarn, bei denen der Fall nicht ganz so krass lag. Ihnen konnte man mit Hilfe des „grundsätzlich“ nur objektiv-rechtlichen Gebotes der Rücksichtnahme entgegenhalten: Ihr seid nicht „qualifiziert und individualisiert“ genug betroffen, um euch erfolgreich zu wehren.

Zudem eröffnete das Rücksichtnahmegebot jederzeit das Tor zu einer **Abwägung im Einzelfall**, bei der das Gericht auch gleich erkennen lässt, auf wessen Seite es vorrangig steht (Hervorhebungen J.L.):

„Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugute kommt, *um so* mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, *um so* weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalles wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist. Dabei muß allerdings demjenigen, der sein eigenes Grundstück in einer sonst zulässigen Weise baulich nutzen will, insofern ein **Vorrang** zugestanden werden, als er berechnete Interessen nicht deshalb zurückzustellen braucht, um gleichwertige fremde Interessen zu schonen. Das gilt noch verstärkt, wenn sich bei einem Vergleich der beiderseitigen Interessen derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, zusätzlich darauf berufen kann, daß das Gesetz durch die Zuerkennung einer Privilegierung seine Interessen grundsätzlich höher bewertet wissen will, als es für die Interessen derer zutrifft, auf die Rücksicht genommen werden soll.“⁵⁴

Diese Passage geht der zu „§ 3 BImSchG“ zitierten Passage⁵⁵ unmittelbar voraus.

51 BVerwGE 52, 122 (126) – Schweinemäster (1977); erwähnt wird auch § 35 Abs. 3 BBauG (Rn. 21).

52 BVerwGE 52, 122 (126 f.). Zum eigentumsrechtlichen Hintergrund siehe Fn. 43 und auch die Darstellung bei *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht, (Fn. 35), § 8 Rn. 9 (S. 182 f.).

53 Im vorliegenden Kontext bedeutet beides dasselbe. „Drittschutz“, weil die Behörde der „Erste“ ist, der Adressat der Baugenehmigung der „Zweite“ und der von ihr mittelbar betroffene Nachbar der „Dritte“.

54 BVerwGE 52, 122 (126) – Schweinemäster (1977); Hervorhebungen J.L.

55 Siehe bei Fn. 51.

g) Weitere methodologische und pragmatische Kritik (Besen, Besen, seid's gewesen ...)

- 33 Wie eingangs gesagt, hat das Gebot der Rücksichtnahme in den folgenden Jahren das gesamte Nachbarrecht gleichsam durchtränkt: Nach der Doktrin des BVerwG handelt es sich allerdings nicht um einen allgemeinen Grundsatz, der das gesamte öffentliche Baurecht umfasst, auch nicht – das ist durchaus erfreulich⁵⁶ – um ein unmittelbar aus der Verfassung abgeleitetes Rechtsgebot.⁵⁷ Vielmehr ist es immer nur Bestandteil einzelner gesetzlicher Vorschriften des Baurechts, also insbesondere der §§ 30 ff. BauGB.⁵⁸ Als Beispiel mag genügen (Hervorhebung J.L.):

§ 34 Abs. 1 BauGB Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung *einfügt* und die Erschließung gesichert ist.

Hier liest das BVerwG in das Gesetzeswort „einfügen“ das *praeter legem* entwickelte objektiv-rechtliche Gebot der Rücksichtnahme hinein – und leitet daraus dann je nach den Umständen des Einzelfalls einen Nachbarschutz ab oder auch nicht. (Ich habe mich immer gefragt, warum man nicht auch hier den direkten Weg gegangen ist und aus dem „Einfügen“ unmittelbar einen Nachbarschutz abgeleitet hat.)

Weitere Vorschriften, in die das Gebot der Rücksichtnahme hineingelesen wird, sind § 30 BauGB (beplanter Innenbereich), § 31 Abs. 2 BauGB (Befreiung von Festsetzungen des Bebauungsplans), § 15 BauNVO (Baunutzungsverordnung).

- 34 Eine methodologische Kritik an dieser Dogmatik liegt auf der Hand. Wenn das Rücksichtnahmegebot vom BVerwG „in die Gesetzestatbestände mehr hineingelesen als [aus ihnen] herausgeholt“ wird⁵⁹ – dann widerspricht dies der Bindung der Gerichte primär an das Gesetz. *De facto* handelt es sich nämlich um die Schaffung einer neuen Regel, die als „richterrechtliche Generalklausel“ dem Gesetz vor- oder nachgeschaltet wird (auf die Genauigkeit der Metapher kommt es nicht an⁶⁰). Eine solche Regel zu schaffen ist aber Sache des Gesetzgebers.
- 35 Pragmatisch betrachtet, wirft man dem BVerwG zudem mit Recht vor, dass sein Ansatz der Kasuistik Tür und Tor öffnet und dann die einzelfallbezogene Abwägung, die sich das Gericht jederzeit offenhält, zu kaum noch voraussehbaren Ergebnissen führt.⁶¹ Immerhin haben sich mittlerweile einigermaßen feste Fallgruppen herausgebildet.⁶²

56 Vgl. meine Kritik an einer Überanstrengung des Verfassungsrechts in § 14 Rn. 65 – Berücksichtigung von Präjudizien –, § 15a Rn. 84 – Polizeieinsätze bei Fußball-Bundesligaspielen – und § 23 Rn. 8 – Gelenkbolzenschellen, Ebay, Schmähkritik.

57 Das betont auch etwa *Peter Sperlich*, Ein Meilenstein des Verwaltungsrechts: 40 Jahre „Schweinemästerfall“, in: JA 2017, 38–42 (40).

58 Sie regeln die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im beplanten Bereich (§§ 30–33), im unbeplanten Innenbereich (§ 34) und im Außenbereich (§ 35).

59 So *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 35), § 8 Rn. 9 (S. 183).

60 Für „nachschalten“ spricht, dass das Rücksichtnahmegebot gegenüber anderen drittschützenden Normen subsidiär sein soll, siehe etwa *Sperlich*, Meilenstein, in: JA 2017, 38 (41).

61 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 35), § 8 Rn. 9 (S. 180); versöhnlicher *Sperlich*, in: JA 2017, 38 (41), mit Hinweis auf die mittlerweile erfolgte Fallgruppenbildung („erdrückende Wirkung“, Wertminderung etc.).

Das Gebot der Rücksichtnahmen gilt übrigens auch in der umgekehrten Richtung. Landwirte (privilegiert) können mit ihm folglich eine „heranrückende Wohnbebauung“ abwehren.⁶³ Ein wenig skurril dann allerdings folgende Konstellation: In Rheinland-Pfalz wollten sich (genehmigte) Spielhallen und Sportwettbüros mit Hilfe des Rücksichtnahmegebots dagegen wehren, dass im Umkreis von 500 Metern Luftlinie Einrichtungen geschaffen werden, „die überwiegend von Minderjährigen besucht“ werden“ (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 LGLüG – Landesglücksspielgesetz). Angesichts von rund 800 solcher Betriebe wäre für „Schulen, Jugendzentren, Freizeittreffs und Sportplätze, aber möglicherweise auch auf Jugendliche ausgerichtete Einzelhandelsgeschäfte, Cafés oder Restaurants“ wenig Platz geblieben.⁶⁴

Kurz und gut: Die Zauberformel „Gebot der Rücksichtnahme“ hat mittlerweile eine Eigendynamik oder, wenn man so will: ein Eigenleben entwickelt, das nur schwer unter Kontrolle zu bringen ist. Man sollte daher überlegen: Was würde passieren, wenn man sie einfach abschaffte und ganz einfach nur den einfachen Gesetzestext auslegen würde? „Besen, Besen! Seid’s gewesen!“⁶⁵ 36

h) Schlussbetrachtungen

Alles in allem stellt sich das Gebot der Rücksichtnahme als eine recht windige Erfindung dar, deren Herkunft kaum hinterfragt wird. Das methodologische Hauptargument gegen sie lautet: Es hätte dieser Erfindung gar nicht bedurft. Man hätte den klassischen Fall „Schweinemäster“ sehr gut ohne diesen kreativen Aufwand lösen können. 37

Bei einem weiteren klassischen Fall aus dem Bauplanungsrecht – dem Fall „Überschuldeter Landwirt“ – werden wir das Gleiche beobachten (§ 28 Rn. 27).

Des Weiteren spricht gegen das Rücksichtnahmegebot: Die Regel, auf die man es reduzieren kann, ist äußerst vage: „Eine bauliche Anlage ist zulässig, wenn sie auf alle relevanten Interessen ausreichend Rücksicht nimmt.“ Damit ist allerdings ein Ideal postuliert, das schwer zu verwirklichen ist und über das kaum je Konsens erzielt werden dürfte. 38

Nichtsdestoweniger ist das Anliegen berechtigt, bei der Zulassung baulicher Anlagen die ganz „dicken Hunde“ nicht durchgehen zu lassen. Dann aber wäre es einfacher, treffender und methodenehrlicher, gleichsam die Beweislast⁶⁶ umzukehren und lediglich ein **Verbot der Rücksichtslosigkeit** zu konstruieren – etwa als Analogie zu

62 Michael Uechtritz, Das baurechtliche Rücksichtnahmegebot: Konkretisierung von Reichweite und Inhalt durch Fallgruppenbildung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2016, 90: (1) „Erdrückende“ und „optisch bedrängende“ Wirkung, (2) Stellplatzproblematik, (3) Immissionskonflikte. – Methodologisch zur Fallgruppenbildung oben § 15a Rn. 65–67.

63 BVerwG DÖV 2001, 251 – Angeblich geplanter Mastschweinestall; daher wurde im konkreten Fall der Abwehranspruch des Landwirts verneint.

64 Thomas Würtenberger, Neues vom „Schweinemäster“. Der Abwehranspruch von Spielhallen und Sportwettbüros gegen heranrückende Einrichtungen für Minderjährige, in: Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland (LKRZ) 2012, 399–404.

65 Johann Wolfgang von Goethe, Der Zauberlehrling (1797).

66 Zur Beweislast unten § 22 Rn. 12, 21 f. – Ein Plädoyer, die Idee der Beweislast auch auf die Rechtsfrage auszuweiten: Dominik Richers, Rechtslast. Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifeln bei der Rechtsanwendung, Berlin etc. 2017.

§ 242 BGB (Treu und Glauben) im Baurecht. Damit würde dann auch die leidige Schutznormtheorie obsolet.

- 39 Im Grunde ist der gesamte Ansatz der „Schutznormtheorie“ ein Anachronismus. In einem Staat, der seine Menschen nicht als „Untertanen“, sondern als Rechtssubjekte ansieht, die dem Staat prinzipiell gleichrangig begegnen („auf Augenhöhe“), haben diese Menschen subjektive Rechte eben deshalb, weil auch sie öffentlich-rechtlich Rechtssubjekte sind. Ihnen müssen solche Rechte nicht erst aus der Fürstenloge des objektiven Rechts gewährt werden, schon gar nicht als Kollateralschutz. Dass die Reichweite dieser subjektiven öffentlichen Rechte nicht grenzenlos sein kann, liegt auf der Hand – wer in Greifswald wohnt, kann nicht eine Baugenehmigung in München anfechten. Aber ist es nicht, statt nach Schutznormen zu suchen, viel ehrlicher, Inhalt und Grenzen eines subjektiven Rechts mit den schutzwürdigen Interessen zusammenfallen zu lassen? Wer am Flugplatz wohnt, muss gegen den Lärm von Abflugrouten gerichtlich vorgehen dürfen. Wer am Mühlenberger Loch lediglich spazieren geht, kann rechtlich gegen die Airbus-Flugplatz-Erweiterung nichts ausrichten.⁶⁷ Subjektive *Gerechtigkeit* besteht eben auch darin, sich nicht in Dinge einzumischen, die einen nichts angehen.⁶⁸

III. Resümee

- 40 Wir haben in diesem § 17 drei Beispiele dafür erörtert, dass Juristen neue Regeln häufig erst erfinden müssen: den übergesetzlichen Notstand im Strafrecht, das Anwartschaftsrecht im deutschen Sachenrecht und das sogenannte Gebot der Rücksichtnahme im öffentlichen Baurecht. Allen dreien muss man eine gewisse Erfindungshöhe zugestehen, die aus ihnen mehr macht als eine bloße Gesetzeskorrektur.

Methodologisch interessant war, dass die „Vision“ des Neuen eher vom subjektiven Recht der Akteure ausgehen kann (Anwartschaftsrecht) oder – aber dies vielleicht nur scheinbar? – vom objektiven Recht (Gebot der Rücksichtnahme). Überzeugend waren die beiden Beispiele, in denen die Gerichte Innovationen übernommen haben, die von der akademischen Rechtswissenschaft bereits vor-reflektiert waren (übergesetzlicher Notstand, Anwartschaftsrecht). Demgegenüber wirkt das dritte Beispiel, also die Ad-hoc-Erfindung des Bundesverwaltungsgerichts (Gebot der Rücksichtnahme), auf den ersten Blick eher gut gemeint als gut gemacht; auf den zweiten Blick wirkt sie verdächtig.

⁶⁷ Zu diesem auch rechtlichen Großprojekt eingehend *Ulrike Verch*, Die Airbus-Werkserweiterung im Widerstreit der Interessen. Rechtsfragen der Planung von Großprojekten am Beispiel des Luftfahrtindustriestandorts Hamburg-Finkenwerder, Tübingen 2025. – Das Mühlenberger Loch – eine Bucht der Elbe mitten in Hamburg gegenüber von Blankenese – war Europas größtes Süßwasserwatt und dementsprechend die Heimat vieler gefährdeter Arten (z.B. Löffelente und Krickente); es musste zu einem großen Teil der Erweiterung des Airbus-Werksgeländes weichen. Die Erweiterung wurde angeblich nötig, um dort den Großraum-Airbus A380 bauen zu können. Allerdings erfolgte die Endmontage dann doch im Hauptwerk Toulouse. – Mittlerweile wurde die Produktion des A380 eingestellt.

⁶⁸ *Platon*, *Politeía* 433a, hat Gerechtigkeit definiert als: „das Seine tun und sich nicht in Vieles einmischen“ – *ta hautou práttēin kai mē polypragmonein*. Allerdings könnte man *kai mē polypragmonein* wohl auch etwas milder mit „sich nicht verzetteln“ übersetzen (*póly* = viel, *prágma* = Geschäft, Unternehmung; Tatsache, Ding) – Platons Werke werden nach der sogenannten Stephanus-Ausgabe mit Seite und Abschnitt zitiert.

§ 18 Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen

Regeln sind nicht immer gut aufeinander abgestimmt. Sie können sich sogar offen widersprechen. Bereits in der antiken Gerichtsrhetorik hat man dies diskutiert und Regeln für den Umgang mit Regeln entwickelt – so etwa, wenn zwei Gesetze sich in einem konkreten Fall im Ergebnis widersprechen (*leges contrariae*). 1

Als Beispielsfall hatten wir genannt (§ 2 Rn. 15): Das eine Gesetz besagt, dass demjenigen, der einen Tyrannen tötet, im *gymnasion* (= dem öffentlichen Sportzentrum) ein Standbild gewidmet wird. Das zweite Gesetz verbietet im *gymnasion* Standbilder von Frauen. Wie, wenn eine Frau den Tyrannen getötet hat?¹

Was das heutige Recht angeht, so kann man bei den Regeln über das Aufeinanderabstimmen von Regeln vier Konstellationen unterscheiden.² Sie entsprechen allerdings nicht unterschiedlichen Schwierigkeitsgraden, vielmehr gibt es bei allen eher leichte und eher schwere Fälle. 2

In der ersten Konstellation – Konkurrenzen – kann sich ein rechtliches Wollen (gerichtet z.B. auf Schadensersatz oder Bestrafung) auf mehrere Regeln (als Gründe) stützen (I). In der zweiten Konstellation – Kollisionen – gibt es Regeln, die sich widersprechen (II). Die dritte Konstellation – „Konforme“ Auslegung – ist rechtlich und methodisch relativ neu, letztlich aber ein Unterfall der systematischen Auslegung (III). Relativ neu ist als Methode auch – vierte Konstellation – die „Abwägung“ (IV). Zu ihr gibt es noch keinen allgemein gängigen „Methodenkanon“ wie bei der Auslegung (Stichwort Savigny, § 15d) – außer in der Grundrechtsdogmatik, was allerdings wenigen bewusst sein dürfte.³

I. Konkurrenzen

Erste Konstellation also: Es gibt im Hinblick darauf, was „am Ende rechtlich herauskommen soll“, mehrere „Rechtsgrundlagen“. 3

Vor allem im Zivilrecht spricht man von „Anspruchsgrundlagen“, vor allem im Öffentlichen Recht von „Ermächtigungsgrundlagen“⁴ (auf Grund derer die öffentliche Gewalt in Rechte der Bürger eingreifen darf).

1 Marcus Fabius Quintilianus, *Institutionis Oratoriae Libri XII* (Ausbildung zur Redekunst in 12 Büchern). Deutsch-lateinische Ausgabe: *Ausbildung des Redners*, 2 Bände, Darmstadt 2006 (Nachdruck der 3. Aufl. 1995), VII 7, 5.

2 Siehe aber auch Tristan Barczak, *Rechtsgrundsätze. Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung*, in: *Juristische Schulung* (JuS) 2021, 1–7. Bei diesen (als „allgemein“ verstandenen) Rechtsgrundsätzen ist mir nicht klar, worauf ihre rechtliche Geltung beruht – es klingt ein bisschen nach „Juristenrecht“ als „Rechtsquelle“ (wie bei Savigny). Barczak sieht in den Rechtsgrundsätzen „ein zeitloses normatives Koordinatensystem, das auf einem Wertekonsens gründet“ (7).

3 Gemeint ist das Prüfungsschema „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung des Eingriffs“, siehe unten Rn. 92–94.

4 Kleiner Hinweis für Jurastudenten: Wenn in einer Klausur ein Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Vertrag in Betracht kommt, dann ist der Korrektor sehr traurig, wenn Studenten eine *Ermächtigungsgrundlage* prüfen (statt *Anspruchsgrundlage*). Sie zeigen damit, dass sie nach einem „Schema F“ arbeiten, das sie nicht wirklich verstanden haben.

Anders gewendet: Es kommen dort mehrere Rechtsregeln „zur Anwendung“. Kann ein Gericht zum Beispiel, wenn jemand bei einem Einbruchsdiebstahl (§ 243 Abs.1 Nr.1 StGB – Strafgesetzbuch) zugleich und unvermeidlich auch einen Hausfriedensbruch begeht (§ 123 StGB), diesen Hausfriedensbruch ignorieren? Und wie ist es, wenn mehrere Grundrechte verletzt sein könnten? Wie schließlich, wenn im Zivilrecht mehrere Ansprüche des A gegen den B (die aus verschiedenen Regeln abgeleitet werden) nebeneinander stehen?

1. Konkurrenzen im Strafrecht

- 4 Am bekanntesten ist die Konkurrenzlehre des Strafrechts.⁵ Dort ist sie, was das Einfachste angeht – nämlich das Verhältnis mehrerer Regeln *zu einer Tat* oder auch zu mehreren Taten –, gesetzlich geregelt (a). Schwieriger zu bestimmen ist das Verhältnis mehrerer Regeln *zueinander*, allerdings hat sich insoweit eine mehrheitlich akzeptierte Dogmatik entwickelt (b). Im Einzelnen kann es dennoch kompliziert werden (c).

a) Tateinheit und Tatmehrheit („Idealkonkurrenz“ und „Realkonkurrenz“)

- 5 Gesetzlich geregelt ist, wie gesagt, das Einfachste, aber auch Wichtigste: Was ist als **Rechtsfolge** zu verhängen, wenn im Hinblick auf die zu verhängende Strafe mehrere Taten und/oder mehrere Gesetze in Betracht kommen (Hervorhebungen J.L.; StGB = Strafgesetzbuch)?

§ 52 StGB Tateinheit (1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf **eine Strafe** erkannt.

(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

Man nennt dies auch (warum auch immer, aber man muss es als Jurist wissen) „Idealkonkurrenz“.⁶

§ 53 StGB Tatmehrheit (1) Hat jemand mehrere Straftaten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, und dadurch mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Geldstrafen verwirkt, so wird auf eine **Gesamtstrafe** erkannt.

(2) Trifft Freiheitsstrafe mit Geldstrafe zusammen, so wird auf eine Gesamtstrafe erkannt. Jedoch kann das Gericht auf Geldstrafe auch gesondert erkennen; soll in diesen Fällen wegen mehrerer Straftaten Geldstrafe verhängt werden, so wird insoweit auf eine Gesamtgeldstrafe erkannt.

Man nennt dies auch, warum auch immer,⁷ „Realkonkurrenz“.

5 Zum Einstieg etwa: *Urs Kindhäuser/Till Zimmermann*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Baden-Baden 2022, §§ 44–48.

6 Im Einzelnen dann den ersten Fall „ungleichartige Tateinheit/Idealkonkurrenz“, den zweiten Fall „gleichartige Tateinheit/Idealkonkurrenz“, siehe *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 5), § 47 Rn. 1.

7 Ich reime es mir so zusammen: „Realkonkurrenz“, weil mehrere „Sachen“ (lateinisch *res*), das heißt: mehrere Handlungen in der Außenwelt, nebeneinander stehen; „Idealkonkurrenz“, weil man ein und dieselbe Handlung unter mehrere Begriffe („Ideen“, „Ideale“) subsumieren kann.

b) Das Verhältnis mehrerer Straftatbestände zueinander („Gesetzeskonkurrenz“)

6

Wie sich allerdings einzelne Strafgesetze (oder auch: Straftatbestände, das kann man synonym verwenden) *abstrakt* zueinander verhalten, das ist nicht gesetzlich geregelt und kann sowohl generell als auch im Detail durchaus streitig sein. Im Wesentlichen gibt es vier Möglichkeiten⁸:

- (1) Zwei Gesetze schließen sich gegenseitig aus – Beispiel: Diebstahl (§ 242 StGB) und Betrug (§ 263 StGB);
- (2) ein zweites Gesetz ist ein Spezialfall des ersten Gesetzes – Beispiele: Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist gegenüber dem einfachen Diebstahl eine „Qualifikation“, Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) eine „Privilegierung“ gegenüber dem Totschlag (§ 212 StGB);
- (3) ein zweites Gesetz kommt nur zum Zug, wenn das erste nicht zum Zuge kommt („Subsidiarität“), z.B. ein Unterlassungsdelikt erst dann, wenn kein Begehungsdelikt einschlägig ist (man „lässt“ das Opfer „auch noch verbluten“); oder § 246 StGB (Unterschlagung) in seiner neuen Fassung;
- (4) ein Gesetz geht in einem anderen auf („Konsumtion“) – Beispiel: Nötigung (§ 240 StGB) im Raub (§ 249 StGB), Hausfriedensbruch im Einbruchdiebstahl.

c) Insbesondere: Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB)

7

Berühmt ist der Streit, in welchem Verhältnis die beiden Strafgesetze Totschlag (§ 212 StGB) und Mord (§ 211 StGB) zueinander stehen. Nach herrschender (akademischer) Lehre ist Mord eine Qualifikation des Totschlags, die Rechtsprechung meint hingegen, es seien zwei selbstständige Straftatbestände. Der Streit ist nur von seinen **praktischen Konsequenzen** her zu begreifen, und diese betreffen gar nicht den Täter, sondern eventuelle **Teilnehmer** (Anstifter und Gehilfen, also etwa jemanden, der „Schmiere steht“). Erfüllt ein solcher Teilnehmer selbst keines der „persönlichen Mordmerkmale“⁹, handelt er z.B. selbst *nicht* aus Habgier (so wie der von ihm gedungene [= angestiftete] Auftragsmörder), so gibt es zwei Möglichkeiten:

- Entweder ist die in § 211 StGB genannte Habgier ein persönliches Merkmal, dass die Strafbarkeit wegen Totschlags (§ 212 StGB) *verschärft* („Qualifikation“) – dann liegt *beim Teilnehmer* nur Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag vor (§ 28 Abs. 2 StGB¹⁰).
- Oder § 211 StGB ist ein selbstständiges Delikt, dann hat der Teilnehmer zum Mord angestiftet bzw. dazu Beihilfe geleistet; die Strafe ist lediglich zu mildern (§ 28 Abs. 1

⁸ Bei *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 5), § 46, fehlt die erste; sie listen auf: Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion.

⁹ Sie finden sich in der ersten und dritten Gruppe der Mordmerkmale, also (1) „aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen“ und (3) „um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken“.

¹⁰ Die Vorschrift lautet (Hervorhebung J.L.): „Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe *schärfen, mildern oder ausschließen*, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.“

StGB¹¹). Für den Anstifter ist dies besonders hart: Er wird grundsätzlich „gleich einem Täter bestraft“ (§ 26 StGB), hier also mit „lebenslänglich“. Beim Gehilfen „richtet“ sich die Strafe nach der Haupttat; sie ist ebenfalls zu mildern, § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB¹²).

- 8 Mir erscheint die erste Lösung deutlich **gelungener** (zu dieser Kategorie §§ 33–34): Es ist auf der einen Seite schwer einzusehen, dass jemandem die Beteiligung an einem Mord wegen eines *persönlichen* Merkmals vorgeworfen wird, das er selbst *persönlich* gerade nicht erfüllt. Auf der anderen Seite kann, wenn Mord die Qualifikation des Totschlags ist, ein „qualifizierter“, z.B. habgieriger Anstifter eben wegen Anstiftung zum Mord bestraft werden („gleich einem Täter“!), auch wenn beim eigentlichen Täter kein Mordmerkmal vorliegt, wenn dieser also „nur“ wegen Totschlags zu belangen ist.¹³

Ein solcher Fall lag der bis heute durchgehaltenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) zu Grunde (er spielt in der Endphase des Zweiten Weltkriegs): Der Anstifter hatte aus Rachsucht wahrheitswidrig behauptet, das Opfer, ein Gendarmeriemeister, habe Fremdarbeiter getötet. Daraufhin wurde dieser von amerikanischen Soldaten erschossen.¹⁴ (Rachsucht ist ein „niedriger Beweggrund“ im Sinn des § 211 StGB.)

2. Anspruchskonkurrenzen im Zivilrecht

- 9 Um es zu wiederholen: Wenn *Ansprüche* miteinander konkurrieren, dann konkurrieren „dahinter“ natürlich auch die *Regeln*, aus denen diese Ansprüche abgeleitet werden. Wenn nach einem Autounfall der A vom B Schadensersatz sowohl „aus § 823 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)“ als auch „aus § 7 StVG (Straßenverkehrsgesetz)“ verlangen kann, dann könnte man ganz naiv fragen, ob er denn zweimal Schadensersatz bekommt. Natürlich ist dies nicht der Fall, vielmehr liegt auch hier lediglich „Idealkonkurrenz“ vor.

a) Ansprüche aus Gesetz und aus Vertrag

- 10 Man unterscheidet ganz grob zwischen Ansprüchen „aus Gesetz“ – das sind u.a. die soeben genannten – und Ansprüchen „aus Vertrag“. Im ersten Fall ergeben sie sich in der Tat direkt aus dem Gesetz selbst, anders gewendet: Das Gesetz ist der autoritative Text („Rechtsquelle“, § 14 Rn. 22), der die Regel ausdrückt. Bei den Ansprüchen „aus Vertrag“ ist dies anders. Dort ergibt sich der Anspruch nicht etwa „aus § 433 Abs. 2 BGB“, sondern „aus dem Kaufvertrag“, den A und B miteinander geschlossen haben. Anders gewendet: Der *autoritative Text*, der die Regeln enthält, aus denen sich der

11 Die Vorschrift lautet (Hervorhebung J.L.): „Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters *begründen*, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.“

12 § 27 Abs. 2 StGB lautet: „Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.“

13 Zu allem statt vieler *Christoph Safferling*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 3 bis 7.

14 BGHSt 1, 368 – „Standrechtliche“ Erschießung durch amerikanische Soldaten im April 1945 (1951) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite).

Anspruch des A auf Zahlung des Kaufpreises und der Anspruch des B auf Lieferung und Übereignung der Kaufsache ergeben, ist das, was *sie selbst* – schriftlich, mündlich oder in sonstiger Weise – vereinbart haben.

Es ist also zumindest ungenau zu schreiben: „Der Anspruch des A auf Zahlung von 1.000 Euro könnte sich aus § 433 BGB ergeben.“ Es muss heißen: „A könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 Euro aus dem Kaufvertrag vom ... haben (§ 433 Abs. 2 BGB).“

Allerdings ist dies häufig nicht viel. Die §§ 433 bis 453 BGB¹⁵ regeln deshalb subsidiär, was in einem Kaufvertrag üblicherweise vereinbart wird, obwohl es nicht ausdrücklich gesagt wird („bitte übereignen Sie mir dieses Mohnbrötchen“). Hinzu kommt all das, woran man meist gar nicht denkt, z.B. an die Folgen bei Schlechtleistung oder an die Verjährung. Die Parteien können allerdings vieles davon auch *anders regeln* (!).¹⁶

Nebenbei: Die Unterscheidung von Ansprüchen „aus Gesetz“ und „aus Vertrag“ findet sich schon bei Aristoteles. Er unterscheidet bei den „Gegenseitigkeitsverhältnissen“ (*synallágmata*)¹⁷ die unfreiwilligen (*ákōn*) von den freiwilligen (*hékōn*) – siehe schon oben § 11 Rn. 37–39).

b) Übliche Konkurrenzen in beiden Bereichen

Sowohl bei Ansprüchen aus Vertrag als auch aus Gesetz kann es nun weitere Konkurrenzen geben.

Bei den Ansprüchen „aus Vertrag“ gibt es Verträge, die sich gegenseitig ausschließen, z.B. der Dienstvertrag (man schuldet seine Arbeit, §§ 611–630 BGB) und der Werkvertrag (man schuldet einen Erfolg, z.B. dass der Wasserhahn nicht mehr tropft, §§ 631–649 BGB). Manche Verträge können sich derart überschneiden, dass schon das Gesetz eine Regelung trifft. Wenn z.B. der Klempner einen neuen Wasserhahn mitbringt und ihn einbaut, ist dies eine Kombination von Kaufvertrag und Werkvertrag, genannt Werklieferungsvertrag; auf ihn ist grundsätzlich Kaufrecht anzuwenden (§ 650 BGB). Schließlich gibt es sogenannte typengemischte Verträge, am bekanntesten ist der Bewirtungsvertrag im Restaurant (Getränke: Kaufvertrag; Speisen: Werkvertrag; Tisch: Mietvertrag; Bedienung: Dienstvertrag). Wenn es hier zu Schlechtleistungen kommt, ist das jeweils am besten passende Vertragsrecht anzuwenden.

Weiteres schönes Beispiel: Ist der Vertrag mit einem Schönheitschirurgen ein schlichter Dienstvertrag (§ 611 BGB) – dann schuldet der Chirurg seine Dienstleistung, d.h. sein fachgerechtes Bemühen, nicht den Erfolg? Oder ein Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) wie beim normalen Arzt (ein neu geschaffener Sonderfall des Dienstvertrags mit weiteren Pflichten gegenüber dem Patienten). Oder ist es eher ein

¹⁵ Hinzu kommen Regelungen für besondere Arten des Kaufs (§§ 454–479 BGB), zum Beispiel für den Verbrauchsgüterkauf.

¹⁶ Nur in der Fußnote: Manche Vorschriften sind allerdings nicht disponibel, sogenanntes zwingendes Recht. Mittlerweile wohl populärstes Beispiel: Die Möglichkeit des Widerrufs beim Verbrauchervertrag, § 355 BGB. Genauer: Die §§ 355 ff. BGB sind halbzwingend, d.h., nur Abweichungen zuungunsten des Verbrauchers sind unwirksam (§ 361 Abs. 2 Satz 1 BGB).

¹⁷ Das „Synallagma“ ist Juristen aus der heutigen Dogmatik zum gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff. BGB) ein Begriff, siehe nur Astrid Stadler, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl., München 2023, § 320 Rn. 7).

Werkvertrag – geschuldet wird dann, wenn nichts anderes vereinbart ist, ein Werk, das „eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist“ (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB)? Oder ein gemischt-typischer Vertrag?¹⁸

- 13 Ansprüche „aus Gesetz“ gibt es eine ganze Reihe, neben den schon erwähnten Ansprüchen aus unerlaubter Handlung (man sagt auch: aus Delikt) –

§§ 823 ff. BGB: A zerstört eine Vase des B, er hat den Schaden zu ersetzen – vor allem die sehr wichtigen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung –

§§ 812 ff. BGB: A liefert eine Sache, der Vertrag ist nichtig, A fordert die Sache zurück.

Außerdem gibt es etwa die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, §§ 677 ff. BGB), die Gefährdungshaftung (z.B. § 7 StVG – Straßenverkehrsgesetz) sowie – äußerst diffizil – die Ansprüche im sogenannten Eigentümer-Besitzer-Verhältnis („EBV“, §§ 987 ff. BGB). Auch hier muss man beachten, dass sich Ansprüche gegenseitig ausschließen können.

So schließt etwa im EBV der § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) grundsätzlich aus.¹⁹

- 14 Schließlich können auch Ansprüche „aus Vertrag“ und „aus Delikt“ nebeneinander bestehen. Gegen den oben erwähnten Schönheitschirurgen können also, wenn die Operation misslingt, sowohl Ansprüche „aus Vertrag“ als auch Ansprüche „aus Gesetz“ bestehen, hier aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung von Körper und Gesundheit (§ 823 Abs. 1 und auch Abs. 2²⁰ BGB).

3. Methodologische Überleitung: Drei Arten von Konkurrenz

- 15 Methodologisch betrachtet kann man bei der Konkurrenz von Ansprüchen (und ganz allgemein von Regeln) im Wesentlichen drei Konstellationen verzeichnen²¹:

- (1) Alternativität/Exklusivität: Die Regel gilt gegenüber anderen Regeln exklusiv, sie schließt andere Regeln aus (bei den Grundrechten werden wir Entsprechendes finden);
- (2) Kumulativität: Regeln ergänzen einander, z.B. Legaldefinitionen einen vollständigen Rechtssatz (dazu schon § 15a Rn. 24–26).

- 16 Oder es verweist die eine Regel auf eine andere, und es stellt sich dann die Frage, ob sie nur auf deren Rechtsfolge verweist (Rechtsfolgenverweisung) – zum Beispiel Schadensersatz – oder auch auf die Tatbestandsvoraussetzungen der anderen

18 Nach *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn.168; die h.M. bejaht einen Behandlungsvertrag.

19 Wortlaut des § 993 Abs.1 BGB: „Liegen die in den §§ BGB § 987 bis BGB § 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Besitzer die gezogenen Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben; im Übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet.“

20 Wortlaut: „Die gleiche Verpflichtung [zum Schadensersatz] trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“

21 Dies in Anlehnung an *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 18), Rn. 168–174.

Regel, zum Beispiel Verschulden (Rechtsgrundverweisung). Wann was der Fall ist, ergibt sich oft nicht schon eindeutig aus dem Wortlaut der Regeln selbst, es muss daher durch Interpretation ermittelt werden. (Und die Studenten müssen insoweit den „Streitstand“ möglichst gut kennen). Zwei Beispiele aus dem Recht der „GoA“²²:

Rechtsfolgenverweisung: „Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben“ (§ 684 BGB).

Rechtsgrundverweisung: „Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen [d.h. nur bei Verschulden] und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich“ (§ 682 BGB).

Im Ergebnis gelangt man auf diese Weise gelegentlich zu den typischen „Paragrafenketten“ des BGB, die wir schon einmal erwähnt haben (§ 15c Rn. 44). Nach welcher Methode sie im Großen gebildet und aufeinander abgestimmt werden – Stichwort Systembildung –, das ist eine hohe Kunst und sozusagen der Gipfel der „normalen Dogmatik“ (mehr dazu unten § 19 III).

- (3) Parallelität: Mehrere Regeln sind nebeneinander anwendbar, zum Beispiel Ansprüche aus Gesetz und aus Vertrag oder auch die vielen Gesetze des Verwaltungsrechts, die bei Bauvorhaben zu beachten sind (neben dem eigentlichen Bau-recht etwa Denkmal- und Naturschutzrecht, Wasserrecht etc.).²³

Dass für diese vielen Anforderungen nicht immer ebenso viele Genehmigungen ebenso vieler Behörden erteilt werden müssen, vermeidet z.B. § 13 BImSchG (Bundesimmissionsschutzgesetz)²⁴ – sogenannte Konzentrationswirkung bei der Genehmigung genehmigungsbedürftiger Anlagen.²⁵

Dies leitet zwanglos über zum Öffentlichen Recht.

4. Kompetenzkonkurrenzen im Öffentlichen Recht

Die Gesetzeskonkurrenzen, um die es im Öffentlichen Recht geht, betreffen nicht ausschließlich, aber doch typischerweise die Zuordnung von *Kompetenzen* – Kompetenz im doppelten Sinn: Welcher Hoheitsträger ist für eine bestimmte Aufgabe *zustän-*

²² F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 5), Rn. 445, 444.

²³ F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 5), Rn. 170.

²⁴ Wortlaut: „Die Genehmigung schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördlichen Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen nach § 8 in Verbindung mit § 10 des Wasserhaushaltsgesetzes.“

²⁵ Welche Anlagen das sind, ergibt sich aus der 4. BImSchV; aktuelle Fassung: „Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2017 (BGBl. I S. 1440), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 12. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1799) geändert worden ist.“

dig, aber auch: wie weit gehen dabei seine Befugnisse (weniger juristisch formuliert: wozu ist er dabei rechtlich *fähig*)?

a) Polizei und Ordnungsbehörden

- 20 Beides kann man am sogenannten „Polizeirecht“ oder auch – je nach Bundesland – „Polizei- und Ordnungsrecht“ studieren. Gemeint ist damit das Recht der *Gefahrenabwehr* (die Verbrechensverfolgung durch die Kriminalpolizei gehört also gerade nicht dazu!).
- 21 Für diese Gefahrenabwehr sind, was die *Zuständigkeiten* angeht, in allen Bundesländern zwei Arten von Behörden zuständig – die allerdings je nach Bundesland anders bezeichnet werden. In einigen Ländern gibt es die „Ordnungsbehörden“ (Bauaufsicht, Straßenverkehr etc. etc.) und die „Polizei“ (also die meist uniformierten Polizisten) – so etwa in Mecklenburg-Vorpommern (§ 2 SOG M-V – Sicherheits- und Ordnungsgesetz). In anderen Ländern nennt man das Gleiche zum einen die „Polizeibehörden“ (salopp manchmal „graue Polizei“ genannt), zum anderen den „Polizeivollzugsdienst“ – so etwa in Sachsen²⁶ (salopp: „grüne“ oder „blaue“ Polizei, je nach Farbe der Uniform im Bundesland). Welche dieser beiden konkurrierenden Behörden ist dann aber zuständig, wenn zum Beispiel von einem Haus das Gesims auf den Gehweg zu bröckeln droht?

Insoweit war die Abgrenzung der Zuständigkeit in früherer Zeit klar: Im Grundsatz sind die Polizeibehörden zuständig, und der „Polizeivollzugsdienst nimmt die polizeilichen Aufgaben wahr, wenn ein sofortiges Tätigwerden erforderlich erscheint“ (§ 60 Abs. 1 und 2 SächsPolG – Sächsisches Polizeigesetz – in der Fassung bis 31.12.2019). Mittlerweile sind beide Seiten verpflichtet, „bei der Gefahrenabwehr zusammenzuarbeiten“ und sich „unverzüglich über alle Vorgänge zu unterrichten, die für die Erfüllung ihrer [jeweiligen] Aufgaben erforderlich sind“.²⁷

Entsprechend heißt es auch in Mecklenburg-Vorpommern: „Die Ordnungsbehörden und die Polizei arbeiten im Rahmen ihrer sachlichen Zuständigkeit zusammen und unterrichten sich gegenseitig über Vorkommnisse und Maßnahmen von Bedeutung“ (§ 11 SOG M-V).²⁸ Wer das letzte Wort hat – und damit die Verantwortung trägt –, bleibt also offen.

26 Ehedem § 64 SächsPolG. – Seit 2020 regeln dies *zwei* Gesetze, bei deren amtlicher Abkürzung man nicht mehr sofort erkennt, dass es um Polizei geht: § 1 SächsPBG (Sächsisches Polizeibehörden-gesetz) und § 97 SächsPVDG (Sächsisches Polizeivollzugsdienstgesetz). Vermutlich wurde die Aufteilung nötig wegen der extremen Vermehrung von Vorschriften für die Befugnisse des Polizeivollzugsdienstes zur Datenverarbeitung (§§ 53–96 SächsPVDG). § 40 Abs. 1 SächsPBG erklärt einiges davon für entsprechend anwendbar.

27 So mit unterschiedlichen Formulierungen § 4 SächsPBG (erstes Zitat) und § 102 SächsPVDG (zweites Zitat).

28 Weiter heißt es dann durchaus sinnvoll: „Näheres, insbesondere über die Zusammenarbeit im Rahmen der Vollzugshilfe, regelt das Ministerium für Inneres, Bau und Digitalisierung im Einvernehmen mit dem fachlich zuständigen Ministerium durch Verwaltungsvorschrift.“ – Verwaltungsvorschriften sind abstrakt-generelle Regeln, die grundsätzlich nur innerhalb der Verwaltung gelten, nicht also im Außenverhältnis zum Bürger oder sonstigen Rechtsunterworfenen (siehe nur *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 24). – „Grundsätzlich“ bedeutet im

Was die „Fähigkeiten“ angeht, also die Befugnisse der Polizei (und Ordnungsbehörden), gilt zunächst in allen Bundesländern der Satz: „Kein Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis.“²⁹ Salopp gesagt: Der Zweck der Gefahrenabwehr rechtfertigt nicht jedes Mittel. Allerdings gibt es dann sehr wohl in allen Ländern eine sogenannte polizeiliche Generalklausel, die in unterschiedlicher Formulierung im Wesentlichen besagt, dass die Polizei (bzw. die Ordnungsbehörde) die „notwendigen“ oder „erforderlichen“ Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen darf (§ 13 SOG M-V, § 12 Abs. 1 SächsPBG, § 12 Abs. 1 SächsPVDG).

Jedoch stellt sich dann die Frage, wie sich diese generelle Befugnis (Kompetenz) zu Spezialbefugnissen verhält, also etwa zu der Befugnis, eine gefährliche Person aus einer gemeinsamen Wohnung zu verweisen (ehedem § 21 Abs. 3 SächsPolG), den Standort eines Smartphones zu ermitteln (§ 33f Abs. 1 Nr. 2 SOG M-V) oder einen Geiselnnehmer zu erschießen (§ 109 Abs. 1 Satz 2 SOG M-V, ehedem § 34 Abs. 2 SächsPolG; in § 44 SächsPVDG fehlt eine entsprechende Regelung).

Hier ist das sächsische Recht klarer: Die erwähnten § 12 SächsPBG und § 12 SächsPVD (Generalklausel) enthalten den Zusatz „... soweit die Befugnisse nicht besonders geregelt sind“. In Mecklenburg-Vorpommern muss man auf den allgemeinen Grundsatz rekurren, dass das spezielle Gesetz (die Spezialbefugnis) dem allgemeinen Gesetz (der Generalklausel) vorgeht³⁰ (*lex specialis derogat legi generali*, dazu sogleich unter II).

Die „examensrelevanteste“ Spezialregelung findet sich übrigens nicht im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, sondern im Versammlungsrecht: Das Versammlungsgesetz (VersG) schließt, nicht zuletzt wegen seiner Verankerung in Art. 8 GG (Grundgesetz), das allgemeine Polizeirecht aus. Eine Versammlung („Demo“) darf deshalb nur aus den im VersG genannten Gründen verboten oder aufgelöst werden; man nennt dies die „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts.³¹

b) Bund und Länder; oder auch: Kompetenz geht vor Gleichheit

Das wohl bekannteste Beispiel für Konkurrenz im Öffentlichen Recht ist die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Daher nur kurz: Im Grundsatz sind die Länder zuständig, es sei denn, das Grundgesetz verleiht dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz (Art. 70 Abs. 1 GG). Derartige Kompetenzen können dem Bund sodann entweder als ausschließliche Befugnis zugeteilt werden, d.h., die Länder haben auf diesem Gebiet keine eigene³² Gesetzgebungskompetenz (Art. 71 GG); oder als „konkurrierende“ Befugnis, so dass auch die Länder tätig werden

juristischen Sprachgebrauch: „nur im Grundsatz, es gibt Ausnahmen“; im Fall der Verwaltungsvorschriften: eine Außenwirkung kann sich ausnahmsweise ergeben aus dem Gleichheitssatz.

²⁹ Er wird allerdings in einigen Ländern mehr (Bayern) und anderen Ländern weniger (Baden-Württemberg) betont.

³⁰ Heinrich Lang, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern. Studienbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 5 Rn. 35.

³¹ Lang, Polizei- und Ordnungsrecht (Fn. 30), § 5 Rn. 283.

³² Wohl aber kann ein Bundesgesetz sie ihnen einräumen, Art. 71 GG.

können, „solange und soweit“ der Bund es nicht tut (Art. 72 GG). In diesem zweiten Fall war die Regelung des Grundgesetzes ursprünglich erheblich einfacher als heute.³³

In unserem Kontext müssen die Einzelheiten nicht interessieren. Erwähnt werden muss allerdings, dass sich in der Praxis das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Art. 70 ff. GG zu Gunsten des Bundes und zu Lasten der Länder umgekehrt hat.

- 26 Stattdessen soll, sozusagen einen Schritt weiter, eine allgemeine Kollisionsregel herausgestellt werden, die sich an dieser Stelle besonders deutlich aufzeigen lässt:

Kompetenz kommt vor Gleichheit.

Mit anderen Worten: Man kann einem Hoheitsträger nur vorwerfen, innerhalb seines *eigenen* Kompetenzbereichs bestimmte Sachverhalte ungleich zu behandeln – etwa Männer und Frauen bei der Besoldung von Beamten. Nicht aber kann zum Beispiel ein Professor aus Mecklenburg-Vorpommern gegen sein Land mit Erfolg darauf klagen, ebenso gut bezahlt zu werden wie ein vergleichbarer Kollege (Dienstalter, Anzahl der Rufe³⁴) in Bayern.

Zum Gleichheitssatz des Art. 3 GG („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“) schon oben § 15b Rn. 3–4, 79–82.

c) Grundrechtskonkurrenzen

- 27 Was haben Grundrechte mit Kompetenzen zu tun? Sie sind, wie man treffend gesagt hat, für den Staat „negative Kompetenzbestimmungen“,³⁵ das heißt: Es gibt Bereiche, für die der Staat *nicht zuständig* ist, zum Beispiel für die Frage nach der richtigen Religion, deshalb die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. In diesen Bereichen darf er dem Handeln der Bürger lediglich und gleichsam von außen „Schranken“ setzen – dafür ist er denn *doch zuständig*. Wozu er insoweit *fähig* ist, wie weit mit anderen Worten seine Befugnisse gehen, ist je nach Grundrecht unterschiedlich geregelt.³⁶ Die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) kann zum Beispiel nur durch ein „allgemeines Gesetz“ beschränkt werden (Art. 5 Abs. 2 GG), das heißt

33 Es gab weder die Abweichungskompetenz des Art. 72 Abs. 3 GG noch die „Ping-Pong-Kompetenz“ des Art. 84 Abs. 1 GG.

34 Für Nicht-Akademiker: Wenn man sich als Professor um eine Stelle an einer Universität bewirbt, muss in aller Regel ein kompliziertes Verfahren durchlaufen werden, in dem mehrere Bewerber in einem Wettbewerb gegeneinander antreten. Wer am Ende gewinnt, erhält am Ende einen „Ruf“ an die Universität, also ein Angebot, mit ihr darüber zu verhandeln, was sie ihm bieten kann und will. Diesen Ruf kann er dann annehmen oder ablehnen – zumal ihm, falls er schon eine Stelle hat, seine jetzige Fakultät ein Bleibeangebot unterbreiten kann.

35 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 291.

36 Einzelheiten gehören in die fachspezifische Dogmatik. In Kürze:

(1) Für einige Grundrechte gibt es einen *einfachen Gesetzesvorbehalt*, z.B. Art. 2 Abs. 2 GG: „In diese Rechte [d.h. Leben, körperliche Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit] darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“

(2) Andere Grundrechte stehen unter einem *qualifizierten Gesetzesvorbehalt*, so der im Text erwähnte Art. 5 Abs. 1 GG.

(3) Dann gibt es noch die sogenannten *normgeprägten Grundrechte*, deren „Bereiche“ überhaupt erst dadurch entstehen, dass es Gesetze gibt, die sie definieren, so das Eigentum und das Erbrecht, dazu Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG: „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“.

durch ein Gesetz, das sich nicht gegen die jeweilige Meinung als solche wendet. Man darf daher ein Neonazi sein und dies auch äußern, solange man dadurch nicht zum Aufruhr anstachelt.

Zum hoch umstrittenen und auch methodologisch spannenden Fall „Wunsiedel/Rudolf-Heß-Gedenkfeier“ siehe unten § 27 Rn. 29–37.

Wie ist es nun, wenn mehrere Grundrechte „einschlägig“ sind?

28

Insofern gibt es zunächst ganz einfache Fälle: Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG wird seit der berühmten Elfes-Entscheidung³⁷ derart weit interpretiert, dass sie „eigentlich immer betroffen“ ist („allgemeine Handlungsfreiheit als allgemeine Eingriffsfreiheit“). Deshalb tritt Art. 2 Abs. 1 GG hinter die anderen Freiheitsgrundrechte zurück (*Subsidiarität*).³⁸

Im Fall Elfes kam als ein solch anderes Grundrecht die Freizügigkeit innerhalb des Bundesgebietes (Art. 11 GG) in Betracht. Sie war allerdings nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nicht einschlägig: Elfes wollte eine Auslandsreise antreten. – Kurz zum Sachverhalt: Elfes hatte sich mehrfach sehr kritisch zur (Ost-) Politik der jungen Bundesrepublik geäußert, und zwar im In- und Ausland. Unter anderem hatte er 1952 auf einem Kongress in Wien eine „Gesamtdeutsche Erklärung“ verlesen, die gemeinsam mit Vertretern der ebenso jungen DDR verfasst worden war und folgende Sätze enthielt:

29

„Immer deutlicher zeigt es sich, daß Bonn die Verfassung und die demokratischen Grundrechte mißachtet, um dem Willen Washingtons nach Aufstellung einer deutschen Armee beschleunigt nachzukommen. Die Völker Europas wissen jedoch aus eigener schmerzlicher Erfahrung, daß schon einmal die Vernichtung der demokratischen Freiheit Deutschlands der Auftakt zur Vernichtung der Freiheit in ganz Europa war. Mögen die Völker die große Gefahr erkennen, die zwangsläufig aus der Politik der Gewalt und Kriegsvorbereitung erwächst. Die Wiederbelebung des deutschen Militarismus bedroht nicht nur Osteuropa, sondern auch die Völker Westeuropas.“³⁹

Daraufhin wurde dem Elfes ein neuer Reisepass versagt.

Andere Grundrechte schließen sich in ihrem „Anwendungsbereich“ (also extensional, siehe oben § 15a Rn. 5, 7–11) gegenseitig aus. Nach h.M. ist dies der Fall bei der Berufsfreiheit des Art. 12 GG (sie schützt den „Erwerb“) und der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG (sie schützt das „Erworbene“).⁴⁰

30

(4) Und schließlich stehen manche Grundrechte auf den ersten Blick unter keinerlei Vorbehalt, sie scheinen „schränkenlose Grundrechte“ zu sein, so die im Text genannte Glaubensfreiheit des Art. 4 GG. Weil es aber nicht sein kann, dass man aus Glaubensgründen andere Menschen erschießt oder Tiere quält, ergeben sich die Schranken aus – sehr treffend so bezeichnetem – „kollidierendem Verfassungsrecht“, zum Beispiel aus dem Grundrecht anderer auf Leben und körperliche Unversehrtheit oder, was den Tierschutz angeht, aus Art. 20a GG. (Die ebenfalls verbreitete Bezeichnung „verfassungsimmanente Schranken“ erscheint mir weniger geeignet, weil sie das Ergebnis schon vorwegnimmt, statt eine Abwägung zu ermöglichen – so im Fall des religiösen Schächtens, dazu sogleich im Text.)

37 BVerfGE 6, 32 – Elfes (1957) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

38 Statt vieler: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl., München 2022, Art. 2 Rn. 2.

39 BVerwGE 3, 171 (177) – Elfes (1956) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

40 Statt vieler: Jarass/Pieroth, Grundgesetz (Fn. 40), Art. 12 Rn. 4.

- 31 Meist aber können Grundrechte parallel laufen, so etwa die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und die Meinungsfreiheit (Art 5 Abs.1 GG). Sie können in Komplizenschaft ein neues Grundrecht erzeugen, so z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs.1 GG i.V.m.⁴¹ Art.1 Abs.1 GG)⁴² mit dem Unterfall des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung⁴³ oder jüngst das Recht auf schulische Bildung (Art. 2 Abs.1 GG i.V.m. Art. 7 Abs.1 GG)⁴⁴. Schließlich können sie auch kombiniert werden, um sich gegenseitig zu verstärken oder um Lücken zu schließen, so die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs.1 GG) und die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG, wenn ein türkischer Metzger seine Schlachttiere aus religiösen Gründen ohne Betäubung ausbluten lassen will, sogenanntes Schächten.⁴⁵ (Auf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG konnte er sich nicht berufen, weil dies ein Deutschen-Grundrecht ist.) Insgesamt kann man sagen, dass die Maßstäbe, nach denen das Bundesverfassungsgericht mal dies, mal jenes Grundrecht heranzieht (oder auch nicht), kaum vorherzusehen sind – man bedient sich offenbar nach Bedarf.
- 32 In einem der führenden Grundrechtslehrbücher heißt es, an die Adresse der Studenten gerichtet: „Die gemeinsame Prüfung zweier oder mehrerer Grundrechte, die sich gelegentlich beim BVerfG findet (...), sollte in der Falllösung vermieden werden, die – anders [!] als Urteile des BVerfG [!!] – möglichst große gutachterliche Präzision aufweisen muss.“⁴⁶ Dass hierfür als Beleg ein Werk zitiert wird, dessen Mitautor ein (jetzt ehemaliger) Präsident des BVerfG ist,⁴⁷ entbehrt nicht einer gewissen Komik. Und es ist natürlich nur insoweit richtig, als es um eigene Kombinationen der Studenten geht. Wenn es um die Erfindungen des BVerfG geht – Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Recht auf schulische Bildung etc. –, muss man sie natürlich kennen und „in der Falllösung“ bringen.⁴⁸
- 33 Gerade angesichts dieser Unübersichtlichkeit sollte man allerdings eine allgemein anerkannte Regel deutlich hervorheben:
- Wenn mehrere Grundrechte betroffen sind, ist eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt primär an demjenigen Grundrecht zu messen, das die strengsten Anforderungen an deren Befugnisse stellt.⁴⁹
- Grundrechte sind eben negative Kompetenznormen.

41 Abkürzung für „in Verbindung mit“.

42 Erstmals BGHZ 13, 334 – Veröffentlichung von Briefen (1954) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite); ein solches Recht war schon zuvor im Gespräch, das Reichsgericht hatte es aber nicht anerkannt.

43 BVerfGE 65, 1 – Volkszählung (1983).

44 BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II (2021).

45 BVerfGE 104, 337 – Schächten (2002).

46 Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 38. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 327 (in der 39. Aufl. von 2023 nunmehr Rn. 330).

47 Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., Tübingen 2020, Rn. 67–70 – wo es allerdings methodisch sehr sauber zugeht; in der 9. Aufl. (Tübingen 2023) etwas gekürzt (Rn. 70).

48 Differenzierend Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 8. Aufl., Baden-Baden 2023, Rn. 61, 63.

49 So auch Kingreen/ Poscher, Grundrechte (Fn. 46), Rn. 326 (in der 39. Aufl. 2023 ist es Rn. 329).

Wir werden weiter unten (§ 34 Rn. 67–71) einen Fall erörtern, in dem das BVerfG den strengeren Art. 14 GG mit zumindest unzureichender Begründung zu Gunsten des Art. 12 GG beiseite geschoben hat.⁵⁰ Den noch strengeren, weil schrankenlos gewährleisteten Art. 9 GG – Vereinigungsfreiheit – hat das Gericht sogar völlig unter den Tisch fallen lassen.⁵¹ Man muss die Entscheidung daher aus methodologischer Sicht als **misslungen** bezeichnen.

d) Bundesrepublik und Europa; oder auch: die Dicker-Hund-Theorie

Besonders deutlich ging und geht es um Kompetenzkonflikte immer wieder im Verhältnis der Bundesrepublik zur Europäischen Union – EU – als deren Mitgliedstaat. Hier gilt, anders als im Verhältnis von Bund und Ländern,⁵² das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das heißt, die EU darf nur dort tätig werden, wo ihr diese Befugnis ausdrücklich verliehen wurde. Außerhalb dieser Befugnis handeln die entsprechenden Organe *ultra vires*, wörtlich: über ihre „Kräfte“ hinaus.⁵³ 34

Besonders heikel (und für die juristische Methodenlehre besonders interessant) ist dabei das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Insoweit gab und gibt es von Seiten des BVerfG im Hinblick auf die Grundrechte die berühmte „Solange-Rechtsprechung“ – sie ist aus den Leitsätzen des Gerichts unmittelbar verständlich (Hervorhebungen J.L.): 35

„Solange I“: „**Solange** der Integrationsprozeß der Gemeinschaft **nicht** so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist (...) die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das **Bundesverfassungsgericht** im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn (...)“⁵⁴

„Solange II“: „**Solange** die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die **Rechtsprechung des Gerichtshofs** der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das **Bundesverfassungsgericht** seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht (...) **nicht mehr**

50 BVerfGE 161, 63 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022).

51 Nur angedeutet bei Joachim Lege, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung“ an Windkraftanlagen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2019, 1000–1005 (1001).

52 Anders, weil die Europäische Union keine eigene (autochtone) Hoheitsgewalt hat, so wie Staaten es haben – und sowohl Bund als auch Länder sind eben, anders als die Union, selbst Staaten. Anders gewendet: Alle Hoheitsgewalt der EU ist von den Mitgliedstaaten abgeleitet, und die autoritativen Texte sind die entsprechenden Verträge (s.u. III Rn. 56). Demgegenüber gilt für die (Bundes-) Länder) gemäß Art. 30 GG nur (Hervorhebung J.L.): „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, *soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt*.“ Daher hat auch der *Bund selbst* eine eigene, autochtone Hoheitsgewalt (griechisch *autós* = selbst, *chtón* = Erde, Erdboden, Territorium).

53 Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, Europarecht, 9. Aufl., München 2021, § 11 Rn. 3–5.

54 BVerfGE 37, 271 – Solange I (1974).

ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.“⁵⁵

- 36 Für erhebliche Aufregung hat zuletzt allerdings die Entscheidung des BVerfG von 2020 zum sogenannten PSPP-Programm der Europäischen Zentralbank gesorgt (PSPP = Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten - *Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Programme*). Auch hier sprechen die Leitsätze für sich (Hervorhebungen und Ergänzung J.L.):

„1. Stellt sich bei einer **Ultra-vires**- oder Identitätskontrolle die Frage nach der Gültigkeit oder Auslegung einer Maßnahme von Organen, **Einrichtungen** und sonstigen Stellen der **Europäischen Union**, so legt das Bundesverfassungsgericht seiner Prüfung grundsätzlich den Inhalt und die Beurteilung zugrunde, die die Maßnahme durch den Gerichtshof der Europäischen Union erhalten hat.

2. Der mit der Funktionszuweisung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV verbundene Rechtsprechungsauftrag des **Gerichtshofs** der Europäischen Union **endet dort, wo** [s]eine Auslegung der Verträge nicht mehr nachvollziehbar und daher **objektiv willkürlich** ist. Überschreitet der Gerichtshof diese Grenze, ist sein Handeln vom Mandat des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz nicht mehr gedeckt, so dass seiner Entscheidung jedenfalls für Deutschland das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation fehlt.“⁵⁶

- 37 Grund für die außerordentliche Aufregung war dann freilich gar nicht diese **Regel**, sondern die Tatsache, dass das BVerfG in diesem **Fall** die Entscheidung des EuGH **wirklich** als „objektiv willkürlich“ qualifiziert hat. (Üblicherweise stellt das Gericht gern im ersten Schritt strenge Regeln auf und drückt dann im konkreten Fall ein Auge zu.⁵⁷) Die Auffassung des EuGH, so heißt es nun hier,

„verkennt Bedeutung und Tragweite des auch bei der Kompetenzverteilung zu beachtenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV) offensichtlich und ist wegen der Ausklammerung der tatsächlichen Wirkungen des PSPP **methodisch nicht mehr vertretbar**“.⁵⁸

Zur Kategorie der Vertretbarkeit siehe unten § 33 II.

- 38 Gegen diese Schlussfolgerung ist aus Sicht der Methodenlehre nicht nur nichts einzuwenden. Sie ist sogar zu begrüßen, denn Regeln gewinnen nur dann Wirklichkeit, wenn sie konsequent angewendet werden.⁵⁹

Man beachte aber genau: „*Objektiv* willkürlich“, „*objektiv* nicht-vertretbar“ – aus der *subjektiven* Sicht des BVerfG! Man kann die Sache, das weiß auch das BVerfG,

55 BVerfGE 73, 339 – Solange II (1986).

56 BVerfGE 154, 17 – PSPP-Programm der EZB (2020). – EUV = Vertrag über die Europäische Union.

57 Klassisches Beispiel: BVerfGE 62, 1 – Bundestagsauflösung I/Vertrauensfrage Kohl (1983); dazu bereits oben § 15a Rn. 77–80 und § 16 Rn. 48 f.

58 BVerfGE 154, 17 (96) – PSPP-Programm der EZB (2020).

59 Nichtsdestoweniger haben eine ganze Reihe von deutschen Öffentlichrechtlern diese Entscheidung jüngst zu einer der misslungensten Entscheidung des BVerfG gekürt, siehe *András Jakab*, Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: (österreichische) Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZÖR) 2022, 467–484 (477; es waren die Kollegen Böhne, Ipsen, Petersen und Schefold); mehr zu dieser Umfrage § 33 I und § 34 I.

anders sehen, und der EuGH *hat es* – hoffentlich! – anders gesehen (anderenfalls wäre es von seiner Seite Rechtsbeugung gewesen!).

Hier gilt dann also wieder: Kompetenz geht vor Wahrheit.

II. Die üblichen Kollisionsregeln bei Widersprüchen

Bei den soeben erörterten „Konkurrenzen“ ging es darum, Regeln aufeinander abzustimmen, die im Hinblick auf das angestrebte Ergebnis – eine Bestrafung, einen Anspruch im Zivilrecht, eine Zuständigkeit im Öffentlichen Recht – verschiedene Begründungen liefern. Im Folgenden geht es nun um die Konstellation, dass Regeln einander im Ergebnis widersprechen („Kollisionen“). Insofern gibt es eine ganze Reihe von mehr oder weniger einfachen „Regeln über den Umgang mit Regeln“.

39

1. Geltungsvorrang und Anwendungsvorrang

Die ersten beiden Kollisionsregeln sind dort angebracht, wo man sich die Rechtsordnung als einen Stufenbau vorstellt, in dem die „Normen“ (Regeln und Befehle) niedrigeren Ranges ihre Geltung – also ihre normative Existenz – aus höherrangigen „Normen“ (Regeln oder Befehlen) abzuleiten haben (und sei es der Wille Gottes).

40

Dieser Stufenbau des Rechts (dazu bereits § 11 Rn. 42) begegnet schon im Naturrecht der Antike und des Christentums.⁶⁰ Säkularisiert verbinden sich mit ihm die Namen Adolf Julius Merkl (1890–1970) und vor allem Hans Kelsen (1881–1973), kurz: die Reine Rechtslehre. Die Stelle des göttlichen Willens nimmt dort die sogenannte Grundnorm ein, die eigentlich nur besagt, dass man der Rechtsordnung gehorchen soll.⁶¹

Nebenbei: In der Terminologie („Norm“ = Regel, aber auch Befehl; Gesetz, aber auch Einzelakt, insbesondere Verwaltungsakt) bin ich mit Kelsen völlig d'accord.

Dass die bundesdeutsche Dogmatik unter „Normen“ nur Gesetze im materiellen Sinn versteht (also nur abstrakt-generelle Regeln), sei aber zur Warnung wiederholt!

Es ist im Grund nur eine andere Formulierung, wenn man das gerade geschilderte Verhältnis der Regeln zueinander als **Geltungsvorrang** der **ranghöheren** „Norm“ bezeichnet. Anders gewendet: Eine Norm niedrigeren Ranges darf der höherrangigen Norm nicht widersprechen. Wir kommen auf diesen Geltungsvorrang noch einmal zurück (§ 23 – Die Schemata).

41

Von ihm zu unterscheiden ist – sehr wichtig – der **Anwendungsvorrang** der **rangniedrigeren** „Norm“. Zunächst muss, beispielsweise, ein Verkehrszeichen beachtet werden. (Auch hier können wir dahinstehen lassen, ob das Zeichen ein „Gesetz“⁶² oder ein Einzelakt ist.) Erst im zweiten Schritt kann man fragen, ob das Verkehrszeichen

42

⁶⁰ Siehe etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl., Tübingen 2006, S. 139 f. (zur Stoá), 203–209 (zu Augustinus), 233–242 (zu Thomas von Aquin).

⁶¹ Klassisch Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (1934), S. 65–69, zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008; 2. Aufl., Wien 1960, S. 196–209.

⁶² Genauer: eine abstrakt-generelle Regelung in der Form einer Rechtsverordnung.

dort berechtigterweise steht. Falls es einer ranghöheren Norm widerspricht, stellt sich zudem die Frage, wer dies verbindlich feststellen darf. Bei Verstößen von Gesetzen (im formellen Sinn⁶³) gegen das Grundgesetz obliegt dies allein dem BVerfG (Art. 100 GG).

Mehr zum Anwendungsvorrang in § 23 Rn. 6 – mit einem etwas skurrilen Halteverbotsfall. (Bei dem es dann doch auf die „Rechtsnatur“ des Verkehrszeichens ankommt: Verwaltungsakte sind anders zu interpretieren als Rechtsverordnungen.)

2. Anwendungsvorrang und „Anwendungsvorrang“

- 43 Bedauerlicherweise hat das Wort „Anwendungsvorrang“ mittlerweile eine Doppelbedeutung erhalten, und zwar im Europarecht. Dort versteht man unter „Anwendungsvorrang“ eine nur für den Einzelfall geltende Durchbrechung des nationalen Rechts zu Gunsten des europäischen Rechts. Dieser „Anwendungsvorrang“ ist also in Wahrheit ein Geltungsvorrang für den Kollisionsfall.⁶⁴ Wir kommen darauf zurück (Rn. 55–77).

Dass man für derart Verschiedenes dasselbe Wort verwendet, ist sehr ärgerlich.⁶⁵

3. Allgemeine Kollisionsformeln

- 44 Die wohl gängigsten allgemeinen Kollisionsregeln sind sodann diese beiden:

a) Vorrang des speziellen Gesetzes (lex specialis derogat legi generali)

- 45 Wir haben gesehen, dass der Vorrang des spezielleren Gesetzes vor dem allgemeinen schon in der Antiken Gerichtsrhetorik ansatzweise bekannt war (§ 2 Rn. 15). Allerdings gibt es auch Fälle, in denen *beide* Gesetze das speziellere sein könnten. Beispiel: Wer einen Tyrannen tötet, soll ein Denkmal im *gymnásion*, also den staatlichen Sportanlagen, bekommen. In den staatlichen Sportanlagen dürfen keine Standbilder von Frauen aufgestellt werden. Eine Frau tötet den Tyrannen. Welches ist das speziellere Gesetz?

Fangen wir mit dem Wortlaut an (zu den „Kanones“ der Auslegung siehe § 15d): Er hilft nicht weiter. Also historisch: Woran haben die Gesetzgeber wohl jeweils gedacht? Im Fall des Frauenstandbildes offenbar nur daran, dass die jungen Männer im *gymnásion* nicht von ihren Leibesübungen abgelenkt werden sollten (Frauen waren dort nicht zugelassen⁶⁶). Und auch im Fall der Tyrannentötung offenbar nur an Männer – eben weil nur sie im *gymnásion* zugelassen sind. Also kann man sagen:

63 Als Gesetze im formellen Sinn bezeichnet man diejenigen Rechtsakte, die von den zuständigen Organen der Legislative (also etwa Bundestag und Bundesrat) im hierfür vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden.

64 Sehr kritisch daher Shu-Perng Hwang, Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts, in: Europarecht (EuR) 2016, 355–373; Bedenken auch bei F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 18), Rn. 179; Einordnung als „Kollisionsregel“: Andreas Funke, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. Einige Problemfälle und ein Präzisierungsvorschlag, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2007, S. 733–740 (735 ff.).

65 Wohl deshalb setzt denn auch Martin Nettesheim, in: *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 10 Rn. 31–35, den „Anwendungsvorrang“ in Anführungszeichen.

66 Platon hat deshalb in seiner „Politeia“ (meist falsch übersetzt mit „Der Staat“) thematisieren müssen, dass in seiner Ideal-Polis die Frauen unter den „Wächtern“ ihre sportliche Ausbildung in demselben

Der Fall ist – wenn man auf den Willen des historischen Gesetzgebers abstellt – *überhaupt nicht* geregelt, weder speziell noch allgemein. An Frauen hat man schlicht nicht gedacht. So dass der nächste Schritt wäre: Analogie oder Umkehrschluss – betreffend die Tyrannenmordregel? (Es spricht mehr für Letzteres.)

Auf den zweiten Blick also: kein gutes Beispiel ...

Oder doch? Mit dem Gesetz zum Tyrannenmord als dem spezielleren Gesetz? Weil es sich auf die weit weniger alltägliche Situation bezieht?

Deshalb nun ein paar leichtere Beispiele: § 212a Abs. 1 und 2 BauGB – Baugesetzbuch 46
– ist eine Spezialregel zu § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung –: Gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens (Spezialfall) haben Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung (wie es die Regel wäre). § 437 BGB – Rechte des Käufers bei Mängeln der Sache – ist eine Spezialregelung gegenüber den Regeln des Allgemeinen Teils, beispielsweise zur Anfechtung wegen eines Irrtums des Käufers über verkehrswesentliche Eigenschaften der Sache (§ 119 Abs. 2 BGB).⁶⁷

b) Vorrang des späteren Gesetzes (lex posterior derogat legi priori)

Unproblematisch ist aus heutiger Sicht die Regel, dass das spätere Gesetz dem früheren 47
Gesetz vorgeht – der Gesetzgeber kann seinen Willen schließlich nur nachträglich ändern. Und wenn er dabei einen Widerspruch übersieht, ziehen die Vorfahren den Kürzeren.

Selbstverständlich ist dieser Vorrang des späteren Gesetzes freilich nicht. In früheren Zeiten galt vielmehr: Das „gute alte Recht“ darf mehr Geltung beanspruchen als spätere Abweichungen. Das hat zu einer ganzen Fülle von Fälschungen geführt – am bekanntesten ist die Urkunde zur sogenannten Konstantinischen Schenkung: Mit ihr hatte Kaiser Konstantin (ca. 270–337) dem Papst angeblich (und ungenau gesagt) den Kirchenstaat geschenkt.⁶⁸ Die Fälschung wurde in der Renaissance von Lorenzo Valla (ca. 1405–1457 – kein Jurist!)⁶⁹ mit sprachkritischen Methoden aufgedeckt.

Die *lex-posterior*-Regel ist heute allgemein anerkannt. Neuerdings ist sie sogar – ich 48
möchte allerdings sagen: „unecht“⁷⁰ – positiviert worden, und zwar im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern (siehe schon oben I 3 b). Bund und Länder haben sich dort offenbar in einigen Fällen nicht einigen können, wem die Oberkompetenz zukommen soll. Folglich dürfen sie sich nunmehr gegenseitig

Gymnasion bekommen wie ihre männlichen Kollegen (Buch V 1–6); siehe Joachim Lege, „Politeia“. Ein Abenteurer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 99.

67 Beispiele bei F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 18), Rn. 207 und 203, der geradezu eine komplette Theorie zum *lex-specialis*-Grundsatz vorlegt.

68 Zur Konstantinischen Schenkung etwa Dietmar Willoweit/Steffen Schlinker, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl., München 2019, § 8 Rn. 6, auch § 11 Rn. 11.

69 Zu diesem *enfant terrible* der Renaissance siehe Joachim Lege, Freiheit und Würde bei Lorenzo Valla (1405/06–1457). Philologische Ergänzungen und eine systemtheoretische Provokation betreffend Gott und die moderne Gesellschaft, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste (Hrsg.), Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance, Tübingen 2008, S. 141–158.

70 „Unecht“, weil sich hier zwei Autoren zeitlich überbieten können, nicht – wie bei der echten *lex-posterior*-Regel – ein einziger.

überbieten, und dies immer wieder, so dass die Regel für die sogenannte Abweichungskompetenz der Länder wie folgt lautet:

Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG Auf den Gebieten des Satzes 1 geht im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht das jeweils spätere Gesetz vor.

- 49 Gemäß **Art. 84 Abs. 1 Satz 3 GG** gilt dies „entsprechend“ auch bei einer weiteren, sehr wichtigen Gesetzgebungskompetenz, nämlich der Kompetenz für die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder. Das ist immerhin der größte Teil der deutschen Verwaltungstätigkeit.⁷¹

Diese Ping-Pong-Kompetenz⁷² macht das Recht für die ihm Unterworfenen nicht gerade übersichtlicher.

Im Grunde ist sie ein Skandal, zumindest ein Zeichen von Unvernunft. Denn Vernunft heißt, Probleme dort lösen, wo sie sich stellen – und ihre Lösung nicht immer wieder neu aufzuschieben.

4. Die Auslegung von Ausnahme-Regeln

- 50 Als weitere allgemeine Kollisionsregel war lange anerkannt, dass Ausnahmeregelungen eng auszulegen⁷³ und auch nicht analogiefähig⁷⁴ sind. Das dürfte heute weitgehend überholt sein,⁷⁵ weil es den Verfassern autoritativer Texte („Normgebern“) in vielen Fällen mehr Systemwillen unterstellt, als sie gehabt haben dürften.⁷⁶

71 Denn die Gesetze des Bundes, die ja den Hauptanteil des deutschen „Rechtsstoffs“ ausmachen – z.B. das Straßenverkehrsgesetz, das Personenstandsgesetz, das Strafgesetzbuch, das Baugesetzbuch, das Bundes-Immissionsschutzgesetz, das Wasserhaushaltsgesetz und unzählige andere – werden zum größten Teil von Behörden der Länder ausgeführt (Art. 84 Abs. 1 GG). Bundesbehörden gibt es sehr viel weniger.

72 Die Metapher „Ping-Pong-Spiel“ zuerst wohl bei *Werner Hoppe*, Kompetenz-Debakel für die „Raumordnung“ durch die Föderalismusreform infolge des uneingeschränkten Abweichungsrechts der Länder?, in: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)* 2007, 144 (145); s. auch *Arnd Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar*, Stand August 2023, Art. 72 Rn. 301–304 (304).

73 Die Regel stammt aus dem Römischen Recht und wird heute im romanischen Rechtskreis – und auch vom EuGH – durchaus noch angewendet; dazu *Thomas M. J. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 127 f., 144–148, aber auch § 6 Rn. 33–37 mit weiteren Nachweisen; *F. Reimer*, *Methodenlehre* (Fn. 18), Rn. 340–346 mit differenzierender Antwort.

74 So auch *Friedrich Carl von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Berlin 1840, § 42.

75 So schon *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Berlin etc. 1983, S. 339 f.: „In dieser Allgemeinheit trifft das nicht zu“ (ebenso die 6. Aufl. 1991, S. 355); eingehend auch *Martin Leibiger*, *Die souveränitätsfreundliche Auslegung im Völkerrecht*, Frankfurt a.M. 2005, S. 252–266. – Zur europäischen Dimension *Karl Riesenhuber*, *Die Auslegung*, in: *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., Berlin etc. 2021, § 10 Rn. 62–66, mit dem schönen Hinweis auf Ausnahmen von Ausnahmen, z.B. Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot, das seinerseits eine Ausnahme vom fundamentalen Grundsatz der Privatautonomie ist.

76 Letztlich gehört die Regel nämlich in den Kontext der systematischen Auslegung, so auch *Th. Möllers*, *Methodenlehre* (Fn. 73), § 4 Rn. 97.

III. „Konforme“ Auslegung (mit höherrangigem Recht)

Wir kommen nun zum dritten „großen K“ beim Aufeinanderabstimmen von Regeln (nach „Konkurrenz“ und „Kollision“): zur Auslegung von niedrigerrangigem Recht in „Konformität“ mit höherrangigem Recht. Dies ist methodologisch durchaus etwas Neues (Savigny hat es noch nicht gekannt) und nur vom Verfassungsrecht her zu verstehen. 51

1. Verfassungskonforme Auslegung

Die sogenannte verfassungskonforme Auslegung tritt in ihrem einfachsten Fall dann auf den Plan, wenn eine „Norm“ des einfachen Rechts mehrere Deutungsmöglichkeiten zulässt, von denen nur einige (also eine oder mehrere⁷⁷) mit der Verfassung zu vereinbaren sind. In diesem Fall ist es geboten, eine Interpretation zu wählen, die mit der Verfassung in Einklang steht – und nicht etwa die Norm insgesamt für verfassungswidrig zu erklären.⁷⁸ 52

Auch hier kann die „Norm“ sowohl ein Gesetz (im formellen und im materiellen Sinn) als auch ein Einzelakt sein. Ganz in diesem Sinn hat das BVerfG denn auch in der Elfes-Entscheidung erst das Passgesetz, dann die Versagung des Passes in dieser Weise „durchgeprüft“,⁷⁹ allerdings ohne das Ganze dort „verfassungskonforme Auslegung“ zu nennen. Spätere Entscheidungen haben dies nachgeholt.⁸⁰

Bei der verfassungskonformen Auslegung besteht durchaus die Gefahr, dass eine übermäßig wohlwollende „Auslegung“ von Seiten des Gerichts den Willen des Gesetzgebers zumindest verfälscht, wenn nicht konterkariert.⁸¹ Dies ist letztlich – wie so häufig im Öffentlichen Recht – ein Kompetenzproblem.⁸² 53

§ 554b ZPO a.F. (Zivilprozessordnung alter Fassung) besagte: Das Revisionsgericht „kann“ die Annahme der Revision ablehnen, wenn der Streitwert 40.000 DM nicht übersteigt und die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat. Das BVerfG entschied, die Vorschrift sei „nicht dahin auszulegen [!], daß die Annahme von Revisionen, die im Endergebnis Aussicht auf Erfolg besitzen, abgelehnt werden darf“.⁸³ Im Klartext: Im Fall erfolgversprechender Revisionen gilt statt des „kann“ ein „darf nicht“ (nämlich abgelehnt werden)! Das BVerfG entschied dennoch zugleich, dass es hiermit die Grenzen verfassungskonformer Auslegung nicht überschreite.⁸⁴

77 Dies ist der logische Begriff von „einige“, siehe § 5 II Rn. 61 mit Fn. 131: mindestens einer, aber nicht alle.

78 So schon BVerfGE 2, 266 (282) – Notaufnahme (1953).

79 BVerfGE 6, 32 (43) – Elfes (1957); dazu schon oben Rn. 28 f.

80 BVerfGE 8, 71 (77–79) – Rechtsverordnung des „Reichsnährstandes“ [!] (1958) –, allerdings in einem „vgl.“-Kettenzitat.

81 Sehr kritisch daher *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin 2009.

82 Dazu schon *Hesse*, Grundzüge (Fn. 35), Rn. 82–84.

83 BVerfGE 54, 277 (Leitsatz) – Revisionszulassung (1980).

84 BVerfGE 54, 277 (285, 299 f.) – eine Entscheidung des Plenums, also beider Senate!

Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) sieht es anders: Es handelt sich um eine Ergänzung des autoritativen Textes, die allein dem Gesetzgeber zustünde.⁸⁵

- 54 Besonders häufig wird die verfassungskonforme Auslegung im Bereich der Grundrechte herangezogen – etwa wenn erkannt wird, dass im Straßenrecht die Verteilung von Flugblättern wegen der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG unter den Begriff „Gemeingebrauch“ fallen muss, nicht unter den Gegenbegriff „Sondernutzung“.⁸⁶ Für die Sondernutzung müsste man nämlich eine Erlaubnis beantragen.⁸⁷

Dass auch hier vom Ergebnis her argumentiert wird, ist für die NJML keine Überraschung.

2. „Europarechtskonforme“ Auslegung

- 55 Die Auslegung des nationalen deutschen Rechts „konform“ zum Recht der Europäischen Union weist schon deshalb eine Besonderheit auf, weil es im Recht der Union eine besondere Art von autoritativen Texten gibt („Rechtsquellen“), die im nationalen Recht keine Entsprechung hat: die Richtlinien.

In Kürze: Bei der Gesetzgebung der EU gibt es zwei Formen, die Verordnung und die Richtlinie. Die *Verordnungen* sind auch in den Mitgliedstaaten für deren Bürger (und Behörden!) unmittelbar geltendes Recht (Art. 288 Abs. 2 AEUV), z.B. die Novel Food-Verordnung für die Zulassung neuartiger, insbesondere mit Hilfe von Gentechnik hergestellter Lebensmittel.⁸⁸ *Richtlinien* richten sich hingegen nur an die Mitgliedstaaten und müssen von diesen noch „umgesetzt“ werden, d.h. durch Regelung in nationalen Gesetzen in Geltung gesetzt werden (Art. 288 Abs. 3 AEUV), so etwa die Verbraucherschutzrichtlinie⁸⁹ oder auf dem Gebiet des Umweltschutzes die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie^{90, 91} (Ob die Bürger unter Umständen dennoch Rechte aus Richtlinien ableiten können, ist eine andere Frage.⁹²)

Zum sogenannten „Anwendungsvorrang“ des Unionsrechts schon oben Rn. 43.

85 Siehe dazu schon § 15c Rn. 61f. mit dem Beispiel der Abschaffung des Bayerischen Senats.

86 Beispiel nach *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 46), Rn. 10; in der 39. Aufl. leider entfallen.

87 Siehe zum Beispiel § 22 Abs. 1 Satz 1 StrWG M-V (Straßen- und Wegegesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern).

88 Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission.

89 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

90 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen.

91 Am Rande: Mittlerweile gibt es auch umsetzungsbedürftige Verordnungen, z.B. die sog. EU-Notfallverordnung (Verordnung [EU] 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien). Auf der anderen Seite gibt es Richtlinien, die den Mitgliedstaaten kaum noch Umsetzungsspielraum überlassen, insbesondere bei technischen Fragen etwa im Gefahrstoffrecht, s. nur *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 9 Rn. 84.

a) Allgemeines zur „Europäischen Methodenlehre“ (ohne EMRK)

Aber auch darüber hinaus ist die europäische Methodenlehre mittlerweile ein sehr weites Feld.⁹³ Ihr Thema ist zum einen die Auslegung des „eigentlichen“ europäischen Rechts, 56

– also (a) die Auslegung des **Primärrechts** der Europäischen Union, bestehend vor allem aus

- (1) dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) von 1992,
- (2) dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) von 2007, hervorgegangen aus den sogenannten Römischen Verträgen zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG, 1957), seit 1993 Europäische Gemeinschaft (EG),
- (3) dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom, 1957)
- (4) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GR-Charta) von 2007, in Kraft seit dem Vertrag von Lissabon 2009 (Primärrecht gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Halbsatz 2 EUV),

– und (b) die Auslegung des **Sekundärrechts**,

das sind die auf Grund der Verträge erlassenen Rechtsakte; bereits erwähnt wurden insoweit die Verordnungen und die Richtlinien; hinzu kommen gemäß Art. 288 AEUV Beschlüsse (verbindlich) sowie Empfehlungen und Stellungnahmen (nicht verbindlich).

Zum anderen ist Thema der „Europäischen Methodenlehre“ aber auch – und weitaus spannender – die Auslegung des **Rechts der Mitgliedstaaten** im Licht des Rechts der Union. Wir werden sehen, dass sich die Probleme einer „europarechtskonformen“ Interpretation im europäischen „Mehrebenensystem“ in sehr unterschiedlicher Gestalt zeigen. 57

b) Der *effet utile*

Zuvor lässt sich aus Sicht der Methodenlehre allerdings ein Aspekt „vor die Klammer ziehen“, der den gesamten Umgang mit dem europäischen Recht – genauer: Unionsrecht⁹⁴ – prägt: der sogenannte *effet utile*, so wie er vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im Anschluss an das Völkerrecht entwickelt wurde.⁹⁵ 58
Wörtlich übersetzt bedeutet französisch *effet utile* in etwa „nützliche Wirkung“, am treffendsten ist wohl die Übersetzung „Effektivitätsgrundsatz“. Gemeint ist jedenfalls: Die Normen des europäischen Rechts sollten so ausgelegt werden, dass sie ihren Sinn

92 Überblick: *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 9 Rndr. 100–112; zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch („*Francovich*“) siehe Rn. 69.

93 Überblick: *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 9 Rndr. 165–189, wobei Nettesheim ganz zwanglos den heutigen deutschen „Viererkanon“ (dazu oben § 15d) anwendet; umfassend *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., Berlin 2021; Habilitationsschrift: *Sebastian A. E. Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, Tübingen 2013, übrigens mit einem sehr grundlegenden Teil 1.

94 Nicht also die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) von 1950, die ja ein Rechtsakt des Europarats und nicht der EU ist.

95 Umfassend *Michael Potacs*, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, in: *Europarecht (EuR)* 2009, 465–487.

und Zweck weitestmöglich erfüllen.⁹⁶ Der *effet utile* wird deshalb im Allgemeinen als eine besondere Form der teleologischen Interpretation interpretiert.⁹⁷ Er dürfte aber weit mehr sein, nämlich ein **Vorrangprinzip**: Falls nationales Recht und europäisches Recht kollidieren, ist im Zweifel das europäische Recht zu „optimieren“.⁹⁸

Zum Begriff des „Prinzips“ – im Gegensatz zur „Regel“ – sogleich Rn. 84–85.

- 59 Klassisch ist insoweit der Fall **Alcan** aus dem deutschen Allgemeinen Verwaltungsrecht (im Folgenden recht ausführlich, aber immer noch leicht vereinfacht):

Die Aluminiumhütte A („Alcan“) befindet sich in einer Krise. Das Bundesland L möchte die Arbeitsplätze retten und stellt hierfür Subventionen in Höhe von 8 Mio. DM in Aussicht. A beantragt diese Subvention am 5.2.1983.

Am 8.3.1983 meldet die Europäische Kommission Bedenken an und weist auf die Notwendigkeit eines Unterrichtsverfahrens gemäß Art. 93 Abs. 3 EGV hin. Dennoch bewilligt das Bundesland L am 9.6.1983 die ersten 4 Mio. DM. Die Bundesrepublik schaltet die Kommission am 25.7.1983 ein, am 30.11.1983 bewilligt das Land L die zweiten 4 Mio. DM. Erst am 13.12.1983 wird die Firma A davon unterrichtet, dass die Kommission nicht unterrichtet worden sei.

Am 14.12.1985 entscheidet die Kommission, dass die Subvention („Beihilfe“) unzulässig sei und dass das Bundesland L sie zurückzufordern habe. Klage wird hiergegen nicht erhoben (vgl. Art. 173 EGV). Dennoch weigert sich das Land L weiterhin, die Beihilfe zurückzuverlangen, teils aus politischen Gründen, teils weil der Vertrauensschutz der Firma A entgegenstehe.

Auf die Klage der Kommission hin entscheidet der EuGH am 2.2.1989, die Bundesrepublik und das Land L hätten gegen den EG-Vertrag verstoßen. Daraufhin nimmt das Land L die Bewilligungsbescheide vom 9.6. und 30.11.1983 zurück und fordert die 8 Mio. DM zurück.⁹⁹

Das Problem bestand darin, dass nach deutschem Recht Verwaltungsakte, die eine Geldleistung gewähren, hier der Subventionsbescheid, nicht ohne weiteres aufgehoben werden dürfen – auch nicht, wenn sie wie hier rechtswidrig sind.¹⁰⁰ Eine Rücknahme ist vielmehr unzulässig, „soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist“ (§ 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz). Außerdem muss die Rücknahme innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der

96 Grundlegend EuGH Slg. 1976, 497 (517) – Royer (Sammlung der Rechtsprechung des [Europäischen] Gerichtshofes Jahr, Seite [Fundstelle]): *effet utile* bei Umsetzung der Freizügigkeitsrichtlinie; im Anschluss daran EuGH Slg. 1978, 629 (644 f.) – Simmenthal (1978): *effet utile* („volle Wirksamkeit“) als Kompetenztitel für das mitgliedstaatliche Gericht (hier den *Pretore von Susa*), nationales Recht, das dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht, im Einzelfall unangewendet zu lassen („Anwendungsvorrang“, siehe dazu schon Rn. 42 f.).

97 Classen/Nettesheim, Europarecht (Fn. 53), § 9 Rn. 178; Riesenhuber, Auslegung (Fn. 75), § 10 Rn. 45.

98 Man hat den *effet utile* daher auch einmal als „eine Art Allzweckwaffe“ bezeichnet: Rüdiger Krause, Arbeit anytime? Arbeitszeitrecht für die digitale Arbeitswelt, in: NZA-Beilage 2019, 86 (93) (NZA = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht).

99 BVerwG, NVwZ 1995, 703 (Vorlagebeschluss); EuGH Slg. 1997, I-1591 (1607–1625) – Alcan = Juristenzeitung (JZ) 1997, 722 mit Anmerkung von Claus Dieter Classen; abschließend BVerwGE 106, 328 – Alcan (1998).

100 Allgemein zu Rücknahme und Widerruf unionsrechtswidriger Verwaltungsakte Annette Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Baden-Baden 2023, § 16 Rn. 33–35.

Behörde von der Rechtswidrigkeit erfolgen, § 48 Abs. 4 VwVfG (die Einzelheiten sind umstritten¹⁰¹) – diese Frist hatte das Land locker verstreichen lassen.

Der EuGH hat sowohl den Vertrauensschutz verneint (ein Unternehmen dieses Zuschnitts darf sich nicht blind auf die Behörden verlassen!), und erst recht hat er die nicht ganz unverdächtige Fristversäumnis seitens des Landes für unbeachtlich erklärt:

60

„Andernfalls würde die Rückforderung der zu Unrecht gezahlten Beträge praktisch unmöglich gemacht und den Gemeinschaftsvorschriften über die staatlichen Beihilfen jede praktische Wirksamkeit genommen.“¹⁰² (Die „praktische Wirksamkeit“ meint natürlich den *effet utile*).

c) Primärrechtskonforme Auslegung

Bei der primärrechtskonformen Auslegung lassen sich zwei Varianten unterscheiden. Die erste betrifft die Auslegung von **europäischem** Sekundär- und Tertiärrecht, also von Rechtsakten, die europäische Organe aufgrund der Verträge erlassen. Sie ähnelt der verfassungskonformen Auslegung, zumal wenn man die Verträge als die „Verfassung der Union“¹⁰³ versteht. Bei der zweiten Variante geht es um die Auslegung des **nationalen** Rechts der Mitgliedstaaten in Konformität mit dem Primärrecht.

61

Methodologisch werden beide Bereiche leicht unterschiedlich beurteilt. Die primärrechtskonforme Auslegung von *Unionsrecht* (Sekundärrecht und weiterem davon abgeleiteten Unionsrecht) wird als „interpretatorische Vorrangregel“ qualifiziert und zudem der systematischen und objektiv-teleologischen Auslegung zugeschlagen.¹⁰⁴ Die primärrechtskonforme Auslegung *mitgliedstaatlichen* Rechts wird zunächst ebenfalls als *interpretatorische* Vorrangregel interpretiert, sodann allerdings zusätzlich zu einer *derogatorischen* Vorrangregel verschärft: Primärrecht kann entgegenstehendes nationales Rechts außer Kraft setzen, und zwar schon in der Hand des Rechtsanwenders („Anwendungsvorrang“, siehe oben Rn. 43). Über die Primärrechtswidrigkeit muss also, mit anderen Worten, nicht erst der EuGH oder das Bundesverfassungsgericht entscheiden.¹⁰⁵

Man sieht: Es ist wieder eine Kompetenzfrage.

Wohl deshalb will man denn auch die primärrechtskonforme Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts nicht als Erscheinungsform der systematischen Auslegung verstehen, sondern als einen „eigenständigen Auslegungskanon“.¹⁰⁶

62

Aus Sicht der NJML ist die Frage, ob es sich bei der primärrechtskonformen Auslegung – oder auch bei der verfassungskonformen Auslegung – um einen „eigenständigen“ Kanon handelt, eine Frage von eher akademischem Interesse. Anders gewendet: Es ist eine Frage der Terminologie, nicht der Sache selbst. Wenn man es so will, mag man unter „systematischer Auslegung“ allein das Aufeinanderabstim-

101 ... und ein beliebter Examensstoff! – Siehe etwa *Guckelberger*, Verwaltungsrecht (Fn. 100), § 16 Rn. 20–23.

102 EuGH Slg. 1997, I-1591 (1607–1625), Rn. 37 -Alcan.

103 Ein echter „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ (VVE) von 2004 ist allerdings nicht in Kraft getreten.

104 So *Stefan Leible/Ronny Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., Berlin 2021, § 8 Rn. 27–28.

105 *Leible/Domröse*, Primärrechtskonforme Auslegung (Fn. 104), § 8 Rn. 52, 60.

106 *Leible/Domröse*, Primärrechtskonforme Auslegung (Fn. 104), § 8 Rn. 53.

men von Normen gleichen Ranges verstehen – dann kann man hierzu gerade eben noch die „normale“ verfassungs- oder primärrechtskonforme Auslegung zählen: Sie trifft als „interpretatorische Vorrangregel“ lediglich eine Auswahl unter mehreren Auslegungsvarianten der niederrangigen Norm. Versteht man unter „systematischer Auslegung“ hingegen auch die Beachtung des Geltungsvorrangs, zählen die verfassungs- und die primärrechtskonforme Auslegung selbst dann dazu, wenn sie als „derogatorische Vorrangregel“ eine niederrangige Norm verdrängen.

Allerdings ist es dann eigentlich mit der „Konformität“ vorbei: Die mitgliedstaatliche Norm muss weichen, eben weil sie *nicht* konform ist!

- 63 Wie auch immer: All dies ist eine Frage der Terminologie, die uns, normativ betrachtet, freigestellt ist. Die Kanones sind kein autoritativer Text (keine „Rechtsquelle“), deshalb kann man gern auch mehr als vier davon haben und bei der Zuordnung mancher Argumente zu diesem oder jenem Kanon unterschiedlicher Meinung sein. Entscheidend ist, was praktisch aus dieser Zuordnung folgt.

d) Richtlinienkonforme Auslegung (besser: Interpretation)

- 64 Angesichts dessen, dass die Richtlinien der Europäischen Union eine völlig neue Art von autoritativen Texten („Rechtsquellen“) sind, nimmt es nicht wunder, dass sie auch methodisch neue Probleme – oder sagen wir: neue Perspektiven eröffnen. Das Gute daran ist: Auf diese Weise wird immer wieder explizit über Methode nachgedacht, insbesondere von den Gerichten. Vor allem aber wird immer wieder bewusst: Die Grenze dessen, was man als Jurist (hier: als nationales Gericht und als nationaler Gesetzgeber) rechtlich darf, bestimmt die Methode. Anders gewendet: Rechtlich erlaubt ist alles, aber auch nur alles, was methodisch „noch geht“.

Zur sensationellen Entscheidung des BVerfG im Verfahren zum PSPP-Programm der Europäischen Zentralbank¹⁰⁷ schon oben bei Rn. 36–37 („objektive Willkür“ beim EuGH).

aa) Das Aufeinanderabstimmen verschiedener Methodenverständnisse

- 65 Das Besondere an der Auslegung nationalen Rechts im Licht der Richtlinie besteht nun darin, dass hier nicht nur die autoritativen Texte („Regeln“) miteinander kollidieren können. Es können sich vielmehr auch die „ungeschriebenen Regeln“ der jeweiligen nationalen Methodenlehren unterscheiden. Folglich kann möglicherweise das, was in dem einen Mitgliedstaat an richtlinienkonformer Auslegung (oder Interpretation) „noch geht“, in einem anderen Mitgliedstaat „nicht mehr gehen“.

Praktisch führt dies zu zwei Fragen. Erstens: Handelt es sich bei dem Unterschied zweier nationaler „Methodenlehren“ – sagen wir besser: zweier allgemein akzeptierter nationaler Methodenverständnisse – um einen Unterschied in der Sache oder nur um einen Unterschied in der Terminologie? Zum Beispiel kann man unter dem Begriff „Auslegung“ in einem engen Sinn nur das verstehen, was sich innerhalb der Grenzen des Wortlauts hält („Auslegung I“), und jenseits davon beginnt die „Rechtsfortbildung“ – so die deutsche Doktrin. Oder man versteht unter „Auslegung“ beide Bereiche („Aus-

107 BVerfGE 154, 17 – PSPP-Programm der EZB (2020).

legung II“) und nennt dies dann „Interpretation“ – so die französische Doktrin.¹⁰⁸ Solche terminologischen Differenzen kann man relativ leicht bereinigen.

Dass man Doppeldeutigkeiten auch in einer Weise nutzen kann, die „nicht mehr geht“, werden wir weiter unten sehen (§ 34 Rn. 28–40, Stichwort „Erinnerung“).

Die zweite Frage lautet dann aber: Nehmen wir an, die europäischen Instanzen halten eine bestimmte Auslegung eines nationalen Gesetzes für nicht mehr richtlinienkonform, die nationalen Instanzen aber – auf der Grundlage ihres Methodenverständnisses – sehr wohl. Wer hat Recht? Das BVerfG hat dies sehr klar und richtig wie folgt auf den Punkt gebracht:

„Ob und inwieweit das innerstaatliche Recht eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung zulässt, können nur innerstaatliche Gerichte beurteilen.“¹⁰⁹

Erneut zeigt sich also: Kompetenz geht vor Wahrheit (s.o. Rn. 38).

bb) Die Umsetzung durch den Gesetzgeber: drei Konstellationen

Näherhin gilt: Wenn ein Gericht in die Verlegenheit kommt, über die „richtlinienkonforme“ Auslegung eines Gesetzes nachzudenken, das eine Richtlinie umsetzt, lassen sich im Wesentlichen drei Konstellationen unterscheiden:

(1) Die sprachliche Fassung des Gesetzes, mit dem der nationale Gesetzgeber die Richtlinie umgesetzt hat, ist mehrdeutig, und nur einige – also eine oder mehr – Auslegungsvarianten sind mit der Richtlinie vereinbar. Dann ist diejenige Variante zu wählen, die der Richtlinie entspricht („interpretatorische Vorrangregel“, dazu auch schon Rn. 61–62).¹¹⁰ Gibt es mehrere richtlinienkonforme Varianten, ist diejenige zu bevorzugen, die das Ziel der Richtlinie am besten verwirklicht (*effet utile*, s.o. Rn. 58–60).

(2) Die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber ist defizitär, sei es, dass er nicht gut informiert war, er sich über den Inhalt der Richtlinie irrte oder ihm ein handwerklicher Fehler unterlaufen war: Dann darf das Gericht dies „richtlinienkonform“ korrigieren – zur Not auch gegen den Wortlaut (*contra legem*).¹¹¹

In der antiken Rhetorik hätte man dies unter dem Status *scriptum et voluntas* („Geschriebenes und Wille“) verhandelt: Der Gesetzgeber kann nicht gewollt haben, dass ein Fremder, der bei der Verteidigung der Stadt Heldenaten vollbracht hat, wegen Betretens der Stadtmauer zum Tode verurteilt wird.¹¹²

Der BGH versteht den Begriff des *contra-legem*-Judizierens ohnehin „funktional“ als den „Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen

108 Wulf-Henning Roth/Christian Jopen, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 13 Rn. 17–20.

109 BVerfG K 19, 89 (100) – Haustürwiderrufsgesetz (2011) (Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]) mit Hinweis auf die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 11. November 2004, Rs. C-105/03, Pupino, Slg. 2005, S. I-5285 Rn. 39, m.w.N.

110 W.-H. Roth/Jopen, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 46.

111 So wohl auch W.-H. Roth/Jopen, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 63, 66–67; siehe aber auch allgemein zur *contra-legem*-Auslegung Rn. 36–39.

112 Siehe oben § 2 Rn. 14.

Methoden unzulässig ist“ und kommt dann z.B. mit Hilfe der (national zulässigen) teleologischen Reduktion zum richtlinienkonformen Ergebnis – allerdings erst nach Vorab-Entscheidung des EuGH.¹¹³

- 69 (3) Der Gesetzgeber hat die Richtlinie bewusst falsch oder gar nicht umgesetzt. In diesem Fall wäre das Gericht nach deutschem Methodenverständnis an den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers gebunden und dürfte wegen seiner Bindung primär an das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG) eigentlich nicht *contra legem* entscheiden.¹¹⁴ Der EuGH verlangt dennoch, dass das nationale Gericht, „wenn es ihm nicht möglich ist, das einschlägige nationale Recht im Einklang mit ... der Richtlinie ... auszulegen, verpflichtet ist, im Rahmen seiner Befugnisse ... für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet lässt.“¹¹⁵

Unter Umständen kann dann auch die Richtlinie unmittelbar angewendet werden. Klassischer Fall: Francovich. In Italien war die Richtlinie zum Schutz der Arbeitnehmer bei Konkurs des Arbeitgebers nicht umgesetzt worden. Der EuGH hat dem betroffenen Arbeitnehmer Francovich daher einen Anspruch gegen den Staat auf Ersatz seines Vermögensschadens zugebilligt – unmittelbar aus Unionsrecht (gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch).¹¹⁶

Im Detail gibt es weitere Konstellationen, hier geht es nur um die groben Linien.

e) Einige Kuriositäten

Im Übrigen gibt es im Bereich der unionskonformen Auslegung einige Kuriositäten, die dem Leser dieser Methodenlehre nicht vorenthalten werden sollen.

aa) Die *acte-clair*-Doktrin

- 70 Die erste Kuriosität besteht darin, dass die deutschen Gerichte bei der unionskonformen Auslegung eine Argumentationsfigur verwenden, die in Deutschland sonst nicht üblich ist, sondern aus dem französischen Recht stammt (vielleicht in der Tradition von Descartes?¹¹⁷). Gemeint ist die *acte-clair*-Doktrin: Wenn der Wortlaut einer Norm

113 BGHZ 179, 27 (Rn. 21–35) – „Herd-Set“ vom Quelle-Versand (2008) (nicht *Head-set*!) – ein **Klassiker**. Im konkreten Fall hatte der (Versand-)Verkäufer des mangelhaften Herdes einen neuen Herd geliefert und für die Nutzung des zurückgewährten Herdes ein Entgelt verlangt. Nach den Vorschriften des BGB stand ihm dieser Anspruch zu, umstritten war aber, ob dies einer Verbraucherschutz-Richtlinie widersprach. Der deutsche Gesetzgeber hatte dies ausdrücklich verneint, der EuGH hat es – auf Vorlagebeschluss des BGH – bejaht. Daraufhin legte der BGH die Vorschriften des BGB restriktiv so aus, dass sie für den Verbrauchsgüterkauf nicht gelten. Die NJML bezeichnet dies als Geltungslösung (vgl. § 27 Rn. 29–34, 39). – Kritisch zum Fall *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 71.

114 W.-H. Roth/Jopen, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 68 mit weiteren Nachweisen.

115 EuGH v. 17.4.2018 – Rs. C-414/16 Egenberger, Rn. 82. – „Egenberger“ ist der bekannte Fall einer konfessionslosen Sozialpädagogin, die sich beim Diakonischen Werk der evangelischen Kirche erfolglos um eine Arbeitsstelle beworben hatte; bekräftigt in EuGH v. 11.9.2018 – Rs. C 68/17 Chefarzt, Rn. 68.

116 EuGH Slg. 1991, I-5357 (5416) – Francovich (1991).

117 Zu dessen Doktrin von *clare et distincte* bzw. *clairement et si distinctement* siehe oben § 1 Rn. 6.

klar und eindeutig ist, dann darf ein Gericht hiervon nicht abweichen.¹¹⁸ Gestützt auf diese Doktrin gelingt es deutschen (und anderen mitgliedstaatlichen) Gerichten bisweilen, eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV¹¹⁹ zu vermeiden: Statt die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, wird „nicht selten lieber mit einem erheblichen Begründungsaufwand festgestellt ..., dass das Verständnis einer bestimmten unionsrechtlichen Norm so eindeutig sei, dass nach der *acte-clair*-Doktrin nicht vorgelegt zu werden braucht“.¹²⁰

Art. 267 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 177 EGV) besagt: Wenn es in einem Mitgliedstaat der EU in einem Rechtsstreit (a) entscheidungserheblich auf die Frage ankommt, wie das primäre und/oder sekundäre EU-Recht auszulegen ist und wenn sich diese Frage (b) vor einem Gericht letzter Instanz stellt, dann ist das Gericht verpflichtet, die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung dieser Rechtsfrage vorzulegen. Der EuGH hat hiervon allerdings selbst in der berühmten Entscheidung CILFIT Ausnahmen (auch) im Sinn der *acte-clair*-Doktrin zugelassen.¹²¹ Der **Leitsatz** lautet (Einrückungen, Einfügungen und Hervorhebungen J.L.):

„Art 177 Abs 3 EWGV [jetzt Art. 267 Abs. 3 AEUV] ist dahin auszulegen, daß ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, seiner Vorlagepflicht nachkommen muß, wenn in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Gemeinschaftsrechts gestellt wird, es sei denn, es hat festgestellt,

- daß die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist,
- daß die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war [„*acte éclairé*“] oder
- daß die gerichtliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart *offenkundig* ist, daß für einen *vernünftigen Zweifel* keinerlei Raum bleibt [„*acte clair*“];

ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft zu beurteilen.“

Zudem dürfe das innerstaatliche Gericht nur dann von einem *acte-clair* ausgehen,

„wenn es überzeugt ist, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde.“¹²²

Angesichts der mittlerweile stark vergrößerten Union (CILFIT stammt von 1982!) scheinen diese Voraussetzungen heute eher, wie man so sagt, lediglich auf dem Papier zu stehen.¹²³

118 Allgemein und knapp zur *acte clair*-Doktrin *Riesenhuber*, Auslegung (Fn. 75), § 10 Rn. 51: „nicht mehr als eine pragmatische Faustregel“.

119 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

120 *Ulrich Ehrlicke*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 267 AEUV Rn. 47 mit Hinweis auf Bundesfinanzhof (BFH), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 1775 – beschränkte Vermögensteuerpflicht einer Aktiengesellschaft italienischen Rechts für deren Anteile an einer inländischen GmbH (dort unter 3). Kritisch auch *Jürgen Kühling/Stefan Drechsler*, Alles „*acte clair*“? – Die Vorlage an den EuGH als Chance, in: NJW 2017, 2950–2955.

121 EuGH Slg. 1982, 3415 (3431 f.) – CILFIT –; es ging um Gebühren für gesundheitspolizeiliche Untersuchungen von Wollimporten aus Nicht-Mitgliedstaaten.

122 EuGH Slg. 1982, 3415 (3430) – CILFIT.

123 In der Sache ebenso *Bernhard W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage, München 2022, Art. 267 AEUV Rn. 33: „Sie werden in der Rechtsprechung der obersten Gerichte der Mitgliedstaaten nur scheinbar beachtet.“

- 72 In **methodologischer** Hinsicht ist bemerkenswert: Erstens die schon erwähnte Nähe zu Descartes' *Discours de la méthode* mit seiner *clare-et-distincte*-Lehre. Zweitens die noch größere Nähe zur Unterscheidung von grammatischer und logischer Auslegung, wie sie vor Savigny herrschend war und die – entgegen Savigny! – noch heute nachwirkt in der Lehre von der Grenze des Wortlautes als Grenze der Auslegung.

Bei Savigny ist gerade nicht der Wortlaut die Grenze zur „Fortbildung“ des Rechts, sondern der „Gedanke“ des Gesetzgebers (den man per Auslegung zu rekonstruieren hat).¹²⁴

Drittens schließlich greift der Gedanke des „vernünftigen Zweifels“ offenbar die angelsächsische Formel vom *reasonable doubt* auf, die für die Wahrheitsfindung bei Ermittlung des Sachverhalts gilt: Bewiesen ist, woran kein vernünftiger Zweifel mehr besteht.

Die Formel von *beyond a reasonable doubt* als Beweismaß in Strafsachen scheint sich im 19. Jahrhundert durchgesetzt zu haben.¹²⁵ Nur vermuten kann man, ob hiervon die Lehre von *doubt* und *belief*, die für die Erkenntnistheorie des Amerikanischen Pragmatismus zentral ist,¹²⁶ inspiriert wurde.¹²⁷

- 73 Viertens schließlich und nur am Rande: Ebenso wie man sich bemühen kann, unklare Begriffe zu klären zu machen, kann man auch in klaren Begriffen Unklarheiten entdecken, also etwa in dem Begriff „darauf ausgehen“, wenn eine Partei ganz offensichtlich die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland beseitigen will – und dies nur (noch) nicht kann (siehe § 29 Rn. 26–32).

bb) Verbot abstrakter Regelbildung?

- 74 Eine zweite Kuriosität bei der unionskonformen Auslegung des nationalen Rechts betrifft die Umsetzung von Richtlinien. Gelegentlich neigen der europäische Gesetzgeber und der EuGH offenbar dazu, den Mitgliedstaaten eine – gesetzliche und richterliche – Umsetzung vorzugeben, die anstelle einer abstrakt-generellen Regelung auf Einzelfallbetrachtungen hinausläuft. Mehr noch: Durch die Verwendung „absichtlich unscharfer Begriffe“ wie „enger Zusammenhang“¹²⁸ will man anscheinend „den Weg zu einer vom Einzelfall unabhängigen abstrakten Regelbildung sperren“.¹²⁹

Im konkreten Fall ging es um Verbraucherverträge. Insofern schrieb die Richtlinie vor, ein solcher Vertrag dürfe ausländischem Recht nicht unterworfen werden, wenn er „einen engen Zusammenhang“ mit dem Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates

124 von Savigny, System (Fn. 74), § 50.

125 Daniel Epps, The Consequences of Error in Criminal Justice, in: Harvard Law Review 128 (2015), 1065–1115 (1086).

126 Kurz dazu oben § 5 I Rn. 18; mehr bei Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 162–164 und öfter; klassisch: Charles Sanders Peirce, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.370 – 376 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraphen 370–376); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 156–158.

127 Peirce verwendet diese „familiar legal phrase“ einmal in einem Entwurf für einen Lexikon-Artikel, siehe Lorenz Schulz, Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce, Ebelsbach 1988, S. 46 Fn. 34.

128 So explizit EuGH Slg 2004, I-7999–8025 – Kommission ./ Spanien, Rn. 33.

129 W.-H. Roth/Jopen, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 34.

aufweist. Der spanische Gesetzgeber hatte diesen „engen Zusammenhang“ nun u.a. dann für gegeben erklärt, „wenn der Vertragspartner [des Verbrauchers] seine Willenserklärung in spanischem Gebiet abgegeben und er dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“. Dies hielt der EuGH für eine zu präzise Definition des – absichtlich unscharfen – Begriffs.¹³⁰

Aus Sicht der NJML wäre dies natürlich ein untauglicher Versuch¹³¹: Eine jede Entscheidung trägt in sich den „Keim zur Verallgemeinerung“,¹³² dafür sorgt neben der Erkenntnistheorie („*the essence of belief is the establishment of a habit*“¹³³) schon der Gleichheitssatz. Gemeint kann daher nur sein – und das ist durchaus nachvollziehbar –: Die europäischen Instanzen wünschen sich in manchen Bereichen eine Interpretation des EU-Rechts, die nicht durch abstrakte Definitionen erfolgt, sondern – ähnlich wie bei Generalklauseln – durch die Bildung von Fallgruppen, „die sämtliche Umstände des Einzelfalls ... berücksichtigen“¹³⁴ – darunter vielleicht auch nationale Besonderheiten wie die belgische und französische Comic-Kultur.¹³⁵

75

Siehe zur extensionalen Begriffsbildung („Konkretisierung“ des Begriffs durch Fallgruppenbildung auf der Seite des Begriffsumfangs) schon § 15a Rn. 7–11, 65–67.

cc) „Gesplattene“ Interpretation

Besonders kurios schließlich: Vorschriften des nationalen Rechts können in der Weise „gespalten“ interpretiert werden, dass sie innerhalb und außerhalb des Geltungsbereichs einer Richtlinie eine unterschiedliche Bedeutung haben.¹³⁶ So heißt es etwa in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes:

76

„Die Regelungslücke des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. [= Versicherungsvertragsgesetz alter Fassung] ist richtlinienkonform dergestalt zu schließen, dass die Vorschrift im Bereich der Lebens- und Rentenversicherung und der Zusatzversicherungen zur Lebensversicherung nicht anwendbar ist, aber auf die von der Dritten Richtlinie Lebensversicherung nicht erfassten Versicherungsarten uneingeschränkt Anwendung findet.“¹³⁷

Kurz und schlicht: Es handelt sich um eine durch den „Geltungsvorrang“ der Richtlinie (genauer: Anwendungsvorrang im Geltungsbereich der Richtlinie) veranlasste Reduktion.

130 EuGH Slg 2004, I-7999–8025 – Kommission ./ Spanien, Rn. 23–35 (33); insgesamt wenig überzeugend.

131 „Untauglicher Versuch“ ist ein im Strafrecht gebräuchlicher Terminus.

132 Charles Sanders Peirce, *The Architecture of Theories* (1891) in: CP 6.33 (Fn. 126); deutsch in: Schriften (Fn. 126), S. 285; dazu bereits Lege, *Pragmatismus* (Fn. 126), S. 272, 379 f., 480.

133 Peirce, *How to Make*, in: CP 5.398 (Fn. 126); deutsch in: Schriften (Fn. 126), S. 191; dazu schon oben § 5 I Rn. 18.

134 EuGH v. 3.9.2014 – Rs. C-201/13 Deckmyn; es ging um die Auslegung des Begriffs „Parodie“. – Zur Bildung von Fallgruppen schon § 15a Rn. 65–67, § 15b Rn. 20–24; außerdem unten § 25 Rn. 18.

135 Im gerade zitierten Fall Deckmyn ging es um ein Comic-Cover, das zu politischen Zwecken verfremdet worden war.

136 Matthias Habersack/Hans Christian Mayer, *Die überschießende Umsetzung von Richtlinien*, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., Berlin 2021, § 14 Rn. 42–52; Johanna Schmidt-Räntsch, *Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (OBG)*, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl., Berlin 2021, § 21 Rn. 73.

137 BGHZ 201, 101 (112 Rn. 27) – Lebensversicherungsverträge (2004).

f) Resümee: Europäische „Rechtsgestaltung“

- 77 Die vorstehende Skizze zur „europäischen Methodenlehre“ dürfte im Wesentlichen gezeigt haben: Es gibt methodisch einige Besonderheiten, die ihren Ursprung freilich „in der Sache“ haben, also in dem nicht unkomplizierten Mehrebenensystem der Europäischen Union. Methodologisch betrachtet darf freilich gelten: Auch „in Europa“ kocht man methodisch nur mit Wasser.

Besonders schön, dies zum Abschluss: Einige Vertreter der Europäischen Methodenlehre würden zumindest im Bereich der richtlinienkonformen Interpretation die Bezeichnung „Auslegung“ gern durch die Bezeichnung „Rechtsfindung“ ersetzen.¹³⁸ Aus Sicht der NJML ließe sich diese Initiative sogar noch erweitern:

Im Grunde ist jede „Rechtsetzung“ (seitens der Gesetzgebung) und jede „Rechtsanwendung“ (seitens der Gerichte und der Rechtsunterworfenen) letztlich *Rechtsfindung*, gar *Rechtserfindung* – also ein immer wieder neuer Akt von teils repetierender, teils innovativer *Rechtserzeugung* und *Rechtsgestaltung*.¹³⁹

Dann erstaunt es auch nicht, dass dabei *Ästhetik* der letzte Halt ist (dazu der Vierte Teil der NJML).

3. Völkerrechtsfreundliche Auslegung

- 78 Der Vollständigkeit halber sei schließlich unter der Rubrik „Konformität“ auch die sogenannte völkerrechtsfreundliche Auslegung genannt. Es handelt sich bei ihr in aller Regel nicht um Konformitätsauslegung im eigentlichen Sinn, weil Völkerrecht jedenfalls gegenüber dem Grundgesetz kein höherrangiges Recht ist. Allerdings sind gemäß Art. 25 GG die „allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts“, insbesondere das Völkergewohnheitsrecht, Bestandteil des Grundgesetzes und gehen den Gesetzen vor (also klarer Geltungsvorrang). Völkerrechtliche Verträge – wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) – haben hingegen nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG).

Nichtsdestoweniger ist nach der Rechtsprechung des BVerfG – wichtiges Detail – die EMRK bei der Interpretation der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes „völkerrechtsfreundlich“ zu berücksichtigen, d.h. als „Auslegungshilfe“ heranzuziehen.¹⁴⁰ Dabei zieht das Gericht insbesondere auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte heran¹⁴¹ – und ist dabei im Fall des NPD-Verbotsverfahrens durchaus in Verlegenheit geraten (dazu unten § 29 Rn. 33–35).

IV. Abwägung (genauer: Abwägung III)

- 79 Thema dieses § 18 ist, wie **Regeln** aufeinander abgestimmt werden – meist, aber nicht nur Regeln gleichen Ranges. Insofern haben wir Konkurrenzen, Kollisionen und Kon-

138 W.-H. Roth/Jopen, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 20.

139 Zum Paradigma von Erkenntnis und Juristischer Erkenntnis als Gestaltung: Lege, Pragmatismus (Fn. 126), Kapitel 5 und Kapitel 10.

140 BVerfGE 128, 326 (366–372) – Sicherungsverwahrung (2011).

141 BVerfGE 128, 326 (368 f., 371 f.).

formität untersucht. Im Folgenden geht es nun um „Abwägung“ – und bei Abwägung denkt man zunächst wohl eher nicht an Regeln, sondern an Werte oder Rechtsgüter, sagen wir: Freiheit gegen Sicherheit. Deshalb sei zum Einstieg ein Umweg erlaubt.

Zudem zur Erinnerung: Wir haben bereits zwei andere Arten von Abwägung erörtert, bei denen es nicht um die Abwägung von Rechtsregeln (oder wenn man will: von *Rechten*) geht, sondern um die Abwägung von *Interessen* innerhalb einer und derselben Rechtsregel. Gemeint sind (1) das Gebot gerechter Abwägung im Bauplanungsrecht (§ 15a Rn. 61–64) oder bei der Strafzumessung (§ 15b Rn. 25–27) – **Abwägung I** – und (2) die Abwägung mehrerer Mittel für einen vorgegebenen Zweck bei Prüfung der Verhältnismäßigkeit hoheitlicher Maßnahmen (§ 15b Rn. 38–51) – **Abwägung II** –. Die nun zu erörternde „Abwägung III“ ist, wie sich zeigen wird, etwas ganz anderes.

Und nun der Umweg: Nehmen wir an, es ginge um die Regel, dass man nicht lügen darf – dies stünde sogar unter Strafe. Bei Ihnen versteckt sich der X, der vor der Polizei flieht. Dürfen Sie die Polizei belügen und sagen, dass er sich nicht bei Ihnen befindet? Das Problem ist altbekannt, berühmt ist die radikale Antwort von Immanuel Kant: auf keinen Fall.¹⁴² Wo kämen wir denn dahin, wenn jeder nach Gutdünken lügen dürfte?

80

Die heutige Antwort wäre sicherlich: Das ist eine Frage der Abwägung. Aber was wird abgewogen? Menschen- und Wahrheitsliebe? Genau besehen doch wohl: Es findet eine Abwägung statt zwischen einem **Verbot** der Strafvereitelung (§ 258 StGB), das man als Rechtsunterworfenener zu beachten hat, und – möglicherweise – dem **Gebot**, den X aus diesen oder jenen Gründen zu retten. Nehmen wir an, X ist Jude, und die Polizei ist die Geheime Staatspolizei (Gestapo) der Nazis. Oder nehmen wir an, der X wird zu Recht als Bankräuber verfolgt, aber Sie lieben ihn ganz einfach.

Man sieht, dass in diesem Fall **zwei Regeln** miteinander kollidieren, und „hinter“ beiden können mehr oder weniger gute Gründe stehen. Diese Gründe müssen anscheinend gegeneinander „abgewogen“ werden, um im konkreten Fall zu einem konkreten Ergebnis zu kommen, und dabei kann das Recht manche Gründe mehr und andere weniger akzeptieren. Viele sind derart gut und wichtig, dass sie schon wieder zu rechtlichen Regeln kondensiert sind: Man denke nur an Notwehr (§ 32 StGB, § 227 BGB) und Notstand (§§ 34, 35 StGB, § 228 BGB).

1. Allgemeines zur Abwägung III (Abwägung von Regeln)

Damit stellt sich die durchaus ernste Frage, ob und ggf. inwieweit „Abwägung“ überhaupt eine *juristische* Methode ist. Ist Abwägung vielleicht eher eine Frage der Moral (man denke an das Kant-Beispiel) oder eine Frage der Politik (so würde es Kelsen wohl sehen), die zu dem, was man „Recht“ nennen darf (nämlich Regeln mit Tatbestand und Rechtsfolge), erst auskristallisieren muss?¹⁴³

81

142 Immanuel Kant, Über ein vermeintes Recht, aus Menschenliebe zu lügen (1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977, S. 635–643.

143 Ein früherer Präsident des BVerfG, Ernst Benda, pflegte zu sagen: „Recht ist geronnene Politik“. Das ist insoweit richtig, als jede Verwirklichung der Unterscheidung Recht/Unrecht auf Macht beruht. (Politik beruht, so Luhmann, auf der Unterscheidung Macht/keine Macht, und „Macht“ ist, so Max

Zu den drei Aggregatzuständen der Logik (Begriffe – Aussagen – Schlussfolgerungen) siehe § 5 Rn.120. Auch dem Recht hat man kürzlich drei Aggregatzustände zugeschrieben.¹⁴⁴

Allerdings ist diese ernste Frage erneut eine eher „akademische“ Frage – akademisch in dem Sinn, dass sie von der jeweiligen rechtstheoretischen „Schule“ abhängt, der man folgt. Es ist eher eine Frage von methodologischen Meta-Diskursen, die wir hier nicht entscheiden müssen.

Stattdessen können wir relativ entspannt beobachten, dass von manchen „Abwägung“ als die zweite große juristische Methode präsentiert wird – neben der „Subsumtion“.¹⁴⁵ Wir können zudem beobachten, dass Abwägung hauptsächlich im Öffentlichen Recht stattfindet – allerdings wird vehement bestritten, dass sie dort auch erfunden wurde.¹⁴⁶ Hinzu kommt schließlich die etwas weniger entspannte Beobachtung, dass „Abwägung“ offenbar eng mit „Verhältnismäßigkeit“ (dazu § 15b Rn.38–51) oder gar „Konkretisierung“ (§ 15c Rn.4–28) zusammenhängt und mit ihnen gemeinsam eine Art Nebel bildet, in dem sich nach herkömmlicher Methodendoktrin die entscheidenden „Wertungen“ irgendwie zusammenbrauen.

2. Abwägung von Regeln aus Sicht der NJML

82 Aus Sicht der NJML stellt sich die „Abwägung“ beim Aufeinandersabstimmen von Regeln demgegenüber wie folgt dar:

- Theoretisch betrachtet, ist „Abwägung“ ein Unterfall der systematischen Interpretation (das ist mehr als systematische „Auslegung“!) – *and nothing more pretentious*.
- Unter Abwägung in einem weiten Sinn kann man alles verstehen, was bei der Gewinnung einer Regel an Erwägungen (!) vorangegangen ist. Dieses „alles“ mutiert mit Setzung der Regel zu einem Bestandteil der historisch-teleologischen Interpretation.

Dies gilt natürlich in besonderem Maß für die „Erwägungsgründe“, die den Richtlinien der Europäischen Union üblicherweise voranstehen.

- Im engeren Sinn dient „Abwägung“ hingegen dazu, zwei oder mehr **Regeln** aufeinander abzustimmen, wenn man „**prinzipiell**“ (!) nichts an ihnen ändern will – weder auf der Ebene von Begriff und Aussage noch gar im Hinblick auf den Geltungsbereich der Regel, etwa durch Formulierung einer Ausnahme.

Grob gesagt: wenn die letzten 150 Meter im Entscheidungsprozess „eine Frage des Einzelfalls“ sind.

Weber, die Chance, seinen Willen gegen andere durchzusetzen – worauf auch immer diese Chance beruht.)

144 Oliver Lepsius, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, Tübingen 2016, S. 30 ff.; gemeint: Einzelfallentscheidung (fest), Gesetz/Regel (flüssig), Prinzipien (gasförmig).

145 Carsten Bäcker, Juristisches Begründen. Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Methodenlehre, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327.

146 Joachim Rückert, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, in: JZ 2011, 913–923.

Zu den sogenannten Prinzipien sogleich Rn. 84–85.

- Praktisch betrachtet, trägt dann allerdings auch diese Einzelfallentscheidung den „Keim zur Verallgemeinerung“ in sich (§ 6 Rn. 3, § 11 Rn. 14, § 15b Rn. 64) – leider; oder zum Glück? Jedenfalls (jeden-falls!) lässt sich dies nicht vermeiden, und dies kann eine Chance oder eine Gefahr bilden.

Zudem können Entscheidungen ja nach SINNZUSAMMENHANG unterschiedlich interpretiert werden. Bei der ersten Entscheidung zur Auflösung des Bundestages – Vertrauensfrage Helmut Kohl¹⁴⁷ – haben Juristen das BVerfG so verstanden: Diesmal lassen wir es noch durchgehen. Politiker haben verstanden: Wenn es hart auf hart kommt, werden sie wieder einknicken. Dies ist in der zweiten Entscheidung denn auch geschehen.¹⁴⁸

3. Die wichtigsten Positionen zur „Abwägung von Regeln“

Vor diesem Hintergrund wollen wir nun die drei wohl wichtigsten Positionen zur Abwägung von Regeln („Abwägung III“) vorstellen. 83

a) Regeln und Prinzipien (Alexy, Dworkin, Kant)

Die berühmte Unterscheidung von „Regeln“ und „Prinzipien“ ist vor allem mit Robert Alexy (geb. 1945) verbunden, er hat sie in seiner Habilitationsschrift „Theorie der Grundrechte“ (1986) entwickelt.¹⁴⁹ Dabei lehnt er sich freilich deutlich an den amerikanischen Rechtsphilosophen Ronald Dworkin (1931–2013) an, der dieselbe Unterscheidung bereits wie folgt für eine allgemeine Theorie des Rechts skizziert hatte¹⁵⁰: 84

Im Recht gibt es **Regeln** (*rules*), die im Sinn von Wenn-dann-Sätzen streng anzuwenden sind („alles oder nichts“): Wer einen Menschen tötet, ist zu bestrafen. Darüberhinaus gibt es aber auch **Prinzipien** (*principles*), die gleichsam nur die Richtung weisen und nicht streng, sondern nur mehr oder weniger (nach „Gewicht“) verwirklicht werden sollten. Das Prinzip „Freiheit“ kann nicht grenzenlos verwirklicht werden, es muss in vielen Fällen zurücktreten hinter das Prinzip „Lebensschutz“ – und dies gilt auch umgekehrt, etwa im Fall des Schwangerschaftsabbruchs. Zu vermeiden ist, mit anderen Worten, die *Maximierung* eines Prinzips zu Lasten eines anderen. Zu erstreben ist vielmehr eine *Optimierung* beider Prinzipien. Anders gewendet: Die **Prinzipien** sind, nun in Alexys Worten, **Optimierungsgebote**.¹⁵¹

147 BVerfGE 61, 1 – Vertrauensfrage Helmut Kohl (1983); dazu schon Fn. 57.

148 BVerfGE 114, 121 – Vertrauensfrage Gerhard Schröder (2005).

149 Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986, S. 71–157; zur Abwägung dort S. 143–154.

150 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (1977, 1978), new edition London 2022, S. 38–48; deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1984, S. 54–68; eingehend dazu Claudia Bittner, Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Berlin 1988, S. 118–137.

151 Dies ist nach Alexy der entscheidende Unterschied seiner Theorie zu derjenigen Dworkins: Alexy, Grundrechte (Fn. 149), S. 75–77 mit Fn. 27.

Sehr wahrscheinlich hat diese Unterscheidung ihren philosophischen Ursprung in Immanuel Kants „Kritik der reinen Vernunft“ von 1781. Kant unterscheidet dort den Verstand als das „Vermögen der Regeln“ und die Vernunft (im engeren Sinn) als das „Vermögen der Prinzipien“¹⁵² – wobei zu diesen Prinzipien vor allem die Freiheit gehört.

Möglicherweise spielen aber auch – die amerikanische Rechtsphilosophie ist da sehr viel offener – ökonomische Theorien eine erhebliche Rolle, etwa die Pareto-Optimalität, benannt nach dem italienischen Ökonomen Vilfredo Pareto (1848–1923).¹⁵³

- 85 Nach Alexy sind nun insbesondere die **Grundrechte** immer beides: Regeln und Prinzipien. Sie gewähren als *Regeln* einen klaren Schutz gegen Eingriffe von Seiten des Staates oder auch von Privaten. Zugleich verlangen sie als *Prinzipien* aber auch die Bereitschaft, bei der „Auslegung und Anwendung“¹⁵⁴ der Regeln entgegenstehende Prinzipien, insbesondere die Grundrechte anderer, „gelten zu lassen“.

Nach diesem Schema hat Alexy dann die seinerzeit herrschende Grundrechtsdogmatik – jedenfalls ihren „Allgemeinen Teil“, weniger die Einzelgrundrechte – „durchdekliniert“.

Methodologisch bleibt der Ertrag am Ende recht blass: Eine allgemeine Theorie der Grundrechtsinterpretation, geschweige denn eine Anleitung für die Praxis, findet man bei Alexy nicht. Vielmehr attestiert er der grundrechtlichen Argumentation „eine beträchtliche Rationalitätslücke“, die durch den „grundrechtlichen Diskurs“ geschlossen werden müsse (und daher wohl auch könne – *ought implies can*).¹⁵⁵ Aus Sicht der NJML ist dies kein wirklicher Rationalitätsgewinn.¹⁵⁶

b) Praktische Konkordanz (Konrad Hesse)

- 86 Ganz explizit als Nicht-Methodenlehre hat sich die zweite, noch berühmtere Theorie zur „Abwägung“ positioniert – gemeint ist Konrad Hesse (1919–2005) mit seiner Lehre von der „praktischen Konkordanz“. Auch diese Lehre – ihre Bezeichnung hat Hesse von dem Schweizer Öffentlichrechtler Richard Bäumlin übernommen¹⁵⁷ – will letztlich verhindern, dass einzelne „Werte“ der Verfassung sich gegenüber anderen ohne Rücksicht auf Verluste durchsetzen. Die klassische Formulierung lautet demgemäß:

152 Immanuel Kant, KrV B 171, 356 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 171; „A“ ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

153 In der deutschen Diskussion aufgegriffen schon von Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, S. 172–191; siehe auch Alexy, Grundrechte (Fn. 149), S. 145–149.

154 Das ist die klassische Formel, mit der die deutsche akademischen Rechtswissenschaft ebenso wie die Gerichtspraxis üblicherweise umschreibt, was sie bei der Rechtsfindung tut.

155 Alexy, Grundrechte (Fn. 149), S. 520 f. Mit dieser Wendung spielt Alexy auf seine Dissertation an: Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a.M. 1978. Diese Arbeit ist allerdings stark von der Habermasschen Diskurstheorie geprägt ist – die auf den juristischen Diskurs schon deshalb schwer passt, weil dieser gerade nicht „herrschaftsfrei“ ist.

156 Gegen Habermas schon oben § 5 II Rn. 70, 82 f., Stichwort: Konsenttheorie der Wahrheit.

157 Alexander Hollerbach, Öffentliches Recht an der Universität Freiburg in der Nachkriegszeit, Tübingen 2019, S. 105 f.; Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich etc. 2011, S. 214 f.

„In engem Zusammenhang damit [d.h. dem Prinzip der Einheit der Verfassung, J.L.] steht das Prinzip *praktischer Konkordanz*: verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen darf nicht in vorschneller ‚Güterabwägung‘ oder gar abstrakter ‚Wertabwägung‘ eines auf Kosten des anderen realisiert werden, Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe der Optimierung: *beiden* Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.“¹⁵⁸

Und weiter:

„Die Grenzziehungen müssen daher im jeweiligen konkreten Falle verhältnismäßig sein; sie dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen. ‚Verhältnismäßigkeit‘ bezeichnet in diesem Zusammenhang eine Relation zweier variabler Größen, und zwar diejenige, die jener Optimierungsaufgabe am besten gerecht wird, nicht eine Relation zwischen einem konstanten ‚Zweck‘ und einem oder mehreren variablen ‚Mitteln‘. Sie wird deutlich an der (mißverständlich so bezeichneten) ‚Wechselwirkung‘ von Meinungsfreiheit und begrenzendem allgemeinen Gesetz in Art. 5 GG: es geht um praktische Konkordanz durch ‚verhältnismäßige‘ Zuordnung der Meinungsfreiheit einer-, der durch ‚allgemeine Gesetze‘ geschützten Rechtsgüter andererseits.“¹⁵⁹

Methodologisch bleibt dies eher vage, es gibt daher auch verschiedene Deutungen, **„wo und wie“** man diese praktische Konkordanz eigentlich **prüft**“. Am einleuchtendesten¹⁶⁰ ist dies:

87

- Wo es möglich ist, in ein Grundrecht auf Grund eines Gesetzes einzugreifen – zum Beispiel eine Demonstration aufzulösen, die einen gewalttätigen Verlauf nimmt (§ 15 VersG – Versammlungsgesetz), da ist schlicht zu schauen, ob die Voraussetzungen des Gesetzes auf der Tatbestandsseite vorliegen und ob auf der Rechtsfolgende der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist (zu ihm oben § 15b Rn. 38–51). In diesem Rahmen sind dann unter dem Punkt „Angemessenheit“ die Bedeutung der Versammlungsfreiheit und die Bedeutung entgegenstehender Interessen (öffentliche Sicherheit, Eigentum, Leichtigkeit des Straßenverkehrs) abzuwägen.

Wichtig: In dieser Konstellation muss keines dieser dem Grundrecht entgegenstehenden Interessen Verfassungsrang haben! Es reicht, wenn das Interesse einfachrechtlich anerkannt ist (z.B. die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs). Anders gewendet: In diesem Kontext darf von „praktischer Konkordanz“ eigentlich (*proprie*) erst dann die Rede sein, wenn auch auf der Gegenseite „Werte von Verfassungsrang“ im Spiel sind.

- Explizit redet das BVerfG dann von „praktischer Konkordanz“, wenn danach gefragt wird, ob ein einfaches Gesetz mehrere Grundrechte angemessen zueinander ins

88

158 Hesse, Grundzüge (Fn. 35), Rn. 72.

159 Ebenda. – Die „Wechselwirkung“ spielt an auf BVerfGE 7, 198 (208 f.) – Lüth (1958), das ist die zweitwichtigste Entscheidung des BVerfG (nach Elfes, dazu schon oben Rn. 28 f.). – Zum Sachverhalt der Lüth-Entscheidung siehe § 31 Rn. 77; Stichwort: Boykottaufruf gegen einen Film des Nazi-Regisseurs Veit Harlan.

160 Das Folgende im Anschluss an *Camille Marie Damm*, Seminarreferat „Anwendungsbereiche der praktischen Konkordanz“, Sommersemester 2022, S. 14 f.

Verhältnis setzt – etwa § 11 UrhG – Urheberrechtsgesetz – die Grundrechte aus Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und Art. 5 Abs. 3 GG (Kunstfreiheit).¹⁶¹

Dabei kann die Kunstfreiheit übrigens auf beiden Seiten betroffen sein: So hat sich etwa die berühmte Elektro-Pop-Combo „Kraftwerk“ erfolglos dagegen gewehrt, dass eine zweisekündige Rhythmussequenz aus ihrem legendären Album „Trans Europa Express“ (1977) von anderen Künstlern „gesampelt“ wurde, das heißt: kopiert, geloopt (das heißt: in einer Schleife [*loop*] fortlaufend wiederholt) und einem neuen Stück zu Grunde gelegt.¹⁶²

- 89 – Besonders gut „passt“ die praktische Konkordanz schließlich dort, wo ein Grundrecht „vorbehaltlos“ gewährt ist, wenn es also nach seinem Wortlaut keinerlei Schranken unterliegt – wie die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und auch die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG). Hier muss die praktische Konkordanz sozusagen auf der *direttissima* hergestellt werden, nämlich durch Heranziehen „kollidierenden Verfassungsrechts“ (dazu sogleich mehr). So kann das Grundrecht eines Kindes auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) es rechtfertigen, die (ebenfalls als Grundrecht gewährleistete) Religionsfreiheit der Eltern zu beschränken, wenn diese aus religiösen Gründen eine Bluttransfusion verweigern. Das Gericht darf dann für das Kind einen Pfleger bestellen, der die Einwilligung erteilt, weil das Kind sonst sterben würde.¹⁶³

- 90 Generell kann man sagen, dass sich kollidierendes Verfassungsrecht oder, wie man auch sagt, „Güter von Verfassungsrang“, die im Rahmen der praktischen Konkordanz zu beachten sind, schnell finden lassen. Das BVerfG hat insofern z.B. die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr ausreichen lassen¹⁶⁴ oder auch die Erhaltung einer deutschen Handelsflotte¹⁶⁵ und das friedliche Zusammenleben der Menschen¹⁶⁶.

Als ein wenig herablassend habe ich indes eine Formulierung empfunden, mit der das BVerfG die Schockwerbung der italienischen Modefirma Benetton in den 1980er Jahren (Fotos von einem ölverschmutzten Vogel, von Kinderarbeit, von einem menschlichem Gesäß mit dem Stempel „H.I.V. POSITIVE“) sehr weitgehend unter den Schutz der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) gestellt hat:

161 BVerfGE 134, 204 (223 Rn. 68) – Werkverwertungsverträge (2013); hier: Grundrechte von Übersetzern und von Verwertern.

162 BVerfGE 142, 74 (96, 101) – Sampling/„Kraftwerk“ (2016).

163 Angelehnt an BVerfG, Kammerbeschluss vom 02.08.2001 – 1 BvR 618/93 – Bluttransfusion/Zeugen Jehovas, zitiert nach bundesverfassungsgericht.de <18.03.2023>; man ersieht aus dem Aktenzeichen, dass über die Verfassungsbeschwerde erst nach acht (!) Jahren entschieden wurde.

164 BVerfGE 69, 1 (26) – Kriegsdienstverweigerung (1985): „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung“ versus Art. 4 GG (Glaubens- und Gewissensfreiheit).

165 BVerfGE 92, 26 (43) – Zweitregister (1995): Art. 27 GG versus Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit, hier von Seeleuten).

166 BVerfGE 47, 327 (382) – Hessisches Hochschulgesetz: Pflicht zum Mitbedenken gesellschaftlicher Folgen (1978); in Art. 26 GG ist allerdings nur vom friedlichen Zusammenleben der Völker die Rede.

„Ein vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt des Bürgers ist kein Belang, zu dessen Schutz der Staat Grundrechtspositionen einschränken darf.“¹⁶⁷

Wichtig ist dogmatisch im Übrigen: Wenn ein „schranksloses“ Gesetz beschränkt wird, dann reicht der entgegenstehende Wert von Verfassungsrang allein nicht aus. Es muss zusätzlich auch eine einfachgesetzliche Grundlage geben. Andernfalls ließen sich die schrankenlosen Grundrechte leichter einschränken als die Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt.¹⁶⁸ 91

c) Abwägung im Verfassungsrecht (Schlink)

Die dritte Position zur „Abwägung im Verfassungsrecht“ ist weniger bekannt und doch am einflussreichsten geworden – eben weil sie sich auch als ein Beitrag zur **Methode** verstanden hat. Es handelt sich zunächst um die gleichnamige Dissertation (1976) von Bernhard Schlink (geb. 1944). Schlink hat in ihr eine Dogmatik entwickelt, in der die Grundrechte mit ihren „Schutzbereichen“ und „Schranken“ (diese Begriffe waren schon damals gängig) neu interpretiert wurden: nicht mehr gewissermaßen statisch, sondern dynamisch als **Argumentationslastregeln**.¹⁶⁹ 92

Diesen Ansatz hat Schlink sodann gemeinsam mit Bodo Pieroth (geb. 1945) in ihrem epochalen Grundrechte-Lehrbuch (1. Auflage 1983¹⁷⁰) zu einem Schema fortentwickelt, das sich sehr schnell durchgesetzt hat und bis heute die *basics* der Grundrechtsdogmatik bildet:

Schutzbereich – Eingriff – verfassungsrechtliche Rechtfertigung (des Eingriffs).

Dabei besteht die Pointe freilich darin, den zuvor herrschenden „Abwägungsenthusiasmus“¹⁷¹ abzulösen durch ein methodisch klares Prüfprogramm, bei dem vor allem klar wird, *wer* sich gegenüber *wem* zu rechtfertigen hat: der „Staat“¹⁷², wenn er in Grundrechte der „Bürger“¹⁷³ eingreift. Anders gewendet: „Eingriff“ war der methodisch neue Zwischenschritt, mit dem die Argumentationslast umgekehrt wurde. Nicht der Bürger verteidigt sich gegen den Staat mit Hilfe des Grundrechts. Sondern der Staat verteidigt seinen Eingriff in das Grundrecht. 93

Deshalb stoßen denn auch nach dieser Lehre die „vorbehaltlos“ gewährten Grundrechte (etwa Art. 5 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) nicht mehr auf „verfassungsimmanente Schranken“, die den Schutzbereich von vornherein begrenzen (so die Redeweise zuvor). Sondern Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte müssen sich recht- 94

167 BVerfGE 102, 347 (364) – Schockwerbung I/Benetton (2000). Immerhin geht es dann wie folgt weiter: „Anders kann es zu beurteilen sein, wenn ekelerregende, furchteinflößende oder jugendgefährdende Bilder gezeigt werden.“

168 Klassisch BVerfGE 90, 112 – Staatliche Förderung eines Vereins, der vor „Jugendsekten“ (in diesem Fall Osho) warnt (1992).

169 Schlink, Abwägung (Fn. 153), S. 192–219.

170 Mittlerweile fortgeführt von Kingreen/Poscher (Fn. 46).

171 Schlink, Abwägung (Fn. 153), S. 128–13 (gerichtet gegen Peter Häberle).

172 Mit „Staat“ ist hier der gesamte Bereich der öffentlichen Gewalt(en) gemeint, also nicht nur Bund und Länder („Staaten im engeren Sinn“), sondern auch Städte, Gemeinden, Landkreise, Universitäten, Handwerkskammern, Rundfunkanstalten etc. („Staat im weiteren Sinn“).

173 Genauer: der Rechtsunterworfenen; es gibt nicht nur Deutschen-Grundrechte, und auch inländische juristischen Personen (Vereine, GmbHs, Universitäten) genießen den Schutz der Grundrechte, soweit diese „ihrem Wesen nach“ auf jene anwendbar sind (Art. 19 Abs. 3 GG).

fertigen durch „**kollidierendes Verfassungsrecht**“. Das klingt nicht nur, sondern es ist freiheitsfreundlicher – und weist jedenfalls dem Konzept „Abwägung“ einen methodisch klaren Ort zu.

Selbst wenn man sagen sollte: Dies ist doch letztlich dasselbe, nur anderes formuliert – dann macht diese Formulierung eben doch einen Unterschied. Wir werden auf das Phänomen des *framing* („einen Rahmen setzen“) noch ausführlich zurückkommen (§ 35 Rn. 49).

Eine gewisse Ähnlichkeit weist der Pieroth/Schlink'sche Ansatz übrigens auf mit einem weiteren Bestandteil von Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts: Rechte lassen sich, so Dworkin, als politische **Trümpfe** gegenüber kollektiven Zielen interpretieren.¹⁷⁴ Wer sie beschneiden will, muss sie gleichsam übertrumpfen.

d) Abwägungsresistente Positionen?

- 95 Nur der Vollständigkeit halber: Bekanntlich ist es ein dogmatischer Glaubenssatz, dass es im deutschen Recht eine Position gibt, die jeglicher Abwägung entzogen ist, nämlich die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG). Dagegen spricht einiges, denn es sind Fälle denkbar, wo Würde gegen Würde steht (man denke an die sogenannte „Rettungsfolter“, um einen Entführer dazu zu bringen, das Versteck des Opfers zu nennen). Vor allem aber ist es, wie Niklas Luhmann einmal gesagt hat, mit der Funktion des Rechts schwer vereinbar, dass es Positionen gibt, die immer Recht haben,¹⁷⁵

Zumindest sollte man daher den Bereich, in dem man von Entwürdigung spricht, auf die „dicken Hunde“ beschränken (Sklaverei, Entrechtung, schwerste Demütigung) und insbesondere die sogenannte Objekt-Formel¹⁷⁶ nicht überstrapazieren.

- 96 Vielleicht wäre es ohnehin besser, bei *allen* Grundrechten gewisse *Mindestpositionen* anzuerkennen¹⁷⁷, etwa beim Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) das bare Existenzminimum (Wohnung, Nahrung, Kleidung, Gelegenheit zu Sozialität) oder bei der Berufsfreiheit die Möglichkeit, von seiner Arbeit leben zu können – mit einigem Abstand zum Lebensstandard derer, die nicht arbeiten, obwohl sie es könnten (übrigens ein altes christliches Gebot¹⁷⁸). Das würde den Begriff „Würde“ deutlich entschlacken und sehr viel leichter eine Anpassung an sich wandelnde Verhältnisse erlauben. Zudem könnte man sich ohne Mühe auf einen autoritativen Text des Grundgesetzes stützen, der geradezu *lex specialis* zu Art. 1 Abs. 1 GG ist: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden“ (Art. 19 Abs. 2 GG).

174 Dworkin, Taking Rights Seriously (Fn. 150), S. 6, 10; deutsch: Bürgerrechte (Fn. 150), S. 14, 19; dazu Bittner, Interpretative Praxis (Fn. 150), S. 93–98.

175 Zum DDR-Lied „Die Partei hat immer Recht“ schon § 5 II Rn. 32 Fn. 62.

176 Sie besagt bekanntlich, dass der Mensch nicht zu einem bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf; dazu schon § 5 II Rn. 93 mit Fn. 183.

177 Auch dieser Gedanke bei Schlink, Abwägung (Fn. 153), S. 192–195.

178 2. Thess 3, 10 (Zweiter Brief des Apostel Paulus an die Gemeinde in Thessaloniki [ein Teil der Bibel, genauer des Neuen Testaments], Kapitel 3 Vers 10): „Wer nicht arbeiten will, soll auch nicht essen.“

V. Resümee: Das Hauptfeld der gehobenen juristischen Dogmatik

97

Halten wir kurz inne. Wir haben in diesem langen § 18 verschiedene Konstellationen betrachtet, in denen Regeln aufeinander abzustimmen sind: Konkurrenzen, Kollisionen, Konformisierung (um es einmal so zu benennen); zudem schließlich die Abwägung von kontroversen Regeln (nicht also: von rechtlich gleichgerichteten „Belangen“ oder von Mitteln zum Zweck). Insgesamt darf man wohl sagen: Dies ist geradezu das Hauptfeld der gehobenen juristischen Dogmatik, und es setzt, wie man unschwer sieht, schon einen gewissen Kenntnisstand und Überblick über das Recht voraus. Mit diesem Kenntnisstand kann man sich auch durchaus von Fall zu Fall „durchwursteln“, und wenn man dabei etwas übersieht – nun ja.¹⁷⁹

Letztlich ist dies aber unbefriedigend und sogar ungerecht: Es geht niemals nur um einen einzigen Fall, es geht immer um den Vergleich vieler Fälle, und die Idee des Rechts besteht darin, ihnen allen in großer Folgerichtigkeit (Logik! § 4) das genau richtige Maß an Gerechtigkeit zukommen zu lassen. Deshalb muss man noch eine Stufe höher steigen und versuchen, die vielen Regeln, die sich im Recht angesammelt haben – seien es nun Gesetze oder Gerichtsentscheidungen oder gar Meinungen der akademischen Rechtswissenschaft – derart zu ordnen, dass sie ein widerspruchsfreies (Logik!, § 5 Rn. 89) Ganzes ergeben. Oder wie man gern sagt: ein System.

Davon handelt der nun folgende § 19.

¹⁷⁹ In dieser Weise haben sich vermutlich schon die real existierenden römischen Juristen im Reich Justinians mit dem *Corpus Iuris Civilis* arrangiert, siehe *von Savigny*, *System* (Fn. 74), § 48; vor allem haben sie offenbar „durch Gedankenlosigkeit und Willkür“ vermeiden können, dem Kaiser – der allein zur Auslegung befugt war – allzu viele Rechtsfragen zur Entscheidung vorzulegen. – Eine gewisse Parallele zum Umgang mit der *acte-clair*-Doktrin im Europarecht drängt sich auf (siehe Rn. 71 mit Fn. 123).

§ 19 Regeln (Rechtssätze) systematisieren (Theoriebildung)

- 1 Wir haben es an der einen oder anderen Stelle schon angedeutet: Bei der Erzeugung von Regeln (Rechtssätzen) sind die „Ebenen“ die wir in diesem Kapitel 3 unterscheiden, nicht immer klar voneinander zu trennen; sie gehen vielmehr oft ineinander über. Demgemäß ist auch die Unterscheidung von „Regeln aufeinander abstimmen“ (§ 18) und „Regeln systematisieren“ (§ 19) eine nur graduelle Unterscheidung. Idealtypisch¹ lässt sie sich dennoch wie folgt treffen:

Beim schlichten „Aufeinanderabstimmen“ von Regeln geht es um den Konflikt von zwei oder jedenfalls wenigen Regeln in einem einzelnen Fall. Bei der **Systembildung** geht es darum, *vielen* Regeln und *vielen* Fälle zu einem in sich stimmigen „Gesamtkunstwerk“ zusammenzufügen. Anders gewendet: Das Bedürfnis nach „Systembildung“ entsteht, wenn in der „Welt da draußen“ – hier in der Rechtswelt – eine gewisse Unübersichtlichkeit und Überkomplexität entstanden ist (oder wenn man es so empfindet?).

Nicht die Welt ist kompliziert. Kompliziert ist, wie wir sie machen. Und wahrnehmen (§§ 31–36).

- 2 Systembildung dient dann dazu, diese unübersichtliche Welt (oder Umwelt?) in eine vernünftiger, möglichst leicht nachvollziehbare, ich möchte sagen: „logische“ Ordnung zu bringen (oder diese Ordnung² in ihr zu entdecken?³). Hierfür gibt es, wie zu zeigen ist, verschiedene Wege. Das Ziel und die Leitidee aber sind – jedenfalls in der Wissenschaft, wie wir sie verstehen – immer diese beiden: **Widerspruchsfreiheit** und (so weit wie möglich⁴) **Vollständigkeit**.⁵

Man denke an das Periodensystem in der Chemie⁶ oder an das Linnésche Systeme der Botanik.

1 Zum Begriff „Idealtypus“ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § 1 I 6, auch 3 und 11: „Idealtypisch“ ist ein Sinnzusammenhang (!), der für bestimmte soziale Beziehungen charakteristisch ist – z.B. rationales Handeln in der Wirtschaft –, den es in dieser reinen Form aber auch dort nur selten gibt, weil er meist vermischt ist mit anderen Sinnzusammenhängen. Für unseren jetzigen Kontext: Idealtypisch kann man die kleine systematische Interpretation am Fall unterscheiden von großer Systembildung anhand vieler Fälle – auch wenn beides ineinander übergeht.

2 Oder gar eine ganz andere Ordnung? Man denke an Jesus Christus und seine Worte vor Pontius Pilatus: „Mein Reich ist nicht von dieser Welt“ (Evangelium des Johannes 18, 36). Auf Griechisch: *Hē basileia hē emē ouk estīn ek tou toutou κόσμου* – wörtlich: Mein Königtum (*basileia*) ist nicht aus dieser Ordnung (*kósmos*). Dazu schon oben § 5 II Rn. 50.

3 Die Menschen haben anscheinend ein Grundbedürfnis danach, in „der Welt“ Ordnungen oder Strukturen zu entdecken, selbst wenn es diese Strukturen in Wirklichkeit nicht gibt. Ein Beispiel sind die Sternbilder, sofern aus ihnen Aussagen über die Zukunft oder auch über Charaktereigenschaften abgeleitet werden. Ein weiteres Beispiel sind Verschwörungstheorien.

4 In jedem Büro muss es daher einen Ordner „Varia/Verschiedenes“ geben.

5 Dies übrigens auch beim Klassiker *Friedrich Carl von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Berlin 1840, § 42: Einheit (gemeint Widerspruchsfreiheit) und Vollständigkeit.

6 Auch dieses System enthielt Lücken, die erst später geschlossen wurden.

Natürlich kann man unter „System“ auch etwas anderes verstehen – nicht zuletzt die Luhmannsche Systemtheorie tut dies.⁷ Und natürlich auch unter Wissenschaft.⁸

I. Systembildung von der Rechtsfolge her

Eine erste Möglichkeit der Systembildung ist aus Sicht der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) besonders bemerkenswert, denn sie geht von den *Rechtsfolgen* der vielen Regeln aus, die zu ordnen ihr Ziel ist.⁹

Dass ein *Begriff* – auch ein Rechtsbegriff – die Gesamtheit dessen ist, was aus ihm folgt, haben wir bereits herausgestellt (§ 5 Rn.14). Das Gleiche gilt für eine *Aussage*, die eine Regel repräsentiert, also insbesondere für einen Rechtssatz: Seine Bedeutung ist das, was sich in einer *Schlussfolgerung* praktisch aus ihm ergibt. Es hängt eben alles zusammen: „Der Begriff vom Hunde bedeutet eine Regel ...“¹⁰

1. Friedrich Carl von Savigny: Das Recht des Besitzes (1803)

Klassisches Beispiel für diesen Weg wissenschaftlicher Systembildung im Recht ist ein berühmtes Buch: „Das Recht des Besitzes“ (1803) von Friedrich Carl von Savigny (1779–1861). In diesem Buch hat Savigny geradezu pionierhaft und zugleich mustergültig einen *neuen wissenschaftlichen Weg* zur Systematisierung eines notorisch unübersichtlichen Rechtsgebiets gewiesen: eben des Rechts des Besitzes im klassischen Römischen Recht (das damals in weiten Teilen Europas nach wie vor, allerdings subsidiär, geltendes Recht war!). Deshalb ist das Buch auch nicht nur für die zivilrechtliche **Dogmatik** von großer Bedeutung gewesen, sondern außerdem und mehr noch ein **Methodenmonument**.

7 Luhmann unterscheidet – in der letzten Version seiner Systemtheorie – *allopöietische* Systeme, die von anderen als sich selbst „gemacht“ werden (griechisch *poieîn* = machen, tun, herstellen; daher die Poetik) – also Maschinen -von *autopöietischen* Systemen, die sich selbst „machen“ und daher nicht völlig von außen berechenbar sind – also Organismen und die „sozialen Systeme“. Solche sozialen Systeme sind: Interaktionen, Organisationen und Gesellschaften (Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt a.M. 1984, S.15–29, 80 ff. und öfter). Die berühmten *Funktionssysteme* freilich – wie „Recht“, „Wirtschaft“, „Wissenschaft“, „Politik“, sogar „Religion“ (als Funktionssystem!) und „Kunst“ – gibt es nicht überall, sondern nur in der modernen Gesellschaft. Siehe auch bei und in Fn. 58.

Umfassende Darstellung der Luhmannschen Lehre mit Bezug auf das Funktionssystem „Recht“: Thomas Huber, *Systemtheorie des Rechts*. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, Baden-Baden 2007.

8 Insbesondere kann man unter Wahrheit Verschiedenes verstehen. Und wer bestreitet, dass es rechtliche Richtigkeit gibt (dazu §§ 27–33), darf eigentlich nicht von *Rechtswissenschaft* sprechen, sondern muss rechtliches Argumentieren für eine Spielart von Machtrhetorik halten.

9 Dass dies der Witz an Savignys Buch ist, betont auch Gertrude Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg etc. 1981, S. 47 f.

10 „... nach welcher meine Einbildungskraft die Gestalt eines vierfüßigen Tieres allgemein verzeichnen kann, ohne auf irgendeine einzige besondere Gestalt, die mir die Erfahrung darbietet, oder auch ein jedes mögliche Bild, was ich in concreto darstellen kann, eingeschränkt zu sein“, so Immanuel Kant, KrV B 181 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 181; die 1. Auflage wäre „A“), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985. – Allerdings versteht Kant hier unter „Regel“ nicht explizit eine Wenn-dann-Struktur, vielmehr „eine verborgene Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele“, die uns – wie ich interpretiere – die vielen konkreten Hunde per Induktion „auf den Begriff“ bringt.

Savigny selbst ist mit dem Buch – er war gerade erst 24 Jahre alt – auf einen Schlag berühmt geworden. Das Werk hat überschwängliche Rezensionen erhalten und sieben Auflagen erlebt, wobei es von 495 auf 765 Seiten angewachsen ist.¹¹

2. Die drei Schritte zum Begriff des Besitzes (possessio)

- 5 Savigny geht zur Bestimmung des Begriffs des Besitzes im Wesentlichen in drei Schritten vor (zwischen ihnen befinden sich allerdings sehr ausführliche Auseinandersetzungen mit anderen Meinungen und vor allem mit dem „Sprachgebrauch“¹² der römischen Juristen). Daher grob skizziert¹³:

a) Die lebensweltliche „Grundlage“ des Begriffs

- 6 Im ersten Schritt wird sozusagen lebensweltlich das Phänomen beschrieben, das dann in der Rechtswelt der Gegenstand (das Objekt) des Begriffs „Besitz“ (*possessio*) ist: die faktische Innehabung einer Sache (*detentio*). Savigny nennt dies die „Grundlage des Begriffs“.¹⁴

In unserer Terminologie könnten wir sagen: Es geht hier um den SINNZUSAMMENHANG des Sonstig-Sozialen (unscharf: „Lebenswirklichkeit“¹⁵), der sodann im sozialen SINNZUSAMMENHANG des Rechts zu interpretieren ist.¹⁶

Und man darf vielleicht als methodischen Imperativ hinzufügen: Erst nach draußen, dann in die Bücher! Oder auch: Vom Tatsächlichen zu Rechtlichen hin denken!¹⁷

b) Seine beiden Rechtsfolgen

- 7 Im zweiten Schritt stellt Savigny fest, dass sich in der Rechtswelt an den Begriff des Besitzes genau **zwei Rechtsfolgen** knüpfen: erstens die Möglichkeit, die Sache zu „ersit-

11 Hierzu und zum Folgenden höchst eindrucklich Joachim Rückert, *Recht als Wissenschaft: Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)*, in: Joachim Lege (Hrsg.), *Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945*, Tübingen 2009, S. 61–91.

12 *Friedrich Carl von Savigny*, *Das Recht des Besitzes*, 3. Aufl., Gießen 1818, z.B. S. 39–90.

13 Die vollständige Gliederung des Ersten Abschnitts des Werks („Begriff des Besitzes“) nach der 3. Aufl. 1818 findet sich (mit kommentierenden Unterstreichungen) bei Rückert, Savigny (Fn. 11) S. 73–75; Rückerts Interpretation des Ganzen: S. 67–77.

14 *von Savigny*, *Besitz* (Fn. 12), § 1 (S. 2): was „*allem Begriff des Besitzes zum Grunde liegt*“; im Inhaltsverzeichnis: „Grundlage“.

15 Oder auch „Lebenswelt“: zum Begriff Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992), 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, S. 107: „Auch der kommunikationstheoretische Begriff der Lebenswelt bricht mit der Denkfigur eines aus Teilen bestehenden Ganzen. Die Lebenswelt bildet sich aus einem in sozialen Räumen und historischen Zeiten verzweigten Netz kommunikativer Handlungen; und diese speisen sich nicht weniger aus den Quellen kultureller Überlieferungen und legitimer Ordnungen, wie sie von den Identitäten vergesellschaftete Individuen abhängen.“ Dieser Begriff ist, um den dort gegen die Rechtsordnung gerichteten Vorwurf zu kontern („zu konkretistisch für die Gesellschaftstheorie“), zu schwurbelig für eine rationale Rechtswissenschaft.

16 Zum Begriff SINNZUSAMMENHANG siehe oben § 5 II Rn. 40–59.

17 Die Formulierung stammt von meinem ehemaligen Mitarbeiter Jan Oster, der zugleich bemängelt, dass heutige Richter oft zu wenig Wert auf die Sachverhaltswürdigung legen. Was zur Kommentarstelle nicht passt, wird ignoriert.

zen“, das heißt: nach einiger Zeit und bei gutem Glauben auch das Eigentum an der Sache zu erwerben (*Usucapion*); zweitens das Recht, eine Störung des Besitzes durch andere abzuwehren (*Interdikt*). Mehr gibt es nicht.¹⁸

In der Terminologie der NJML: Pragmatisch gesehen, ist der Begriff „Besitz“ die Gesamtheit dieser Rechtsfolgen – *and nothing more pretentious*.

c) Rückschluss auf die Tatbestandsmerkmale und ihre Anwendung

Erst im dritten Schritt folgt dann die Untersuchung, was man **tatbestandlich** voraussetzen muss, um diese Rechtsfolgen stimmig erscheinen zu lassen. Dies ist für Savigny vor allem ein Besitzwille (*animus possidendi*): „Es muss nämlich jede *Detention*, wenn sie als *Besitz* gelten soll, absichtlich seyn, d. h. man muss, um Besitzer zu seyn, die Detention nicht bloß haben, sondern auch haben wollen.“¹⁹

8

Für Nicht-Juristen: Nach gängiger Terminologie bestehen Rechtssätze aus Tatbestand („wenn“) und Rechtsfolge („dann“): *Wenn* jemand eine Sache mit Besitzwille faktisch innehat, *dann* kann er Störungen des Besitzes abwehren (vgl. heute § 859 und § 862 Abs. 1 BGB²⁰ - Bürgerliches Gesetzbuch).

Ebenfalls für Nicht-Juristen: Man unterscheidet streng zwischen „Besitz“ und „Eigentum“. *Besitz* ist die tatsächliche Innehabung einer Sache (man hat sie gewissermaßen in der Hand oder – bei Grundstücken – einen zumindest gedachten Zaun drumherum). *Eigentum* ist die endgültige rechtliche Zuordnung einer Sache, bestes Beispiel: Dem Vermieter „gehört“ die Wohnung, er ist ihr Eigentümer; der Mieter ist ihr Besitzer,²¹ und zwar ein berechtigter Besitzer. (Unberechtigter Besitzer ist ein Hausbesetzer oder – anderes Beispiel – der Dieb eines Fahrrades).

9

Was Savigny angeht, so bestimmt er sodann – etwas anders als heute – den *animus possidendi* durch einen weiteren *animus domini* – das ist der „Wille“²², die Sachherrschaft (*detentio*) wie ein Eigentümer (*dominus*) auszuüben.²³ Dazu gehört nicht die Überzeugung, wirklich Eigentümer zu *sein*. Deshalb ist für Savigny der Dieb oder Räuber Besitzer, nicht hingegen – dies ist anders als heute – der Pächter. Wir müssen das aber nicht vertiefen.

18 von Savigny, Besitz (Fn. 12), § 2 (S. 5–9).

19 von Savigny, Besitz (Fn. 12), § 9 (S. 91).

20 Wortlaut des § 859 Abs. 1 BGB: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.“ Die Absätze 2 und 3 regeln dann Einzelheiten für bewegliche Sachen und für Grundstücke.

Wortlaut des § 862 Abs. 1 BGB: „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.“

Das „wenn“ kann, wie man sieht, im Konditionalsatz durch entsprechende Satzstellung ersetzt werden.

21 Das auch der Eigentümer Besitzer bleibt, genauer: mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB), darf hier außer Betracht bleiben.

22 Lateinisch *animus* bedeutet zuallererst „Seele, Geist“, dann auch „Bewusstsein, Herz, Gesinnung“.

23 von Savigny, Besitz (Fn. 12), § 9 (S. 93); dort heißt es allerdings: „... welcher die Sache als *Eigentümer* behandelt“. Dieses „als *Eigentümer*“ würde nach heutigem Sprachgebrauch eher heißen: in der Überzeugung, wirklich Eigentümer zu sein.

3. Sortierung der vielen Regeln nach der inneren Logik ihrer Fälle

- 10 Vor dem Hintergrund dieses Groß-Schemas unternimmt Savigny es dann, den gewaltigen Stoff an Fällen und Regeln, der aus dem klassischen Römischen Recht überliefert ist, zu ordnen. Dabei entwickelt er seinerseits neue Regeln (auch für die Interpretation), teilweise mit Ausnahmen, und zeigt die „Anwendungen“ des Begriffs *possessio* auf. All dies geschieht immer in unmittelbarer Auseinandersetzung mit den „Quellen“²⁴

Was diese „Quellen“ angeht, ist nun für ihren Kontext (SINNZUSAMMENHANG) von größter Bedeutung, dass die „Quellen“ des Römischen Rechts nicht möglichst abstrakt formulierte Gesetze wie das BGB waren. Das Römische Recht – in diesem Fall im Wesentlichen die Digesten – bestand vielmehr aus einer Sammlung von Fällen und Entscheidungen mit knappen Begründungen.²⁵ Dabei wurden sowohl die Tatsachen des **Falls** oder der Fallgruppe mitgeteilt als auch die dazu passende Rechtsregel. Dies war, trotz einer äußerlichen Anordnung in den Digesten, doch eher unübersichtlich.

- 11 Die „Digesten“ oder auch „Pandekten“ sind der Hauptteil (von dreien) des Corpus Iuris Civilis (CIC), und dieses ist die umfangreiche Rechtssammlung, die der oströmische Kaiser Justinian (482–565) aus einem noch weitaus größeren Fundus an römischer Rechtsliteratur zusammenstellen ließ – von Professoren der Rechtsschulen in Alexandria und Beryt (heute Beirut), die dabei freilich tatkräftig von Rechtsanwältinnen unterstützt wurden.²⁶ Mit Gesetzeskraft veröffentlicht wurde das Werk im Jahr 533, ein Jahr nach der Grundsteinlegung für die Hagia Sophia im damaligen Konstantinopel (heute Istanbul). In der Hagia Sophia befindet sich noch heute ein Mosaik, das die Übergabe des CIC an Justinian darstellt.

Ich finde es immer wieder erstaunlich, dass das Corpus Iuris Civilis, anders als etwa die Hagia Sophia oder die Gesetzesstele des Hammurabi,²⁷ nicht zur Allgemeinbildung gehört. Neben der Bibel dürfte kein anderes Buch so prägend für das sein, was wir – kulturell – Europa nennen.

Lateinisch „Digesten“ und griechisch „Pandekten“ bedeutet in etwa „geordnete vollständige Sammlung“.²⁸ Die Digesten werden eingerahmt von den „Institutionen“, einem kurzen juristischen Lehrbuch zum Einstieg, und dem „Codex“, einer Sammlung kaiserlicher Gesetze.

- 12 Und deshalb war es im Grunde ein großes Wagnis, dass Savigny diesem Wust an Detailregeln so etwas wie eine innere Vernünftigkeit – ich möchte sagen: eine **innere**

24 Siehe nochmals die in Fn. 13 zitierte Gliederung.

25 Rückert, Savigny (Fn. 11), S. 80 f.

26 Zur Entstehung des CIC Wolfgang Kunkel/Martin Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl., Köln etc. 2005, S. 209–215; die Namen der 11 Anwälte (*patroni*) werden genannt in der sog. Constitutio Tanta' § 9. Dies war eines der Einleitungsgesetze zum Corpus Iuris, es wird den modernen Digestenausgaben vorangestellt, siehe etwa Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Digesten 1–10, gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans-Hermann Seiler, Heidelberg 1995, S. 79 f.: einer der *patroni* hieß übrigens Plato.

27 Hammurabi war von 1792 bis 1750 v.Chr. König von Babylonien. Berühmt ist er für die älteste vollständig erhaltene Rechtssammlung dieser Erde, eingemeißelt in eine freistehende Säule („Stele“) aus schwarzem Stein. Die Säule steht im Pariser Louvre, ein Abguss von ihr im Berliner Pergamon Museum.

28 Lateinisch *digérére* = in gehöriger Ordnung durchführen (daher sowohl der *Reader's Digest* als auch das englische *to digest* und der französische *digestif*); griechisch *pandéchesthai* = alles enthalten.

Logik – schlicht *unterstellt* hat: Nein, es herrscht in diesen Regeln keine Willkür, und es soll auch keine herrschen. Es soll nicht „mal so“ und an anderer Stelle anders entschieden werden. Sondern es herrscht in diesem Recht eine innere Ordnung und Folgerichtigkeit, die man ebenso **entdecken** muss und kann wie die innere Ordnung und Logik des – sagen wir – Planetensystems.

In den Juristischen Methodenlehren ist manchmal die Rede von einem „äußeren“ und einem „inneren System“. Mit dem „äußeren System“ ist im Grunde der Gesetzestext gemeint, so wie er als Text äußerlich gegliedert ist. Was unter dem „inneren System“ zu verstehen ist, wird unterschiedlich umschrieben. Zum einen heißt es, das innere System betreffe „die logische Widerspruchsfreiheit und die teleologische Stimmigkeit“,²⁹ zum anderen wird eine höhere Ebene der „rechtsethischen Prinzipien“³⁰ beschworen, die für ein „konsistentes System von Wertentscheidungen“ sorgen und dem äußeren dann sogar vorgehen (!) sollen.³¹

Ich halte dies für eher irreführend. Das Recht ist ein System von **Regeln**, das in sich widerspruchsfrei sein soll – und eben dies ist eine Frage der Logik. Dass diese Regeln in autoritativen Texten (Gesetzen) als *Aussagen* formuliert werden, die man *Rechtssätze* nennt, macht aus diesen Aussagen kein zweites, „äußeres“ System, dem man von innen die wahren Werte einhauchen müsste. Nein, das Recht ist ein System von Regeln, das einer **inneren Logik** entsprechen soll. Dass man sie in satzhaften Aussagen *formulieren* muss,³² ändert daran nichts (sondern ist unserer alltäglichen Semiotik geschuldet³³).

Und dann hat Savigny es offenbar geschafft, diese innere Ordnung im Großen wie im Detail **wirklich** derart schlüssig zu entfalten, dass die Fachwelt „platt“ war. Dabei war sie vor allem deshalb „platt“, weil Savigny weder die vielen einzelnen Regeln unkritisch übernommen hatte („positivistisch“), noch hatte er den Wust antiker Normen an modernen Vernunftprinzipien gemessen,³⁴ um sie dadurch, wie man heute sagt, „zukunftsfähiger“ zu machen. Er hatte schlicht herausgefunden, wie viel Vernunft in **diesem** alten Römischen **Recht** steckt.

An dieser Stelle muss man freilich Savignys Ruhm ein wenig schmälern: Das Römische Recht in den Digesten war nämlich, wie schon angedeutet, keine völlig unsystematische Sammlung von Regeln, es war kein *heap of rules*. Die Digesten bzw. Pandekten sind vielmehr eine schon gut vorgeordnete Sammlung in 50 Büchern – wobei das letzte übrigens wirklich **Varia**³⁵ enthält, also ganz Verschiedenes. Zum

29 So z.B. Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., München 2019, § 4 Rn. 109; 5. Aufl. (2023) Rn. 113.

30 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin etc. 1983, S. 456 ff.; 6. Aufl. (1991) S. 474 ff.

31 Th. Möllers, Methodenlehre (Fn. 29), der das Ganze dann aber am eher überschaubaren Beispiel der Gesamtanalogie veranschaulicht (§ 6 Rn. 140 ff.; 5. Aufl. Rn. 165 ff.).

32 In Anlehnung an Alexander Hollerbach, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 4, 7. Aufl., Freiburg i.Br. 1988, Sp. 751 (757); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94: „satzhaft formulierbare normative Aussagen“.

33 Siehe oben § 5 I Rn. 9, II Rn. 25.

34 Gerügt wurde dies von Nikolaus Thaddäus von Gönner, einem der wenigen Kritiker der Schrift, siehe Rückert, Savigny (Fn. 11), S. 65 f. – Von von Gönner stammt auch, ursprünglich polemisch gemeint, die Bezeichnung „Historische Schule“.

35 Siehe Fn. 4.

13

14

Beispiel ist der 16. Titel überschrieben mit *De verborum significatione* – Über die Bedeutung der Wörter –, er enthält also Begriffsklärungen. Deren erste lautet:

Dig. 50.16.1 *Verbum hoc „si quis“ tam masculos quam feminas complectitur.* – Das Wort „wenn jemand“ umfasst sowohl männliche [„Jemande“] als auch Frauen.

Im 17. Titel – er ist zugleich der letzte des Gesamtwerks – findet man schließlich *De diversis regulis iuris antiqui*: diverse Regeln des alten Rechts. Einige (wenige) zitieren wir noch heute, etwa:

Dig. 50.17.173.3 *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.* – Arglistig handelt, wer [von jemand anderem] etwas herausverlangt, das er [sofort] wieder herausgeben müsste.³⁶

Dig. 50.17.185 *Inpossibulum [sic] nulla obligatio est.* – Zu Unmöglichem besteht keine Verpflichtung (= kann man sich nicht rechtswirksam verpflichten).

4. Resümee

- 15 Die NJML kann sich durch beide Aspekte in Savignys „Das Recht des Besitzes“ von 1803 bestätigt fühlen: Erstens besteht die (praktische) Bedeutung von Rechtsbegriffen und Rechtssätzen letztlich in den **Rechtsfolgen**, die sich aus ihnen ergeben (siehe dazu oben § 15 mit Verweis auf § 5 Rn. 14–21). Zweitens ist es zumindest möglich, dass sich **im** Recht eine gewisse **Vernünftigkeit verwirklicht** – eine *concrete reasonableness*.³⁷ Darauf werden wir in unseren Überlegungen zur Juristischen Ästhetik zurückkommen (§ 31 Rn. 89).

Aber natürlich ist es auch möglich, dass ein ehemals vernünftiges Recht verwahrlost, wenn man leichtfertig damit umgeht. Wir sind derzeit auf dem besten Weg dazu,³⁸ und man sollte sich ernsthaft fragen, wann der Kippunkt erreicht ist.

Eine letzte Bemerkung zu Savigny: Angesichts der Besonderheit seiner sehr konkreten „Quellen“ kann man seine **Methode** durchaus als **gutes Fallrecht** bezeichnen. Jedenfalls ist sein Umgang mit Regeln erheblich „kontextualisierter“ als, sagen wir, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.³⁹ Und es passt auf sein Vorgehen auch recht gut ein letztes römisches Zitat:

36 Dieselbe Regel findet sich auch schon in Dig. 44.4.8pr. (Volltextsuche in den Digesten ermöglicht der subversive Link <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Digesten534.htm> <30.03.2023>).

37 Zu diesem Begriff bei Charles Sanders Peirce und über ihn hinaus: *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 301, 379, 383 f., 591, 601.

38 Äußerlich schon daran erkennbar, dass Gesetzestexte und Gerichtsentscheide adipös ausufern. Zudem wird häufig rein tagespolitisch etwas ins Gesetz geschrieben, was schon vorher selbstverständlich war („symbolische Gesetzgebung“). Eines der jüngsten Beispiele ist der zweite Halbsatz des § 1 Abs. 3 BauGB (Baugesetzbuch): „Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist; *die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen.*“ Normativer Erkenntnisgewinn: Null.

39 Dazu schon oben § 15a Rn. 37–46; zur Kritik am BVerfG vor allem auch *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hrsg.) Das eng begrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281; s. auch *Joachim Lege*, Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven, Wien etc. 2023, S. 227–248.

Dig. 50.17.1. (...) *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.* (...) – Es soll nicht aus der Regel (freier: aus dem Rechtssatz) das Recht abgeleitet werden (wörtlich: entnommen), sondern aus dem Recht soll das entstehen, was die Regel ist (freier: was der Rechtssatz ausdrückt⁴⁰). 16

II. Systembildung von der Tatbestandsseite her

Ein anderer Weg zur Systematisierung von Regeln – hier: von staatlichen Gesetzen – nimmt seinen Ausgang gleichsam von der anderen Seite, also von den einschlägigen Tatbeständen her. Natürlich geschieht aber auch dies mit Blick auf die Rechtsfolgen. 17

1. Abgrenzung: Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) des Eigentums

Als Beispiel möge hier ebenfalls ein notorisch unübersichtliches Feld dienen, nämlich die Abgrenzung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“ – kurz: ISB – im Sinn von Art. 14 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (Grundgesetz). 18

2. Vor-Klärung: Die Rechtsfolgen beider Begriffe

Insofern scheint ein erster Blick in das Gesetz einen sehr wesentlichen Unterschied beider Vorschriften aufzuzeigen: 19

Art. 14 Abs. 1 GG Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

Art. 14 Abs. 3 GG Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.

Auf den ersten Blick bedeutet dies: Eine **Entschädigung** ist nur bei der Enteignung „drin“. Wenn man also als Richter meint, eine bestimmte staatliche Maßnahme sollte der Eigentümer nicht ohne Entschädigung hinnehmen müssen, dann „sollte das eine Enteignung sein“. Natürlich darf man als Jurist eigentlich so nicht denken. Das Reichsgericht (RG) hat es dennoch getan, und der Bundesgerichtshof (BGH) ist ihm jahrzehntelang gefolgt. 20

Ausgangsfall des **Reichsgerichts** – sozusagen die Wurzel allen Übels – war die Entscheidung zum „Galgenberg“: Ein Grundstück wurde unter Denkmalschutz gestellt, deshalb konnte der Eigentümer dort nicht, wie es sich anbot (und er hatte damit auch schon begonnen), Sand abbauen.⁴¹ Das Reichsgericht sah darin eine Enteignung: Zwar ergäben sich Inhalt und Schranken des Eigentums aus den Gesetzen (Art. 153 Abs. 1 Satz 2 WRV [Weimarer Reichsverfassung] = Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), hier aus dem Hamburgischen Denkmal- und Naturschutzgesetz. Wenn jedoch die vollziehende Verwaltung im Einzelfall „ausnahmsweise einzelne Eigentümer“ herausgreife, handele es sich um eine Enteignung, wenn und weil „das Recht des Eigentümers,

40 Denn: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat* – Eine „Regel“ ist etwas, das kurz und vollständig darlegt, was „Sache ist“ [*rem quae est*] (Dig. 50.17.1).

41 RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite).

mit seiner Sache gemäß § 903 BGB nach Belieben zu verfahren, zugunsten eines Dritten beeinträchtigt wird“⁴². Man hat dies die **Einzelakttheorie** genannt.

Sie ist **methodisch** und erkenntnistheoretisch natürlich unhaltbar: Eine Handlung kann nicht im Einzelfall einem anderen Begriff unterfallen als im Allgemeinen (Stichwort: Universalienstreit, siehe oben § 4 Rn. 2). Eine Katze kann nicht im Einzelfall ein Hund sein, selbst dann nicht, wenn sie bellt.

- 21 Das **Bundesverfassungsgericht** (BVerfG) ist dieser Rechtsprechung in dem berühmten Nassauskiesungs-Beschluss von 1981 entgegengetreten⁴³ – auf Einzelheiten kommen wir zurück. An dieser Stelle muss nur interessieren: Das Gericht hat, zugegebenermaßen kühn, auch in den Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eine eventuelle Entschädigungspflicht hineingelesen und dies in einer zweiten kühnen Entscheidung, dem Pflichtexemplar-Beschluss,⁴⁴ flankierend abgesichert – sogenannte „ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung“. Im Ergebnis bedeutet dies: Die Frage, ob **am Ende** eine **Entschädigung** herauskommt (als **Rechtsfolge**), ist nicht mehr davon abhängig, ob die staatliche Maßnahme (im Tatbestand) eine „Enteignung“ ist.
- 22 Gibt es dann aber überhaupt noch einen praktischen Unterschied zur Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB)? Der Einwand liegt nahe, aber es gibt gleich drei Unterschiede:
- (1) Die Enteignung hat strengere Voraussetzungen („ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig“).
 - (2) Bei der Enteignung *muss immer*, bei der ISB muss *nur dann* entschädigt werden, wenn die Beeinträchtigung des Eigentums sonst *unverhältnismäßig* („unbillig“) wäre.
 - (3) Die Höhe der Entschädigung ist bei der Enteignung grundsätzlich nach dem Marktwert zu bemessen, bei der ISB ist sie das Ergebnis einer umfassenderen Interessenabwägung – weil es bei der ISB, wie noch zu zeigen ist, einen Marktwert gerade nicht gibt.
- 23 Allerdings steht all dies, zugegeben, so nicht im Gesetz. Sondern es folgt aus der richtigen (!) Interpretation der beiden Tatbestände. Wir können insbesondere den Punkt (3) erst dann begründen, wenn wir geklärt haben, was eine Enteignung und was eine ISB im Recht und im sonstigen Leben wirklich „ist“.⁴⁵
- Und wir haben jetzt gleichsam den Rücken frei: Die Entschädigungsfrage hängt nicht mehr allein am Begriff „Enteignung“.

3. Die drei Schritte zu den beiden Begriffen (intensional)

- 24 Was also „ist“ eine Enteignung, was eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) des Eigentums? Was ist der jeweils richtige „Begriff“ davon?

42 RGZ 116, 268 (272).

43 BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

44 BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981).

45 Bereits hier am Rande: Dies entspricht dem, was Savigny den „Grund“ oder die „Grundlage“ des Begriffs genannt hat, siehe oben Rn. 6.

a) Überprüfung des „Sprachgebrauchs“

Das BVerfG hat insofern in seinem Nassauskiesungsbeschluss – nach Vorarbeiten im Kleingarten-Beschluss⁴⁶ – durchaus **improvisieren** müssen.⁴⁷ Der Mainstream der Rechtswissenschaft hat von diesen Bemühungen leider vor allem diejenige Unterscheidung aufgegriffen, die am allerwenigsten trifft, wie sich die Sache wirklich verhält (*rem quae est*⁴⁸). 25

Gemeint ist die Unterscheidung von „abstrakt-genereller“ Festlegung der Rechte und Pflichten, die sich aus dem Eigentum ergeben (= ISB), und „konkret-individuellem“ Zugriff auf eine Eigentumsposition (= Enteignung). Damit ist man nämlich – wenn man die weiteren, immer wieder divergierenden Umschreibungen des BVerfG (dazu schon § 15a Rn. 31–36) außer Acht lässt – nicht weiter als die Einzelakttheorie des Reichsgerichts.

Dass diese nicht hilft, zeigt sich durch folgende Überlegung: Auch Enteignungen beruhen, ja sie müssen sogar beruhen (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG!) auf einem „abstrakt-generellen“ Gesetz⁴⁹, das zur Enteignung ermächtigt (z.B. § 19 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz – FStrG⁵⁰). Und auch Gesetze, die eine ISB des Eigentums enthalten, müssen „konkret-individuell“ von der Verwaltung vollzogen werden: sei es, dass die Behörde dem individuellen Eigentümer den konkreten Sandabbau am Galgenberg untersagt oder dass die Behörde ihm im Münsterland die Kiesgewinnung bis in den Grundwasserbereich hinein („Nassauskiesung“) nicht weiter genehmigt.

Was jene weiteren Umschreibungen des BVerfG angeht, muss man nun leider konstatieren, dass dieser „Sprachgebrauch“ bis heute kein völlig konsistentes, widerspruchsfreies Bild ergibt – wir haben dies bei unseren Überlegungen zur intensionalen Begriffsbildung bereits ausführlich dargestellt (§ 15a Rn. 41–46). Insbesondere die Frage, ob die Enteignung ein „Güterbeschaffungsvorgang“ ist, hat das Gericht mal so, mal anders beantwortet. 26

b) Analyse der lebensweltlichen „Grundlage“: das Marktmodell

Nicht zuletzt angesichts dieser Unklarheit – die natürlich auch auf der Patchwork-Methodik des BVerfG beruht („maßstabsetzende Gewalt“⁵¹) – gilt Art. 14 GG allgemein als schwierig. Die Schwierigkeiten vermindern sich erheblich, wenn man einmal genau hinschaut, was denn der „Lebensbereich“ oder die „Lebenswirklichkeit“⁵² ist, den bzw. 27

46 BVerfGE 52, 1 (27 f.) – Kleingartenrecht (1979).

47 BVerfGE 58, 300 (330–332) – Nassauskiesung (1981) – mit durchaus irreführender Dreiteilung.

48 Siehe Fn. 40.

49 Ausnahme: die sogenannte Legal- oder besser Legislativenteignung unmittelbar durch ein (Einzel-fall-) Gesetz: klassische Entscheidung dazu: BVerfGE 24, 367 – Hamburger Deichordnung (1968).

50 Wortlaut: „Die Träger der Straßenbaulast der Bundesfernstraßen haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Enteignungsrecht. Die Enteignung ist zulässig, soweit sie zur Unterhaltung oder Ausführung eines nach § 17 Absatz 1 festgestellten oder genehmigten Bauvorhabens notwendig ist. Einer weiteren Feststellung der Zulässigkeit der Enteignung bedarf es nicht.“

51 Siehe schon Fn. 39.

52 Zu einem Vorbehalt gegenüber dem Begriff „Lebenswelt“ siehe Fn. 15.

die Art. 14 GG in Gestalt des Eigentums schützen will⁵³ – oder wie Savigny sagen würde: was die „Grundlage“ dieses Begriffs ist.

In unserer Terminologie können wir fragen: Um welchen SINNZUSAMMENHANG des Sonstig-Sozialen⁵⁴ geht es, wenn wir im SINNZUSAMMENHANG des *Rechts* von „Eigentum“ sprechen? Antwort: Es geht um wirtschaftliche Güter.

Friedrich Müller würde dies vermutlich den „Normbereich“ nennen,⁵⁵ mit Niklas Luhmann könnte man sich daran erinnern, dass man Grundrechte auch „als Institution“ verstehen kann.⁵⁶

- 28 In diesem Sinn: Die „Institution“/der Lebensbereich/der sonstig-soziale SINNZUSAMMENHANG, den das Grundgesetz in Art. 14 GG dadurch „gewährleistet“ (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG!), dass es das Eigentum als Grundrecht ausgestaltet, ist ganz offenbar die **Wirtschaft** – im weit verstandenen Sinn der Produktion und Verteilung von Gütern. Insofern ist Eigentum, wie der späte Luhmann sagt, die „strukturelle Kopplung“ von Recht und Wirtschaft (ebenso wie der Vertrag).⁵⁷ Dies bedeutet: Alle Transaktionen, die das Eigentum betreffen, operieren immer *zugleich in beiden* „Welten“/SINNZUSAMMENHÄNGEN (Luhmann sagt: Funktionssystemen⁵⁸). Wenn ein Haus verkauft wird, disponieren beide Seiten über *wirtschaftliche* Güter – hier das Grundstück, dort das Geld –, und es ändert sich zwangsläufig zugleich deren *rechtliche* Zuordnung (Eintragung im Grundbuch, Erfüllung der Zahlungspflicht).
- 29 Was diese rechtliche Zuordnung angeht, gilt nun in einer freiheitlich geordneten Wirtschaft als Grundprinzip der **Konsens**: Güter können nur dann rechtswirksam übertragen werden, wenn beide Seiten damit einverstanden sind. Sonst ist es Diebstahl – oder eben Enteignung! Anders gewendet: Eigentumsübertragung geschieht rechtswirksam grundsätzlich nur durch Vertrag (lateinisch „Kontrakt“), und dessen Bedingungen werden frei ausgehandelt auf dem Markt.⁵⁹

53 Dies war mein methodischer Ausgangspunkt in *Joachim Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“, Berlin 1995.

54 Das erscheint mir besser als „Lebenswirklichkeit“.

55 *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966, z.B. S. 108, 128, 184 ff. und durchgehend.

56 *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965 (viele weitere Auflagen).

57 Z.B. *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995 (viele weitere Auflagen), S. 446–468; zum Begriff schon § 15a Rn. 19 mit Fn. 42.

58 Siehe etwa *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Band 2, Frankfurt a.M. 1997, S. 743–776. Am anschaulichsten wohl immer noch der Durchgang durch die konkreten Funktionssysteme „Wirtschaft“, „Recht“, „Wissenschaft“, „Politik“, „Religion“ und „Erziehung“ in *Niklas Luhmann*, Ökologische Kommunikation, Opladen 1986, S. 101–201; schön auch der anschließende Allgemeine Teil S. 202–217: „Funktionale Differenzierung“ (mit einem Rundumschlag u.a. zu Markt und Demokratie, Familie und Moral, in Anführungszeichen auch: „Werte“).

59 Dies ist mein zentraler Ansatz seit *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53). – Nebenbei: Die Idee kam mir – offenbar per **Abduktion** (§ 6 III) –, als ich mich in den eigentumsrelevanten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bis zur Marktordnung für die Milchwirtschaft in der Bundesrepublik vorgearbeitet hatte: BVerfGE 18, 315 – Milchordnung (1965). Die Idee vom „Markt“ wurde dem Stoff also nicht etwa von außen oder gar aus einer höheren Werterkenntnis aufgepfropft.

„Markt“ ist, ökonomisch betrachtet, der – auch nur gedachte – „Ort“, an dem sich Angebot und Nachfrage nach Gütern (hier: Waren⁶⁰) treffen.

Dieser „**Markt**“ ist allerdings keineswegs eine Institution, die sich von selbst in einem freien Spiel der Kräfte einstellt (Beweis: die globalen Finanz„märkte“).⁶¹ Vielmehr bedarf es stets eines „Marktveranstalters“, der die Regeln festlegt, nach denen wirksame Transaktionen erfolgen (in Deutschland vor allem im BGB), und der Verstöße gegen diese Regeln sanktioniert (etwa im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG). Vor allem aber muss geregelt werden, was denn *überhaupt an Gütern* (Waren) gehandelt werden darf: Sklaven? Waffen? menschliche Organe?⁶² Und zudem: Was man mit diesen Gütern anfangen darf, ohne die Allgemeinheit zu schädigen – man denke an eine Fabrik, die jede Menge Gift in die Umwelt bläst. Oder an den Abbau von Kies, wenn dadurch Maschinenöl ins Grundwasser gelangt. Nein, so sollte man sein Grundstück nicht ohne weiteres nutzen dürfen!

30

An dieser Stelle können wir endlich auch **Art. 14 Abs. 2 GG** ins Spiel bringen: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“

Vor diesen Hintergrund kann „der Staat“ einem Eigentümer nun im Wesentlichen in zwei „Marktkonstellationen“⁶³ gegenübertreten: erstens als *Marktveranstalter*, der ohne eigenes Erwerbsinteresse „generell“ regelt, welche Güter gehandelt werden dürfen („**Güterdefinition**“). Und zweitens als *Nachfrager* auf dem Markt, der ganz ebenso wie all die anderen Nicht-Eigentümer ein bestimmtes Gut haben will. Dieses Gut muss er dann, wie alle anderen Nicht-Eigentümer auch, vertraglich erwerben. Nur ausnahmsweise darf er sich das Gut zwangsweise beschaffen, weil er es braucht, um damit ein konkretes Gemeinwohlprojekt – eine Autobahn, eine Eisenbahn – zu verwirklichen. Dies nennt man dann Enteignung, sie ist also letztlich ein „**Zwangsvertrag**“.

31

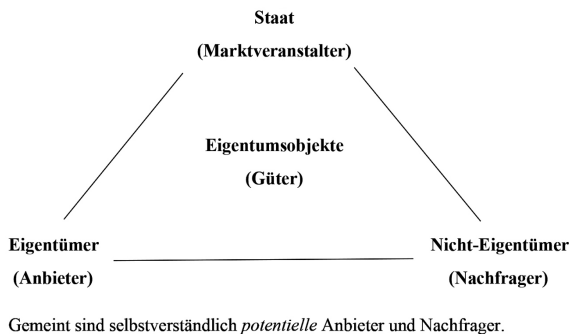
60 Dienstleistungen (als die weiteren „Güter“ der klassischen Ökonomie) sind Gegenstand von Art. 12 GG (Berufsfreiheit).

61 Ausführlicher *Joachim Lege*, „Markt oder Staat?“ Über eine schiefe, ideologische Alternative, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag*, Bern 2015, S. 339–350.

62 Verbot des Organ- und Gewebehandels: § 17 TPG (Transplantationsgesetz); siehe auch § 2 Abs. 1 ESchG (Embryonenschutzgesetz): Verbot der Veräußerung menschlicher Embryonen.

63 *Lege*, *Zwangskontrakt* (Fn. 53), S. 61 ff., insb. S. 67–70.

Schematisch lässt sich dies wie folgt darstellen („Marktmodell“⁶⁴):



- 32 Und es lässt sich dann auf der sonstig-sozialen („lebensweltlichen“) Seite definieren (allerdings nicht völlig ohne Bezug zur rechtlichen Seite):

- *Inhalts- und Schrankenbestimmung* ist die *Festlegung der rechtlichen Eigenschaften* von Gütern („Güterdefinition“). Sie definiert, welche Rechte und Pflichten *alle* Anbieter und Nachfrager hinsichtlich des Eigentumsobjekts haben. Sie *alle* dürfen – zum Beispiel – ein landwirtschaftliches Grundstück nur mit Genehmigung verkaufen oder kaufen,⁶⁵ sie *alle* dürfen eine Denkmalvilla nicht ohne Genehmigung abreißen,⁶⁶ und sie *alle* dürfen auf diesem konkreten Grundstück weder Sand noch Kies abbauen.⁶⁷

Eben deshalb kann es hierfür (also für das, was nicht erlaubt ist⁶⁸) auch keinen Marktpreis geben.

- 33 • *Enteignung* ist demgegenüber der marktinterne *Sonderzugriff eines Nachfragers* auf das Eigentumsobjekt. Dieser Zugriff beruht auf einem Sonderrecht (z.B. aus § 19 Abs.1 FStrG, siehe oben), das es ermöglicht, den eigentlich erforderlichen Vertrag durch legitimen Zwang zu ersetzen („Zwangsvertrag“). Und entscheidend ist letztlich, dass dem Sondernachfrager die *Nutzung* des Eigentumsobjekts *übertragen* wird: Er darf es nun anstelle des bisherigen Eigentümers für seine Zwecke verwenden.

64 Joachim Lege, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, 507–518 (516 f.); nur in der Formulierung etwas anders Lege, Zwangsvertrag (Fn. 53), S. 68.

65 Dazu etwa BVerfGE 21, 73 – Grundstücksverkehrsgesetz (1967). Das Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG) regelt den Markt für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke; es will eine „ungesunde Verteilung des Grund und Bodens“ verhindern (§ 9 GrdstVG).

66 Klassisch BVerfGE 100, 226 – Direktorenvilla/Denkmalschutz (1999).

67 Klassisch, aber falsch RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927); klassisch, aber richtig BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981).

68 Wenn ein ernster Scherz erlaubt ist: Die „richtige Meinung“ von diesem durchaus „Schrecklichen“ muss die öffentliche Verwaltung haben (so wie es in Platons guter Staatsverfassung – *politeia* – die „Wächter“ haben müssen). Genauer dazu Joachim Lege, „Die richtige Meinung vom Schrecklichen“. Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 271–280.

Und weil es sich eigentlich um einen marktinternen Vorgang handelt, ist als Entschädigung in aller Regel der Marktwert (Verkehrswert, vgl. § 194 BauGB) zu ersetzen.

Nicht notwendig ist übrigens, dass als Nachfrager bei der Enteignung der Staat⁶⁹ auftritt. Ebenso gut möglich sind auch Enteignungen zu Gunsten Privater⁷⁰ und sogar, wenn man genau hinschaut, Enteignungen durch Private⁷¹.

c) Hypothese: zwei juristische Definitionen

Es ist gar nicht so einfach, diese Überlegungen, die sich auf die „Grundlage“ der beiden Begriffe (Savigny!) bezogen, so in den SINNZUSAMMENHANG des Rechts zu übersetzen, dass man sich nicht dem Vorwurf der methodologischen Grenzüberschreitung ausgesetzt sieht.⁷² Die „rein juristische Definition“ fällt zudem erstaunlich kurz aus:

- *Inhalts- und Schrankenbestimmung* des Eigentums (ISB) ist die auf das Eigentumsobjekt bezogene Regelung der Rechte und Pflichten, die an dieses Objekt anknüpfen (**objektbezogene** Regelung) – z.B., ob man ein Grundstück bebauen darf.

Ob diese Regelung abstrakt durch das Gesetz erfolgt (etwa in § 34 Abs. 1 BauGB) oder in einer konkreten Baugenehmigung (§ 72 Abs. 1 LBauO M-V – Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern), ändert am Charakter als ISB nichts. Das Gleiche gilt für ein Verbot im Denkmal- oder Wasserrecht. Auch hier ist und bleibt⁷³ der *Vollzugsakt*, mit dem das inhalt- und schrankenbestimmende Gesetz im Einzelfall angewendet wird, selbst eine ISB (Universalienrealismus!⁷⁴).

- Die *Enteignung* ist demgegenüber die zwangsweise Übertragung des Eigentums⁷⁵ am Objekt auf einen anderen als den bisherigen Eigentümer zu dessen – also des anderen – Nutzung. Anders gewendet: Die Möglichkeit bzw. das Recht, die Sache zu nutzen, wird dem Eigentümer zwangsweise entzogen,⁷⁶ damit ein anderer sie statt

69 Sei es nun der Staat im engeren Sinn, d.h. in Gestalt des Bundes oder eines Landes, oder der Staat im weiteren Sinn, d.h. in Gestalt von sonstigen Hoheitsträgern wie Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts.

70 Klassischer Fall: Enteignung zugunsten der Daimler-Benz AG, vom BVerfG für rechtswidrig erklärt, siehe BVerfGE 74, 264 – Teststrecke Boxberg (1987).

71 Klassischer, aber kaum bekannter Fall: unentgeltlicher Abdruck von literarischen Werken in (von privaten Verlagen hergestellten) Schulbüchern; begriffliche Qualifizierung offengelassen in BVerfGE 31, 229 – Urheberrecht/Schulbücher (1971); dazu *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 83; siehe auch unten Rn. 38.

72 So *Lerke Osterloh*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band III, 2. Aufl., München 2013, § 55 Rn. 117 Fn. 483: „m.E. von herkömmlichen Interpretationsmethoden gelöst“. Ich nehme das als kleines Kompliment für die NJML.

73 Dies ist der entscheidende Unterschied zur Einzelakttheorie!

74 Siehe oben § 4 I.

75 Der Genauigkeit halber: im verfassungsrechtlichen Sinn, nicht im Sinn des BGB. Also: jedes vermögenswerte private, u.U. auch öffentliche, subjektive Recht (z.B. Aktie, Rentenanspruch).

76 Das ist der richtige Kern, wenn die Enteignung manchmal als „Entzugsakt“ bezeichnet wird, im Gegensatz zum „Definitionsakt“, so *Arnulf Schmitt-Kammler*, Enteignungsentschädigung und staatliche Unrechtshaftung, in: *Recht und Rechtserkenntnis*, Festschrift für Ernst Wolf, Köln 1985, S. 595–616;

seiner nutzen kann (**erzwungene Nutzungsübertragung**). Deshalb ist auch klar, dass es in der Regel einen Marktpreis geben wird.⁷⁷

Keine Enteignung ist hingegen z.B. die Tötung tollwütiger Hunde⁷⁸ oder die Vernichtung sonstiger gefährlicher Gegenstand: Niemand darf sie nutzen.

Dass indessen die Enteignung zu Gunsten eines „konkreten Gemeinwohlprojekts“ erfolgt, ist – entgegen dem BVerfG⁷⁹ – keine Frage des *Tatbestands* der Enteignung, sondern der *Rechtsfolge*: Die Enteignung ist nur dann *rechtmäßig*, wenn sie in diesem Sinn „dem Wohle der Allgemeinheit“ dient.

Aus diesem Grund kann es leider das Attribut „projektbezogen“ – als Kontrast zu „objektbezogen“ – nicht in die Definition der Enteignung „schaffen“: Wenn dem Eigentümer ein Objekt lediglich entzogen wird, um jemandes anderen Vermögen zu mehren – umso schlimmer!

4. Überprüfung der Definitionen anhand aller einschlägigen Fälle (extensional)

- 36 Die soeben entwickelten (intensionalen) Definitionen kann man nun, ganz im Sinn der auch naturwissenschaftlichen Erkenntnistheorie, als Hypothesen verstehen, die man „experimentell“ überprüfen *muss*. Aber *kann* man dies auch – in gleicher Weise wie dort?

Klassisch für die Idee des „experimentierenden Denkens“ im Recht – im Anschluss an den Kritischen Rationalismus Karl Raimund Poppers (1902–1994) – ist die Rechtsphilosophie von Reinhold Zippelius (geb. 1928).⁸⁰

Die NJML behauptet: Man *kann* es – aber nicht in völlig gleicher Weise wie dort. Man kann lediglich – jetzt *extensional* – möglichst alle einschlägigen Fälle daraufhin durchgehen,

- erstens, unter welche der beiden Definitionen der Tatbestandsmerkmale „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung“ sie sich subsumieren lassen, und
- zweitens, ob das, was daraus folgt – die konkrete Rechtsfolge –, auch im Ergebnis als „richtig“ erscheint.

Arnulf Schmitt-Kammler, Das „Sonderopfer“ – ein lebender Leichnam im Staatshaftungsrecht?, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 2515–2520 (2516).

77 Im Fall der Zwangseinweisung von Mietern in eine Wohnung – und die Mieter zahlen dann nicht – wäre dies die ortsübliche Miete. – Nach der hier vertretenen Definition ist eine solche Zwangseinweisung eine „echte“ Enteignung, nämlich der Zugriff auf ein Eigentumsobjekt aufgrund eines Sonderrechts, das die Übertragung der Nutzung auf einen anderen als den Eigentümer ermöglicht („Zwangsvermietung“). In der klassischen Entscheidung BGHZ (GS) 6, 270 – Wohnungseinweisung (1952) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen [Großer Senat] Band, Seite) – hatte der BGH dies aufgrund des damals herrschenden (und falschen) Enteignungsbegriffs noch nicht erkennen können – und musste deshalb mit einigen Klimmzügen den „enteignungsgleichen Eingriff“ erfinden.

78 BVerfGE 20, 351 – Tollwütige Hunde (1966).

79 BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Städtebauliche Umlegung (2001); krit. dazu Lege, Eigentumsgrundrecht, in: JURA 2011, 507 (513 f.).

80 Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III („Experimentierende Rechtsgewinnung“); weniger plakativ Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 12 I c.

Geht man so vor,⁸¹ gibt es zunächst die vielen ganz eindeutigen Fälle: einerseits Enteignungen für Autobahnen und Eisenbahnen, andererseits Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Natur- und Denkmalschutz („Begriffskern“, § 15a Rn. 8). Sodann gibt es Fälle, die schwerer zu begründen sind („Begriffshof“): Dass zum Beispiel die Pflicht, von jedem Druckwerk ein Exemplar an die Staatsbibliothek abzuliefern („Pflichtexemplar“), als ISB zu qualifizieren ist,⁸² verlangt ein wenig Aufwand.⁸³

Schließlich gibt es auch *Überraschungen*, weil Abweichungen von der herrschenden Meinung (h.M.): So war es gewiss eine Enteignung, als der Staat das Vermögen der privaten Stiftung, die zu Gunsten der Contergan-geschädigten Kinder eingerichtet worden war, verstaatlicht hatte – das hätte so nicht geschehen dürfen.⁸⁴ Ebenso ist ein *Squeeze-out* von Aktionären aus einer Aktiengesellschaft (§§ 327a ff. AktG – Aktiengesetz) eine Enteignung (durch Private!), es wäre also nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ zulässig.⁸⁵ Entgegen der h.M. ist auch die sogenannte städtebauliche Umlegung eine Enteignung⁸⁶ – oder zumindest ein Grenzfall.⁸⁷

Dass hingegen der Atomausstieg *keine* Enteignung war⁸⁸ – niemand mehr darf ein solches Kraftwerk betreiben –, lag für Kenner des Art. 14 GG auf der Hand.

5. Resümee

Insgesamt kann man jedenfalls sagen: Die Hypothese, die in den beiden vorgeschlagenen Definitionen steckt, hat sich „bewährt“. Die Definitionen ermöglichen eine klare *Trennung* der beiden Rechtsinstitute „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung“ (ISB) – wir erinnern uns: „Begriff“ kommt von „begrenzen“⁸⁹. Diese begriffliche *Klarheit* ist im Recht ein wichtiger erster Schritt; sie besteht letztlich in der

81 Dies habe ich in *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 72–139, in der Tat unternommen – in steter Auseinandersetzung mit dem „Sprachgebrauch“ auch der anderen Positionen.

82 BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981); zu dieser hochwichtigen Entscheidung schon Rn. 21 f.

83 BVerfGE 58, 137 (149 f.): Der Verleger erwirbt das Eigentum an der *Gesamtauflage* des Buchs von vornherein belastet mit der Ablieferungspflicht (Naturalabgabe); plausibler wird dies, wenn man es mit dem Schatzfund vergleicht: Gemäß § 984 BGB erwirbt der Finder nur zur Hälfte Eigentum, Eigentümer zur anderen Hälfte wird der Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen war (meist also der Eigentümer des Grundstücks). In der Entscheidung BVerfGE 78, 205 – Uracher Schatzfund (1988) – ging das Eigentum sogar kraft Landesrechts vollständig auf das Land Baden-Württemberg über. – Zum Erwerb von Eigentum durch Verarbeitung (§ 950 BGB) auch sogleich unter § 19 III.

84 BVerfGE 42, 263 – Contergan-Stiftung (1976).

85 *Lege*, Eigentumsgrundrecht (Fn. 64), in: JURA 2011, 517 f.; klassisch zuvor schon BVerfGE 14, 263 – Feldmühle-AG (1961), dazu *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 83 f.; am leichtesten zugänglich Joachim Lege, Art. 14 GG für Fortgeschrittene. 45 Fragen zum Eigentum, die Sie nicht überall finden, in: Zeitschrift für das juristische Studium (ZJS-online) 2012, 44–53 (Frage 32).

86 A.A. (= anderer Ansicht) das Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 104, 1 – Baulandumlegung (2001). – Bei der Umlegung werden, um Bauland zu schaffen, in einem bestimmten Gebiet die dortigen Grundstücke, weil ungünstig geschnitten, den Eigentümern entzogen und „zu einer Masse vereinigt“. Aus dieser Masse werden Grundstücke neu zugeschnitten, und diese werden dann nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel an die ehemaligen Eigentümer „zurückverteilt“.

87 So Claus Dieter Classen, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 12 Rn. 59.

88 BVerfGE 143, 246 – Atomausstieg (2016).

89 Natürlich ist dies scherzhaft gemeint. Zwar steckt in lateinisch *definitio* wirklich das Wort *finis* = die Grenze (und im Altgriechischen bedeutet *hóros* sowohl Grenze als auch Definition). Nichtsdestowe-

eindeutigen Zuordnung von Intension (Tatbestand, Definition), Extension (Fälle) und den praktischen Konsequenzen (Rechtsfolge) des Begriffs.

Zu „Klarheit“ als dem Potential von Begriffen schon § 5 I.

- 40 Mit dieser Klarheit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die beiden Begriffe auch „richtig“ sind – zumal sie, wie nun offengelegt werden kann, mit einer „gründlich“ anderen Bestimmung beider Begriffe konkurrieren. Diese andere Begriffsbestimmung geht „im Grunde“ (Savigny!⁹⁰) davon aus, dass sich Enteignung und ISB nicht qualitativ, sondern quantitativ voneinander unterscheiden: Eine „Enteignung“ liege vor, wenn die Beeinträchtigung des Eigentums den Eigentümer im Einzelfall (siehe oben: Galgenberg⁹¹) so intensiv trifft, dass er sie ohne Entschädigung nicht soll hinnehmen müssen. Diesseits dieser Schwelle liege die ISB, sie konkretisiere die „Sozialbindung“ des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG: „Eigentum verpflichtet ...“), und eine solche Sozialbindung habe man als Eigentümer entschädigungslos hinzunehmen.

Man kann die erste Begriffshypothese daher „Trennungstheorie“ nennen, die zweite Begriffshypothese die „Schwellentheorie“.⁹²

- 41 Welche dieser beiden Theorien ist nun aber die richtige? Hierzu muss man offenbar *noch* weiter ausholen, muss man den Dingen *noch mehr* auf den „Grund“ gehen (Savigny) – oder gar Hinter-Grund (dazu sogleich)? Dabei wird sich vor allem die Frage stellen, wie sich diese beiden Theorien *zueinander* verhalten: Sind sie miteinander kompatibel, ergänzen sie sich vielleicht sogar – wie die Theorien des Lichts⁹³? Oder sind sie so unvereinbar wie das geozentrische und das heliozentrische Weltbild? Es sei schon hier verraten: Sie sind inkompatibel.

Gestützt auf ein berühmtes Buch kann man beim Verhältnis von Theorien zueinander zwei Arten unterscheiden: Im ersten Fall sind die Theorien kompatibel, das ist der Fall der „normalen Wissenschaft“, in der man wie in einem *puzzle* die verschiedenen Teile zusammenzufügen hat. Im zweiten Fall sind die Theorien inkompatibel, und man muss sich für die eine oder die andere „Hintergrund-Vorstellung“ entscheiden. Thomas S. Kuhn nennt dies – berühmter Begriff – einen Paradigmenwechsel.⁹⁴

- 42 Wir werden im Folgenden zunächst ein Beispiel von systeminternem *puzzling* darstellen – es illustriert die hohe Kunst der vor allem zivilrechtlichen Dogmatik (III). Danach werden wir im Rahmen von Paradigmenwechseln noch einmal auf die Eigentumsproblematik zurückkommen (§ 20).

niger kommt das Wort „Begriff“ etymologisch natürlich von „begreifen“ (und lateinisch *conceptus* von *concipere* = zusammenfassen, erfassen; siehe auch englisch *concept*). – Siehe auch schon § 10 Rn. 27.

90 Siehe oben § 19 Rn. 6.

91 RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927), siehe oben Rn. 20.

92 Joachim Lege, Enteignung und „Enteignung“. Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: NJW 1990, S. 864–872.

93 Zur Auffrischung: Weder die Wellentheorie noch die Korpuskeltheorie des Lichts können allein sämtliche Phänomene des Lichts erklären.

94 Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1964 (172 Seiten!), viele weitere Auflagen; deutsch: *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt a.M. 1967, ebenfalls viele weitere Auflagen.

III. Systematisierung innerhalb von Kodifikationen

Die sozusagen höchste Stufe der höchsten Stufe bei der Gewinnung von Rechtsregeln ist die – systematisch abschließende – Kodifikation eines ganzen Rechtsgebietes in einem einzigen großen Gesetzeswerk – wie dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) von 1812 und dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) von 1900 – oder gar die Kodifikation des gesamten Rechts eines Staates – wie das Allgemeine Landrecht (ALR) für die preußischen Staaten von 1794. Hinter solchen Kodifikationen stehen gewaltige geistige Leistungen, von denen sich die heutige Ad-hoc-Gesetzgebung wohl kaum noch eine Vorstellung machen kann, und vor allem viel Zeit, ja geradezu Muße⁹⁵ zum Reiflassen und Abwägen verschiedener Regelungsmodelle. Wir haben insoweit schon auf die Idee eines „Allgemeinen Teils“ hingewiesen, die offenbar nur im deutschen BGB in dieser Strenge verwirklicht wurde.⁹⁶ 43

Wieviel künstlerische und wissenschaftliche Muße im preußischen Allgemeinen Landrecht steckt, illustrieren vielleicht am schönsten die Kutschfahrten in die Umgebung Berlins, auf denen die beiden Hauptautoren – Carl Gottlieb Svarez (1746–1798) und Ernst Ferdinand Klein (1744–1810) – ihre Gedanken sacken ließen.⁹⁷

Eine andere Frage ist, wie man dann innerhalb solcher Kodifikationen systematisch arbeitet, wenn es trotz des schon bestehenden (!) Systems notorisch schwierige Auslegungsfragen gibt. Die Antwort lautet auch hier: Es muss ein möglichst **vollständiges** Gesamtkunstwerk geschaffen werden, das die im System vorhandenen **Regeln** (Tatbestände und Rechtsfolgen) möglichst **widerspruchsfrei** einander zuordnet. Das ist gelegentlich eine gewaltige Aufgabe. 44

1. Das zu ordnende Material: Die Verweisungen auf „Rückabwicklungssysteme“ im BGB

Ein Beispiel ist das – vermutete (!) – System, das „hinter“ den vielen Vorschriften steht, in denen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) grob gesprochen auf „Rückgewähransprüche“ verwiesen wird, genauer: auf bestimmte *Bereiche* von *Rückabwicklungssystemen*.⁹⁸ 45

Für Nichtjuristen: „Rückgewähr“ meint das Rückgängigmachen von Verschiebungen in der Vermögenszuordnung. Klassischer Fall: Geld zurück, Ware zurück.

95 Programmatisch der ehemalige Präsident des BVerfG und danach Bundespräsident („Rück-Rede“) *Roman Herzog*, Muße als Forschungsressource, in: Dieter Dörr et al. (Hrsg.), *Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedermair*, Heidelberg 2001, S. 459–463. – Der Begriff „Muße“ – lateinisch *otium* – ist heute kaum noch geläufig. Er meint die Zeit, die zwanglos für die wichtigen Dinge, also etwa für Nachdenken, verwendet werden kann. Gegensatz: *negotium* – das Geschäftliche und Geschäftige (vgl. englisch *negotiate*).

96 Radikalkritik daran: *Filippo Ranieri*, Die deutsche Pandektistik: Europäischer Aufstieg und Niedergang eines rechtswissenschaftlichen Modells, in: Joachim Lege (Hrsg.), *Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945*, Tübingen 2009, S. 417–442.

97 *Michael Kleensang*, Das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft bei Ernst Ferdinand Klein, Frankfurt a.M. 1998, S. 21 Fn. 69 mit weiteren Nachweisen.

98 Umfassende Untersuchung: *Anne Christin Wietfeld*, Bereichsverweisungen auf Rückabwicklungssysteme im Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine systematische Analyse, Tübingen 2020; Rezension: *Jürgen Kohler*, in: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 221 (2021), S. 753–764.

a) Einführung: Wie macht man ein Rechtsverhältnis rückgängig?

- 46 In groben Zügen (gerade auch für Nicht-Juristen) geht es um Folgendes:

Es gibt immer wieder Situationen, in denen sich ein Rechtsverhältnis nicht so entwickelt, wie es anfangs gedacht war – die Verlobung platzt, der Kunde tritt vom Kaufvertrag zurück. Oder es entwickelt sich kraft Gesetzes ein Rechtsverhältnis zum Vorteil des einen und zum Nachteil des anderen – der Kunstmaler erwirbt gemäß § 950 Abs. 1 BGB⁹⁹ Eigentum an der Leinwand und an den Farben, die er für sein Kunstwerk verwendet, auch wenn sie ihm nicht gehört haben (klassisches Schulbeispiel). Wenn sich die Dinge im Nachhinein so entwickelt haben: Wie soll dann das,

was der *eine Teil* ohne einen ausreichenden Rechtsgrund bekommen hat (Verlobungsgeschenk, das gelieferte Fahrrad) bzw. was er ohne ausreichenden Rechtsgrund verloren hat (das Eigentum an Farbe und Leinwand) –

wie soll dies wieder

zum *anderen Teil* zurückkommen (Verlobungsgeschenk, gekauftes Fahrrad) bzw. vom anderen Teil ersetzt werden (der Wert der Farben und der Leinwand)?

- 47 In diesen und ähnlichen Fällen hat es, anders gewendet, eine Verschiebung von Vermögenspositionen gegeben, die sich im Nachhinein als nicht oder nicht mehr gerechtfertigt darstellt – so dass sie „irgendwie rückgängig“ gemacht werden muss. Allerdings sind die Fallkonstellationen dann doch so verschieden, dass es hierfür im BGB mehrere verschiedene Vorschriften (Regeln) zur „Rückabwicklung“ gibt – mehr noch: mehrere verschiedene Rückabwicklungssysteme. Diese „Systeme“ regeln nicht nur ein einziges, sondern eine ganze Reihe von Problemen – also etwa: dass die bisher erbrachten Leistungen zurückzugewähren sind und die bisherige Nutzung zu entgelten ist (beim Fahrradkauf); oder dass der Kunstmaler den Wert der Farbe zu ersetzen hat, dass aber eine „Wiederherstellung des früheren Zustands nicht verlangt werden“ kann (§ 951 Abs. 1 Satz 2 BGB).

b) Die „Rückabwicklungssysteme“ im BGB

- 48 Die beiden wichtigsten Rückabwicklungssysteme im BGB sind der Rücktritt (§§ 346–354 BGB) und die notorisch schwierige „ungerechtfertigte Bereicherung“ (§§ 812–822 BGB) – dazu gleich mehr.

Grob gesagt: Beim Rücktritt „war schon was“ zwischen den Beteiligten, und dies endet kraft einseitiger (eben Rücktritts-) Erklärung. Ungerechtfertigte Bereicherungen können hingegen auch eintreten, ohne dass „schon was war“. Deshalb muss der Bereicherte, das ist die wichtigste „Wertung“, weniger sorgsam mit dem umgehen,

⁹⁹ Wortlaut: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche.“

was er erlangt hat.¹⁰⁰ Beispiel: Wer zu viel Unterhalt bekommen hat (ohne zu wissen, dass es zu viel war) und mit dem Überschuss Schulden abbezahlt, kann sich (unter Umständen) mit Erfolg darauf berufen, „nicht mehr bereichert“ zu sein (§ 818 Abs. 3 BGB) – sog. Einwand der Entreicherung –; er muss die Überzahlung also nicht herausgeben.¹⁰¹

Daneben gibt es noch andere Rückabwicklungssysteme, etwa im Recht der „unerlaubten Handlungen“, man nennt es auch Deliktsrecht (§§ 823–853 BGB), ferner bei der sogenannten Geschäftsführung ohne Auftrag, kurz „GoA“ (§§ 677–687 BGB) und im ebenfalls notorisch schwierigen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, kurz „EBV“ (§§ 985–1007 BGB). 49

c) Verweisungen auf Rückabwicklungssysteme

Der durch und durch systematische Charakter des BGB wird nun darin besonders deutlich, dass es in vielen, auf das ganze BGB verteilten Vorschriften *Verweisungen* auf die genannten Rückabwicklungssysteme gibt. Zum Beispiel: 50

§ 1301 BGB Unterbleibt die Eheschließung, so kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlobnisses gegeben hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. (...)

§ 439 Abs. 6 BGB Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 [= die Vorschriften über die Rechtsfolgen des Rücktritts] verlangen. (...)

So verweisen auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung – kurz auch „Bereicherungsrecht“ genannt – nicht weniger als 24 Vorschriften,¹⁰² und sie stammen aus so unterschiedlichen Bereichen wie dem Schenkungsvertrag, der Miete, dem Verlöbnis, dem ehelichen Güterrecht (bei Gütergemeinschaft) und dem erwähnten Eigentumserwerb durch Vermischung oder Verarbeitung (Kunstmalerfall). Auf das Recht des Rücktritts wird „an vielen Stellen“ verwiesen,¹⁰³ und zwar teils in seiner Gesamtheit („Bereichsverweisung“), teils auf einzelne seiner Regeln. Hier ist das Spektrum der Verweisungsvorschriften etwas schmaler, es geht im Wesentlichen um die Rückabwicklung von Verträgen (z.B. Kauf, Werkvertrag, Reisevertrag) oder, ganz allgemein, von „Leistungsstörungen“ (z.B. Lieferung einer falschen Ware, Zerstörung der Ware, bevor sie ankommt).

100 Siehe zum Unterschied von § 818 Abs. 3 BGB und §§ 280 ff. BGB etwa *Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, Vorbemerkung zu §§ 812 ff. BGB Rn. 20.

101 Das ist allerdings umstritten (man sagt auch „streitig“). Wie hier, allerdings mit Einschränkungen, BGHZ 118, 383 – Ehegattenunterhalt (1992). Die Einschränkung lautet: Dies gilt nur dann, wenn der Bereicherte das Geld auch sonst hätte zurückzahlen können, wenn er also die Überzahlung *per saldo* für einen Lebensstandard verwendet hat, den er sich sonst nicht hätte leisten können. – Mir leuchtet dies nicht wirklich ein: Guter Glaube muss doch auch, ja gerade demjenigen zugutekommen, der es besonders nötig hat.

102 Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 57.

103 Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 347.

d) Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisungen

- 51 So systematisch all dies auf den ersten Blick erscheint, so schwierig ist häufig zu ermitteln, was die Verweisung *genau* meint. Insofern gibt es zwei Möglichkeiten (es klingt zunächst etwas kompliziert): Entweder verweist die verweisende Regel (Verweisungsvorschrift) bei der Regel oder den Regeln, auf die sie verweist (Verweisungsobjekt), auf die *gesamte* Regel, also *auch* auf deren Voraussetzungen im *Tatbestand* – dies nennt man eine *Rechtsgrundverweisung*. Oder die Verweisungsvorschrift verweist allein auf die *Rechtsfolge(n)* der Regel(n), auf die verwiesen wird – dies nennt man eine *Rechtsfolgenverweisung*. Nehmen wir ein Beispiel außerhalb des Rücktritts und der ungerechtfertigten Bereicherung:

§ 992 BGB Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat den Besitz [an einer Sache] verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

- 52 Dies kann sich allein auf die in den §§ 823–853 BGB geregelten *Rechtsfolgen* beziehen, zum Beispiel auf § 848 BGB (Schadenersatz auch dann, wenn die Sache zufällig von einem Dritten zerstört wird). Es kann sich aber auch auf die *Tatbestände* im Recht der unerlaubten Handlungen beziehen, zuvörderst auf (Hervorhebung J.L.)

§ 823 Abs. 1 BGB Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

In diesem Fall haftet der Besitzer der Sache nur dann auf Schadensersatz, wenn ihm beim Umgang mit der Sache Verschulden (= *Vorsatz oder Fahrlässigkeit*) vorzuwerfen ist.

Natürlich kann dies nur dann eine Rolle spielen, wenn der Besitzer bei seiner „verbotenen Eigenmacht“ noch gutgläubig war, sich damals also selbst für den Eigentümer hielt.¹⁰⁴ Hat er bereits bei der Besitzverschaffung schuldhaft gehandelt, ist der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt, und § 992 BGB führt auch als *Rechtsgrundverweisung* zum Schadensersatz.¹⁰⁵

- 53 Nach ganz h.M. ist § 992 BGB eine *Rechtsgrundverweisung*.¹⁰⁶

2. Die Suche nach der inneren Logik der Verweisungen

- 54 Was nun das Verhältnis der verschiedenen Rückabwicklungssysteme zueinander angeht – und vor allem: das Verhältnis der *Verweisungen* auf diese Systeme –, so hat man sich darüber offenbar lange Zeit keine übergreifenden Gedanken gemacht. Vielmehr hat man von Fall zu Fall, genauer: von Einzelverweisungsvorschrift zu Einzelverweisungsvorschrift separat entschieden, ob es sich um eine Rechtsgrund- oder um eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Folglich muss man, wenn man das erste Mal mit einer solchen Einzelvorschrift zu tun hat, stets im Kommentar nachschauen, wie insoweit der Meinungsstand ist. Und die Studenten bekommen eine Menge zum Auswendiglernen.

104 Z.B. Christian Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl. 2023, § 992 Rn. 4.

105 Z.B. Jörg Fritzsche, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, Stand 01.02.2024, § 992 Rn. 16.

106 Z.B. Frank Spohnheimer, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, Stand 01.02.2024, § 992 Rn. 2.

Nehmen wir den schon erwähnten Fall, in dem jemand durch Verarbeitung (§ 950 BGB) Eigentum an Sachen erworben hat, die ihm nicht gehörten (Kunstmaler). Wie ist dann die folgende Vorschrift auszulegen?

§ 951 Abs. 1 Satz 1 BGB Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. (...)

Anders gefragt: Verweist § 951 BGB nur auf *Rechtsfolgen*, die im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung geregelt sind, d.h. vor allem¹⁰⁷ auf die §§ 818 ff. BGB (mit dem schon erwähnten Privileg¹⁰⁸ der Entreichereinrede, § 818 Abs. 3 BGB) – *Rechtsfolgenverweisung*? Oder verweist § 951 BGB auch auf die *Tatbestände* im Bereicherungsrecht, also auf die §§ 812 bis 817 BGB – *Rechtsgrundverweisung*? Anders gewendet: Muss man auch noch – über die Voraussetzungen des § 951 hinaus – zusätzlich prüfen, ob die in den §§ 812 bis 817 BGB tatbestandlich geregelten Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs vorliegen?

55

Das kann durchaus kompliziert werden, denn schon

§ 812 Abs. 1 BGB Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. (...)

enthält verschiedene „Konditionen“ (grob übersetzt: Bereicherungskonstellationen), die nicht immer leicht auseinanderzuhalten sind („Leistungskondition“, „Eingriffskondition“, sonstige „Nichtleistungskonditionen“ etc.).¹⁰⁹

Zu **§ 951 BGB**: Nach (noch) ganz h.M. handelt es sich um eine *Rechtsgrundverweisung*.

56

Nun ist natürlich dieses offene Bekenntnis zu einer fehlenden inneren Logik – und das heißt: Folgerichtigkeit (s.o. § 4)! – der vielen Verweisungen im BGB unbefriedigend. Man nimmt dessen „äußeres System“¹¹⁰ unhinterfragt hin, früher vielleicht aus berechtigtem Vertrauen auf die Weisheit seiner Konstrukteure, heute eher aus Resignation oder gar aus einem fehlenden Systemwillen, der sich mit seinen kurzen Ableitungen für „pragmatisch“ hält. Aber wäre es nicht schöner – und „rechtssicherer“! –, wenn es anstelle der vielen Einzelfälle wenigstens *einige* allgemeine Aussagen gäbe – und sei es nur zu den Verweisungen auf das Bereicherungsrecht?

57

¹⁰⁷ Aber auch auf die §§ 813, 814, 815, 817 Satz 2, 821 BGB, dazu *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 294–306.

¹⁰⁸ *Bernd Linke*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, § 818 Rn. 40; diese Privilegierung ist offenbar eine deutsche Besonderheit, siehe *Prinz von Sachsen Gessaphe* in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 100), Vorbemerkung zu §§ 812 ff. BGB Rn. 6.

¹⁰⁹ Siehe nur etwa *Dirk Looschelders*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 19. Aufl., München 2024, §§ 53–55.

¹¹⁰ Zu dieser Redeweise oben Rn. 12.

a) Begriffsklärungen: Drei Unterscheidungen

- 58 In der Tat hat kürzlich Anne Christin Wietfeld einen solchen Versuch unternommen.¹¹¹ Er interessiert uns weniger von den Ergebnissen her als von der Methode – als ein Beispiel für das Systematisieren von Regeln in schon bestehenden Regelsystemen, insbesondere in Kodifikationen wie dem BGB.

Wietfeld beginnt im Grunde sehr cartesisch (§ 1 Rn. 6), indem sie bei den Verweisungen „klar und deutlich“ (*clare et distincte*) im Wesentlichen drei Arten unterscheidet:

- *Konstitutive und deklaratorische Verweisungen.* Die *deklaratorischen* Verweisungen regeln etwas, das auch ohne sie bereits geregelt wäre, dienen also nur der Klarstellung. So heißt es etwa in § 531 Abs. 2 BGB: „Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.“ Das Gleiche ergibt sich schon aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB in der *condictio ob causam finitam*. Demgegenüber regeln *konstitutive* Verweisungen etwas, dass sich nicht schon – oder nicht ohne weiteres – aus anderen Vorschriften ergibt. Dies ist etwa, wenn man Wietfeld folgt, der Fall beim genannten § 951 BGB (Rückabwicklung nach Verarbeitung).
- Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisung. Dies haben wir schon erläutert.
- *Einzelverweisung und Bereichsverweisung.* Bei der Einzelverweisung wird auf einzelne Vorschriften verwiesen, z.B. nur auf § 278 BGB (Haftung für Erfüllungsgehilfen). Die Bereichsverweisungen öffnen das Tor zu einem ganzen Normenkomplex, hier also insbesondere zum Bereicherungsrecht (§§ 812–822 BGB) oder zum Recht des Rücktritts (§§ 346–354 BGB). Eine Mittelstellung nehmen Verweisungen auf einen kleineren Normenkomplex ein, etwa die häufige Verweisung auf die §§ 346 bis 348 BGB, sie regeln die Standardrechtsfolgen des Rücktritts.

b) Zwei „Referenzgebiete“ für Bereichsverweisungen: ungerechtfertigte Bereicherung und Rücktritt

- 59 Mit diesem begrifflichen Schema kann man nun prüfen, wie sich die vielen Bereichsverweisungen auf Rückabwicklungssysteme im BGB einordnen lassen – und *was daraus folgt*. Wietfeld beschränkt sich dabei in ihrer Untersuchung auf die beiden wichtigsten – ungerechtfertigte Bereicherung und Rücktritt – und widmet insoweit wiederum dem Bereicherungsrecht den deutlich größeren Raum (298 gegenüber 95 Seiten).

Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das Recht des Rücktritts im *Allgemeinen Teil* des Schuldrechts (Zweites Buch des BGB) geregelt ist.¹¹² Es gilt also – weil „vor die Klammer gezogen“ – auch ohne Verweisung im gesamten Besonderen Schuldrecht.

c) Allgemeine Regeln und konkrete Folgerungen

- 60 Im Ergebnis kommt Wietfelds – im Einzelnen sehr komplizierte – Untersuchung zu einer sehr allgemeinen Aussage jedenfalls für die Verweisungen auf das *Bereicherungs-*

¹¹¹ Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98).

¹¹² Zur Regel- und Systembildung durch Allgemeine Teile schon § 11 Rn. 40 f.

recht. Diese Aussage würde – wenn sie denn stimmt – die innersystematische Dogmatik des BGB erheblich vereinfachen. Sie lautet:

Die konstitutiven Verweisungen (und das sind die meisten) auf das Bereicherungsrecht sind allesamt Rechtsfolgenverweisungen.¹¹³

Anders gewendet: Diejenigen Vorschriften, die auf die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts verweisen, fallen allesamt nicht unter eine der vielen „Konditionen“ des § 812 BGB. Vielmehr bilden sie allesamt je eigene Konditionen („Bereicherungskonstellationen“) außerhalb des (sozusagen Kern-) Bereicherungsrechts.¹¹⁴ Dadurch wiederum wird dieses Kernbereicherungsrecht der §§ 812–822 BGB, obwohl es sich im Besonderen Teil des Schuldrechts befindet, gleichsam zu einem Allgemeinen Teil¹¹⁵ all derjenigen Rückabwicklungsverhältnisse, die durch einen Verweis auf die Rechtsfolgen der §§ 818 ff. BGB¹¹⁶ entstehen.

Möglicherweise ist dieser Gedanke im Wege der Abduktion entstanden (§ 6 III) – eben im Vergleich der systematischen Stellung der beiden Rückabwicklungssysteme „Bereicherungsrecht“ und „Rücktritt“ im (Besonderen und Allgemeinen) Schuldrecht.

Konkret folgt daraus dann etwa, dass es sich auch bei § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht um eine Rechtsgrund-, sondern um eine reine Rechtsfolgenverweisung handelt.¹¹⁷

Anders gewendet: § 951 BGB ist selbst bereits eine Anspruchsgrundlage; er wird dies nicht erst in Verbindung mit § 812 BGB.

Zudem folgt daraus ein Verbesserungsvorschlag: Bei zwei Vorschriften passt offenbar das Bereicherungsrecht – mit seinem Entreicherungsseinwand (§ 818 Abs. 3 BGB) – „nicht wirklich“. Deshalb sollte, so Wietfeld, stattdessen auf das Rücktrittsrecht, genauer auf die §§ 346–348 BGB, in den beiden folgenden Konstellationen verwiesen werden:

- Erstattung von im Voraus entrichteter Miete (§ 547 Abs. 1 Satz 2 BGB),
- Rückzahlung vorausgezahlten Lohns nach fristloser Kündigung (§ 628 Abs. 1 Satz 3 BGB).¹¹⁸

3. Resümee

Es muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, ob die Ergebnisse, zu denen Wietfeld gekommen ist, in jeder Hinsicht überzeugen. Wichtig ist erstens: Auch Wietfelds Untersuchung zeigt, dass weder allein die Tatbestände noch allein die Rechtsfolgen von Regeln (Rechtssätzen) für ihre systematische Einordnung („Rechtsnatur“¹¹⁹) ausschlaggebend sind. Entscheidend ist vielmehr das „Zusammenspiel von Tatbestand und Rechtsfolge“¹²⁰.

¹¹³ Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 180 (Zusammenschau der Ergebnisse zu 1 und 3).

¹¹⁴ Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 196.

¹¹⁵ Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 345.

¹¹⁶ Hierzu Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 199–307.

¹¹⁷ Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 77–111; Kohler (Fn. 98), S. 756, attestiert insoweit „gut vertretbare Gründe“.

¹¹⁸ Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 341; krit. Kohler (Fn. 98), S. 760–762.

¹¹⁹ Der Terminus ist ein wenig antiquiert, wird aber auch heute noch verwendet.

¹²⁰ Wietfeld, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 185 und öfter.

- 65 Zweitens: Wenn es darum geht, in einem Rechtssystem dessen innere Vernunft zu entdecken, dann ist dies vor allem eine Herausforderung an die **Logik**. Dazu gehört freilich *auch*, ja zuvörderst, dass die vielen Syllogismen, die sich aus den systematisierten Regeln ableiten lassen, zu Rechtsfolgen führen, die auch im Ergebnis „passen“. Wenn man will, kann man dies als „Wertung“ bezeichnen. Klar dürfte dann aber sein, dass es sich nicht etwa um eine höhere oder gar außerrechtliche Wertung handelt. Die „innere Logik“ ist vielmehr rechtlich-systemimmanent.

IV. Zum Abschluss

- 66 Wir haben in diesem § 19 drei Beispiele zur Systematisierung von Regeln vorgeführt. Alle drei dürften gezeigt haben, dass „Systembildung“ in der Jurisprudenz sehr viel weniger eine Frage des Abwägens abstrakter Prinzipien oder gar von ethischen Wertentscheidungen ist. In viel größerem Maß ist Systembildung in einem einigermaßen komplexen Recht – gemeint: in einem Recht, das sehr vielen Fallgestaltungen in differenzierter Weise gerecht werden will – zum allergrößten Teil eine mühevollere Untersuchung des immer wieder widerspenstigen Details: „Es ist eine Hundearbeit“¹²¹. Denn am Detail, das heißt am Fall – *jedem* Fall –, muss sich *zeigen*, ob die große Linie, die man entwirft, auch ihm gerecht wird. Wenn dem nicht so ist, muss man noch einmal genauer hinschauen oder in anderer Weise, etwa durch die Formulierung einer Ausnahme, nachjustieren. Was man nicht tun darf: die Einzelfallgerechtigkeit einer dogmatischen Folgerichtigkeit opfern.¹²²
- 67 Zwei Beispiele für nochmaliges Hinschauen: (1) Bei der berühmten Entscheidung des BGH zum „enteignungsgleichen Eingriff“¹²³ handelte es sich in Wahrheit ... um eine echte Enteignung! Der BGH hätte also gar nicht diesen irreführenden Pfad einschlagen müssen (s. schon §16 Rn. 43). (2) Die berühmte Pflichtexemplar-Ablieferungspflicht lässt sich wohl nur dann plausibel als Inhalts- und Schrankenbestimmung qualifizieren, wenn man sie mit dem Eigentumserwerb beim Schatzfund vergleicht.¹²⁴
- 68 Ein Beispiel für Nachjustieren ist der Vorschlag an den Gesetzgeber, eine Unstimmigkeit zu beseitigen.¹²⁵ (Falls er dies dann beharrlich verweigert, dürfen ihm Gerichte durchaus einmal den Gehorsam verweigern.¹²⁶) Ein Beispiel für falsche dogmatische Folgerichtigkeit läge schließlich vor, wenn man einem Geschädigten um der Reinheit der Theorie willen eine Entschädigung versagt, obwohl man sie eigentlich für geboten hält.¹²⁷

121 So Bernhard Windscheid in einem Brief an Rudolf von Jhering vom 10. März 1861, zitiert von Ulrich Falk, Der Gipfel der Pandektistik: Bernhard Windscheid (1817–1892), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 129–150 (144).

122 Umgekehrt darf man natürlich auch nicht die dogmatische Folgerichtigkeit einer Rechtsfindung nach Lust und Laune im Einzelfall opfern.

123 BGHZ (GS) 6, 270 – Wohnungseinweisung (1952); dazu schon in Fn. 77.

124 BVerfGE 78, 205 – Uracher Schatzfund (1988); dazu schon bei und in Fn. 83.

125 Ein Beispiel oben Rn. 63.

126 Besonders *tricky* wird es, wenn der Gesetzgeber dies schon mit einkalkuliert, siehe zu § 253 BGB – Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – unten § 27 Rn. 18.

127 Dies ist natürlich ein völlig frei erfundenes Beispiel.

§ 20 Paradigmenwechsel

Ich habe eine Weile geschwankt, ob ich diesen § 20 als einen eigenen Paragraphen 1
auslagge oder ob man das, was er behandelt, noch im Kontext von „§ 19 – Regeln systematisieren“ unterbringen kann. Wie man sieht, ist es ein eigener Paragraph geworden, und zwar deshalb, weil bei einem Paradigmenwechsel¹ die Grenze des harmonischen Systematisierens erreicht ist, ja überschritten werden muss.

Es geht hier also nicht mehr um Regeln über den Umgang mit Regeln, die *als solche* jeweils bestehen bleiben.

Sondern es geht darum, ein ganzes Geflecht² aus alten Regeln durch ein Geflecht neuer Regeln zu ersetzen – so wie bei der Ersetzung des geozentrischen Weltbildes durch das heliozentrische. (Dass man insoweit von „wissenschaftlichen Revolutionen“ spricht, haben wir in § 19 Rn. 41 schon erwähnt.³)

Anders gewendet und in der Terminologie der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): Es geht um zwei SINNZUSAMMENHÄNGE (§ 5 Rn. 40–59), die inkommensurabel sind, obwohl sie sich auf einen gemeinsamen dritten SINNZUSAMMENHANG beziehen (wie z.B. das physikalische Verhältnis von Erde, Sonne und Planeten).

Politisches Beispiel zur Inkompatibilität: Monarchie und Republik lassen sich nicht miteinander vereinbaren, man muss sich vielmehr für das eine oder das andere entscheiden. Sogar im Vereinigten Königreich.

I. Enteignung und „Enteignung“

Ein erstes Beispiel dafür, dass es auch im Recht *wissenschaftliche* Revolutionen gibt 2
– also nicht-politische – haben wir bereits mehrfach erwähnt: die beiden einander ausschließenden Begriffe von Enteignung und „Enteignung“ (samt aller Folgen, die sich dogmatisch daran knüpfen).⁴

1. Schwellentheorien versus Trennungstheorie

Die beiden „Paradigmen“ – sagen wir dazu ruhig: juristischen Weltbilder oder auch 3
Hintergrundvorstellungen – lassen sich wie folgt beschreiben:

1 In der Wissenschaftstheorie und auch sonst ein mehr als gängiger Begriff im Anschluss an Thomas S. Kuhn; dazu schon *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 316 f. und öfter.

2 Den Begriff „Geflecht“ verwendet auch, aber in einem anderen Sinn *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 175–234 („Rechtsgeflechte“); in der Sache geht es bei ihm um das, was wir unter § 14 – Regeln finden – erörtert haben.

3 Klassiker: *Thomas S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, Chicago 1964; deutsch: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, Frankfurt a.M. 1967; von beidem viele weitere Auflagen.

4 Mein erster Aufschlag hierzu: *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung“. Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 864–872.

Auf der einen Seite standen die „Schwellentheorien“ von Reichsgericht (RG)⁵ und Bundesgerichtshof (BGH), gemäß denen es neben der klassischen Enteignung zur Beschaffung von Gütern auch eine „materielle“ Enteignung gibt, die darin besteht, dass im Einzelfall die Schwelle dessen überschritten ist, was ein Eigentümer hinzunehmen hat, ohne dafür entschädigt zu werden („Sonderopfer“ im Gegensatz zur „Sozialbindung“⁶).

Auf der anderen Seite steht als revolutionärer Gegenentwurf die „Trennungstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), gemäß der „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“ nicht quantitativ, sondern qualitativ voneinander abzugrenzen sind: Das eine ist ein Güterbeschaffungsvorgang im Wege des Zwangsvertrags, das andere eine Güterdefinition, sei es abstrakt im Gesetz (z.B. Denkmalschutzgesetz⁷) oder konkret in dessen Vollzug (Baugenehmigung, Bebauungsplan).⁸

Beides ist miteinander unvereinbar – aber was ist „richtig“?

2. Gründe für die Trennungstheorie des BVerfG

- 4 Vorweg muss man zugestehen: „Irgendwie leben“ kann man mit beiden Theorien, und in der ersten Zeit nach den Paukenschlägen des BVerfG war es gewiss leichter, weiter nach der alten Dogmatik zu verfahren.

Auch nach der „kopernikanischen Wende“, also der Ersetzung des geozentrischen Weltbildes durch das heliozentrische, waren für die astronomische Praxis – etwa bei der Seefahrt – noch lange Zeit die alten Daten brauchbarer als die neuen. Mit anderen Worten: Es gab für diese Wendung in vielen Bereichen kein „Bedürfnis der Praxis“. Dass die neue Theorie die Wirklichkeit – es gibt nur eine (§ 5 Rn. 45) – *trotzdem* besser erfasst, musste sich erst Schritt für Schritt in einer neuen Praxis zeigen (Weltumsegelungen!⁹).

Nach einigem Fremdeln hat sich dann aber die Theorie des BVerfG¹⁰ aus sehr vielen Gründen durchgesetzt. Die wichtigsten:

5 Klassisch aber falsch: RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite); dazu schon § 19 Rn. 20.

6 Der Vollständigkeit halber: Der BGH vertrat die „Sonderopfertheorie“, das hier vernachlässigte Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) die „Schweretheorie“ (Enteignung, wenn „schwer und unerträglich“).

7 Der Denkmalschutz ist nicht einheitlich geregelt. In manchen Bundesländern stehen Denkmäler kraft Gesetzes unter Denkmalschutz, in anderen Ländern müssen sie von den zuständigen Behörden „konstitutiv“ zum Denkmal erklärt werden.

8 Joachim Lege, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“, Berlin 1995.

9 Die erste Weltumsegelung (Magellan) fand in den Jahren 1519–1522 statt, Kopernikus' „De revolutionibus“ erschien 1543.

a) Theoretisch: Vermeidung der „CruX“ des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG („Junktimklausel“)

Der erste Grund ist in gewisser Weise rein theoretisch, vielleicht aber gerade deshalb auch für ein nicht-juristisches Publikum interessant. Sein Anknüpfungspunkt ist die sogenannte Junktimklausel, sie lautet:

Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG Sie [= eine Enteignung] darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.

Ein Gesetz, das zur Enteignung ermächtigt, muss dies also immer „zusammen mit“ (lateinisch *iunctim*) einer Entschädigungsregelung tun.

Und dies wird nun zur unmöglichen Aufgabe, wenn das **Gesetz** „eigentlich“ nur die Sozialbindung konkretisiert, die gerade *nicht* zu entschädigen ist, ...

zum Beispiel, dass man auf Grundstücken „generell“ keinen Sand und keinen Kies abbauen darf, wenn dies der Denkmalschutz oder der Grundwasserschutz gebieten, ... wenn dann aber der **Vollzug** des Gesetzes – ein konkretes Verbot – den Eigentümer dieses Grundstücks so empfindlich trifft, dass er entschädigt werden sollte. Schlägt dann etwa das Gesetz, wenn es in diesem Einzelfall vollzogen wird, in ein Enteignungsgesetz um („Umschlagtheorie“)? Ein Gesetz, in dem dann allerdings plötzlich eine Entschädigungsregelung fehlt? Dies ist, so hat man gesagt, wahrlich eine „CruX“.¹¹

Man hat versucht, sie mit sogenannten „salvatorischen Klauseln“ zu bewältigen, etwa in dieser Formulierung: „Sollte auf Grund dieses Gesetzes eine Enteignung eintreten, so ist dem Eigentümer eine angemessene Entschädigung zu gewähren.“ Dies war freilich dubios, weil offensichtlich ein Zirkelschluss: Wenn Enteignung, dann ist Entschädigung zu leisten; wenn Entschädigung zu leisten ist, dann Enteignung.

Die Theorie des BVerfG vermeidet diesen Zirkelschluss: „Enteignung“ und „Inhalt- und Schrankenbestimmung“ (ISB) sind nicht ein Mehr und Weniger, sondern etwas qualitativ anderes. Eine ISB bleibt also auch dann ISB, wenn sie den Eigentümer im Einzelfall „schwer und unerträglich“¹² trifft.

b) Praktisch: Qualifikation als „Enteignung“ kein Präjudiz für Entschädigung

Der zweite Grund für die Theorie des BVerfG wirkt auf den ersten Blick etwas merkwürdig. Wir haben ihn schon erwähnt (§ 19 Rn. 22): Der Begriff „Enteignung“ enthält nicht mehr die entscheidende Weichenstellung, um zu einer Entschädigungspflicht des Staates zu gelangen. Es gibt vielmehr auch „ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung-

10 Grundlegend BVerfGE 58, 300 (322–324, 330–338) - Nassauskiesung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]); flankiert von BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981); dazu *Joachim Lege*, 30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2011, S. 1084–1091.

11 *Walter Jellinek*, Schadenersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, in: JZ 1955, 147–149 (148); *Günter Dürig*, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, in: JZ 1954, 4–12 (7), hatte es einen *circulus vitiosus* genannt (fehlerhaften Zirkel).

12 Dies war, wie schon gesagt, die Formel des Bundesverwaltungsgerichts.

gen“¹³ wobei der „Ausgleich“ auch – aber nicht notwendig¹⁴ – in einer Entschädigung bestehen kann.¹⁵

Die Entschädigung kann sogar darin bestehen, dass der Staat ein Eigentumsobjekt – zum Beispiel eine Denkmalvilla – *übernehmen muss*, wenn der Eigentümer dies *will* – etwa, weil ihn das Haus mehr kostet als es ihm nützt, er (und auch jeder andere!) es aber nicht abreißen darf. Man nennt dies auch „Übernahmeanspruch“.¹⁶

Wenn dem aber so ist – dass es „auch hier Entschädigung gibt“ – worin liegt dann der praktische *Unterschied* von Schwellentheorien und Trennungstheorie?

c) Die Kompetenzfrage: Wer entscheidet (*quis iudicabit*) über die Entschädigung?

- 9 Der eigentliche Grund ist, wie so oft im Öffentlichen Recht, eine Kompetenzfrage: Wer soll darüber entscheiden, ob bei einem Gesetz, das „nur“ eine ISB enthält¹⁷ bzw. zu einer solchen ermächtigt, Entschädigung zu gewähren ist oder nicht. Nach den alten Schwellentheorien waren dies die Gerichte, und hier vor allem die **Zivilgerichte**, letztlich der BGH.

Dies wiederum liegt an **Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG**, der da lautet: „Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.“

„Ordentliche Gerichte“ sind die Zivil- und Strafgerichte, nicht also die Verwaltungsgerichte, die Sozialgerichte und die Finanzgerichte. Die Terminologie hat historische Gründe.

Dies wurde früher sehr frei in der Weise interpretiert, dass die Zivilgerichte nicht nur über die *Höhe*, sondern auch über den *Grund* der Entschädigung entscheiden, sog. „Vorfragenkompetenz“; mittlerweile wird sie nur noch in ganz speziellen Konstellationen anerkannt.¹⁸

- 10 Nach Ansicht des BVerfG ist dies – also die Entscheidung durch Gerichte – nun allerdings nicht sachgerecht, denn: „Inhalt und Schranken des Eigentums werden durch die *Gesetze* bestimmt“ (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, Hervorhebung J.L.). Der **Gesetzgeber** soll also regeln, unter welchen Voraussetzungen (auch) bei einer ISB zu entschädigen ist,

13 Grundlegend, wie schon erwähnt, BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981).

14 Zum Verhältnis von Ausgleich und Entschädigung im Allgemeinen und in einem Spezialgebiet: Joachim Lege, Kommentierung der §§ 96 bis 99 Wasserhaushaltsgesetz (Entschädigung, Ausgleich), in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht. Kommentar, 73. Ergänzungslieferung, August 2014, insb. vor §§ 96–99 Rn. 1–23, § 96 Rn. 9, § 99 Rn. 3, 11 f.

15 Nach der Rechtsprechung sogar: Der Ausgleich *darf nur subsidiär* in einer Entschädigung bestehen – so BVerfGE 100, 226 (245 f.) – Denkmalvilla (1999). Woher man dies genommen hat, bleibt nach wie vor dubios, denn eine „Bestandsgarantie“ findet sich jedenfalls nicht im autoritativen Text des Art. 14 GG. – Erwähnt wird an dieser Stelle übrigens auch der Übernahmeanspruch (siehe sogleich bei Fn. 16).

16 Beispiel aus dem einfachen Recht: § 96 Abs. 4 WHG (Wasserhaushaltsgesetz), § 40 Abs. 2 BauGB (Baugesetzbuch).

17 Das „nur“ ist natürlich falsch: Drei enteignete Quadratmeter schmerzen den Eigentümer weniger als das inhalt- und schrankenbestimmende Verbot, die Denkmalvilla abzureißen.

18 Siehe etwa Brun-Otto Bryde/Astrid Wallrabenstein, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Art. 14 Rn. 150–153. – Der Begriff „Vorfrage“ wird neuerdings vermieden, er taucht noch auf bei Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl., München 2022, Art. 14 Rn. 100.

nicht die Zivilgerichte. Und falls der Gesetzgeber dies nicht hinreichend tut, darf allein das BVerfG ihn korrigieren.

Aber warum der Gesetzgeber?

d) Die politische Seite: Warum gerade der Gesetzgeber entscheiden soll

Dies hat letztlich politische und wirtschaftliche Gründe. Warum sollen nicht die Zivilgerichte, sondern allein der Gesetzgeber entscheiden, ob der Staat einem Eigentümer nur dann die Genehmigung für weiteres „Nassauskiesien“ (Kiesgewinnung bis in den Grundwasserbereich hinein) versagen darf, wenn er ihn dafür entschädigt? Ob er nur dann den Natur- oder Denkmalschutz durchsetzen darf, wenn er dafür Geld ausgibt? Die Frage impliziert die Antwort: weil der Staat den Eigentümern nicht alles, was dem Gemeinwohl dient, soll „abkaufen“ müssen. Hier also nicht: den Wasser- und Umweltschutz.

11

Der Nassauskiesungsbeschluss stammt aus dem Jahr 1981 – das war die Zeit eines beginnenden Umweltbewusstseins und Umweltschutzes (1974: Bundesimmissionschutzgesetz).

Vielmehr gilt (und zwar wirklich als Rechtsnorm¹⁹)

Art. 14 Abs. 2 GG Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

Anders gewendet: Wenn das Gemeinwohl es erfordert, müssen Eigentümer auch einmal einen Wertverlust hinnehmen.

12

e) Die wirtschaftliche Seite: zur Höhe der Entschädigung

Des Weiteren macht die Trennungstheorie dann auch klar, dass hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Unterschied bestehen muss zwischen Enteignungen und ISB'en. Bei der Enteignung handelt es sich um einen grundsätzlich marktinternen Vorgang (§ 19 Rn. 33), so dass in aller Regel der Marktwert zu erstatten ist (vgl. § 194 BauGB - Baugesetzbuch). Bei der ISB hat das, was nicht (mehr) erlaubt ist, eben deshalb auch keinen Marktwert (mehr), so dass die Höhe der Entschädigung auch darunter liegen kann – oder eben auch gar keine Entschädigung anfällt.

13

f) Eine letzte Ironie – und nochmals quis iudicabit

Eine letzte Ironie liegt dann freilich darin, dass der Gesetzgeber im Bereich der Inhalt- und Schrankenbestimmung die Frage, ob etwas den Eigentümer *im Einzelfall* derart

14

¹⁹ Das wurde früher tatsächlich bestritten. Mittlerweile wird Art. 14 Abs. 2 zwar als Rechtsnorm anerkannt, jedoch richte sie sich nicht unmittelbar an den Eigentümer, sondern allein an den Gesetzgeber bei seiner Ausgestaltung des Eigentums „durch die Gesetze“ (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), siehe nur Otto Depenheuer/Judith Froese, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., München 2018, Art. 14 Rn. 222. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Zu weit geht allerdings, dass man deshalb unter die Norm nicht subsumieren könne. Ganz im Gegenteil: „Hier gibt es ein Eigentumsobjekt, also darf, ja muss [!] der Gesetzgeber u.U. Pflichten zu Gunsten des Gemeinwohls anordnen.“ Und mehr noch: Die Verwaltung muss diese Pflichten auch durchsetzen! Sie darf also ein denkmalgeschütztes Haus enteignen, wenn der Eigentümer es verfallen lässt.

belastet, dass er entschädigt werden muss, kaum für jeden Einzelfall im Voraus beantworten kann. Deshalb gibt es jetzt gerade in den Gesetzen, die als ISB zu qualifizieren sind, salvatorische Klauseln (s.o. Rn. 6), beispielhaft im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG):

§ 68 Abs. 1 BNatSchG Führen Beschränkungen des Eigentums, die sich auf Grund von Vorschriften dieses Gesetzes, Rechtsvorschriften, die auf Grund dieses Gesetzes erlassen worden sind oder fortgelten, oder Naturschutzrecht der Länder ergeben, im **Einzelfall** zu einer unzumutbaren Belastung, (...) ist eine angemessene Entschädigung zu leisten“ (Hervorhebung J.L.).

Also alles beim Alten? Nein, denn jetzt entscheiden über die Entschädigung nicht die Zivilgerichte (über den Schleichweg des Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG), sondern die **Verwaltungsgerichte** – § 40 Abs. 2 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung²⁰ (VwGO) stellt dies ausdrücklich klar.²¹ Und die Verwaltungsgerichte, so sagt man, sind in Sachen Entschädigung meist weniger großzügig als die Zivilgerichte.

g) Zwischenfazit

- 15 Es dürfte klar geworden sein: Es spricht sehr viel für die Trennungstheorie des BVerfG – und doch scheint sie sich in ihren Ergebnissen auf den ersten Blick gar nicht so ungeheuer von den Schwellentheorien zu unterscheiden. Zudem ist der Paradigmenstreit von vielen Kollegen nach wie vor wohl nur halb verstanden.²² Deshalb das Wichtigste zum Schluss erneut:
- 16 Es handelt sich letztlich um eine Frage der Kompetenz (Zuständigkeit): BGH oder BVerfG?

3. Gründe für die Schwellentheorien

- 17 So weit die Gründe, die für die Trennungstheorie sprechen. Was spricht demgegenüber für die Schwellentheorien?
- Im Grunde nur eines: die sogenannte Einzelfallgerechtigkeit, so wie sie sich aus Sicht der Zivilgerichte darstellt. Warum dies nicht durchschlägt, haben wir aber gerade unter 2 d (Rn. 11 f.) gesehen.
- 18 Umso bemerkenswerter, dass der BGH und mit ihm die Zivilgerichte in einer bestimmten Fallkonstellation nach wie vor an den Schwellentheorien festhalten. Gemeint ist das „qualifizierte Unterlassen“ beim Anspruch auf Entschädigung aus dem sogenannten „enteignungsgleichen Eingriff“. Zum Problem in aller Kürze: Wenn es nach der allgemeinen Regel im Recht der staatlichen Ersatzleistungen geht („Staatshaftungsrecht“), dann entstehen Schadensersatzansprüche gegen den Staat

20 Wortlaut: „Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; dies gilt nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Artikels 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes.“

21 Es ist wirklich nur eine Klarstellung, denn es wäre auch ohne sie richtig, siehe *Joachim Lege*, Der Rechtsweg bei Entschädigung für „enteignende“ Wirkungen, in: NJW 1995, S. 2745–2749; allerdings gab es auch andere Meinungen, so dass die Klarstellung nötig war.

22 Gerade neulich hat jemand zur Enteignung wieder das „Sonderopfer“ aufgewärmt ...

nur, wenn er – genauer: wenn einer seiner „Amtswalter“ – *schuldhaft* handelt (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG). „Schuldhaft“ heißt: vorsätzlich oder mindestens fahrlässig, und „fahrlässig“: wenn man die im jeweiligen Kontext erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Nun folgender Fall: Ein „Amtswalter“ der zuständigen Behörde verweigert in rechtlich vertretbarer Weise die erforderliche Genehmigung zum Verkauf eines landwirtschaftlichen Grundstücks. Daher kann der Eigentümer einen Kredit nicht sofort ablösen, sondern muss weiterhin neben der Tilgung Zinsen zahlen. Später entscheidet das Gericht in letzter Instanz, dass der Amtswalter die Genehmigung hätte erteilen müssen. Kann der Eigentümer den „Zinsschaden“ ersetzt verlangen?²³ Nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG keineswegs: Wer „vertretbar“ entscheidet – zu dieser Kategorie unten § 33 II –, handelt nicht fahrlässig.

Eben deshalb pflegt der BGH weiterhin das eigentlich ausgestorbene Pflänzchen „enteignungsgleicher Eingriff“: Wenn jemand auf eine Genehmigung wartet, die ihm eigentlich erteilt werden müsste, dann erbringe er ein „Sonderopfer“, und dafür stehe ihm Entschädigung zu. Im Gegensatz zum Amtshaftungsanspruch setze der enteignungsgleiche Eingriff nämlich ein schuldhaftes Handeln des Staates bzw. Amtswalters nicht voraus – lediglich die Rechtswidrigkeit. Und die habe sich ja in letzter Instanz erwiesen.

Es ist klar, dass der BGH mit dieser Rechtsprechung ein gewisses *Nudging* (= Stupsen in eine bestimmte Richtung)²⁴ betreibt: Im Zweifel wird der „Amtswalter“ im nächsten Fall zu Gunsten des Eigentümers entscheiden.²⁵ Das ist die praktische Konsequenz dieses Paradigmas, und das soll offenbar auch so sein.

4. Resümee

Wie auch immer: Die Paradigmen von BGH und BVerfG sind offensichtlich inkommensurabel. Zudem ist klar, dass die Interpretation des BVerfG gegenüber der des BGH Geltungsvorrang hat. Dass der BGH dennoch und weiterhin seine Nische zum Boykott findet, hat rein prozessuale Gründe: Wenn der „Bürger“²⁶ gegen den Staat gewinnt und seine Entschädigung erhält, wird er keine Verfassungsbeschwerde mehr erheben²⁷ – und die Behörde *kann* es nicht, weil die Verfassungsbeschwerde eben nur „Bürgern“ zusteht. Kurz, das BVerfG kommt an diese Fälle ganz einfach nicht heran.

23 Klassischer Fall: BGHZ 136, 182 – Grundstücksverkehrsgesetz/Reichenau (1997): der Zinsschaden belief sich auf immerhin 241.222,05 DM.

24 Klassiker: Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, London 2009; deutsch: Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt, Berlin 2009.

25 Zu diesem Fall und generell zum enteignungsgleichen Eingriff: Joachim Lege, System des deutschen Staatshaftungsrechts, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2016, 81–88 (81, 85 f., 88).

26 Genauer müsste man sagen: der Rechtsunterworfenen, denn natürlich können auch Ausländer Verfassungsbeschwerden erheben.

27 Sie wäre zudem wegen fehlender Beschwer unzulässig.

II. Weitere Paradigmenkonflikte

- 22 Paradigmenwechsel sind im Recht vermutlich ebenso selten wie in den sonstigen Wissenschaften, insbesondere in den Naturwissenschaften.²⁸ Im Folgenden sollen dennoch einige weitere Bereiche des Rechts genannt werden, in denen man wohl von Paradigmenkonflikten sprechen kann – also von wissenschaftlichen „Großtheorien“, die inkommensurabel sind.

1. Das Abstraktionsprinzip im Sachenrecht des BGB

- 23 Im deutschen bürgerlichen Recht, genauer im Schuld- und Sachenrecht, gilt das sogenannte Abstraktionsprinzip. Es besagt: Bei rechtlich bedeutsamen Handlungen, die sich auf eine Sache beziehen – Sachen sind nach § 90 BGB nur körperliche Gegenstände, und man unterscheidet sodann Immobilien („Grundstücke“ mit Zubehör) und Fahrnis („bewegliche Sachen“) –, muss man zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterscheiden.

Folglich gibt es bei einem auf den ersten Blick einheitlichen Vertrag – Kauf eines Brötchens – in Wahrheit drei Verträge: Im (1) Kaufvertrag verpflichtet sich der Bäcker, mir das Brötchen zu übereignen, und ich verpflichte mich, ihm dafür 50 Cent zu übereignen (vgl. § 433 BGB). Sodann überträgt mir (2) der Bäcker das Eigentum am Brötchen durch Einigung und Übergabe (§ 929 BGB), man nennt dies ein „dingliches“ Geschäft. In derselben Weise übertrage (3) ich ihm das Eigentum an der 50-Cent-Münze (wenn ich mit Karte zahle, wird es natürlich komplizierter). Der Witz besteht dann darin, dass die drei Geschäfte „abstrakt“ betrachtet werden, also in ihrer Wirksamkeit nicht voneinander abhängen – im Gegensatz zum Einheits- oder Kausalprinzip).²⁹

- 24 Dieses Paradigma sachenrechtlicher Rechtsverhältnisse ist eine Besonderheit des deutschen Rechts, andere Rechtssysteme handhaben es anders. Wie sinnvoll das Paradigma ist, darüber kann man durchaus streiten.³⁰ Jedenfalls wäre es aber ein enormer Aufwand, wenn man es auf ein anderes Paradigma, also z.B. das Kausalprinzip, umstellen wollte.

2. Vorsatztheorie und Schuldtheorie im Strafrecht

- 25 Im Strafrecht dürfte ein Paradigmenstreit – also Inkommensurabilität im großen Stil – der Gegensatz von Vorsatztheorie und Schuldtheorie sein. Er betrifft die Frage, wo man im schon erwähnten Schema der Prüfung von Straftaten ...

28 Erstaunlicherweise findet man in der Fachphilosophie nirgends eine Liste von anerkannten „Paradigmenwechseln“. Sie könnte wohl enthalten: die Plattentektonik in den Geowissenschaften; die Molekularbiologie in den Lebenswissenschaften; die Quantenmechanik in der Physik etc.

29 Genau genommen müsste man noch zwischen Trennungs- und Abstraktionsprinzip unterscheiden. Zur Vertiefung etwa: *Wolfgang Brehm*, Sachenrecht, 4. Aufl. Tübingen 2022, § 1 Rn. 18–33.

30 Große Verteidigung: *Astrid Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, Tübingen 1996 (797 Seiten!).

wir erinnern uns: Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld

... den Vorsatz des Täters einordnen soll, insbesondere wenn er sich über einen Tatumstand irrt (er hält den Spaziergänger X für ein Wildschwein und erschießt ihn). Betrifft dies nur die „innere Seite“ der Tat, also die Schuld? Oder doch die „äußere Seite“, also den Tatbestand? Wie auch immer: Es kann nur eine Lösung geben!

Wir kommen darauf zurück, wenn wir die „Prüfungsschemata“ behandeln, also das tägliche methodische Brot der Juristen (§ 23). Bereits hier: Wer beide Paradigmen vermischt, hat verloren.

Dass das Problem schon in der Antiken Gerichtsrhetorik erörtert wurde, haben wir erwähnt (§ 2 Rn. 11, 17: Ist ein falsch dosierter Liebestrank ein „Gift“?).

3. Die Grundrechte im Umweltrecht

Im Öffentlichen Recht kann man durchaus sagen, dass in der Grundrechtsdogmatik die schon erwähnte Einführung des Schemas „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ durch Bodo Pieroth (geb. 1945) und Bernhard Schlink (geb. 1944) ein Paradigmenwechsel war.³¹ Zum weiteren Beispiel Eigentumsdogmatik (Art. 14 GG) haben wir gewiss genug gesagt. Umso mehr wollen wir nun noch einen dritten, weniger bekannten Paradigmenwechsel aus dem Öffentlichen Recht vorstellen – er betrifft das Umweltrecht.

26

Insofern kann man nämlich die Hintergrundvorstellung haben, dass die Grundrechte zuvörderst eine Art urwüchsig-natürliche Freiheit garantieren, so dass alle staatlichen Eingriffe in das „natürliche“ Recht, die Umwelt zu verschmutzen, sich rechtfertigen müssten. Demgegenüber kann man mit Dietrich Murswiek (geb. 1948) den Spieß umdrehen und betonen, dass die individuelle Freiheit überindividuelle Voraussetzungen hat – vor allem eine einigermaßen gesunde Umwelt.³² In diesem Paradigma leuchtet dann ohne Weiteres ein, dass es nicht ohne Weiteres rechtlich erlaubt sein sollte, Gemeinschaftsgüter³³ wie die Luft, das Wasser oder die Landschaft in Anspruch zu nehmen. Vielmehr muss eine Genehmigungspflicht die Regel sein, und man kann auch eine Ressourcennutzungsgebühr wie den Wasserpfennig rechtfertigen, ohne dass dies gegen die Finanzverfassung verstößt.³⁴

31 Genauer dazu § 18 Rn. 92–94, § 23 Rn. 9–17.

32 Dietrich Murswiek, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht. Zu den überindividuellen Voraussetzungen der individuellen Freiheit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1994, S. 77–88; zuvor schon Dietrich Murswiek, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht. Mehr Umweltschutz durch weniger Reglementierung?, in: JZ 1988, S. 985–993.

33 Wenigstens in der Fußnote: Man spricht hier oft von einer „Tragik der Allmende“ bzw. *tragic of the commons*: Gemeinschaftsgüter werden, wenn es nur um die Maximierung der Interessen der Einzelnen geht, zwangsläufig im Übermaß in Anspruch genommen (z.B. Überweidung, Überfischung). Klassiker: Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, in: Science 1968, 1243–1248; deutsch in: Michael Lohmann (Hrsg.): Gefährdete Zukunft, München 1970, S. 30–48. – Gegenposition: Elinor Ostrom, Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge 1990; deutsch: Die Verfassung der Allmende. Jenseits von Staat und Markt, Tübingen 1999.

34 BVerfGE 93, 319 – Wasserpfennig (1995); dazu schon oben § 15a Rn. 44.

4. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft

- 27 Ebenfalls als zwei Paradigmen, die letztlich inkommensurabel sind, lassen sich vielleicht auch die Hintergrundvorstellungen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft begreifen. Klassisch ist insoweit der Gegensatz zweier „Schulen“, die am Ende beide ihren Sitz in Freiburg im Breisgau hatten. Die „Schule“ von Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019) verfocht die These einer Trennung von Staat und Gesellschaft, und dies als unerlässliche Voraussetzung von Freiheit.³⁵ Die „Schule“ von Konrad Hesse (1919–2005) wollte beides hingegen in einem „Gemeinwesen“ miteinander versöhnen – einem Gemeinwesen, in dem der Staat die Gesellschaft nicht lediglich in Ruhe zu lassen, sondern vernünftig zu gestalten hat.³⁶

Praktisch dürfte dies nicht zuletzt Konsequenzen im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz haben (siehe schon § 15b Rn. 38–51): Sollen wir ausgehen vom Freiheitsrecht gegen den Staat, und die legitimen Zwecke der Politik kommen erst dann? Oder vom legitimen Zweck, den uns die Demokratie doch wohl zuverlässig liefert, so dass hinderliche Rechte zurücktreten sollten?

- 28 Gegenwärtig werden, wie es scheint, beide Paradigmen miteinander verschwurbelt: Auf der einen Seite wird die Freiheit überbetont (eine Masken- oder Wehrpflicht sollte für wahre „Bürger“³⁷ in der Regel keine Zumutung sein), auf der anderen Seite soll der Staat seine Bürger politisch-moralisch in die richtige Richtung lenken (etwa durch die Herstellung politischer Akzeptanz für die Klimapolitik mit Hilfe des Rechts, dazu unten § 34 Rn. 67–68, 72–745).³⁸ Darin liegt durchaus Gefahr: Schon Platon hat beschrieben, dass Staaten zu Grunde gehen an einem Zuviel des jeweils höchsten Gutes – so die Demokratie an einem Zuviel an Freiheit.³⁹ Und der Idealstaat, das bleibt hinzuzufügen, vielleicht an einem Zuviel an Gerechtigkeit?⁴⁰

Man wird daher diese beiden Hintergrundvorstellungen, um sie zu entschärfen, weniger als konkurrierende „Paradigmen“ und mehr als Ergänzungen interpretieren müssen – als „wechselseitige Auffangordnung“, so wie Wolfgang Hoffmann-Riem (geb. 1940) und Eberhard Schmidt-Aßmann (geb. 1938) es einmal für das Verhältnis von Privatrecht und Öffentlichem Recht formuliert haben.⁴¹

35 Klassisch: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), in: Staat – Gesellschaft – Freiheit, Frankfurt a.M. 1976, S. 185–220.

36 Klassisch: Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1990, Rn. 16–31. – Peter Häberle hat einmal formuliert, Hesse habe den Staat „seines Anstaltscharakters entkleidet“ (ich zitiere aus dem Gedächtnis).

37 Wenn er sich denn wirklich als Bürger fühlt, der für seine „Burg“ zur Not kämpfen würde, und nicht als Konsument oder Kunde staatlicher Dienstleistungen.

38 Natürlich gäbe es auch brisantere Themen: Gleichstellung, Sexualstrafrecht, Gendersprache.

39 Platon, Politeia, Buch VIII 14; meine Interpretation: Joachim Lege, „Politeia“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 196 f.

40 Bei Platon ist Gerechtigkeit sehr formal definiert: „das Seine tun und sich nicht in vieles einmischen“ (Politeia 433a; dazu Lege [Fn. 39], S. 82). Moral versucht hingegen gern zu bekehren.

41 Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, Baden-Baden 1996.

In diesem Fall also: Es muss vermutlich beide geben. Staat versus Gesellschaft, aber auch: Der Staat, das sind wir.⁴² (Zum Verhältnis von Ironie und Pathos § 30 II).

5. Der Rechtsstaat: rule of law oder Rechtlieferungsstaat (law and order)?

Mehrfach erwähnt haben wir schließlich, dass sich gerade hinter dem Begriff „Rechtsstaat“ durchaus verschiedene Hintergrundvorstellungen verbergen können. Die eigentlich klassische ist dabei die des Liberalismus: Im Staat soll das Recht herrschen (*rule of law*), nicht die Vorstellung der Herrschenden – man kann auch sagen: der Politiker – davon, wie die Untertanen ihr Leben zu gestalten haben.⁴³ Dieses Verständnis von Rechtsstaat scheint in den Hintergrund zu treten: Heute wird insbesondere von Politikern das Wort „Rechtsstaat“ gern gebraucht, wenn es um die Bekämpfung von Missständen geht, zum Beispiel von Angriffen auf Journalisten oder von sonstigen Straftaten, die gerade öffentliche Aufmerksamkeit erhalten. Da müsse doch, wie es dann heißt, „der Rechtsstaat“ mit voller Härte zurückschlagen. Das ist ganz offensichtlich ein anderes „Paradigma“.

Man ist geneigt, von einen „Rechtlieferungsstaat“ zu sprechen (lieferando.recht.de).⁴⁴ Aber vielleicht trifft dies die Sache nicht ganz: Der Staat soll ja gerade nicht „Recht“ liefern, sondern *mit Hilfe* des Rechts – dieses verstanden als bloßes Instrument – den Schutz und die Sicherheit seiner Bürger. Dass dies sehr nahe an dem meist verpönten Begriff *law and order* ist, fällt offenbar nicht auf.

III. Hintergrundvorstellungen vom Recht insgesamt

Dies leitet über zu einem Paradigmenwechsel, der das Recht insgesamt betrifft. Wir haben bei Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) gesehen (§ 15d): Sein Hauptanliegen war offenbar, das Recht als ein **System** zu begreifen – wenn man so will: als einen *corpus* (Körper), in dem alles mit allem zusammenhängt und in dem so etwas wie eine rechtsinterne Vernunft herrscht. Und weil er dies im real existierenden Recht seiner Zeit – genauer: im Deutschland des 19. Jahrhunderts – nicht finden konnte (oder wollte), fand er es eben im *Corpus Iuris Civilis* von 533, dieses interpretiert als „heutiges“ Römisches Recht.

Berühmt ist Savignys Ablehnung einer Kodifikation des deutschen Zivilrechts zu Anfang des 19. Jahrhunderts. Die Schrift heißt: „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, sie stammt aus dem Jahr 1814 und richtet sich gegen die im selben Jahr erschienene Schrift „Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–

42 Vertiefend *Susanne Hähnchen/Joachim Lege*, Wir sind der Staat!, Legal Tribune Online (LTO) vom 16.02.2025 (<https://www.lto.de/recht/meinung/m/spaltung-gesellschaft-deutschland-demokratie-neues-staatsverstaendnis> <05.04.2025>).

43 Dies war die Kernidee des absolutistischen Policey- und Wohlfahrtsstaates. Insbesondere gehörte zu den Dingen, um die der Staat sich zu kümmern hat, die richtige Religion der Untertanen.

44 *Joachim Lege*, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: *Anwaltsblatt* 12 (2019), S. 887–891 (887).

1840).⁴⁵ Savigny hielt die Zeit wohl mit Recht für politisch nicht reif dafür – das Heilige Römische Reich Deutscher Nation war gerade untergegangen (1806), Napoleon hatte Europa kräftig aufgemischt, und man versuchte, dieses Chaos auf dem Wiener Kongress (1814/15) neu zu ordnen. Da stand das Zivilrecht wohl relativ weit hinten auf der Agenda. Und in Savignys Preußen (er war Professor in Berlin) regierte mit Friedrich Wilhelm III. ein eher schwacher König.⁴⁶

- 33 Dieses Paradigma des Rechts als eines Körpers – oder Systems – mit eigener Vernunft (in Anlehnung an Luhmann: Systemrationalität) ist nun keineswegs selbstverständlich. Man kann sich das Recht auch vorstellen als einen **Haufen** von Regeln, die man, jede für sich, *ad hoc* und spontan aufstellt oder aufhebt, um schnell ein Problem zu lösen oder die Welt zu retten. Man kann dabei die Hoffnung haben, dass sich dann von selbst so etwas wie ein System einstellt – sagen wir: eines, in dem unsere „Werte“ von Demokratie und Rechtsstaat herrschen. Das Problem ist nur, dass diese Werte gern vernachlässigt werden, wenn sie kurzfristigen Zielen der Politik im Wege stehen.

Jüngstes Beispiel: Das sogenannte – es hieß wirklich so – Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz.⁴⁷ Es sollte dazu dienen, den Rechtsschutz gegen bestimmte Infrastrukturplanungen (Schienenwege, Wasserstraßen) zu beschneiden. Als Mittel dazu hatte man vorgesehen, dass über diese Projekte nicht mehr Verwaltungsbehörden entscheiden sollten, sondern der Bundesgesetzgeber höchstselbst – denn gegen Gesetze kann man nicht vor den „Fachgerichten“ klagen, es bleibt nur das Bundesverfassungsgericht. Das Gesetz stieß daher auf erhebliche rechtsstaatliche Bedenken (Gewaltenteilung! Rechtsschutz!), nicht zuletzt auch „aus Brüssel“.⁴⁸ Mittlerweile hat man es klammheimlich aufgehoben.⁴⁹

- 34 Eine solche Hintergrundvorstellung (Paradigma) vom Recht als einem bloßen **Mittel** für politische Zwecke – man kann sagen: ein rein instrumentalistisches Rechtsverständnis – dürfte gegenwärtig weit verbreitet sein – sogar unter Juristen. Konsequenterweise führt dies allerdings dazu, dass man über das Recht nicht mehr rechtlich, sondern nur noch politisch und moralisch streiten kann: Welche Zwecke sind so „legitim“, dass sie auch einschneidende rechtliche „Maßnahmen“ – man denke an das sogenannte Heizungsgesetz – und die damit verbundenen Nachteile oder Vorteile für

45 Beide Texte sind mitsamt den Nachgefechten liebevoll herausgegeben und kommentiert worden von *Hans Hattenhauer*, Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, München 1973 (übrigens mit großer Sympathie für Thibaut). Die beiden Hauptschriften sind mittlerweile auch als Digitalisat im Netz.

46 Standardwerk: *Thomas Stamm-Kuhlmann*, König in Preußens großer Zeit. Friedrich Wilhelm III., der Melancholiker auf dem Thron, Berlin 1992.

47 Offizieller Titel: Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG) vom 22. März 2020 (BGBl. I [Bundesgesetzblatt Teil I], S. 640–643); in Kraft getreten übrigens am 1. April desselben Jahres.

48 *Europäische Kommission*, Übersicht über die wichtigsten Beschlüsse in Vertragsverletzungsverfahren vom 9. Juni 2021: Aufforderung an Deutschland, bei der Genehmigung von Infrastrukturprojekten den Zugang zu den Gerichten sicherzustellen (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_2743 <18.01.2024>).

49 In Artikel 13 des Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. I Nr. 409). Abschiedsworte: *Joachim Lege*, Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz. Epitaph auf eine Realsatire, in: JZ 2025, 149–150.

die Rechtsunterworfenen rechtfertigen? Letztlich nimmt dieses Paradigma dem Recht seinen Eigenwert – man kann auch sagen: seine Würde.⁵⁰

Es wird vermutlich immer schwerer werden, diesem Paradigma etwas entgegenzusetzen.⁵¹ Vielleicht muss man daher, wenn man ernsthaft Juristen ausbilden will, eines Tages wieder zum Römischen Recht zurückkehren – in Südafrika wurde dies offenbar bis vor kurzem so gehandhabt. Immerhin ist es ein löbliches Unterfangen, zumindest das bürgerliche Recht „als Ganzes“ zu präsentieren, und dies zugleich mit seinen „Grundlagen“⁵², so im „Eckpfeiler“-Werk des „Staudinger“ – das ist einer der beiden Großkommentar zum BGB.⁵³

Bedauerlich hingegen: Die „JAPOs“ der Bundesländer (Juristische Ausbildungs- und Prüfungsordnungen) gehen immer mehr dazu über, den Stoff dergestalt zusammenzustreichen, dass die Studenten zu immer weniger Themen immer mehr Detailwissen haben müssen, insbesondere aus der Rechtsprechung und den vielen Meinungsstreitigkeiten, die sich in der akademischen Rechtswissenschaft darum herumranken. Dies bleibt für die meisten Studenten dann trotz der großen Menge an Stoff – Stückwerk.

35

IV. Hintergrundvorstellungen von der Juristischen Methode

Es liegt zum Abschluss auf der Hand: So, wie man verschiedene „Hintergrundvorstellungen“ vom *Recht* haben kann, so offenbar auch von der *Methode* der – ja was? –:

36

- Rechtserkenntnis?
- Rechtsfindung?
- Rechtsgewinnung?
- Rechtserzeugung?
- Rechtsproduktion?
- Rechtsgestaltung?

Insoweit kann man natürlich zuallererst fragen: Macht die Formulierung überhaupt einen praktischen Unterschied? Oder streiten wir nur um Worte?

Ich denke: nein. Die Hintergrundvorstellung macht einen Unterschied im Hinblick darauf, was Juristen guten Gewissens⁵⁴ tun dürfen und was nicht mehr. Natürlich ist dies dann auch eine Frage der jeweiligen Rolle – sei es als Richter, als Anwalt, als Gesetzgeber, als Jurist in Wirtschaft und Verwaltung und so weiter. Nichtsdestoweniger gibt es in Gestalt der **juristischen Methode** eine Art von – nein, nicht nur eine Art von,

37

50 Zur Objektformel des Art. 1 Abs. 1 GG – die Würde des Menschen ist verletzt, wenn jemand als ein bloßes Mittel zum Zweck gebraucht wird – schon § 5 II Rn. 93 mit Fn. 183.

51 Wenigstens in die Fußnote gehört die große Skepsis am Ende von Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 585 f.: „Es kann daher durchaus sein, daß die gegenwärtige Dominanz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird.“

52 ... durchaus auch im Sinn von Savigny in dessen „Recht des Besitzes“, siehe § 19 Rn. 6.

53 Dagmar Kaiser/Markus Stoffels/Andreas Pittrich (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl., Köln 2022.

54 Weiter unten werden wir sagen: ohne Scham, siehe § 33 Rn. 17 f.

sondern *die* gemeinsame **Standesethik**, die darüber entscheidet, was seriös „noch geht“ und was nicht (Tragik nicht ausgeschlossen!).

Eben deshalb muss man sich auch über den Hintergrund, vor dem wir „juristisch denken“, Klarheit verschaffen, nicht zuletzt, um die Juristen gegen Ideologie und Korruption zu wappnen.

Unter Ideologie verstehe ich zu weitgehende Schlüsse aus Begriffen, z.B. aus dem Begriff „Gott“, dass es Gott gibt, oder aus dem Begriff „Wertung“, dass Wertungen der rationalen Kritik entzogen seien und nur von Menschen mit dem „richtigen Blut“ erfasst werden könnten (natürlich denke ich an den Nationalsozialismus). Vielleicht sogar: den Schluss aus dem Begriff „Würde“, dass sie jeglicher Abwägung entzogen sei.

Unter Korruption verstehe ich jede Beeinflussung durch sachfremde Motive⁵⁵ – seien dies nun Geld oder Karriere, Drohung oder Schmeichelei. (In Platons *Politeía* müssen sich die Wächter gerade gegenüber diesen letzten beiden Versuchungen bewähren. Erst dadurch erweisen sie sich als diejenigen Philosophen – frei übersetzt: Freunde der Wahrheit –, die Platon vor Augen hat, wenn er ihnen die Regierung der Polis übertragen will.⁵⁶)

- 38 Aber halten wir den Ball etwas flacher: Es gibt verschiedene Hintergrundvorstellungen („Paradigmen“) von dem, was Juristen tun, wenn sie sich um „richtiges Recht“ bemühen. Je nach Vorstellung hat man dann auch verschiedene Vorstellungen davon, was das Recht und was Juristen „leisten“ können – und was nicht. Die NJML will insoweit, wenn man will, Stolz und Bescheidenheit predigen.⁵⁷

Frei nach dem Motto: *It's only rock'n'roll – but we like it.*

55 Lateinisch *corrumpere* ganz wörtlich: zusammenbrechen; Standardbedeutung sodann: verderben.

56 Berühmte Formulierung: „Solange im Staat nicht entweder die Philosophen an die Macht kommen oder aber die Machthaber seriös und kompetent philosophieren – solange das nicht geschieht, gibt es kein Ende des Schlechten in den Staaten, ja in der ganzen Menschheit“ (Platon, *Politeía*, Buch V, 473c-d, meine Übersetzung; Platons Werke werden nach der sogenannten Stephanus-Ausgabe zitiert, hier Seite 473 Abschnitte c bis d, auf sie wird daher auch in allen sonstigen Ausgaben Bezug genommen, z.B. durch Randziffern). Siehe zu dieser Stelle auch *Lege*, „*Politeía*“ (Fn. 39), S. 116.

57 Und natürlich Ehrlichkeit gegenüber sich selbst. Aber das unterstellt sie auch den anderen Methodenlehren – nur dass diese sich in Manchem irren.

§ 21 „Gewinnung der Regel“: Das Verhältnis der Ebenen zueinander

Wir erinnern uns: Das Thema von Kapitel 3 (§§ 14–20) dieser Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) lautet „Die Gewinnung der Regel“. Man wird sagen können: Es ist derjenige Teil der NJML, der vom Stoff her am meisten mit den herkömmlichen Methodenlehren übereinstimmt (Auslegung, Analogie und so weiter).

Nichtsdestoweniger besteht ein feiner Unterschied darin, dass es nicht heißt: Gewinnung „von“ Regeln. Sondern: Gewinnung „der“ Regel – gemeint also die jeweilige (Rechts-) *Regel*, aus der in einem konkreten *Fall* im Wege des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) ein konkretes *Ergebnis* (also eine bestimmte Rechtsfolge) folgt. Wir werden denn auch nach diesem Kapitel 3 auf weniger gängigem Terrain weitermachen mit der „Aufbereitung des Falls“ (Kapitel 4) und der „Manipulation des Ergebnisses“ (Kapitel 5). Denn erst „Regel – Fall – Ergebnis“ ist das Ganze der juristischen Erkenntnis.

Im Rückblick wird man zudem sagen können: Die Gewinnung juristischer Regeln stellt sich sehr unterschiedlich dar je nachdem, ob es bereits ein einigermaßen verlässliches Reservoir an Regeln gibt oder ob das „Geflecht“¹ rechtlicher Regeln weniger eng, vielleicht gar in sich widersprüchlich ist. Je nachdem gestaltet sich die Gewinnung der Regel mal mehr, mal weniger aufwendig, wobei wir als Ebenen idealtypisch unterschieden haben:

- Regeln (Rechtssätze) finden (§ 14)
- Regeln (Rechtssätze) interpretieren (§ 15)
 - Regeln interpretieren I: Bildung der Begriffe (§ 15a)
 - Regeln interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes (§ 15b)
 - Regeln interpretieren III: Irrlehren (§ 15c)
 - Regeln interpretieren IV: Die guten alten „Canones“ (§ 15d)
- Regeln (Rechtssätze) modifizieren, insbesondere erweitern oder einschränken (§ 16)
- Regeln (Rechtssätze) erfinden (§ 17)
- Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen (§ 18)
- Regeln (Rechtssätze) systematisieren (§ 19)
- Paradigmenkonflikte (§ 20)

Nichtsdestoweniger hängen all diese Ebenen miteinander zusammen und gehen ineinander über. Am deutlichsten wird dies vielleicht gerade auf der „abgehobensten“, obersten Ebene der Paradigmenkonflikte: Wie man das Wort „Enteignung“, das man im autoritativen Text (§ 14 Rn. 22) des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG (Grundgesetz) gefunden hat, als Begriff zu interpretieren hat (§ 15a) – das hängt letztlich davon ab, welches

¹ Die Metapher entlehne ich von *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. Baden-Baden 2020, Rn. 175 ff. (Rechtsgeflechte). Ich selbst habe den Begriff „Geflecht“ einmal in anderem Sinn gebraucht, er entspricht in etwa dem, was ich heute SINNZUSAMMENHÄNGE nenne (§ 5 I Rn. 40–59), siehe *Joachim Lege*, Rechtsbegriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: Greif/Recht (Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft) 2006, 1–16 (10–12); dort unterscheide ich das Geflecht der Sprache, das Geflecht der Dinge und das Geflecht der Logik. Und „Richtigkeit“ würde ich heute nur noch Aussagen zutrauen, nicht schon Begriffen.

„Paradigma“, welche „Großtheorie“, welche Hintergrundvorstellung vom Eigentum (im Sinn des Art. 14 GG) man für rechtlich richtig² hält. An einem Wort hängt dann, sozusagen, eine ganze Welt.

Mehrere Ebenen tiefer hängen auch immer zwei weitere Welten daran: die des Klägers und die des Beklagten. Mehr dazu in § 22.

Und natürlich hängt alles auch immer am Ergebnis. Bei der Analogie ist die Frage nicht, ob es im Reich der Rechtsregeln eine Lücke gibt. Sondern: Gibt es eine Regel, die dem Fall im Ergebnis besser gerecht wird als die Regel, unter die er auf den ersten Blick fällt (§ 16 Rn. 41).

Für einen kurzen Rückblick und kleinen Ausblick mag dies genügen.

² Mehr dazu, was man unter rechtlicher Richtigkeit verstehen kann und sollte: § 30. Und man muss sie auch, das ist dann ziemlich subtil, von der juristischen Richtigkeit unterscheiden.

§ 21a Intermezzo: Alte und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)

Wir haben, mit nur wenig Übertreibung, auf unserem Weg an dieser Stelle gut 90 Prozent dessen passiert, was Gegenstand der herkömmlichen Juristischen Methodenlehren ist: Wie finde (und erfinde) ich Rechtssätze, und wie gehe ich mit ihnen um, wie „wende ich sie an“? Was bleibt für die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) also noch übrig? Ich nähere mich der Antwort auf einem Umweg (I) und mit einer These:

Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut, was man weiß, sondern auch weiß, was man tut.

I. Platon und das Neue an der NJML

Platon beschreibt in seiner „Politeia“¹ – der Titel des Werks wird meist falsch mit „Der Staat“ übersetzt² – den Bildungsgang, den die „Wächter“ seines Idealstaates durchlaufen sollen.

Aus den vielen Wächtern – und Wächterinnen³ – gehen dann die wenigen Philosophen oder Philosophinnen hervor, die im Staat regieren sollen.⁴ Dies aber erst, nachdem sie sich in der Praxis zwanzig Jahre lang als nicht korrumpierbar erwiesen haben!

In diesem Bildungsgang gibt es zunächst eine Elementarstufe, in der man, salopp gesagt, lesen, schreiben, rechnen lernt – und auch: „Musik“ (*mousikê*), genauer: trommeln und singen. (Allerdings nur in ausgewählten Tonarten und Rhythmen: Zu viel Moll macht die Wächter zu sentimental.) Dies geschieht in der Kindheit und frühen Jugend. (In der Pubertät gibt es nur Sport – da haben die jungen Leute nichts Geistiges im Kopf.)

Nach der Pubertät (die man damals noch nicht so nannte) beginnt dann die „höhere Bildung“, aufgeteilt in sechs Fächer: zunächst Arithmetik, Geometrie und „Stereometrie“ (das ist die dreidimensionale Geometrie); sodann: Musik (nochmal??), Astronomie (!) und „Dialektik“ (?). Nun, gemeint ist: Astronomie, weil sie vom Schönsten handelt, das wir mit den Augen wahrnehmen können – vom „gestirnten Himmel über mir“, wie Kant einmal gesagt hat. Musik – weil sie vom Schönsten handelt, das wir mit den Ohren wahrnehmen können. (Ich komme gleich darauf zurück.) Und

1 Platon, *Politeia* (vor 347 v.Chr.); es ist das wohl wichtigste Werk der europäischen Philosophie. Ausgaben gibt es in Fülle; man zitiert deshalb nach einer sogenannten Stephanus-Ausgabe, die in den meisten sonstigen Ausgaben in eckigen Klammern eingefügt wird nach Seite und Zeilenabschnitt, z.B. [327a]. – Neueste zweisprachige Ausgabe, herausgegeben und übersetzt von Gernot Krapinger: Stuttgart 2023. – Meine Nacherzählung und Interpretation: Joachim Lege, „*Politeia*“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

2 „Der Staat“ hieße auf Griechisch *pólis* (daher die Politik). Demgegenüber ist *politeía* die Staatsverfassung, genauer: die gute Staatsverfassung (Gegensatz: *stasioteía*).

3 Platon ist dezidiert der Meinung, dass Männer und Frauen in allem gleich sind und Gleiches können – außer dass nur Frauen gebären und nur Männer zeugen können. Und dass die Männer im Durchschnitt in allem etwas besser sind. Nun ja.

4 Das ist die wohl berühmteste Stelle: Buch V 473 c-d.

„Dialektik“? Wörtlich übersetzt ist dies die Lehre davon, „wie man einen Dialog führt“, und zwar so, dass man am Ende gewinnt. In heutige Begriffe übersetzt also: Logik und Argumentationstheorie. Oder wenn man so will: Juristische Methodenlehre.

- 4 Warum dann aber zuvor „Musik“ und Astronomie? Und was ist hier eigentlich mit Musik gemeint? Singen und Trommeln können wir doch schon!

Die Antwort ist einfach: „Musik“ und Astronomie wegen der Schönheit und wegen der Mathematik. Die Mathematik ist das, was sozusagen „rational“ hinter den Dingen steht, vielleicht auch: in ihnen drin.⁵ Demgemäß ist Astronomie die Mathematik hinter den Bewegungen der Sterne, Musik im Sinn der höheren Bildung ist die Mathematik hinter den Tönen und Rhythmen – übersetzt in heutige Begriffe: Es ist *Musiktheorie*, insbesondere Harmonielehre. Dialektik schließlich ist die Mathematik hinter dem Argumentieren – aber ist das wirklich immer „schön“? Kann man nicht auch „hässlich“ argumentieren, heute würde man vielleicht sagen: populistisch?

- 5 Eben dies ist der Grund, weshalb man *vor* der Dialektik Astronomie und „Musik“ studieren muss – um einen Sinn für das Schöne zu entwickeln. Dazu gehört dann aber auch die Abgrenzung vom weniger Schönen – bei der Astronomie ist dies die Astrologie (also Berechnung des „Schicksals“ aus den Konstellationen der Sterne⁶). Und bei der Musik? Da sind es offenbar die verbotenen Tonarten und Rhythmen! Man muss sie kennen, um sie dann vermeiden und ihren Missbrauch verhindern zu können.

Anders gewendet: Die höhere Wissenschaft muss sich gerade auch damit beschäftigen, wie man sie missbrauchen kann.

Und so muss man auch in der „Dialektik“ (Methodenlehre) zum einen die Mathematik hinter den Argumenten studieren, also ihre Logik. Zum anderen muss man einen Sinn dafür entwickeln, wann Argumentationen „gelingen“ und wann sie „misslingen“ sind. Das aber ist letztlich eine Frage der *Wahrnehmung* (wie von Sounds und Beats und Sternenhimmeln), anders gewendet: von *Ästhetik* (Ästhetik ist, wie schon erwähnt, ursprünglich die Lehre von der Wahrnehmung, griechisch *aísthēsis*).

* * *

- 6 Die herkömmlichen Juristischen Methodenlehren sind, wenn man so will, eher eine Art Songbook für die Unterstufe: Sie enthalten das Repertoire, dass man als Jurist methodisch draufhaben muss – deshalb sollten sie auch gar nicht so umfangreich sein. Sofern sie darüber hinausgehen, ist dies häufig eher ein Gewimmel⁷ von Dogmatik im Gewand von Methodenlehre. Oder es ist eine Art Beschwörung von scheinbar objektiven „Werten“ oder gar des Korpsgeistes der Juristen.
- 7 Die Neue Juristische Methodenlehre will und kann an diesem methodologischen Basis-Songbook wenig ändern (im Jazz würde man sagen: am Realbook, das die „Standards“ enthält). Wohl aber kann sie bei einigen Songs (zum Beispiel beim etwas schrägen Evergreen „Obersatz, Definition, Subsumtion, Ergebnis“) die *Mathematik*, die hinter

5 Vgl. unten § 31 Rn. 66 zum Regelbegriff (*regula vel mensura*) bei Thomas von Aquin!

6 „Konstellation der Sterne“ ist eigentlich ein Pleonasmus wie „weißer Schimmel“: Lateinisch *stella* ist der Stern, eine Kon-stella-tion ist also eine „Zusammensternung“.

7 Thomas M. J. Möllers preist seine „Juristische Methodenlehre“ damit an, dass der Jurist in ihr „weit mehr als hundert Argumentationsfiguren“ findet (4. Aufl. München 2021, S. VIII), in der 5. Auflage (2023, S. VIII) sind es dann schon weit mehr als hundertfünfzig.

ihnen steht, genauer erklären. Das haben wir im Lichte von „Logik, Logik, Logik“ schon getan. Vor allem aber wird die NJML dort weitermachen, wo die herkömmlichen Methodenlehren meist enden: bei der Frage nach der „Gelungenheit“ – als Kriterium von „Richtigkeit“ – rechtlicher Entscheidungen. Und nach deren „Misslungenheit“. Dazu später mehr (§§ 33 und 34).

Als Jurist muss man eben auch die Tricks und Schweinereien kennen. Als anständiger Jurist sollte man sie weitgehend vermeiden und nur anwenden, wenn ein guter Zweck auf andere Weise nicht zu verwirklichen ist. Im Nationalsozialismus haben manche Richter lange Gefängnisstrafen verhängt, um die Angeklagten vor der Gestapo in Sicherheit zu bringen.⁸ Es gibt manchmal Situationen, in denen man nicht „richtig“ handeln kann.

Die alten Griechen haben deshalb nicht nur die Rhetorik und die Logik erfunden, sondern auch die Tragödie (Antigone, Ödipus, etc.).

8

II. Die herkömmlichen Juristischen Methodenlehren

1. Ein Curriculum

Ich denke, man kann das herkömmlich-deutsche Grundwissen, das man zur Juristischen Methode (es gibt nur eine) haben sollte, wie folgt in einem Großen Kanon zusammenfassen:

9

- A. Elementarlehre
 - I. Der Justizsyllogismus
 - II. Die Subsumtion
 - III. Die Auslegung
 - 1. Das Ziel der Auslegung
 - 2. Die vier Kanones (nach [!] Savigny)
 - a) Wortlaut (grammatische, auch logische Interpretation)
 - b) Entstehungsgeschichte (historische Interpretation)
 - c) Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematische Interpretation)
 - d) Sinn und Zweck der „Norm“ (teleologische Interpretation)
 - 3. Die sog. „subjektive“ und „objektive“ Auslegung
 - IV. Die sogenannte Rechtsfortbildung⁹
 - 1. Analogie und Umkehrschluss
 - 2. Die Argumente a fortiori (Erst-recht-Schlüsse)

⁸ Elisabeth Selbert, eine der Mütter des Grundgesetzes, hatte als Anwältin in diesem Sinn konspirativ mit der Justiz zusammengewirkt, siehe *Anje Dertinger*, Elisabeth Selbert: ein selbstbestimmtes Frauenleben, in: Hans Eichel/Barbara Stollerfoht (Hrsg.) Elisabeth Selbert und die Gleichstellung der Frauen. Eine unvollendete Geschichte, Kassel 2015, S. 15–17.

⁹ Sie beginnt dort, wo die Auslegung endet, und die Auslegung endet nach herrschender Meinung (h.M.), wo der „mögliche Wortsinn“ endet (kritisch *Otto Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, Heidelberg 1988, S. 10 f., 59). Das ist nicht sehr trennscharf, denn Wörter können „alles mögliche“ bedeuten, wenn man die Macht hat (man denke an das „Ministerium für Liebe“ in George Orwells Roman „1984“). Besser daher: der *herkömmliche* Wortsinn. – Siehe auch § 13 Rn. 4 und § 16 Rn. 2.

- 3. Teleologische Reduktion (Restriktion)
- 4. Die *contra-legem*-Interpretation
- B. Besonderheiten
 - Abwägung und Verhältnismäßigkeit
 - „Konkretisierung“
 - Verfassungsinterpretation
 - Sonstige rechtsgebietstypische Fragen (z.B. Europarecht)
 - Sonstige Spezialfragen (z.B. Vertragsauslegung)
- C. Reflexion (zur Not entbehrlich)
 - Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung
 - Das Problem der „Wertung“
 - Die „Schulen“ der Methodenlehre

Zu alledem sollte man „ein wenig was wissen“.

2. Das Problem: Wissen und Können

- 10 Die wohl herrschende Meinung dürfte sodann freilich sein:
Mehr muss man als Jurist nicht *wissen*, der Rest ist *Können*.
- 11 Wie aber erwirbt man dieses Können? Wie kommt man vom Wissen (*knowing that*) zum Können (*know how*)? Die Antwort der deutschen Jurisprudenz lautet gemeinhin; durch Drill. Genauer: durch einen Klausurendrill, der, wenn ich mich nicht täusche, mittlerweile zu 80 Prozent den Fokus der Aufmerksamkeit von Jurastudenten bestimmt.

Sie haben ja auch recht damit, weil – für Nicht-Juristen kaum vermittelbar – gerade einmal sechs (!) fünfstündige Klausuren den Stoff von fünf Jahren schwerster Büffelei abprüfen. Und in diesen Klausuren geht es häufig mehr um „Formalkram“ und um ein Abspulen von spitzfindigen Meinungsstreitigkeiten, die man auswendig wissen muss, obwohl sie in der Praxis keine Rolle spielen – als um ernsthafte, vielleicht gar selbstständig zu entwickelnde Argumente.

Dieser Drill ist natürlich prägend. Er ist – für die meisten – ein Einüben ins Mitmachen und „Nachmachen“. Als wenn man im Ski-Unterricht gesagt bekommt: „Fahrscht hinterher!“ – schau es Dir ab.

III. Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML)

- 12 Demgegenüber ist die NJML, wie als These schon formuliert, der Überzeugung:
Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut, was man weiß, sondern auch weiß, was man tut.¹⁰

10 Langfassung nach Diskussion mit meinen Mitarbeitern: Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut/anwendet, was man weiß (und es deshalb so leidlich kann), sondern wenn man auch weiß/durchblickt, was man tut (und es dadurch besser genießt).

Siehe auch schon *Friedrich Carl von Savigny*, Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 11: „Jeder hat eine Methode, aber

Deshalb sind ihre Themen denn auch, wie in diesem Buch teils schon behandelt, teils noch ausstehend, die folgenden: 13

- I. Antike Gerichtsrhetorik
- II. Logik, Logik, Logik
 - 1. Begriff, Urteil, Schluss
 - 2. Der VJS – Vollständiger Juristischer Syllogismus
 - 3. Subsumtion
 - 4. Deduktion, Induktion, Abduktion
 - 5. Logik und Wertung
- III. Der VJS: Regel – Fall – Resultat
 - 1. Gewinnung der Regel
 - 2. Aufbereitung des Falls
 - 3. Manipulation des Ergebnisses
- IV. Juristische Ästhetik
 - 1. Rechtliche und juristische Richtigkeit
 - 2. Juristische Ästhetik: Vertretbarkeit und Gelungenheit
 - 3. Kriterien der Gelungenheit
- V. Resümee: Vernünftigkeit

Kurz: Die NJML will das gängige Grundrepertoire der Juristischen Methode in neue Rahmen (*frames*) stellen und ihm eine neue Grundlage geben. Pointiert: nicht Reines Recht, erst recht nicht Semantik oder gar Ethik, stattdessen Logik und Ästhetik. 14

1. Uralte Methode des Rechts: die Antike Gerichtsrhetorik

Die erste Rahmenerweiterung – der historische Rückgang auf die Antike Gerichtsrhetorik – soll uns ein wenig demütiger machen. Er zeigt, dass die wichtigsten „Argumentationsfiguren“ bereits damals entwickelt wurden: so etwa der fünfgliedrige rhetorische Syllogismus als Vorläufer des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, dazu § 8) oder die „Kanones“ der Gesetzesinterpretation in den *status legales*. Zudem sind einige der Schulfälle von damals auch heute noch didaktisch wertvoll („der Fremde auf der Stadtmauer“, „das Standbild der Tyrannenmörderin“). 15

Nebenbei: Sicherlich würde man auch in anderen antiken Rechtskulturen, etwa der jüdischen, schon Entsprechendes finden.

2. Logik, Logik, Logik

Mit der zweiten Erweiterung des Rahmens soll die Geringschätzung der Logik, wie sie in der deutschen Juristischen Methodenlehre herrscht, bekämpft werden. Wir haben deshalb ausführlich gezeigt, dass *alles* Denken und Argumentieren logisch vor sich geht. Dies gilt auch für jedes „wertende“ Denken und jedes „kreative“ Denken. In Kürze: 16

bei wenigen kommt sie zum Bewusstsein und System.“ Und noch eins drauf: Savignys sogenannte „Methodenlehre“ von 1802/03 ist gar keine Methodenlehre für die Praxis, sondern trug als Vorlesung den Titel: „Anleitung zu einem eigenen *Studium* der Jurisprudenz“ (Hervorhebung J.L.).

- 17 (1) „Wertungen“ sind, wie Sinneseindrücke, zunächst einmal nichts anderes als erste Prädikate, z.B. „- ist verwerflich“ oder „- ist rot“. Diese ersten Prädikate werden dann in einem Kontinuum von Schlussfolgerungen, dem wir gar nicht entgehen können ...
- es läuft als Programm im Hintergrund, ohne dass wir es völlig abschalten könnten; wir können es aber ins Bewusstsein hochladen
- ... immer weiter durchgeknetet, bis wir am Ende davon überzeugt sind, dass etwas – zum Beispiel – *wirklich* rot oder verwerflich ist.
- 18 (2) Das erwähnte Kontinuum des Schlussfolgerns funktioniert in einem Zusammenspiel dreier Arten von Schlüssen: Deduktionen, Induktionen und Abduktionen.
- Deshalb: Logik, Logik, Logik.
- Hervorzuheben sind dabei die Abduktionen, denn dies sind die „kreativen“ Schlüsse. Hätten wir sie nicht, könnten wir immer nur dieselben Dinge per Induktion verallgemeinern (vermutende Schlüsse) und dann wieder per Deduktion einordnen (zwingende Schlüsse).
- 19 Diese allgemeine „*working logic*“ hat sich auch als juristische „*working logic*“ bewährt. Sie erklärt insbesondere das Mysterium der Subsumtion (§ 9), aber auch, wie Interpretation (§ 10) sowie Regel- und Systembildung (§ 11) logisch funktionieren – ohne Rückgriff auf prinzipiell Irrationales (wie „Werte“).

3. Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS): Regel – Fall – Ergebnis

- 20 Vor diesem Hintergrund spielt sich das *gesamte* juristische Argumentieren – und *jedes* juristische Argumentieren – und auch noch der kleinste Schritt im juristischen Argumentieren – immer in dem **Großen Rahmen** des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) ab: Regel (und ihre Rechtfertigung) – Fall (und seine Würdigung) – Resultat/Ergebnis (und seine Billigung oder Missbilligung). Anders gewendet: Nichts geschieht ohne Blick auf das Ergebnis. Aber es gibt auch kein Ergebnis ohne Blick auf das, woraus es sich ergibt.

Wer will schon unverdient einen Orden erhalten?

a) Einzelheiten zur Bildung der Regel

- 21 Schwerpunkt der herkömmlichen Juristischen Methodenlehren ist die Regelbildung („Auslegung und Fortbildung des Rechts“). Wir haben diesem Thema die gebührende Aufmerksamkeit gewidmet, es aber im Licht der Logik neu geordnet, manches neu erklärt und manches auch verworfen (§§ 15–20).

So haben wir bei der Begriffsbildung dafür plädiert, dass für Juristen die Unterscheidung von Extension (Begriffsumfang) und Intension (Begriffsinhalt) zur methodologischen Allgemeinbildung gehören sollte. Dann kann man auf Nebelkerzen wie „Konkretisierung“ gut verzichten. Auch Analogie und Abwägung haben wir anders als üblich beleuchtet.

b) Einzelheiten zur Konstruktion des Falls

Über die herkömmlichen Methodenlehren hinaus wird die NJML den Rahmen nun insoweit erweitern, als sie zwei Methoden thematisiert, über die man sonst – aus welchen Gründen auch immer – nicht spricht. Dies ist zum einen die Methode, mit der ein Zivilrichter seine Fälle ganz praktisch zubereitet: Was will der Kläger, und was sagt er dazu? Was will der Beklagte, und was sagt er dazu? Ist das jeweils schlüssig und erheblich? Und wer muss, wenn beide Parteien Unterschiedliches behaupten, was beweisen? Das Ganze nennt sich Relationstechnik, und es sollte in einer Juristischen Methodenlehre nicht fehlen (mehr dazu § 22).

22

In einer NJML, die auch Nicht-Juristen einen Blick in unser Geschäft bieten will, muss zudem erörtert werden, was den Juristen ab dem ersten Semester eingepaukt wird: juristische „Schemata“. Sie sind die geradezu zentrale Methode, mit der Juristen das, was Rechtsuchende rechtlich wollen, rechtlich „durchprüfen“. Vielleicht werden sie von den herkömmlichen Methodenlehren gerade wegen dieser Allgegenwart übersehen. (Und vielleicht wird das, was wir in § 23 zu sagen haben, auch bei Juristen den einen oder anderen Aha-Effekt auslösen.)

c) Einzelheiten zur Manipulation des Ergebnisses

Besonders neu an der NJML dürfte schließlich die Auseinandersetzung mit Fällen sein, in denen ein Gericht ganz offensichtlich vom Ergebnis her den Fall oder die Regel („das Gesetz“) so verändert hat, dass etwas Passendes herauskommt (§§ 26–29). Manchmal geschieht dies ganz offen, manchmal verdeckt. Manchmal „geht“ es methodisch gerade noch durch, manchmal „geht es nicht mehr“.

23

Bereits hier: Man denke an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im NPd-Verbotsverfahren.

4. Rechtliche Richtigkeit und Juristische Ästhetik („Gelungenheit“)

Dies leitet über zur Frage, *was denn* methodisch „noch geht“ und was „nicht mehr geht“. Insoweit stellt die NJML die Jurisprudenz auf eine neue Grundlage, nämlich Ästhetik – Ästhetik nicht im Sinn der Lehre vom Schönen, sondern vom Gelungenen (§ 31 Rn. 40, 86–102).

24

Dabei wird zuvor die Idee rechtlicher „Richtigkeit“ gegen falsche Ironie und falsches Pathos verteidigt (§ 30). Sodann werden wir aber auch sehr konkret Kriterien für „juristische Gelungenheit“ entwickeln – und neben juristisch Gelungenem auch Misslungenes vorstellen. Ganz zentral wird dabei die Kategorie „Vertretbarkeit“ sein (§§ 33 und 34).

Das Ganze werden wir dann im Licht der neuen Kognitionswissenschaften nochmals in einen anderen Rahmen stellen (§§ 35 und 36).

IV. Resümee: Schau hin! Schau genau hin!

All dies also ist das Neue an der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) – fragt sich nur: Was will sie damit?

25

Sie will, dass wir als Juristen das, was wir tun, ein bisschen besser durchschauen. Und dass wir deshalb öfter einmal genauer (und vielleicht auch ehrlicher) *hinschauen*, als wir es in der alltäglichen Routine gewöhnlich tun.

Charles Sanders Peirce (1839–1914) hat einmal gesagt: „*But most of us seem to find it difficult to recognize the greatness and wonder of things familiar to us.*”¹¹

Vielleicht wird dadurch das, was wir tun, ein wenig schöner.

11 Charles Sanders Peirce, Lectures on Pragmatism (1903), in: CP 5.65 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 65); in der kanonischen deutschen Ausgabe – Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 358 – ausgelassen.

Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls

In Kapitel 3 ging es um die „Arbeit an der Regel“, also an der ersten Prämisse des Vollständigen Juristischen Syllogismus („Obersatz“). Dort haben wir uns primär mit dem SINNZUSAMMENHANG des Rechts beschäftigt – oder wenn man so will: mit der Semantik der *Rechtssprache*. 1

„Semantik“ ist, um dies nachzutragen, einer der drei Bereiche in der herrschenden Semiotik (= Wissenschaft der Zeichen). Dort werden unterschieden: *Semantik* (Lehre von den Bedeutungen, von altgriechisch *semaínein* = bezeichnen), *Syntaktik* (Lehre von den Zeichenkombinationen, z.B. in einer Grammatik, von altgriechisch *syntáttein* = zusammenordnen, in Schlachtordnung stellen, ein Buch verfassen), *Pragmatik* (Lehre vom Zeichengebrauch, von altgriechisch *tó prágma* = Handlung; aber auch: Sache, Tatsache, Ding). – Die Einteilung stammt von Charles W. Morris (1901–1979).

Mit der „Aufbereitung des Falls“, die der Gegenstand dieses Kapitels 4 ist, kommen wir nun zur zweiten Prämisse des Juristischen Syllogismus („Untersatz“). Hier geht es um die Techniken, mit denen die Wirklichkeit des Rechts („Rechtswelt“) auf die Wirklichkeit der „Lebenswelt“ trifft – auf *ihre* vielfältigen SINNZUSAMMENHÄNGE. Es geht gleichsam um die *Übersetzung* von Bedeutungen aus der Umwelt des Rechts in Bedeutungen der Rechtswelt (oder wie Luhmann sagen würde: in den Code und in die Programme des Funktionssystems „Recht“). 2

Diese „Übersetzungsleistung“ der juristischen Methode ist, völlig zu Recht, ein Leitmotiv in der Methodenlehre von Franz Reimer.¹

Konkret funktioniert dies alles nun sehr viel weniger abgehoben, als es bis hierhin geklungen haben mag. Und insbesondere ist hier nicht der Ort – um ein Leitmotiv der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) aufzunehmen –, an dem eine besondere „Werterkenntnis“ in die juristische Arbeit einflösse oder gar einzufließen hätte. 3

Dass Juristen letztlich immer auch Stellung beziehen müssen, ist etwas ganz anderes und eigentlich ziemlich banal.

Wir werden im Folgenden zunächst die praktische Arbeitsmethode betrachten, mit der Zivilrichter ihre Akten entscheidungsreif machen (§ 22). Es folgt ein Blick auf die „Schemata“, nach denen die *Rechtsfragen* des Falls abgearbeitet werden – sie spielen schon im Studium eine große Rolle und sollten weder über- noch unterschätzt werden (§ 23). Anschließend geht es um die Auseinandersetzung mit der *Tatfrage*, also damit, dass und wie Juristen sich immer wieder neu in unbekannte SINNZUSAMMENHÄNGE 4

1 Franz Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, insb. Rn. 284, 697–699, auch 92 f.

hineindenken müssen, ohne ihren je eigenen Horizont verleugnen zu können² – man kann dies auch „Sachverhaltshermeneutik“³ nennen (§§ 24 bis 24b).

„Hermeneutik“ ist die philosophische Lehre vom Verstehen, man kann auch sagen: von der Auslegung. Sie hatte in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in der deutschen Rechtstheorie und Methodenlehre eine gewisse Konjunktur.⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat die Hermeneutik im grundlegenden Soraya-Beschluss⁵ (zu ihm § 27 I) kurz erwähnt.

Nur kurz angedeutet werden schließlich diverse Faktoren im sozusagen inneren (psychologischen) und äußeren (soziologischen) Prozess der rechtlichen Überzeugungsbildung (§ 24b) – und dies nicht beschränkt auf die Perspektive „des Richters“.

2 Eine Assoziation am Rande: Auf der sog. „Staatsrechtslehrertagung“ 2021 hat der Schweizer Kollege *Markus Müller* einen hochumstrittenen Vortrag gehalten, in dem er dafür plädierte, der deutsche (und schweizerische, versteht sich) Staat solle sich entspannt zu seiner christlich-jüdischen *Prägung* (nicht etwa *Identität*!) bekennen. „Neutralität“, so das ihm vorgegebene Thema, sei illusorisch (zu den *biases* der Wahrnehmung s.u. § 35). Dies rief geradezu Entrüstung hervor, weil man eben dies – Identität und Prägung – verwechselt hatte. Der Vortrag ist publiziert in den „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“ (VVDStRL 81 [2022], 251–295), die Diskussion ebendort S. 355–382, meine Beiträge S. 373 f., 376 f., das Schlusswort von *Markus Müller* S. 379–382; Tagungsbericht: *Joachim Lege*, Wirtschaft, Parlament, Religion, Respekt: Der Staat und die unsichtbaren Mächte, in: *Rechtswissenschaft (RW)* 2022, 432–438. – „Staatsrechtslehrer“ sind, grob gesagt, die im Öffentlichen Recht habilitierten Juristinnen und Juristen.

3 *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), *Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, Bd. 4, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1988, Sp. 758: „Sachverhalts- oder Fallhermeneutik.“ Wiederabdruck in: *Alexander Hollerbach*, *Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

4 *Klassiker: Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970.

5 BVerfGE 64, 269 (291) – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [genaue Fundstelle]).

§ 22 Die Relationsmethode („Relationstechnik“)

Die Basisarbeit, mit der ein Richter oder zuvor ein Anwalt einen Fall in der Praxis aufbereitet (um ihn am Ende zu entscheiden bzw. ihn wirksam zu vertreten), bezeichnet man als „Relationstechnik“, neuerdings auch als „Relationsmethode“¹. Es ist mir unerfindlich, warum sie in den üblichen Lehrbüchern zur Juristischen Methodenlehre – ich will dies die *akademischen* Methodenlehren nennen – nicht einmal erwähnt wird. Selbst in den Lehrbüchern zum Zivilprozessrecht, wohin sie dogmatisch am besten passt, wird sie meist verschwiegen.²

Niklas Luhmann hat die Relationstechnik daher ironisch als „berufsinternes, halbspektes, nicht zitierfähiges Wissen“ gekennzeichnet.³

Umso mehr soll hier betont werden: Gerade in dieser *pragmatischen* Methode der richterlichen Entscheidungsfindung *zeigt sich* so etwas wie Rechtsvernunft, verkörpert in den Fragen: Wie holt man die „Welt da draußen“ systematisch in das Recht hinein? Und zwar dergestalt, dass zunächst die Beteiligten in ihrer jeweiligen Sicht der Dinge wahrgenommen („gehört“) werden? Dass es dann aber auch Kriterien dafür gibt, was hiervon *rechtlich relevant* ist?

Die Relationstechnik scheint eine Zeitlang in der Referendarsausbildung nicht mehr den Stellenwert gehabt zu haben, den sie früher hatte.⁴ Zudem betrachtete man sie offenbar nur noch unter dem eher lästigen Gesichtspunkt der *Examensrelevanz*, nicht mehr als ein vernünftiges Werkzeug der *Rechtsverwirklichung*. So hat etwa der Klassiker „*Sattelmacher/Sirp*“ (34. Aufl. 2008), dessen Wurzeln bis ins Kaiserreich zurückreichen (*Hermann Daubenspeck*, 1884), seinen Titel kürzlich geändert. Hieß es bis dato „Bericht, Gutachten, Urteil – eine Einführung in die Rechtspraxis“, heißt es nun unter den Nachfolgern *Winfried Schuschke/Martin Kessen/Björn Höltje*: „Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen“ (36. Aufl., München 2013). Darin liegt eine bedrohliche Tendenz, nämlich: Man verortet die juristische Ausbildung eher im Erziehungssystem⁵ als im Rechtssystem, betrachtet mithin werdende Juristen mehr als möglichst brave Zöglinge einer ziemlich abgeschotteten Zunft denn als Kommilitonen (wörtlich *Mitstreiter*) beim Fortdenken des Rechts.⁶

1 *Monika Anders*, in: Anders/Gehle (zuvor Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle), Zivilprozessordnung, 82. Aufl., München 2024, § 139 Rn. 3 und 23–28, vor § 253 Abschnitt VI, insb. Rn. 50–52 und 55–58, vor § 284 Rn. 5; siehe auch, bearbeitet von *Ulrich Becker*, Einleitung Rn. 9.

2 Kurze Erwähnung: *Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 117 Rn. 1.

3 *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Neuwied etc. 1969, S. 66 Fn. 15.

4 *Anders*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), vor § 284 Rn. 5 und vor § 253 Rn. 52.

5 Auch dies ist eines von Luhmanns sog. „Funktionssystemen“, siehe *Niklas Luhmann*, Das Erziehungssystem der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2002 (posthum). Mit der Frage, nach welchem Code es funktioniert, tut sich Luhmann allerdings schwer (vgl. S. 59 f. mit S. 72 f.) – ich würde vorschlagen: „bestanden/nicht bestanden“.

6 Eine kleine Eitelkeit: Ich habe im Jahr 2020 den Universitätslehrpreis in der Kategorie „Motivierung der Studierenden zur Eigenständigkeit“ erhalten.

Auf der anderen Seite könnte sich jüngst im Zuge der Digitalisierung eine gewisse „Renaissance“ der Relationsmethode⁷ angekündigt haben. Genauer dazu unten Rn. 32–36.

I. Die fünf „Stationen“

- 4 Die Relationstechnik hat ihren Ort im sogenannten Zivilprozess, also einem Gerichtsverfahren, in dem sich zwei gleichberechtigte **Parteien** gegenüberstehen: **Kläger** und **Beklagter**. Das Gericht ist dann im wahrsten Sinn des Wortes der „unparteiische“ Dritte, den man anruft, damit er den Streit entscheidet.

Im Strafprozess ist es anders: Dort gibt es zwar in Gestalt der Staatsanwaltschaft auch einen „Zweiten“ (der Erste ist der Angeklagte). Das Gericht ist aber doch eher selbst Partei, indem es z.B. nicht darauf beschränkt ist, was die Staatsanwaltschaft beantragt hat, es kann vielmehr auch eine höhere oder niedrigere Strafe verhängen. Und es darf, ja muss, ebenso wie auch die Gerichte im Verwaltungsprozess, den Sachverhalt selbst aufklären (sog. Amtsermittlungsgrundsatz). Das Gericht ist also nicht, wie im Zivilprozess, auf das beschränkt, was die Parteien ihm vortragen (sog. Beibringungsgrundsatz, der allerdings durch eine weitreichende richterliche Hinweispflicht abgemildert ist, § 139 ZPO – Zivilprozessordnung –).

- 5 Beginnen wir zur Anschauung gleich mit einem **Fall**. Allerdings werden wir ihn – Vorsicht! – zunächst nicht nach der aktuellen Rechtslage beurteilen, sondern nach einer **früheren Rechtslage** – ganz einfach, weil der Sachverhalt sonst etwas gewaltsam „umgestrickt“ werden müsste.⁸ Zudem wird sich am Ende als Nebeneffekt zeigen (unter 4), *warum* man diese alte Rechtslage – vernünftigerweise – geändert hat.

K (wie Kläger) erhebt gegen B (wie Beklagter) vor dem Landgericht Klage, und zwar erstens auf Zahlung von 10.000 Euro Schadensersatz wegen Körperverletzung und zweitens auf ein angemessenes Schmerzensgeld. Er behauptet, B habe ihn (den K) als Fußgänger mit seinem (des B) Auto unter Verletzung der Verkehrsregeln angefahren. Er benennt A und D als Zeugen. B bestreitet nicht die Tatsache des Unfalls und auch nicht die Höhe des Schadens, den K erlitten hat, wohl aber sein Verschulden: Er habe weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt, sondern den K wegen eines verbotswidrig kreuzenden Radfahrers zu spät sehen können. Hierfür benennt er C als Zeugen. Das Gericht hört alle Zeugen. Die Aussage des A ist völlig unergiebig, die Aussagen von C und D widersprechen sich. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass sich der Unfallhergang nicht mehr aufklären lässt. Wie ist zu entscheiden?⁹

* * *

⁷ Anders, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), vor § 284 Rn. 5; vor § 253 Rn. 52; siehe dort auch U. Becker, Einleitung Rn. 9.

⁸ Um zur **heutigen Rechtslage** zu passen, müsste der Fall so konstruiert werden, dass dem Kläger bei dem Autounfall ein **Gemälde** im Wert von **1.200.000 Euro** zerstört wurde – er hatte es gerade mal so unter dem Arm, um es vom Kunsthändler X zu seinem Auto zu tragen (Wolfgang Lücke, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., München 2021, § 23 vor Rn. 2). Der Grund: Mittlerweile gibt es auch bei der Gefährdungshaftung Schmerzensgeld (§ 11 Satz 2 StVG – Straßenverkehrsgesetz –), und die Grenze der verschuldensunabhängigen Haftung bei Sachschäden ist von ursprünglich 100.000 DM/Euro (1977) auf eine Million Euro (2007) gestiegen.

⁹ Das Beispiel ist, teilweise wörtlich, entnommen aus: Peter Arens, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., München 1988, vor Rn. 275; das Werk ist mittlerweile von Wolfgang Lücke übernommen worden (Fn. 8). – Der Fall und die folgende Darstellung sind weitgehend wörtlich übernommen aus: Joachim Lege, Wie

Ganz praktisch untergliedert sich die Relationstechnik¹⁰ nun in fünf sogenannte „Stationen“, die (eben wie Bahnhöfe oder Haltestellen) „logisch“, nämlich sachlich und zeitlich, aufeinander folgen.¹¹ Man nennt sie wohl am besten Prozessstation, Klägerstation, Beklagtenstation, Beweisstation, Tenorierungsstation. 6

Dass im Wort „Station“ vielleicht die *statūs* der Antiken Gerichtsrhetorik fortwirken, haben wir bereits in § 2 Rn. 18 vermutet. – Nicht zu verwechseln ist die Relation mit dem individuellen „Aktenspiegel“, mit dem man sich eine Übersicht über den Inhalt der Akte verschafft, zum Beispiel chronologisch oder in optischer Gegenüberstellung des Vorbringens und der Argumente, die für Kläger und Beklagten sprechen.

1. Prozessstation (auch: Zulässigkeitsstation)

In der Prozessstation geht es um die *Zulässigkeit* der Klage und hier vor allem um die *Zuständigkeit* des Gerichts – mit anderen Worten darum, ob das angerufene Gericht überhaupt zur Sache entscheiden darf. Im vorliegenden Fall wäre das Landgericht zuständig, §§ 71, 23 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).¹² In die Prozessstation gehört weiterhin u.U. die Frage, ob ein Richter befangen und deshalb von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist bzw. abgelehnt werden kann, z.B. §§ 41 ff. der Zivilprozessordnung (ZPO).¹³ 7

Wenn die Klage unzulässig ist, wird sie bereits hier abgewiesen (man nennt das dann ein Prozessurteil, im Gegensatz zum Sachurteil).

2. Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung)

In der Klägerstation stellt sich der Richter zunächst auf den Standpunkt, als ob alles, was ihm der Kläger an Tatsachen vorgetragen hat, wahr wäre. Davon ausgehend prüft er, ob dieser Klagenvortrag (auch: Klagenvortrag) das Klagebegehren rechtfertigt, das heißt, ob nach allem, was angeblich geschehen ist, der Kläger einen Anspruch (ein Recht) auf das hat, was er verlangt. Wenn nicht, wird die Klage bereits auf dieser Stufe abgewiesen. Es geht also noch gar nicht darum, was wirklich geschehen ist 8

juristisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft“ und die richterliche Methode, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 76 (1990), S. 203–226.

10 Kurzer Überblick: *Christopher Daßbach*, Die Arbeitstechnik des Zivilrichters, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2019, S. 772–778. – Ausführliche Darstellung anhand eines Falls (böses Foul beim Fußball): *Matthias Arz/Henrik Gemmer*, Die zivilrechtliche Relation als Kern praktischer juristischer Arbeit, in: JA 2019, S. 851–855; siehe auch *Matthias Arz/Henrik Gemmer*, Von der Relation zum Zivilurteil: Eine praktische Anleitung, in: JA 2020, S. 608–614.

11 Logik ist, wie gesagt, die Lehre von der Folgerichtigkeit (§ 4).

12 § 71 Abs. 1 GVG: „Vor die Zivilkammern [sc. des Landgerichts] (...) gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind.“ § 23 GVG: „Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit sie nicht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind: 1. Streitigkeiten über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von fünftausend Euro nicht übersteigt; (...).“

13 Dass die Zivilprozessordnung den Namen „Ordnung“ trägt und nicht den Namen „Gesetz“, ist inkonsequent und nur historisch zu erklären. Es handelt sich jedenfalls ohne Zweifel um ein Gesetz im formellen Sinn (s.o. § 14 Rn. 9), nicht etwa um eine Rechtsverordnung wie die Straßenverkehrsordnung.

(die *Tatfrage*, *quaestio facti*), sondern vorerst nur und obendrein hypothetisch um die *Rechtsfrage* (*quaestio iuris*).

K erhebt hier nun zwei Ansprüche. Der erste, nämlich auf Schadensersatz, wäre gleich aus zwei Gründen berechtigt, nämlich aus § 823 Abs. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)¹⁴ – sog. unerlaubte Handlung oder auch Delikt –, sodann aus § 7 Abs. 1 des Straßenverkehrsgesetzes (StVG)¹⁵ – sog. Gefährdungshaftung. Die Voraussetzung der ersten Vorschrift ist, dass jemand einen anderen rechtswidrig und schuldhaft (d.h. vorsätzlich oder fahrlässig) an einem Rechtsgut wie dem Körper verletzt. Voraussetzung der zweiten ist (nur), dass beim *Betrieb* eines Kraftfahrzeugs solche Verletzung erfolgt; ein Verschulden des Schädigers muss also *nicht* vorliegen.

Schmerzensgeld, also den zweiten Anspruch, gewährte das Gesetz nur in § 847 Abs. 1 BGB a.F. (alte Fassung)¹⁶, und dies auch nur, wenn der (haftungsbegründende¹⁷) Tatbestand des § 823 BGB erfüllt war, zu dessen Voraussetzungen eben *Verschulden* gehört. Der verschuldensunabhängige Tatbestand des § 7 Abs. 1 StVG reichte damals nicht aus.¹⁸

- 9 Nach dem Vortrag des K sind *beide* Ansprüche *schlüssig* begründet, denn er behauptet ja, dass der B gegen Verkehrsvorschriften verstoßen und damit schuldhaft gehandelt habe. Ihm müsste also, wenn es allein nach seinem Vortrag ginge, sowohl Schadensersatz als auch Schmerzensgeld zugesprochen werden.

Nebenbei: Streng unterscheiden muss man bei der Darstellung des Sachverhalts die Bedeutungen von „behaupten“ und „meinen“. „Behauptet“ werden Tatsachen. Was die Rechtsansichten angeht, reicht es nur zum „Meinen“: K „meint“ also, ihm stünden die beiden geltend gemachten Ansprüche „von Rechts wegen“ zu.

3. Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung)

- 10 Ebenso wie beim Kläger ist auch beim Beklagten zunächst nur die *quaestio iuris* (Rechtsfrage) zu untersuchen, wobei alle seine Behauptungen zur Tatfrage (*quaestio facti*) als wahr zu unterstellen sind.

Hier zeigt sich nun, dass die Einwendungen des B nur teilweise überhaupt erheblich sind. Denn da er nicht bestreitet, dass er im Straßenverkehr den K an dessen Körper verletzt hat, greift

14 § 823 Abs. 1 BGB lautet: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“. § 823 Abs. 2 BGB können wir hier vernachlässigen.

15 Wortlaut: „Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“ – Daneben kommt, um ganz penibel zu sein, auch noch § 18 Abs. 1 StVG in Betracht (Haftung des Fahrzeugführers aus vermutetem Verschulden).

16 Wortlaut: „Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.“ – Heute wäre § 253 Abs. 2 BGB die haftungsausfüllende Vorschrift: „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“

17 § 847 BGB war demgegenüber nur eine haftungsausfüllende Vorschrift.

18 Heute gewährt § 11 Satz 2 StVG auch bei der Gefährdungshaftung Schmerzensgeld: „Wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann auch eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“

auch nach seiner Version des Falls § 7 Abs.1 StVG ein und gewährt dem K den verlangten Schadensersatz. Man sagt dann, die Voraussetzungen des § 7 Abs.1 StVG seien unstreitig. Die Klage ist daher insoweit, als K 10.000 Euro verlangt, schon jetzt begründet.

Um zu vermeiden, dass er unterliegt und dann die Kosten des Prozesses tragen muss, kann B diesen Anspruch sofort anerkennen, siehe § 93 Zivilprozessordnung (ZPO)¹⁹ – sog. sofortiges Anerkenntnis.

Was dagegen das Schmerzensgeld betrifft, so kam es nach der alten Rechtslage, wie gesagt, im Rahmen des § 823 BGB auf Verschulden an. Dies bestreitet B: Weil er mit dem wilden Radfahrer nicht rechnen musste, habe er beim Abbiegen nicht „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen“ (das ist die Definition von Fahrlässigkeit). Nach *seiner* Version des Falls müsste er also kein Schmerzensgeld zahlen, und deshalb ist *dieser* Einwand *erheblich*.

4. Beweisstation

Erst im Rahmen der Beweisstation geht es um die *Wahrheit* der Parteibehauptungen zu den Tatsachen (*quaestio facti*), allerdings nicht um jeden Preis. Die Suche nach der „Wahrheit“ – also nach dem, was sich wirklich zugetragen hat²⁰ – kann durchaus ergebnislos abgebrochen werden, ohne dass die vernünftigen Gründe zur Entscheidung ausgehen müssten.

Die große Frage der Beweisstation lautet nämlich nicht: Was ist geschehen?, sondern nur: Wessen Vortrag soll der Richter letztlich seiner Entscheidung zu Grunde legen? Welche Partei muss ihre Behauptungen als wahr beweisen? Muss K beweisen, dass B schuldhaft handelte, oder B, dass ihn keine Schuld traf? Und wie soll man verfahren, wenn der Beweis keinem von beiden gelingt?

Die erste Etappe der Beweisstation besteht deshalb darin, die (subjektive) *Beweislast* zu ermitteln. Dabei gilt folgender – übrigens in keinem autoritativen Text vorgeschriebener! – Grundsatz (von dem es wichtige Ausnahmen gibt): Jede Partei trägt die Beweislast für alle *tatsächlichen Voraussetzungen* eines ihr *günstigen Rechtssatzes* (sog. Rosenbergsche Formel).²¹

Da im Beispielsfall § 823 BGB dem K günstig ist (die Vorschrift gewährt ihm Schadensersatz und, in Verbindung mit § 847 Abs.1 BGB a.F. [jetzt § 253 Abs.2 BGB], Schmerzensgeld), muss also *er* alles beweisen, was sie voraussetzt – auch das Verschulden des B, hier: seine Unaufmerksamkeit).

Die zweite Etappe erst ist die *Beweiswürdigung*.²²

19 Wortlaut: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.“

20 Zum Wahrheitsbegriff in der Philosophie siehe § 5 II Rn. 68–71.

²¹ Statt vieler *Robert Nöber*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), § 286 Rn. 65. – Merkwürdigerweise wird in den Kommentaren zur ZPO, soweit von mir überprüft, das Stichwort „Rosenbergsche Formel“ nicht mehr erwähnt. Das ist schade, denn Leo Rosenberg (1879–1963) war ein berühmter Zivil- und Zivilprozessrechtler (er wurde wegen seiner jüdischen Herkunft von den Nazis des Amtes enthoben).

22 Nöber, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), § 286, insbesondere Rn. 6–53: Freie Beweiswürdigung.

Sie beginnt damit, dass zunächst die Zeugen oder sonstigen Beweismittel des Beweispflichtigen (hier des K) befragt werden. Erst wenn diese tatsächlich sein Vorbringen stützen (hier nur der D, nicht der A), dürfen zum sog. Gegenbeweis die Zeugen des Beweisgegners (hier B) gehört werden. Der Gegenbeweis ist nicht erst gelungen, wenn deren Aussagen (hier die Aussage des C) das Gericht völlig davon überzeugen, dass die Einlassungen des Beweisgegners (B) wahr sind; sondern schon dann, wenn der Richter aufgrund der neuen Aussage wieder an der Version des Beweispflichtigen (K) und seiner Zeugen (hier D) zu zweifeln beginnt – wenn also, kurz gesagt (und wie in unserem Fall), gar nichts bewiesen ist.

Ein solcher Fall der Beweislosigkeit wird als ein *non liquet* bezeichnet,²³ er kommt in der Praxis sehr häufig vor.

Dies war denn auch der Grund, warum der Gesetzgeber auch bei der Gefährdungshaftung gemäß § 7 Abs. 1 StVG einen Anspruch auf Schmerzensgeld eingeführt hat (§ 11 Satz 2 StVG).

- 14 Wenn aber irgendetwas dem Wesen des Rechts entspricht, dann dies: dass **entschieden werden muss**.²⁴ Notwendigerweise kann dabei jedoch nur einer der beiden Parteien Recht gegeben werden, nicht etwa beiden Recht oder beiden Unrecht – das wäre Rechtsverweigerung.²⁵ (Zum Sonderfall von Klage und Widerklage sogleich Rn. 23–24.) In dieser Lage kann der Richter zum zweiten Mal die Verteilung der *Beweislast* heranziehen und nun nach der folgenden Regel *entscheiden*: Wer nicht beweisen konnte, was ihm günstig ist, zu dessen Ungunsten wird entschieden.

Im vorliegenden Fall muss also die Schmerzensgeldklage des K abgewiesen werden, weil er die Voraussetzungen seines Begehrens nicht vollständig beweisen konnte: Die Aussagen der Zeugen C und D haben sich widersprochen, und Zeuge A war ein Ausfall.

5. Tenorierungsstation (auch: Entscheidungsstation)

- 15 Spätestens mit Abschluss der Beweisstation steht die Entscheidung in der Hauptsache fest. Auf sie folgt, wenn die Entscheidung ein Urteil ist, noch eine kurze, aber bisweilen knifflige Tenorierungsstation, in der die Urteilsformel (der *Tenor*, mit langem „e“ und Betonung auf der ersten Silbe) festgelegt wird. Zum Beispiel:
1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.000 Euro zu zahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
 3. ...
 4. ...

Außerdem ist (unter 3 und 4) über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils zu befinden, also über die oft höchst wichtigen Nebenentscheidungen. Insofern

²³ Statt vieler: Ingo Saenger, in: Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 10. Aufl., Baden-Baden 2023, § 286 Rn. 34. – Wörtlich: Es ist nicht klar (noch wörtlicher: nicht flüssig).

²⁴ Wunderbar daher Jörn Ipsen, Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik, in: Martin Borowski/Stalney L. Paulson/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, 225–238 (232): „Juristische Methodik ist daher eine Methodik des *Entscheidens*, eine *Entscheidungslehre*, nicht (nur) eine Auslegungslehre.“

²⁵ Nicht ausgeschlossen ist natürlich, dass die Klage nur zum Teil Erfolg hat und im Übrigen abgewiesen wird, siehe dazu sogleich das Beispiel Rn. 15.

sei nur an die Grundregel des Kostenrechts erinnert: Der Verlierer hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO²⁶).

Statt eines Urteils kann auch einmal eine andere Entscheidung anstehen, etwa ein Beweisbeschluss (als „Zwischenstation“) oder ein sonstiger richterlicher Beschluss. Daher ist die Bezeichnung „Entscheidungsstation“ genauer, aber auch weniger anschaulich. 16

II. Ergänzungen

Was soeben unter I dargestellt wurde, sind natürlich nur die Grundzüge der Relationstechnik (oder „-methode“²⁷). Im Einzelnen gibt es je nach Fallgestaltung Vieles und Verschiedenes zu beachten, daher gibt es auch eine ganze Reihe von Lehrbüchern.²⁸ Im Folgenden sollen nur drei Gesichtspunkte hinzugefügt werden. 17

1. Substantiierung (auch: Substanziierung)

Sowohl in der Klägerstation als auch in der Beklagtenstation stellt sich häufig die Frage, wie detailliert der „Sachvortrag“ des Klägers bzw. der Beklagten zu sein hat. Reicht es aus zu behaupten: 18

„Der Kläger wurde am 9.10.2014 etwa um 18.15 Uhr beim Einsteigen in die Straßenbahn an der vielbefahrenen Haltestelle H, eine Posaune auf die oberste Stufe hehend und auf der untersten Stufe stehend, von der automatisch schließenden Tür dergestalt eingequetscht, dass er sich die Supraspinatussehne rechts²⁹ gezerrt hat“?

Oder muss der Kläger, wenn die Stadtwerke dies „mit Nichtwissen bestreiten“³⁰, auch die Linien- oder Wagennummer angeben? Der BGH sagt: Er muss es nicht, die

26 Wortlaut: „Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.“ – Hinzuweisen ist auf die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu beantragen (§§ 114 ff. ZPO).

27 S.o. Fn. 1 und 7.

28 Dabei scheint der erwähnte Klassiker „Sattelmacher/Sirp“, jetzt: Winfried Schuschke/Martin Kessen/Björn Hölte: „Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen“, 36. Aufl., München 2023 (484 Seiten), allmählich ins Hintertreffen zu geraten, vielleicht auch infolge von Verlagspolitik; Konkurrenz im eigenen Haus: Monika Anders/Burkhard Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 16. Aufl., München 2024 (671 Seiten); Rainer Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 15. Aufl., München 2023 (627 Seiten). – Weitere Konkurrenz: Kurt Schellhammer, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl., Heidelberg 2019 (310 Seiten). Offenbar nicht fortgeführt wird leider Norbert Pantle/Stephan Kreissl, Die Praxis des Zivilprozesses, 4. Aufl., Stuttgart 2007 (304 Seiten; zur Relationstechnik S. 114–119, 282–285). Eher knapp zur Relationstechnik Peter Förtscher/Hermann Steinle, Der Zivilprozess. Ein Lehrbuch für Referendariat und Praxis, 8. Aufl., Stuttgart 2020 (312 Seiten), S. 287, 292–298.

29 Dies dürfte sich, weil die Sehne durch das Schultergelenk läuft, auf das Posaunenspiel sehr negativ ausgewirkt haben.

30 Dies ist grundsätzlich zulässig. Ebenfalls zulässig, aber sachlich leerlaufend ist die Formel: „Im Übrigen wird alles, was nicht ausdrücklich zugestanden wird, bestritten.“ Auch das Bestreiten muss, mit anderen Worten, substantiiert erfolgen.

Stadtwerke müssen also bei allen Fahrern, die für diese Zeit in Betracht kommen, nachforschen, ob sie etwas bemerkt haben.³¹

- 19 Im zitierten Fall hatte übrigens die Ehefrau des Posaunisten geklagt, und zwar aus dem von ihm an sie abgetretenen³² Anspruch des Mannes. Sinn der Sache: Dann kann der Mann vor Gericht als Zeuge aussagen. Das Gericht *muss* ihn dann auch als Zeugen vernehmen – die Klage ist ja schlüssig! –, und die Stadtwerke müssen all ihre Fahrer als Zeugen für den Gegenbeweis anbieten.
- 20 Das Maß an „Tatsachensättigung“, das für die Schlüssigkeit bzw. Erheblichkeit der Klage bzw. Klageerwiderung erforderlich ist, bezeichnet man als „Substantiierung“. Die Klage bzw. Klageerwiderung muss hinreichend „Substanz“ haben. Im Einzelnen kann dieses Maß schwer zu bestimmen sein. Ganz allgemein gilt offenbar, dass an die Substantiierung des Vortrags der rechtsbegründenden Tatsachen „keine hohen Anforderungen gestellt werden“.³³ Falls es insofern hapert, hat der Richter zudem gemäß § 139 Abs. 1 ZPO³⁴ darauf hinzuwirken, dass nachgebessert wird. Allerdings darf nicht verlangt werden, dass sich eine Partei für die Prozessführung besonderes Fachwissen aneignet – etwa medizinisches Fachwissen nach einer Körperverletzung.³⁵

2. Beweislast

- 21 Von größter Bedeutung ist, dass die Beweislast, die wir im Beispielsfall gleich zweimal aktiviert haben, eine Frage des sogenannten *materiellen* (sachlichen) Rechts ist, nicht des Prozessrechts. Anders gewendet: Die Beweislast bleibt gleich, auch wenn die Rollen im Prozess getauscht würden.³⁶

Wenn also in unserem Beispielsfall (unter I) nicht der K den B auf Schadensersatz verklagen würde, sondern B gegen K eine Klage auf Feststellung erhebt, dass er, der B, dem K gegenüber *nicht* zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verpflichtet ist – dann würde sich die Beweislast nicht etwa deshalb umkehren, „weil ja jetzt der B etwas vom K will“. Vielmehr müsste nach wie vor der K dem B beweisen, dass dieser fahrlässig gehandelt hat (was ihm in unserem Fall nicht gelungen war). – Ob eine solche Feststellungsklage zulässig wäre, sei dahingestellt.

31 Bundesgerichtshof (BGH), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, 617–618.

32 Zur Abtretung siehe § 398 BGB: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.“ – Wir haben hier wieder den Fall einer sog. Legaldefinition, genauer: Legislativdefinition.

33 Volker Schultz, Substanziierungsanforderungen an den Parteivortrag in der BGH-Rechtsprechung, in: NJW 2017, 16–21 (21).

34 Wortlaut: „Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.“ – Zum neuen Satz 3 siehe unten III Rn. 33 f.

35 BGH, in: Beck'sche Rechtsammlung (BeckRS) 2019, 21878.

36 Siehe nur etwa Nöber, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), § 286 Rn. 69: „Jede Partei muss unabhängig von ihrer prozessualen Parteistellung diejenigen bejahenden oder verneinenden Tatsachen beweisen, aus denen sie ein Recht herleitet.“

Es dürfte selbst anhand der wenigen Beispiele auf der Hand liegen, wie wichtig die Frage der Beweislast für die Durchsetzung des Rechts ist.³⁷ Meist lässt sich recht eindeutig an der Formulierung des Gesetzes erkennen, wer sie zu tragen hat. Insbesondere bedeuten Formeln wie „es sei denn“: Derjenige, der sich auf diese Ausnahme beruft, hat ihre tatsächlichen Grundlagen zu beweisen. 22

Ob man den Grundgedanken der Beweislast (betreffend die Tatfrage) auf die Interpretation der Rechtssätze (also die Rechtsfrage) übertragen kann, ist fraglich.³⁸ Es droht dann wohl ein Regress *ad infinitum* (ins Unendliche)³⁹: Wer von den beiden Parteien muss begründen, dass der Rechtssatz dem K oder dem B günstig ist? Und wer muss den Rechtssatz begründen, aus dem sich eben dies ergibt? Und den Rechtssatz, aus dem sich dies zweite ergibt? Eine solche „*Rechtsbegründungslast*“⁴⁰ könnte daher als geltendes *materielles* Recht wohl nur der Gesetzgeber durch einen autoritativen Text einführen: *auctoritas, non veritas facit legem* (s.o. § 14 Rn. 23). Nur würde er damit Unmögliches verlangen.

Oder mit anderen Worten: Irgendwann kommt jede Begründung an ihre Grenzen, und wirkliche *Letztbegründungen* gibt es nicht. (Das ist ja auch die Idee von Kelsens „Grundnorm“.⁴¹)

3. Klage und Widerklage

Wir haben oben etwas salopp gesagt, dass ein Rechtsstreit *entschieden* werden muss, und dies heiße: Notwendigerweise könne nur einer der beiden Parteien Recht gegeben werden, nicht etwa beiden Recht oder beiden Unrecht. Dies bleibt auch richtig – allerdings kann es durchaus vorkommen, dass sich um *einen* Sachverhalt *zwei* Rechtsstreitigkeiten ranken. Dann kann es in der Tat *scheinbar* dazu kommen, dass *beide* Parteien „Unrecht haben“. Betrachtet man die Dinge genau, haben sie aber auch zweimal Recht – nämlich in zwei verschiedenen Prozessen. 23

37 Aktuell in der Diskussion: die Produkthaftung bei Versagen von sogenannter KI (Künstlicher Intelligenz). Soll auch hier eine sogenannte **Beweislastumkehr** stattfinden, das heißt: Nicht mehr der Geschädigte muss beweisen, dass die „KI“ fehlerhaft arbeitete, sondern der Verwender (?) bzw. Hersteller (?), dass sie mangelfrei funktionierte. Der Deutsche Anwaltverein ist skeptisch: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/dav-lehnt-gesamtschuldnerisches-haftungskonzept-bei-kuenstlicher-intelligenz-ab-29.09.2022>. – Zur Produkthaftung als einem klassischen Beispiel der Beweislastumkehr (aber nur bezüglich des Verschuldens!) *Gerhard Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2024, § 823 Rn. 1138.

38 *Dominik Richers*, Rechtslast. Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifeln in der Rechtsanwendung, Berlin Boston 2017.

39 Zum Münchhausen-Trilemma siehe § 3 Rn. 29 mit dem Verweis auf *Hans Albert*, Traktat über kritische Vernunft (1968), 5. Aufl., Tübingen 1991, S. 15: Wahl zwischen infinitem Regress, logischem Zirkel, Abbruch des Verfahrens.

40 Den Terminus „Rechtslast“ halte ich für unglücklich, weil er erstens zu nahe an (politisch) „rechtslastig“ liegt und zweitens die Assoziation nahelegt, das Recht sei eine Last.

41 In Kürze: Ein Sollen kann immer nur aus einem Sollen abgeleitet werden. Warum soll man aber dem letzterreichbaren Sollen gehorchen – hier: der höchsten rechtsetzenden *auctoritas*? Weil das Wort „sollen“ sonst sinnlos wäre. Deshalb besagt die Grundnorm als transzendente Voraussetzung, dass man der Verfassung und allem aus ihr abgeleiteten Recht gehorchen soll – und hat selbst keinen Inhalt. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), S. 20–24, 65–69, zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008; 2. Aufl., Wien 1960, S. 196–209.

Anschaulich wird dies im Fall von Klage und Widerklage. Gemäß § 33 ZPO kann bei „dem Gericht der Klage ... eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.“ Dabei reicht es allerdings nicht aus, dass sich der Gegenanspruch im Leugnen des Klagebegehrens erschöpft – die oben angedachte Feststellungsklage auf Nichtbestehen des Anspruchs auf Schmerzensgeld wäre als Widerklage unzulässig.

- 24 Wohl aber könnte der Beklagte B in unseren Beispielsfall (unter I) einen Gegenanspruch auf Ersatz des Sachschadens an seinem Kraftfahrzeug geltend machen („hat mir mit seinem Koffer den Lack zerkratzt“) – und müsste dafür ein Verschulden des K beweisen. Geht die Sache dann so aus wie geschildert – der Sachverhalt lässt sich nicht eindeutig aufklären –, „haben beide Unrecht“ (aber eben auch beide, in der Defensive, Recht). Null zu Null.

Wir werden im Kontext von Kants „Kritik der reinen Vernunft“ darauf zurückkommen (§ 30 Rn. 34).

III. Die Bedeutung der Relationstechnik

- 25 Ich habe eingangs dieses Paragraphen bereits meinem Befremden darüber Ausdruck gegeben, dass die Relationstechnik (oder „-methode“) im Studium und in den akademischen Juristischen Methodenlehren völlig ausgeblendet wird. Dies treibt, wenn man so will, zwischen die „Wissenschaft“ und die „Praxis“ des Rechts einen Keil, auf den beide Seiten offenbar kraft Gewohnheit stolz sind. Im schlimmsten Fall leistet dieser Keil dem jeweiligen Standesdünkel Vorschub: „Das mag in der Theorie richtig sein ...“. Oder: „Das ist bloße Praktikerliteratur“.

Hinzuweisen ist hier natürlich auf Immanuel Kants (1724–1804) berühmten Aufsatz „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“ von 1793 (er handelt übrigens nicht zuletzt von Freiheit, Gleichheit und – mit großer Vorsicht – auch von Demokratie). In der deutschen Rechtstheorie hat vor einigen Jahren Matthias Jestaedt die Formel aufgegriffen.⁴²

- 26 Im besseren Fall (und das ist natürlich der Regelfall) führt der Keil zwischen „Wissenschaft“ und Praxis zu einer sehr fruchtbaren Konkurrenz.

Man denke an die vielfältige Zusammenarbeit von „Wissenschaftlern“ und „Praktikern“ in der Kommentarliteratur. Oder in der Methodenlehre an die beiden Werke von Franz Reimer („akademisch“) und Hans-Joachim Strauch („praktisch“).⁴³

- 27 Für Studenten hat das Aussparen der Relationsmethode freilich den Nachteil, dass es im Hinblick darauf, wie das Recht praktisch zustande kommt – *how it works* –, an Anschauung fehlt. Vielleicht würde den Studenten sehr vieles sehr viel früher „klar“, wenn sie wüssten, dass wir alle nur mit Wasser kochen.

⁴² Matthias Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2006.

⁴³ Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020; Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage (leider ohne Sachverzeichnis): Baden-Baden 2022.

Natürlich fördert der Nebel, in dem so viele Studenten tappen, aber auch das Geschäftsmodell der Repetitoren. – Zu deren Verteidigung sogleich unter (1).

Ein Versuch, Theorie und Praxis möglichst früh zusammenzuführen, war in den 1970er Jahren die sogenannte Einphasige Juristenausbildung – in meinen Augen ein klar überlegenes Modell, gerade wenn und weil sie frühzeitig auch die Grundlagenfächer⁴⁴ einbezogen hat. In dieser einphasigen Ausbildung folgten – idealtypisch – auf ein zweijähriges Grundstudium mit (deftiger) Zwischenprüfung jeweils im Wechsel: mehrere (längere) Praxisstationen mit anschließender (kürzerer) Vertiefung an der Universität (plus ein Monat Urlaub). In dieser Zeit wurden die „Rechtspraktikanten“ schon bezahlt, die einzelnen Phasen wurden mit Prüfungen abgeschlossen, die schon für die Gesamtnote zählten, hinzu kam eine abschließende Prüfung zum gesamten Stoff. *Und dann war man mit der Ausbildung schon fertig*, d.h., man hatte damit die „Befähigung zum Richteramt“⁴⁵ erworben (Zeitersparnis etwa zwei Jahre). Leider ist dieses Modell trotz großer Erfolge⁴⁶ beendet worden: letztlich, weil es zu viel kostete (viel bessere Betreuungsrelation!) und weil man Kritik an der „Massenuniversität“ leicht an sich abperlen lassen konnte.

28

1. Zur Geschichte der Relationstechnik

Es ist somit ganz hilfreich, sich zu vergegenwärtigen, dass die heutige Trennung von Theorie (an der Universität) und Praxis (bei Gericht, in der Anwaltschaft, in den übrigen „volljuristischen“⁴⁷ Berufen) nicht selbstverständlich ist. So gab es etwa – wir haben es in § 1 Rn.16 schon erwähnt – bis in das frühe 19. Jahrhundert hinein an den Rechtsfakultäten ganz selbstverständlich Veranstaltungen zur „Practischen Jurisprudenz“, darunter Referier- und Disputierkunst, Kautelarjurisprudenz, Staats- und Kanzlei-praxis, Archiv- und Registraturwissenschaft – und ganz zuvörderst eben auch Relationstechnik. Nach der „Verstaatlichung“ der Juristenausbildung in Preußen mit zwei Staatsexamina (statt eines Universitätsabschlusses) wurden diese Fächer an den Universitäten überflüssig und folglich erst im „Vorbereitungsdienst“⁴⁸, dem Referendariat, relevant.

29

Dass sich das Referendariat, weil unbezahlt, nur Begüterte leisten konnten, ist jedenfalls einer kurzen Erwähnung wert.⁴⁹

44 Also Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie.

45 Siehe sogleich Fn. 47.

46 Die bekanntesten Absolventen sind Hartmut Bauer (Augsburg), Horst Dreier (Hannover) und Olaf Scholz (Hamburg).

47 Als „volljuristisch“ bezeichnet man Berufe, zu denen man nur zugelassen wird, wenn man die „Befähigung zum Richteramt“ gemäß § 5 Abs.1 DRiG (Deutsches Richter-gesetz) erworben hat – in der Regel ist dies das Zweite juristische Examen (Ausnahme: auch „jeder ordentliche Professor an einer Universität im Geltungsbereich dieses Gesetzes“, § 7 DRiG). Dies sind vor allem die Berufe von Rechtsanwalt, Staatsanwalt und Notar.

48 Er heißt noch heute so, § 5b DRiG.

49 Zum gesamten vorherigen Text *Christian Hattenhauer*, „... oder zum wenigsten fünf jar lang im rechten studiert“ – Ein Streifzug durch die Geschichte des rechtswissenschaftlichen Studiums, in: JA-Sonderheft für Erstsemester 2016, 20–31.

- 30 Wie auch immer: Die spezifisch deutsche Trennung von „Wissenschaft“ und „Praxis“ hat hier ihren Ursprung. Natürlich hat sie auch, ja sogar vornehmlich, etwas Gutes: Die akademischen Rechtswissenschaftler an den Universitäten sind gewissermaßen ein kritisches Gegengewicht zum „Rechtsstab“ (das ist ein Terminus technicus⁵⁰) im eigentlichen Sinn, also zu den als Richter, Anwalt, Wirtschafts- oder Verwaltungsjurist Tätigen. Auf der anderen Seite hindern die praktisch tätigen Juristen die akademische Jurisprudenz daran, sich gänzlich im Elfenbeinturm von „Theorien“ zu verstricken, die keine praktische Relevanz haben.

Dass so etwas denn auch in der deutschen akademischen Jurisprudenz kaum einmal vorkommt (denken Sie sich hier einen Smiley), liegt eben daran, dass wir alle das Staatsexamen haben.

- 31 Allerdings wird es, solange in der Juristenausbildung diese Arbeits- und Funktionsteilung von Universität und Staat herrscht, geradezu notwendig einen dritten Akteur geben, der *beide* Seiten beobachtet und das jeweilige „Wissen“, das sie erzeugen, ausbildungsgerecht aufarbeitet: die juristischen Repetitorien, also private Rechtslehrer, die gegen Entgelt auf das Examen vorbereiten (meist sind es große, überregional tätige Unternehmen).

Dass die Repetitorien mittlerweile nicht nur auf das Erste Examen (das noch stark von der akademischen Lehre bestimmt wird), sondern auch auf das Zweite Examen vorbereiten, ist allerdings bedauerlich.⁵¹ Es liegt wohl daran, dass der Rechtsstoff immer komplizierter und unübersichtlicher wird und sich immer schneller ändert – so dass Dinge, die man in der „Zivilstation“⁵² gelernt hat, im Examen schon wieder veraltet sein können.

2. Renaissance der Relationstechnik? Der neue § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO

- 32 Manfred Rehbinder (geb. 1935) schreibt in seiner Rechtssoziologie (Hervorhebung J.L.): „Das Bedürfnis nach Rechtspflege, d.h. nach *gutem juristischen Handwerk*, ist umso größer, je komplizierter der Rechtsstoff wird oder je älter er ist und dem Sozialleben unangepasster, je schneller die Gesellschaft also den Rechtsrahmen sprengt“⁵³ – und

50 Der Begriff geht, in der Bezeichnung allerdings eher lose, zurück auf *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, Nachdruck 2013, § 6, S. 17 f. (dort heißt es „Erzwingungsstab“); zentral ist der Begriff bei *Manfred Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, 8. Aufl., München 2014, Rn. 3 et passim; kritische Übersicht über die verschiedenen Sparten des Rechtsstabes (und die juristische Ausbildung) bei *Susanne Baer*, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, § 5 (S. 162–186).

51 Denn: Im Grunde sollte man im Vorbereitungsdienst nur (noch) lernen, wie man das Wissen, das man sich an der Universität in fünf Jahren hart erarbeitet hat, in verschiedenen Praxisfeldern anwendet – kurz: Es geht eigentlich nur noch um diese *Methoden*. Stattdessen findet ein zweites Mal ein großes Quiz statt: Was hat die Rechtsprechung gerade wieder neu entschieden, was hat der Gesetzgeber gerade wieder neu geregelt? – Marktführer sind übrigens die „Kaiserseminare“, gegründet von Horst Kaiser, ehemals Richter am Landgericht Lübeck. Der Internet-Auftritt ist hochprofessionell: <https://www.kaiserseminare.com/>, die Vernetzung mit der juristischen Ausbildungsliteratur offenbar auch. Kurz, das Geschäft mit der Angst blüht.

52 Auch der Referendardienst ist in „Stationen“ gegliedert: bei einem Zivilgericht, bei Staatsanwaltschaft und/oder Strafgericht, bei einer Verwaltungsbehörde (selten völlig durch ein Verwaltungsgericht zu ersetzen), beim Rechtsanwalt. Hinzu kommt eine „Wahlstation“.

53 *Rehbinder*, *Rechtssoziologie* (Fn. 50), Rn. 109.

zwar nicht nur, wie Rehinder meint, indem sie „die Normenwelt des gesetzten Rechts in einem weiten *cultural lag* hinter sich lässt“, sondern auch und gerade, indem sie diese „Normenwelt“ einem Dauerstress⁵⁴ durch Dauerveränderung unterwirft.

Vielleicht aus diesem Grund, vielleicht aber auch, weil angesichts einer Geringschätzung von Logik und Methodik zu Gunsten von „Werten“ und/oder „Examensrelevanz“ immer weniger Juristen in der Lage sind, klare und schlüssige Texte zu verfassen,⁵⁵ hat der Gesetzgeber im Jahr 2020 reagiert und an den bereits erwähnten § 139 Abs. 1 ZPO (richterliche Hinweispflicht) einen neuen Satz 3 angefügt. Die Vorschrift liest sich daher nun wie folgt (kursive Hervorhebung von mir):

§ 139 Materielle Prozessleitung (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. *Das Gericht kann durch Maßnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschichten.*

Diese Änderung ist in der Praxis zum Teil auf Befremden gestoßen: Was, lieber Gesetzgeber, meinst du denn, haben wir bisher anderes getan als strukturiert zu arbeiten? Die Regelung habe daher, so heißt es, lediglich klarstellenden Charakter⁵⁶, in anderen Augen ist sie nichts als ein „funktionsloser Programmsatz“⁵⁷. Selbst diejenigen, die in der Vorschrift einen Schritt in die richtige Richtung erkennen, bescheinigen ihr, sie sei „mit wenig Geschick formuliert, ihr Wortlaut für sich genommen wenig erhellend“⁵⁸.

Ebenfalls wohlwollend, aber auch ein wenig vereinnahmend ist die Auslegung, hinter dem neuen § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO stehe, wenn man es recht bedenke, eine „Renaissance der Relationsmethode“⁵⁹. Ich glaube zwar nicht, dass der Gesetzgeber dies wirklich gemeint hat – er hat lediglich das Problem schlechten Handwerks gesehen und darauf symbolisch reagiert. Nichtsdestoweniger wäre es vernünftig, dies in die Vorschrift hineinzulesen.⁶⁰

54 Stress ist Rhythmusstörung; allzuviel „Hineinpfuschen“ bringt das Recht daher aus dem Takt.

55 Siehe auch Anders, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), vor § 253 Rn. 52: „Daher ist nicht nachzuvollziehen, warum die Relationsmethode in der heutigen Zeit, in der Schnelligkeit und Flexibilität eine besondere Bedeutung haben, nicht mehr von allen Juristen beherrscht wird.“

56 Peter Fölsch: Neuerungen im Zivilprozess – Entfristung, Spezialisierung, Effizienz, in: NJW 2020, 801–807 (804). – Auch der Gesetzgeber selbst spricht der Regelung nur einen klarstellenden und motivierenden Charakter zu, siehe Bundesrats-Drucksache (BR-Drs.) 366/19, S. 14.

57 Nikolaus Stackmann, Zivilprozess – Effizienz, Utopie und Stückwerk, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2019, 193–196 (195); Stackmann fährt mit Recht methodenkritisch fort: „Um Unstimmigkeiten bei der Gesetzesanwendung auszuschließen, sollten generell Gesetzesänderungen in Punkten vermieden werden, die das bestehende Recht bereits regelt, [und zwar] wie gewünscht. Das könnte sonst die Frage aufwerfen, warum die bestehende Rechtslage ausdrücklich geregelt [wurde] und gegebenenfalls einer Auslegung Vorschub leisten, die der Änderung weiterreichende, aber nicht beabsichtigte Bedeutung beimisst.“

58 Reinhard Gaier, Erweiterte Prozessleitung im zivilgerichtlichen Verfahren, in: NJW 2020, 177–182 (177).

59 Siehe bei und in Fn. 7.

60 Zur methodologischen Warnung vor diesem Verfahren siehe Fn. 57.

- 35 Weniger klar ist, ob – im Zuge der Digitalisierung – die Einführung eines verbindlichen **elektronischen Basisdokuments** vernünftig wäre.⁶¹ Gemeint ist damit ein am Computer aufzurufendes Formular (wie bei der Steuererklärung), das *von den Parteien (!) anstelle der Schriftsätze* erstellt und ergänzt wird, und zwar in einer vorgegebenen Relationstabelle in chronologischer Reihenfolge (der Vorschlag stammt immerhin von den Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs).
- Gegen ein solches Verfahren sprechen freilich: erstens die Mehrdeutigkeit der Alltagssprache, zweitens die notwendig sehr unterschiedlichen Verstehenshorizonte der Parteien und auch ihrer Anwälte⁶² („doppelte Kontingenz“, s.o. § 10 Rn. 31) Missverständnisse wären also „vorprogrammiert“ – ich erinnere mich an ein Bußgeldverfahren, in dem die Behörde und ich als Vertreter meines Mandanten erst nach Wochen bemerkt haben, dass wir bei einer Zustellungsproblematik nicht von demselben Bescheid sprachen.
- 36 Daher sollte, ja deshalb *darf* in ein solches Formular nur das eingetragen werden, was zuvor durch den Verstehensfilter des Richters gegangen ist.⁶³

Nur dann wäre es auch gerechtfertigt, dieses Basisdokument im Urteil an die Stelle des sogenannten Tatbestandes (= Sachverhaltsschilderung) treten zu lassen (das ist eine weitere Idee der Präsidenten). Nur *auctoritas* (= Urheberschaft) *facit legem* (= autoritative Texte, siehe § 14 II). – Als Referendar macht man übrigens schnell die Erfahrung, dass die Formulierung eines guten Tatbestandes viel schwieriger ist als das Herunterdeduzieren der Entscheidungsgründe (zum Aufbau eines Urteils s.o. § 14 Rn. 6–7).⁶⁴ Und dies soll man jetzt den Parteien überlassen?

Zudem muss bei den Parteien *nachgefragt* werden, ob der Richter sie auch *richtig* verstanden hat. Dies, aber auch nur dies, wäre in Zeiten der Digitalisierung eine wirkliche Verbesserung des rechtlichen Gehörs.

3. Der Sinn und die Vernunft der Relation

- 37 Die aktuelle Entwicklung macht daher in durchaus unerwarteter Weise deutlich, was der wirkliche *Sinn* der Relationsmethode ist: Übersetzung. *Übersetzung* der Lebenswirklichkeit⁶⁵ mit ihren vielen SINNZUSAMMENHÄNGEN (zum Begriff § 5 Rn. 40–59)

61 Zum Einstieg Monika Anders, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung, 80. Aufl., München 2022, § 139 Rn. 35d–35e (mit weiteren Nachweisen); in der 82. Aufl. 2024: § 139 Rn. 46–50 (47) mit Hinweis auf weitere Vorschläge zur „Digitalisierung“.

62 Ich habe bei einem Vortrag am IMPP (Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen, es ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Sitz in Mainz) einmal angemerkt, dass – anders als bei den Ärzten mit ihrem Einser-Abitur – in der Rechtspflege jeder Mandant einen Anwalt findet, der zu seinem intellektuellen Niveau passt.

63 Es wäre dann ein sozusagen amtlicher „Aktenspiegel“, siehe vor I Rn. 3.

64 Oder aus der Sicht eines erfahrenen juristischen Gutachters: Aus der Schilderung des Lebenssachverhalts muss bereits hervorgehen, dass es nur eine vernünftige Lösung des Falls – nämlich die dann vorzuschlagende – geben kann. Wir kommen darauf zurück.

65 Nebenbei: Dass man die „Lebenswirklichkeit“ in andere Sinnzusammenhänge übersetzt, ist die alltäglichste Sache der Welt – etwa, wenn man eine reale Entfernung in die Maßeinheit „Meter“ über-

in den gemeinsamen SINNZUSAMMENHANG des Rechts. Das Ganze verläuft Schritt für Schritt, Station um Station, und wird dadurch im wahrsten Sinn des Wortes nachvollziehbar. Deshalb ist es auch so *sinn*-voll, dass die Juristen in Deutschland, und zwar *alle*, diese Methode zumindest bis zum Zweiten Juristischen Examen gelernt haben.

Und es ist blamabel, wenn dies im Zuge einer angeblich moderneren Ausbildung nicht mehr vermittelt wird.

Um schließlich noch ein wenig höher zu greifen: Im Grunde⁶⁶ zeigt sich in dieser Methode des strukturierten rechtlichen Gehörs auf Seiten beider Parteien so etwas wie *Vernunft*. In „Vernunft“ steckt ja, über das rationale „Verstehen“ des Verstandes hinaus, auch das leicht emotional getönte „Vernehmen“ und „Wahrnehmen“ eines Phänomens – eben wie beim (Zu)Hören⁶⁷. Anders gewendet: Vernunft setzt eine gewisse *Offenheit* für das, was einem begegnet,⁶⁸ voraus – und eben diese Offenheit eröffnet die juristische „Relation“.

38

Dass Vernunft am Ende *auch* darin besteht, „dass wir von allen unseren Begriffen, Meinungen und Behauptungen ... Rechenschaft geben können“⁶⁹, ändert daran nichts.

setzt. Und sogar im Sinnzusammenhang Mathematik kann es zu Übersetzungen kommen, etwa vom Dezimalsystem in die Bruchrechnung, und auch dort gibt es dann Grenzen der Präzision: 0,3333333 ...).

66 Schöne Definition von Rechtsphilosophie: „Will die Jurisprudenz nicht ... auf ihren Wissenschaftscharakter verzichten, ... so muss die Rechtswissenschaft (zumindest) für philosophisches Fragen, und das heißt vordergründig schlicht: *ganzheitliches* Fragen, Fragen nach dem *Grund*, auf dem man sich bewegt, offen sein“; so *Alexander Hollerbach*: Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, in: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 85 (1960), S. 241–270 (265 Fn. 126), wiederabgedruckt in: *Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 107–133 (128) – Hervorhebungen J.L.

67 Wunderbare Metapher: *Thomas Vesting*, „... Zuhören ist Lesen mit dem Ohr“. Zur einmaligen Allianz von Schrift und Sprache im jüdischen Recht, in: Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg (Hrsg.), *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie*, Tübingen 2013, S. 181–195.

68 Peirce würde wohl sagen: eine Offenheit für die Ersttheit (Firstness) der Phänomene, das heißt: für ihre je eigene Qualität (s.o. § 5 II Rn. 77).

69 *Immanuel Kant*, KrV B 642 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 642; „A“ ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

§ 23 Die „Schemata“ – und die Wirklichkeit „hinter“ ihnen

- 1 Wir haben soeben in § 22 behauptet, in Gestalt der sogenannten Relationstechnik *zeige sich* geradezu so etwas wie Vernunft.¹ Dem könnte man freilich entgegnen: Ist es nicht ganz im Gegenteil so, dass diese Relationstechnik die „Lebenswirklichkeit“, gar das „Menschliche“, in ein allzu starres Schema zwingt? Ein Schema, das der Diversität und Vielschichtigkeit der Menschen nicht gerecht wird? Wir kommen darauf zurück (§ 40).

Besonders amüsant, wenn auch nicht unmittelbar gegen die Relationstechnik gerichtet: „Das Recht fabriziert Subjekte, die ideologisch verblendet, emotional verarmt, kommunikativ ausgedörrt und politisch passiviert sind.“²

- 2 Noch näher läge dieser Vorwurf wohl gegenüber den sogenannten „Prüfungsschemata“, mit denen die Juristen vom ersten Semester des Jurastudiums an die *Rechtsfragen* des Falls Punkt für Punkt abarbeiten. Diese Schemata bilden in der Wahrnehmung (!) vieler Studenten geradezu das Zentrum ihrer Tätigkeit, ja das „Gängelband“ (in Anlehnung an Kant³), an dem sie sich angesichts von Unklarheit über das, was im Recht *wirklich* auf dem Spiel steht, gern festhalten („ich hab’ doch zu allen Punkten was gesagt ...“). Aber „Schemata auswendig lernen“ hilft wenig – dies wäre gerade so, als wollte man zu einer Kamera die Gebrauchsanleitung auswendig lernen – und meinen, dann könne man schon ein gutes Video drehen.

Zudem „steht vieles im Gesetz“ (außer, versteht sich, bei ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen [§ 16 Rn. 46–49] oder gar ungeschriebenen Anspruchsgrundlagen [Stichwort „enteignungsgleicher Eingriff“]). Es wäre daher Unsinn zu meinen, man müsse zu jedem einzelnen Straftatbestand ein „Schema lernen“ – man muss lediglich der Reihe nach die Merkmale des jeweiligen Straftatbestandes, so wie sie im Gesetz stehen, auflisten und sie dann „durchprüfen“. *Nothing more pretentious.*

- 3 Auf der anderen Seite sind „Schemata“ unentbehrlich – wenn und weil eben nicht „alles im Gesetz steht“. Vielmehr ist vieles ein Ergebnis von Interpretation und Systematik, kurz: von Dogmatik (§ 11), und die Schemata dienen dazu, diese Dogmatik am konkreten Fall zu verwirklichen. (Schemata sind, wenn man so will, „geronnene Dogmatik“.⁴)

Nebenbei: Kant verwendet die Begriffe „Schema“ und „Schematismus“, um zu erklären, wie die „Urteilkraft“⁵ bei der Unterordnung eines Falls unter eine Regel (bzw. einen Begriff⁶) funktionieren könnte.⁷

- 4 Wichtig ist dann allerdings: Was wir „Dogmatik“ nennen, sind keine Hirngespinnste. Es sind vielmehr bestimmte Vorstellungen und Meinungen⁸ davon, was *wirklich* rechtlich gesollt ist. Anders gewendet: Hinter jeder Dogmatik steht eine rechtliche *Wirklichkeit*

1 Um erneut Wittgenstein abzuwandeln: Was man nicht sagen kann, das muss sich *zeigen*.

2 So der Klappentext bei *Daniel Loick*, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Frankfurt a.M. 2017. Im Werk selbst (S. 54) wird diese Erkenntnis Hegel zugeschrieben. Interessant.

3 *Immanuel Kant*, KrV B 172 f. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 172 f.; „A“ ist die erste Auflage; zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985), spricht von einem „Gängelwagen“ der Urteilkraft.

4 Eine Formulierung meines Greifswalder Kollegen Uwe Kischel.

5 Sie bleibt bei Kant etwas mysteriös, s.u. § 31 Rn. 37–38, 40–42 und bereits oben § 9 Rn. 4–10.

6 Begriffe und Regeln sind letztlich zwei Aggregatzustände derselben Erkenntnis (§ 5 Rn. 120).

7 *Kant*, KrV B 176–187 (Fn. 3) – lesenswert!

8 Griechisch *dokein*: annehmen, meinen, glauben, wähnen, dafür halten.

– so wie sie nach Ansicht dieser Dogmatik *sein sollte*. Und daraus folgt: Um Schemata *wirklich*, das heißt: praktisch zu verstehen, muss man sich klar machen, welche rechtliche Wirklichkeit „hinter“ ihnen steht. Ob diese Wirklichkeit dann auch „vernünftig“ ist,⁹ ist eine zweite Frage – und deshalb kann und muss man gelegentlich auch darüber streiten, welches Schema das „richtige“ ist.

„Hinter“ heißt auf Altgriechisch übrigens *metá*. Was wir hier unternehmen, ist also eine Art Metaphysik der juristischen Prüfungsschemata. Sie erfolgt, wie sich zeigen wird, letztlich im Geist des Pragmatismus: Was sind die praktischen Folgen, die in diesem oder jenem Schema „abgebildet“ werden?

I. Zwei Schemata aus dem Öffentlichen Recht

1. Das Prüfschema für Verwaltungsakte: Anwendungsvorrang und Geltungsvorrang

Wir haben bereits in Kapitel 2 beobachtet, dass sich „hinter“ dem Prüfungsschema für Verwaltungsakte nichts Geringeres „verbirgt“ als der *Stufenbau* der Rechtsordnung (§ 11 Rn. 42–45): Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob der Verwaltungsakt (VA) – z.B. die Auflösung einer Demonstration durch die Polizei – dem sogenannten einfachen Recht genügt, hier: dem Versammlungsgesetz. Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob das einfache Recht der Verfassung entspricht oder aber verfassungswidrig ist. Dabei spielen insbesondere die Grundrechte eine Rolle. Zur Erinnerung (§ 11 Rn. 44):

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts
 - a) *Gesetzliche* Grundlagen (z.B. VwVfG, StVG)
 - aa) Formelle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlagen
 - bb) Materielle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlagen
 - b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage
2. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts
 - a) *Gesetzliche* Grundlage (z.B. StVG)
 - aa) Formelle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlage
 - bb) Materielle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlage
 - b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage
3. Ergebnis

Praktisch-methodisch ist nun hinzuzufügen: „Hinter“ diesem Schema und auch „hinter“ diesem Stufenbau stehen zwei pragmatische Grundsätze, die man streng unterscheiden muss: der *Anwendungsvorrang* der rangniedrigeren „Norm“ und der *Geltungsvorrang* der ranghöheren Norm (dazu schon § 18 Rn. 40–42). In Kürze: Der „Rechtsanwender“ hat immer ganz unten zu beginnen – Anwendungsvorrang –, z.B. indem er prüft, ob das Verwarnungsgeld, das die Ordnungsbehörde ihm wegen Verstoßes gegen ein Halteverbot auferlegt, seine Rechtfertigung darin findet, dass er wirklich falsch

⁹ Dies gegen Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Vorrede, zitiert nach: Werke Band 7, Frankfurt a.M. 1970, S. 24: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“. Dass dies ein gefährlicher Gedanke ist, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die nationalsozialistische Ideologie sich gern an Hegel angeschlossen hat – nicht zuletzt der für die juristischen Methodenlehren so einflussreiche Karl Larenz (siehe oben §1 Rn. 23, § 15c Rn. 8–10).

gehalten hat (§ 12 StVO – Straßenverkehrsordnung –). Möglicherweise lag ja gar kein wirksames Verbot vor?

Ein kurioser Fall: Für einen Umzug wurde vom Umzugsunternehmen ein Halteverbotsschild mit dem Zusatz „ab 17.9., 7 Uhr“ aufgestellt. Gemeint war: „17.9., ab 7 Uhr“. Der Umziehende wusste dies natürlich, stellte seinen Pkw am 18.9. dorthin – und bekam prompt ein Knöllchen.¹⁰

- 7 Erst danach geht es Stufe um Stufe nach oben, wobei – Geltungsvorrang! – „der Ober den Unter sticht“, das heißt: Eine rangniedrigere Norm kann wegen Verstoßes gegen die ranghöhere Norm unwirksam sein.

Gelegentlich ist auch eine verfassungskonforme Auslegung möglich (§ 18 Rn. 52–54). Wir können hier hinzufügen, dass es insofern auch eine „geltungserhaltende Reduktion“ gibt: Das Gesetz muss restriktiv interpretiert werden, sonst würde es wegen Verstoßes gegen die Verfassung gar nicht gelten.¹¹

- 8 Im Übrigen sollte man das *einfache Recht* mit seinem Anwendungsvorrang gegenüber der Verfassung viel ernster nehmen, als es häufig geschieht. Es ist nicht jeder Fall ein Fall für die Verfassung, insbesondere sollte man nicht jeden Fall zu einem Grundrechtsfall hochjubeln.¹² Ganz besonders sollte dies im Zivilrecht gelten – daher mutet es merkwürdig an, dass der BGH (Bundesgerichtshof) in einem Fall, der die Kritik eines ebay-Käufers an seinem Verkäufer betraf, geradezu ein Traktat über die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG (Grundgesetz) verfasst hat (dabei übrigens kein Wort zu der wichtigen Frage, wie weit die Grundrechte überhaupt zwischen Privaten gelten, sog. „Drittwirkung“¹³).

Konkret ging es um vier Gelenkbolzenschellen (was immer das sein mag) zum Preis von 14,36 Euro, hinzu kamen 4,90 Euro Versandkosten. Kommentar des Kunden K im Internet: „Ware gut, Versandkosten Wucher!“ Der Verkäufer klagte auf Löschung des Kommentars. Das Amtsgericht Weiden in der Oberpfalz gab ihm Recht, der BGH dem Kommentator. Das hätte man doch auch ohne Grundrechte hinbekommen (nämlich durch schlichte Interessenabwägung bei Auslegung der Begriffe „sachlich“ und „keine Schmähkritik“ – so müssen ebay-Bewertungen sein)!

10 Für diesen Fall kann man sich an der „Rechtsnatur“ des Verkehrsschildes abarbeiten. Ist das Schild eine Rechtsverordnung, dann ist es so auszulegen, wie *alle* es verstehen müssen; ist es ein Verwaltungsakt (so die herrschende Meinung), dann ist es so zu verstehen, wie der individuelle Verkehrsteilnehmer es verstehen darf, hier: Es leidet an einer offenbaren Unrichtigkeit (vgl. § 42 VwVfG). – Der Fall hat sich wirklich so zugetragen, der Bußgeldbescheid scheiterte dann aber schon an formellen Fehlern.

11 Das Problem ist dann natürlich, dass zu der damit verbundenen teilweisen Verwerfung der Norm nur das Verfassungsgericht befugt ist, vgl. *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, Berlin 2009, S. 56 ff., 79 f. – Zur geltungserhaltenden Reduktion im Zivilrecht: *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 5 Rn. 88.

12 Klassisch das Sondervotum von Dieter Grimm in BVerfGE 80, 137 (164) – Reiten im Walde (1989) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]): „Das Reiten im Walde genießt keinen Grundrechtsschutz.“

13 Klassischer Fall: BVerfGE 7, 198 – Lüth (1958); aber da ging es um die Bedeutung der Meinungsfreiheit im Prozess der politischen Willensbildung (Boykott eines Films des Nazi-Regisseurs Veit Harlan).

2. Ein Prüfschema für die Grundrechte: „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“

Das wohl bekannteste Schema im Öffentlichen Recht ist das Schema zu Prüfung von Grundrechten: „Schutzbereich – Eingriff – (verfassungsrechtliche) Rechtfertigung des Eingriffs“. Es kann nicht genug betont werden, dass dieses Schema nicht selbstverständlich ist. Es wurde vielmehr exakt im Jahr 1983 „erfunden“ und in die juristische Dogmatik eingeführt: in Gestalt der ersten Auflage des Lehrbuchs „Staatsrecht II – Die Grundrechte“ von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink¹⁴ (siehe schon § 18 Rn. 92–94). Zuvor lautete das Schema, nach dem geprüft wurde: „Schutzbereich – Schranken.“¹⁵ Worin lag nun der praktische Unterschied?

9

Für Nicht-Juristen: Die bekanntesten Grundrechte sind das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG), Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG). Des Weiteren die Koalitionsfreiheit im Arbeitsrecht, also insbesondere das Recht, Gewerkschaften zu bilden (Art. 9 Abs. 3 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), das Eigentum und das Erbrecht (Art. 14 GG). Schließlich das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Abs. 1 GG, die sogenannte allgemeine Handlungsfreiheit (die sich im autoritativen Text des Grundgesetzes allerdings so nicht findet¹⁶).¹⁷

Außer diesen Freiheitsgrundrechten gibt es auch Gleichheitsgrundrechte (Art. 3 GG), für sie passt das folgende Schema nicht. Die Würde des Menschen ist ein Fall für sich, weil sie nach herrschender Meinung (h.M.) „abwägungsresistent“ ist.¹⁸

14 Erschienen in Heidelberg. Mittlerweile liegt es, fortgeführt von zwei Schülern Pieroths und Schlinks, wie folgt vor: *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 40. Aufl., Heidelberg 2024. – Ich zitiere im Folgenden nach der 38. Aufl., Heidelberg 2022. Es macht wissenschaftlich wenig Freude, dauernd zu prüfen, ob sich in einer Neuauflage die Randnummernzählung geändert hat oder gar eine schöne Randnummer fortgefallen ist (siehe § 18 Fn. 25).

15 Besonders eindrücklich das Schaubild mit den drei konzentrischen Kreisen (von innen nach außen) „Wesensgehalt“, „Grundrechtseinschränkungen (Gesetzesvorbehalt)“, „immanente Grundrechtsschranken (genereller Verfassungsvorbehalt)“ bei *Theodor Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., München 1959, S. 92: Demgemäß gehöre alles, was den immanenten Schranken widerspricht, „von vorneherein“ nicht zum Grundrecht, es liege also auch kein „echter Eingriff“ vor (S. 93). So auch noch *Theodor Maunz/Reinhold Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl., München 1998, z.B. S. 149, 180 f. (ohne Schaubild). – In der ersten Auflage 1951 fehlt an der entsprechenden Stelle (S. 83) das Schaubild, es gibt dort zum gesamten „Vorbehalt des Gesetzes“ – in Anführungszeichen – nur einen einzigen Satz.

Der Klassiker *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, unterscheidet bei den Grundrechten „Ausgestaltung“ und „Begrenzung“ (Rn. 303–320). Der Begriff „Schutzbereich“ taucht nur ganz beiläufig auf (Rn. 362), ebenso der Begriff „Eingriff“ (z.B. Rn. 422), und beides gewiss nicht systembildend.

16 Wortlaut: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

17 Zum Einstieg: *Joachim Lege*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2002, S. 753–761.

18 Dazu oben § 18 Rn. 95 f.

a) Der Sinn: Machtverschiebung

- 10 Das alte Schema „Schutzbereich – Schranken“ betrachtete die Grundrechte gleichsam „von oben“, also *objektiv*-rechtlich: Was ist der Inhalt eines Grundrechts, so wie die Verfassung es ihren Rechtsunterworfenen gewährt – und wo sind die Grenzen („Schranken“) dieses Rechts? Kurz: Das objektive Recht definiert, was dem Einzelnen subjektiv-rechtlich zusteht.

Demgegenüber betont das Schema „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ die *subjektiv-rechtliche* Seite: Der „Schutzbereich“ ist als zunächst unbeschränkte individuelle Freiheit (vor-)gegeben. Jeder staatliche Eingriff in diese Freiheit muss gerechtfertigt werden. Diesem Zweck dienen die sogenannten Schranken, die ihrerseits ihre Grenze in den salopp so bezeichneten Schranken-Schranken finden.

Einfachstes Beispiel für eine Schranke: der sogenannte einfache Gesetzesvorbehalt¹⁹ („die Schranken dieses Rechts bestimmt der Gesetzgeber“); Beispiel für Schranken-Schranke: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ein Eingriff auf Grund des beschränkenden Gesetzes muss „geeignet – erforderlich – angemessen“ sein, s.o. § 15 Rn. 38, 41).

- 11 Im Vergleich wird somit klar: Das neue, von Pieroth/Schlink eingeführte Prüfungsschema stellt die Grundrechtsdogmatik in einen neuen *Rahmen* („*framing*“), es beeinflusst die *Wahrnehmung* der Grundrechte in einer Weise, die zu einer *Machtverschiebung* führt: Das subjektive Recht ist das Erste, es ist sozusagen der Trumpf, den die Rechteinhaber ausspielen können und den der Staat (oder wer sonst das Recht einschränkt) dann gleichsam „bedienen“ muss – und eben nicht immer „übertrumpfen“ kann. Nicht etwa „gewährt“ der Staat dieses Recht, und es wird erst in einem zweiten Schritt den Einzelnen zugeteilt.

Zum *framing* bei der Wahrnehmung von Problemen unten § 35 Rn. 49. – Das Bild von Rechten als Trümpfen stammt von Ronald Dworkin (1931–2013).²⁰ – Zu Ersttheit, Zweitheit und Drittheit als den Kategorien, die sich in jedem Phänomen zeigen, siehe § 5 Rn. 77–78.

- 12 Anders gewendet: Wer ein Grundrecht „geltend *macht*“,²¹ ist nicht *Rechtsunterworfener* (wie im alten Obrigkeitsstaat), sondern *Rechtsinhaber* – und insofern die *erste* Autorität („*auctoritas*“²²) des Rechts, noch *vor* dem Staat (Art. 1 Abs. 3 GG)!

19 Gegensatz sind die sogenannten qualifizierten Gesetzesvorbehalte, die besondere Anforderungen an das beschränkende Gesetz stellen. Bestes Beispiel ist Art. 11 Abs. 2 GG (Hervorhebung J.L.): „Dieses Recht [auf Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet] darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes und nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist.“

20 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London etc. 1977, S. XI, XV, 269 (Paperback London etc. 2023, S. 6, 10); deutsch: *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt a.M. 1984, S. 14, 19; dazu Claudia Bittner, *Recht als interpretative Praxis*. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Berlin 1988, S. 93–98; dazu schon oben § 18 3 c.

21 „Geltung“ ist die Art und Weise, wie Normen existieren.

22 Zu Hobbes' *auctoritas non veritas facit legem* siehe § 14 Rn. 23.

b) Die Vorteile und Nachteile

Wir müssen an dieser Stelle nicht entscheiden, welche Sichtweise (!) der Grundrechte die richtige ist. Dies ist eine Frage der Dogmatik, also der Lehre(n) von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen (§ 10 Rn. 32, § 11 Rn. 8). Wichtig ist lediglich: Die jeweilige Sichtweise der Grundrechte (oder wenn man so will: die jeweils dahinter stehende „Wertung“) wird in dem *Prüfungsschema*, mit dem man an den Fall herangeht, gleichsam abgebildet.

13

Allerdings lässt sich dann auch weiter fragen, welches die praktischen Konsequenzen dieser oder jener Prüfungsroutine sind – im einzelnen Fall, aber auch *in the long run* (dazu § 5 Rn. 71). So liegt der Vorteil des Schemas „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ eben darin, dem Staat bzw. der öffentlichen Gewalt²³ klarzumachen, dass sein bzw. ihr Handeln begründungspflichtig ist.

Ein Nachteil des Schemas könnte freilich die Gefahr eines *Zuviel* an Freiheit sein.

14

Nebenbei: In Platons „Politeia“ gehen alle Staatsverfassungen an einem *Zuviel* ihres höchsten Gutes zugrunde: die Timokratie an einem *Zuviel* der Ehre, die Oligarchie an einem *Zuviel* des Reichtums und die Demokratie an einem *Zuviel* an Freiheit.²⁴

Ein *Zuviel* an Freiheit würde insbesondere dann drohen, wenn jeder Inhaber eines Grundrechts selbst bestimmen könnte,²⁵ was noch zu dessen „Schutzbereich“ gehört.²⁶ Gehören Tempelprostitution und Menschenopfer zur Religionsfreiheit (Schulbeispiel) – sicher nicht.²⁷ Oder das Ausleben von Pädosexualität zur allgemeinen Handlungsfreiheit? Es dürfte klar sein, dass es eine solch grenzenlose Freiheit aller gegen alle nicht geben kann, keine *libertas omnium contra omnes*.²⁸ Derartige Freiheiten würden sich gegenseitig aufheben.

Nebenbei: Der Begriff „Schutzbereich“ findet sich in keinem einzigen autoritativen Text. Im Grunde handelt es sich ganz schlicht um den *Tatbestand*²⁹ des jeweiligen Grundrechts.

23 Der Begriff „Staat“ ist mehrdeutig. Staat im engeren Sinn sind nur Hoheitsträger, die keinen weiteren Hoheitsträger über sich anerkennen (Souveränität, z.B. Bund und Länder); Staat im weiteren Sinn sind auch Hoheitsträger mit, wie man sagt, abgeleiteter Hoheitsgewalt: Städte und Gemeinden, Landkreise, Universitäten, Handwerkskammern, Krankenkassen, Rundfunkanstalten und so weiter.

24 Platon, *Politeia* (meist falsch übersetzt mit „Der Staat“, entstanden vor 347 v.Chr.), Buch VIII; besonders klar dort Abschnitt 14, siehe Joachim Lege, „Politeia“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 196.

25 Man könnte dies auch Definitionsmacht nennen – und sie kann, wie jede Machtposition, missbraucht werden.

26 Klassische Schrift: Wolfram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlin 1987.

27 Reinhold Zippelius, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (Loseblatt), Zweitbearbeitung Art. 4 (1966) Rn. 63.

28 Eine Anspielung auf Hobbes' *bellum omnes contra omnes* – den „Krieg aller gegen alle“, so wie er im Naturzustand – also einem Zustand ohne Recht – herrscht.

29 Für Nicht-Juristen: Nach gängiger Terminologie bestehen Rechtsätze aus „Tatbestand und Rechtsfolge“ (§ 14 Rn. 2–5). Der Tatbestand umschreibt die Voraussetzungen, für die die Regel mit ihren Folgen gilt. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre“ (=Tatbestand) „sind frei“ (= Rechtsfolge).

c) Ein neuer Prüfungspunkt „Gewährleistungsbereich“?

- 15 Daher spricht einiges dafür, im Prüfungsschema der Grundrechte an den Prüfungspunkt „Schutzbereich“ einen Prüfungspunkt „Gewährleistungsbereich“ anzuschließen: Welche Definition von Freiheit will die Verfassung *gewährleisten* (im ersten Schritt) und erst dann, im zweiten Schritt, auch *schützen*?

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen „Gewährleistungsbereich“ in der Tat in einem einzigen Fall³⁰ einmal geprüft, nämlich im Fall des „Sprayers von Zürich“ Harald Naegeli: Es sei zwar unzweifelhaft Kunst, was Naegeli fabriziere:



Bild: Keystone/Alexandra Wey.

30 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, 1293 f. – Hintergrund: „Gewährleistungsbereich“ ist ein Prüfungspunkt, den der damalige Richter des Bundesverfassungsgerichts Ernst-Wolfgang Böckenförde gern allgemein in das Grundrechte-Prüfprogramm einführen wollte. Nur kam er beim Gericht an die Grundrechte in aller Regel nicht heran – sein (Zweiter) Senat war für Verfassungsbeschwerden nicht zuständig. Im Fall Naegeli war dies nun wegen der Besonderheit des Falls – es ging um Naegelis Auslieferung an die Schweiz – ausnahmsweise einmal gegeben, und Böckenförde ergriff sogleich die Gelegenheit, allerdings eher zaghaft:

„Diese Gewährleistung [des Art. 5 Abs. 3 GG] hat das Grundgesetz mit keinem Vorbehalt versehen; ihre Reichweite erstreckt sich aber von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung (sei es im Werk- oder Wirkbereich der Kunst). Überdies enthält das Eigentumsgrundrecht gleichfalls eine Verbürgung von Freiheit; nach den vom Grundgesetz getroffenen Wertungen steht es nicht prinzipiell hinter der Freiheit der Kunst zurück. Gesetze, die eine Eigentumsbeschädigung mit Strafe bedrohen, verstoßen nicht gegen den Sinn dieser Freiheit. In der Bundesrepublik Deutschland wie in der Schweiz kann sich Kunst auch ohne Beschädigung fremden Eigentums entfalten.“

Immerhin findet man im Grundrechtslehrbuch von Böckenfördes Schüler Bernhard Schlink und dessen Schüler Ralf Poscher bis heute diesen Fall und einen Prüfpunkt „Umfang der Gewährleistung“, allerdings nur bei der Kunstfreiheit, der Wissenschaftsfreiheit, der Presse- und Rundfunkfreiheit und der Versammlungsfreiheit, siehe *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 14), Rn. 853–859, 862–866, 785–788, 792–802, 966; allgemein zum „Gewährleistungsgehalt“ der Grundrechte Rn. 305–307.

Aber die Kunstfreiheit sei *von vornherein* nicht so weit gewährleistet, dass sie die Inanspruchnahme fremder Hauswände rechtfertigen (!) könne.

Man sieht: Die Rechtfertigungslast wird verschoben.

Dieses Schema würde dem Staat und dem objektiven Recht die *Definitionsmacht* über die Grundrechte zumindest teilweise zurückerobern. (Ich formuliere es einmal bewusst militärisch, denn letztlich geht es – im Hintergrund des Schemas – um Macht: Definitionsmacht.) 16

d) Resümee

Wir müssen, wie gesagt, an dieser Stelle nicht entscheiden, welche Hintergrundvorstellung von Grundrechten die „richtige“ und welches Prüfschema daher „zutreffend“ ist. Was deutlich geworden sein sollte, ist allerdings: Die Schemata haben ihren SINN – und er liegt nicht allein in ihnen selbst.³¹ 17

II. Im Strafrecht: „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld“

Anders gewendet: Wir möchten in diesem § 23 zeigen, dass „hinter“ den juristischen Schemata immer eine rechtliche *Wirklichkeit* steht – so wie sie nach Ansicht derer, die das Schema verwenden, sein sollte. Daher kann es, wenn die Wirklichkeit kompliziert ist, auch zu Komplikationen mit dem Schema kommen. Die besten Beispiele dafür liefert das Strafrecht. 18

1. Das Grundschema

Im Strafrecht können wir bei der „Aufbereitung des Falls“ – wir sind im Vierten Kapitel -zunächst feststellen, dass sich das Grundschema seit der Antiken Gerichtsrhetorik kaum verändert hat. Wenn die Tatfrage geklärt ist (natürlich immer schon mit Blick auf „die Norm“), dann wurde schon damals geprüft (s.o. § 2 Rn. 10–11): 19

Wie ist die Tat – jemand kommt mit einer Goldmünze, die ihm nicht gehört, aus dem Tempel – zu *definieren* (*status definitionis*)? Das heißt: Unter den Tatbestand welchen Gesetzes lässt sie sich subsumieren? Hier kommen in Betracht: Diebstahl oder Sakrileg (Schändung eines Heiligtums)? Nachdem man dies geklärt hat, ist weiter zu fragen: Wie ist die Tat zu *bewerten* (*status qualitatis*)? Hat der Täter irrtümlich gemeint, es sei seine eigene Münze? Hat er sie jemandem heimlich weggenommen, der sie vorher ihm gestohlen hatte (Selbsthilfe)? War er aufgrund des Gottesdienstes so aufgewühlt, dass er nicht mehr Herr seiner selbst war? Zeigt er wenigstens Reue?

Dass es schon in der Antike Zuordnungsprobleme gab, haben wir erwähnt.³²

31 Zur Logik als SINNZUSAMMENHANG, der auf SINNZUSAMMENHÄNGE verweist: § 24 I; zum Begriff SINNZUSAMMENHANG § 5 II Rn. 40–59.

32 Der Fall (§ 2 Rn. 17): Eine Frau verabreicht ihrem Mann, der sie vielfach misshandelt hatte, einen Liebestrank. Danach verlässt sie ihn, und er bringt sich vor Kummer um. Genau das war ihr Plan. Kann man das (noch) unter den Begriff „Giftmord“ subsumieren? Oder muss man eine Analogie bilden? Und darf man das?

- 20 Das heutige Schema der Prüfung von Straftaten behält die Zweiteilung von rechtlicher „Beschreibung“ und rechtlicher „Bewertung“ in der Tat bei, schaut aber beim *status qualitatis* genauer hin. Es gibt bei der Bewertung erstens Aspekte, die „objektiv“ so sehr zu Gunsten des Täters sprechen, dass seine Tat gerechtfertigt erscheint³³ – das beste Beispiel ist Notwehr (mit der Wertentscheidung: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“). Darüberhinaus gibt es aber zweitens auch „subjektive“ Gründe, die dafür sorgen, dass man dem Täter die Tat, so rechtswidrig sie sein mag, gar nicht oder nur in geringerem Maß vorwerfen will (ehemals schönes Beispiel: er leidet unter Kleptomanie oder Pyromanie³⁴) – mit der praktischen Konsequenz, dass die Strafbarkeit entfällt oder die Strafe zu mildern³⁵ ist. „Dahinter“ steht vor allem die Vorstellung, dass Strafe nur sein soll, wenn der Täter das Unrecht der Tat einsehen und nach dieser Einsicht handeln kann.
- 21 Aus all diesen Gründen lautet das **Grobschema** für die Prüfung von Straftaten heute:
- Tatbestandsmäßigkeit (kurz: „Tatbestand“)
 - Rechtfertigungsgründe (kurz: „Rechtswidrigkeit“)
 - Entschuldigungsgründe (kurz: „Schuld“)

Nebenbei: Es ist in keinerlei autoritativem Text vorgegeben. Man muss es sich aus den §§ 1, 15, 16, 17, 20, 21, 29, 32, 34, 35 StGB (Strafgesetzbuch) zusammenreimen.

– Und noch ein Nebenbei: Dies bezieht sich nur auf das sogenannte vorsätzliche Begehungsdelikt. Besonderheiten wie die Strafbarkeit von Unterlassung, Fahrlässigkeit, Versuch, Beteiligung, etc. müssen wir hier außer Acht lassen.

2. Ausdifferenzierungen: Der Täter irrt sich – in verschiedensten Konstellationen

- 22 Die Dinge werden nun komplexer, wenn man sich etwas intensiver auf die Innenwelt des Täters einlässt, und zwar dann, wenn er sich irrt. Sollte man vielleicht bei Irrtümern über die *Tatsachen* anders urteilen als bei Irrtümern über die *Vorschriften* („Normen“)?

Nehmen wir nochmals das Tempelbeispiel: Täter T meint, er habe, so zerstreut, wie er ist, die Münze aus Versehen dort liegen gelassen, und er nehme sie jetzt wieder an sich. Dann ist die Münze nach *seiner* Vorstellung *keine* „fremde bewegliche Sache“;³⁶ die er stehlen könnte. Oder aber: T meint, man dürfe die Münzen, die von anderen Besuchern in das Wasserbecken im Tempel geworfen wurden,³⁷ herausfischen. Oder: T nimmt die Münze dem Opfer O heimlich weg und geht frohgemut nach Haus, weil

33 Wenn man so will, hat der Täter dann den höheren Trumpf, vgl. Rn. 11.

34 Kleptomanie ist die zwanghafte Sucht zu stehlen, Pyromanie der Zwang, Feuer zu legen (manchmal in der Variante, der erste beim Löschen sein zu wollen). Mittlerweile ist sehr umstritten, ob es diese beiden „schweren anderen seelischen Störungen“ (§ 20 StGB) *als solche* wirklich gibt oder ob man sie begrifflich anders fassen sollte, siehe die Nachweise bei Wolfgang Schild/Benno Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Baden-Baden 2023, § 20 Rn. 103.

35 Zur Strafzumessung oben § 15b Rn. 25–27.

36 § 242 Abs. 1 StGB (Hervorhebung J.L.): „Wer eine *fremde* bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

37 Man denke an den Trevi-Brunnen in Rom.

er nicht nur glaubt, es sei *seine* Münze, sondern auch, dass er dies *darf*, weil zuvor der O sie ihm weggenommen hatte? Dann irrt er gleich zweimal: Selbsthilfe in dieser Form ist kein anerkannter Rechtfertigungsgrund,³⁸ und außerdem ist es eben gerade *nicht* seine Münze.

Wie man diese und weitere Fälle zu behandeln hat, ist ein geradezu klassisches Thema aus dem „Strafrecht AT“ (AT wie „Allgemeiner Teil“). Etwas holzschnittartig kann man es auf zwei Fragen „herunterbrechen“. Die erste lautet: Wie halten wir es mit dem **Vorsatz**, also mit dem „Wissen und Wollen“ des Täters?³⁹ Gehört der Vorsatz („ich wusste doch gar nicht, dass mir die Münze nicht gehört“) zum *Tatbestand* oder zur *Schuld*? Die zweite lautet: Wie halten wir es mit dem **Unrechtsbewusstsein** („ich dachte, ich darf das“)? Gehört dieses mit zum Vorsatz (so die Vorsatztheorie) oder gehört es zur Schuld (so die Schuldtheorie)?

23

Daran schließt sich dann, auf der prüfpraktischen⁴⁰ Ebene, die weitere Frage an: Wo bringe ich das „in unserem Schema unter“? Und **dahinter** steht die lebenspraktische Frage: Welche (Rechts-) Folgen hat das Ganze? Gehen wir dies Schritt für Schritt einmal durch:

38 Nach heutigem Recht gilt zwar zunächst § 229 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch): „Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt (...), handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“ Es gilt dann aber auch § 230 Abs. 2 BGB: „Im Falle der Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen.“ Im Klartext: Die Sache muss gerichtlich geklärt werden. In vielen Milieus ist dies ein wenig weltfremd.

39 Die Formel „Wissen und Wollen“ ist nur eine Kurzfassung. Genau besehen (für rechtsvergleichen- de Unterstützung aus Österreich danke ich Thomas Mühlbacher) gibt es drei Grade des Vorsatzes: die Absicht (dem Täter kommt es auf den Erfolg an, z.B. auf die Tötung eines Menschen), den direkten Vorsatz (der Täter weiß sicher, dass er einen Menschen töten wird), schließlich den bedingten Vorsatz (der Täter nimmt eine eventuelle Tötung billigend in Kauf – „sei’s drum, jedenfalls handle ich“), den man zudem von der bewussten Fahrlässigkeit abgrenzen muss („s wird schon gutgehen“). Im Einzelnen ist vieles umstritten, siehe *Urs Kindhäuser/Till Zimmermann*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Baden-Baden 2024, §§ 13 und 14.

40 Ich sage bewusst „**prüfpraktisch**“ und nicht „prüfungspraktisch“, denn ich meine *nicht* die vielen (universitären und Staats-) „Prüfungen“, die Juristen ablegen müssen, sondern die **Prüfung eines Falls**, so wie sie das täglich Brot auch ausgewachsener Juristen ist. – Dabei benutzt übrigens auch der BGH gelegentlich den **Gutachtenstil**, nämlich dann, wenn er den Fall an die untere Instanz zurückverweist und *diesem* Gericht sagt, was es übersehen und jetzt noch zu prüfen hat:

„a) Die Wegnahme des Mobiltelefons durch die Angeklagte kann **möglicherweise** durch Selbsthilfe gemäß § 229 BGB (...) gerechtfertigt gewesen sein.“

„b) Sollte die Angeklagte das Mobiltelefon durch erlaubte Selbsthilfe (§ 229 BGB) an sich genommen haben, so **könnte** der von ihr gesetzte Messerstich möglicherweise durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt gewesen sein.“

„c) Selbst wenn das Verhalten der Angeklagten nicht durch Notwehr gerechtfertigt gewesen sein sollte, **könnte** sie irrig von den tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrsituation ausgegangen sein (...), einem Verbotsirrtum (...) unterlegen sein oder wegen eines intensiven Notwehrexzesses (§ 33 StGB) ohne Schuld gehandelt haben.“

Instruktiver Fall daher, auch im Hinblick auf die Irrtumslehre: BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 2012, 144 – keine Notwehr gegen Selbsthilfe.

a) Die autoritativen Texte (das Gesetz) zu „Vorsatz“ und „Unrechtsbewusstsein“

- 24 Wir haben gesagt, dass schon das Grobschema „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld“ in keinem autoritativen Text vorgegeben ist. Das Gleiche gilt für die nun anstehenden Verfeinerungen. Allerdings erlaubt der Blick ins Gesetz eine Reihe von Schlussfolgerungen (und natürlich kannte auch der Gesetzgeber „das Schema“).

Zunächst zeigt sich, dass das Gesetz **Vorsatz** und **Schuld** *wirklich* unterscheidet. Zum Thema „Vorsatz“ heißt es:

§ 15 StGB Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.

§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB: Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. (...)

- 25 Zudem wird das **Unrechtsbewusstsein** offenbar der Kategorie „Schuld“ zugeordnet:

§ 17 StGB Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Ebenso in den folgenden Vorschriften:

§ 20 StGB Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen einer Intelligenzminderung oder einer schweren anderen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.⁴¹

§ 21 StGB Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

b) Folgerungen für das Grundsche ma

- 26 Daraus lässt sich nun für das **Grundsche ma** folgern: Der **Vorsatz** gehört, weil er den Vorwurf der Strafbarkeit gänzlich entfallen lässt, doch besser schon in den „Tatbestand“, so dass man dort unterscheiden sollte in (a) „objektiven“ und (b) „subjektiven“ Tatbestand. Folge: Wenn kein Vorsatz, dann kein Tatbestand – Schluss, aus (Prüfökonomie!). Das **Unrechtsbewusstsein** ist hingegen ein zentrales, wenngleich nicht das einzige Element der Schuldhaftigkeit – so dass, nebenbei, die strenge Vorsatztheorie⁴² nicht mehr vertretbar ist.

Ein erweitertes Prüfsche ma sieht daher wie folgt aus:

41 Nebenbei: § 20 StGB ist **sprachlich** mit Wirkung zum 1. Januar 2021 geändert worden. Er lautete zuvor: „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat (...) wegen Schwachsinns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist (...).“

42 Nach dieser Theorie „führt jede Fehlvorstellung, nach der sich die Tat als rechtmäßig darstellt, zum Vorsatzausschluss“ (Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht [Fn. 39], § 29 Rn. 14). – Ein inhaltliches Argument gegen diese Theorie lautet: Sie bevorzugt diejenigen, die aus Egoismus oder sonstigen unehrenhaften Gründen nicht in der Lage sind, ihr Verhalten als Unrecht zu begreifen.

- I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand (= die Tatbestandsmerkmale des jeweiligen Strafgesetzes)
 - 2. Subjektiver Tatbestand (= Vorsatz)
- II. Rechtswidrigkeit
 - Z.B. Notwehr (§ 32 StGB)
- III. Schuld
 - Z.B. fehlende oder verminderte Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB)
 - Z.B. Verbotsirrtum (§ 17 StGB)

Auch dieses erweiterte Schema ist freilich kein Schema, mit dem sich *alle* denkbaren Fälle des Strafrechts oder wenigstens alle Fälle des „vorsätzlichen Begehungsdelikts“ (s.o.) zweifelsfrei lösen ließen. Aber es zeigt einmal mehr, dass die Schemata dem objektiven Recht folgen und ihm nicht etwa vorangehen.

c) Die „Irrtumslehre“ im Einzelnen

Die Schemata haben demgemäß auch eine unangenehme Funktion: Sie zeigen unter Umständen, dass derjenige, der das Schema verwendet, das dahinter stehende objektive Recht nicht oder nicht vollständig verstanden hat. Dazu müssen wir etwas ausholen und auf die oben schon angedeutete strafrechtliche Irrtumslehre⁴³ zurückkommen: 27

Man kann zunächst ganz leicht *mit dem Gesetz* unterscheiden: 28

a) den **Tatbestandsirrtum** (§ 16 Abs. 1 StGB): „Ich dachte, das ist meine eigene Münze“;

b) den **Verbotsirrtum** (§ 17 StGB): „Ich dachte, man darf die Münzen herausfischen“.

Im ersten Fall entfällt mit dem Vorsatz die Strafbarkeit gänzlich, im zweiten Fall kommt es darauf an, ob der Irrtum zu vermeiden war.

Wie liegt es aber, wenn man sich über das *Vorliegen von Rechtfertigungsgründen* irrt? 29
Hier gibt es zwei oder gar drei Varianten:

c) den **Erlaubnisirrtum**: „Ich dachte, Selbsthilfe ist erlaubt“;

d) den **Erlaubnistatbestandsirrtum**: „Ich dachte, er will mich angreifen – und habe ihn aus Notwehr niedergeschlagen“;

Schuldfall: Opfer O verwechselt den Täter T mit einem alten Freund und läuft „so wie früher“ ungestüm auf ihn los.⁴⁴

e) den doppelten (nämlich Tatbestands- und Erlaubnis-) Irrtum: „Ich dachte, er hat mir die Münze gestohlen, deshalb darf ich sie ihm jetzt mit Gewalt wieder abnehmen.“

Hier lautet die Lösung nach der h.M. mittlerweile: 30

ad c) Der **Erlaubnisirrtum** ist ein Fall des Verbotsirrtums (§ 17 StGB); wenn der Täter den Irrtum vermeiden konnte, bleibt es also bei der Strafbarkeit.

ad d) Der **Erlaubnistatbestandsirrtum** ist zwar kein Tatbestandsirrtum, aber ebenso zu behandeln (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB analog): Wer *Tatsachen* für gegeben

43 Schöne Darstellung: Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht (Fn. 39), §§ 26–29.

44 Ähnliches Beispiel bei Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht (Fn. 39), § 29 vor Rn. 1.

hält – hier den „Angriff“ des O –, die ihn rechtfertigen würden, muss sich nicht fragen lassen, ob er den Irrtum vermeiden konnte. Sein Verhalten ist nicht strafbar – so, als hätte er keinen Vorsatz gehabt („eingeschränkte Schuldtheorie“⁴⁵).

ad e) Beim Doppelirrtum dürfte es wieder auf die Vermeidbarkeit ankommen.

Jedoch ist all dies nach wie vor umstritten, insbesondere beim Erlaubnistatbestandsirrtum.⁴⁶

d) Insbesondere: Wo prüfe ich – im Grundschemata – den „Erlaubnistatbestandsirrtum“?

31 Das Schwierige ist nun, dass man je nach „Theorie“ den Erlaubnistatbestandsirrtum – also etwa die irrige Annahme einer Notwehrlage – auf allen drei Ebenen des Grundschemas unterbringen könnte:

- Man kann vertreten: Auch dies ist doch eine Frage des (subjektiven) *Tatbestandes* des § 223 StGB (Körperverletzung); Folge: kein Vorsatz.⁴⁷
- Man kann aber auch vertreten: In der Sache ist es eine Sache der *Rechtswidrigkeit*. Jemanden k.o. schlagen bleibt „eigentlich“ strafbar, hier ist es aber subjektiv gerechtfertigt (wohl die eleganteste Lösung).⁴⁸
- Oder man kann vertreten: Es ist eine Frage der *Schuld*, dann gibt es zwei Meinungen: Die Strafbarkeit entfällt nur dann, wenn der Irrtum vermeidbar war.⁴⁹ Oder aber: Es entfällt auch bei Vermeidbarkeit die „Vorsatzschuld“ und mit ihr die Strafbarkeit.⁵⁰

32 Man ahnt schon: In vielen Fällen führen alle drei bis vier Ansichten zu demselben Ergebnis. Nichtsdestoweniger weiß der arme Jurist, insbesondere: der arme Student dann aber immer noch nicht, wo er den „Theorienstreit“, den er auswendig gelernt hat, im Grundschemata am besten unterbringt. Zumal „am Ende“ droht, die höchst scharf-

45 Demgegenüber behandelt die strenge Schuldtheorie ein jedes „Wissen“ des Täters, das sich nicht auf den objektiven Unrechtstatbestand bezieht, als ein Problem der Schuld; sie würde also auch hier § 17 StGB anwenden und nach der Vermeidbarkeit des Irrtums fragen.

46 Man unterscheidet im Wesentlichen:

- die strenge Vorsatztheorie (nicht mehr vertretbar),
- die modifizierte Vorsatztheorie,
- die strenge Schuldtheorie,
- die eingeschränkte Schuldtheorie,
- die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand oder auch Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,
- die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie;

zu allem *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 39), §29 Rn.11–28. – Kindhäuser/Zimmermann sprechen übrigens vom Erlaubnistatbestandsirrtum, nicht also Erlaubnistatbestandsirrtum. Das ist in der Tat präziser, entspricht aber nicht der herrschenden Terminologie (selbst in einem von Kindhäuser mitherausgegebenen Kommentar wird die Bezeichnung „Erlaubnistatbestandsirrtum“ verwendet). Ich bleibe deshalb mit leisem Bedauern bei dieser herrschenden Terminologie.

47 § 16 Abs.1 Satz1 StGB in unmittelbarer Anwendung; so die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen oder auch Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand.

48 § 16 Abs.1 Satz1 StGB in analoger Anwendung; so die eingeschränkte Schuldtheorie.

49 § 17 StGB; strenge Schuldtheorie.

50 § 16 Abs.1 Satz1 StGB analog; rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie.

sinnige Argumentation mit der frustrierenden Formel zu krönen: „Da alle Theorien in diesem Fall zu demselben Ergebnis führen, muss der Streit nicht entschieden werden.“

e) Eine prüfpraktische Empfehlung – und eine Warnung

Dringend zu empfehlen ist daher: Man mache sich für sich selbst abschließend klar, welche der drei Lösungen zur „Verurteilung“ des Erlaubnistatbestands im Grundschemata man wählt – und stelle in seinem Gutachten oder auch Urteil den „Theorienstreit“ an eben diesem Ort möglichst knapp dar⁵¹ – am besten mit Hilfe eines **Textbausteins**, den man sich zu Hause selbst erarbeitet hat und den man eben deshalb an den konkreten Fall **anpassen**⁵² kann. 33

Wenn dann herauskommt, dass die anderen Theorien zu demselben Ergebnis kämen – prima. Und wenn sie zu einem anderen Ergebnis kommen – umso besser. Dann kann man nämlich kurz begründen, aus welchen Gründen man sie ablehnt (dazu sogleich unter f).

Im Anschluss muss man dann freilich sehr darauf achten – das ist die Warnung –, **konsequent** zu bleiben. Andernfalls zeigt man, dass man die Gesamtproblematik nicht wirklich verstanden hat. 34

Wer also im Rahmen der *Rechtswidrigkeit* prüft, dass Täter T davon ausging, es liege eine Notwehrlage vor – das heißt: ein „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff“ auf ihn (§ 32 Abs. 2 StGB) – und wer deshalb in analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB die (subjektive) Rechtswidrigkeit verneint, ...

... der darf dann nicht etwa im Rahmen der *Schuld* erörtern, ob der Irrtum *vermeidbar* war (böswillige⁵³ Aufgabensteller legen insoweit manchmal falsche Fährten).⁵⁴

Schemata sind eben auch dazu da, die Folgerichtigkeit des Denkens – und letztlich Handelns – sicherzustellen. (Zur Logik als der Lehre von der Folgerichtigkeit siehe § 4.) 35

f) Hinter dem Schema: die praktischen Konsequenzen

Aber wie verschaffe ich mir nun die nötige **Klarheit** darüber, welche Lösung die „richtige“ ist? Nun, indem ich nach den praktischen Konsequenzen⁵⁵ frage, die sich an meine Lösung und die anderen Lösungen knüpfen. 36

Insoweit kann ich mich, was den Erlaubnistatbestandsirrtum angeht, kurz fassen. Die erste praktische Konsequenz betrifft seine **Vermeidbarkeit**. Wer meint, der Täter müsse sich fragen lassen, ob er die Lage habe besser durchschauen können, ist in gewisser Weise fein heraus: Er kann sich rasch zur „Schuld“ durcharbeiten und dort nach § 17

51 Ein Muster, für eine Klausur vielleicht etwas zu breit: Urs Kindhäuser/Kay H. Schumann/Sebastian Lubig/Till Zimmermann, Klausurtraining Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, S. 224 ff. (226–229).

52 Zur Metapher der Maßkonfektion sogleich unter 3.

53 Vielleicht sind sie aber auch allzu gutwillig und wollen für die weitere Fallbearbeitung bestimmte Abzweigungen verstellen (etwa im Hinblick auf Beteiligte, siehe unter f).

54 Weiteres Beispiel: Wenn man der eingeschränkten Schuldtheorie folgt, darf man nicht im subjektiven Tatbestand (abschließend) den Vorsatz bejaht haben und dann bei der subjektiven Rechtfertigung den Vorsatz wieder verneinen (für den Hinweis danke ich Urs Kindhäuser).

55 Zu dieser Grundeinsicht des Pragmatismus oben § 5 I Rn. 14.

StGB vorgehen. Allerdings muss er dann begründen, warum er dieser Mindermeinung folgt.

- 37 Wer die Analogie zu § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB wählt, muss eine praktische Konsequenz bedenken, die wir bisher noch gar nicht angesprochen haben: Wie sieht es aus, wenn sich ein **Dritter** an der ungerechtfertigten Notwehr **beteiligt** – und die Lage dabei durchschaut? Verneint man den *Vorsatz* des Täters T, kann es mangels „Haupttat“ keine Beihilfe im Rechtssinn geben.⁵⁶ Lässt man hingegen nur die *Vorsatzschuld* entfallen⁵⁷, könnte man den Gehilfen wegen Beteiligung an der Haupttat bestrafen.
- 38 Zu bedenken ist schließlich: Eine Bestrafung wegen **fahrlässiger** Begehung⁵⁸ der Tat (z.B. Tötung, Körperverletzung) „bleibt unberührt“ (§ 16 Abs. 1 Satz 2 StGB). Wenn also in unserem Beispiel der scheinbar⁵⁹ angegriffene T die Harmlosigkeit des Angreifers O bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können, wird er eben doch – wenngleich milder – bestraft (§ 229 statt § 223 StGB).

Siehe nochmals § 15 StGB: „Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.“ – Dies ist allerdings im „Kernstrafrecht“ des StGB gar nicht so häufig der Fall.⁶⁰

Wie auch immer: Man bilde sich hierzu eine eigene, abschließende Meinung!

3. Resümee: Schemata erfordern eine Art Maßkonfektion

- 39 **Methodologisch** dürfte nach allem klar geworden sein: Man muss manchmal sehr genau wissen, wie die rechtliche Wirklichkeit „hinter“ dem gängigen Schema aussieht. Mehr noch: Man muss wissen, wie sie nach der eigenen Meinung aussehen *sollte* – und dann muss und kann man das Prüfschema daraufhin „zurechtschneiden“. Schemata gleichen insofern, handwerklich betrachtet, der sogenannten **Maßkonfektion** für Be-

56 § 27 Abs. 1 StGB: „Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu *dessen vorsätzlich* begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat“ (Hervorhebung J.L.).

57 Allerdings sollte man diese logische Inkonsistenz vermeiden („wenn schon § 16 analog, dann wirklich § 16 analog, also: kein Vorsatz“) und sich auf eine **dritte praktische Frage** zurückziehen: Hat der Dritte D selbst einen Straftatbestand verwirklicht (und dem Opfer O selbst eins auf die Nase gegeben)? Hat er sich vielleicht sogar des Täters T als eines vorsatzlosen („nicht-dolosen“) Werkzeugs bedient (und ihm eine tödliche Waffe in die Hand gedrückt)? Dann sollte man ihn „drankriegen“. Sonst nicht.

58 Zur Definition siehe etwa *Martin Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Auflage, München 2023, § 15 Rn. 35: „*Fahrlässig* handelt, wer entweder die Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, und deshalb die Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt (unbewusste Fahrlässigkeit; ...) oder wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, dass sie nicht eintreten werde (bewusste Fahrlässigkeit; ...)“. Allerdings: „Sowohl der genaue Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs wie auch seine Integration in den Delikttaufbau sind *noch nicht abschließend geklärt* und in Teilbereichen sehr umstritten.“

59 Weil es heute nicht mehr allgemein bekannt ist: „scheinbar“ bedeutet „nur zum Schein, in Wirklichkeit aber nicht“. Demgegenüber „anscheinend“: „allem Anschein nach wirklich so“. Es macht also einen großen Unterschied, ob man sich scheinbar oder anscheinend ge bessert hat.

60 Wenn deshalb „Strafbarkeitslücken“ beklagt werden, ist dies nicht mehr als eine *petitio principii* (= es wird zur Begründung angeführt, was zu begründen wäre, hier: die generelle Strafbarkeit eines fahrlässigen Erlaubnistatbestandsirrtums). Es trägt sich auch schwer mit dem Grundgedanken „keine Strafe ohne Gesetz“ (*nulla poena sine lege*, ausdrücklich geregelt in § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG).

kleidungsstücke: Zunächst handelt es sich um Massenware, die das geltende Recht und seine Dogmatik so „abbildet“, dass man es „am Fall“ möglichst schnell und ökonomisch „anwenden“ kann. Nichtsdestoweniger müssen die Schemata an jeden Fall und an jedes Problem **angepasst** und gelegentlich – wie beim Erlaubnistatbestandsirrtum – flexibel gehandhabt werden. Hier das richtige Maß zu erkennen – das ist letztlich die große Kunst.

Eben deshalb muss man möglichst gut verstanden haben, wie es „hinter“ dem Schema aussieht. 40

Vielen Studenten ist dies zu wenig bewusst, und dies wird durch eine gewisse „Schemata-Industrie“ in Repetitorien und Lehrbüchern noch befördert. Aber in den Juristischen Prüfungen soll nicht ermittelt werden, ob die Studenten „Schemata können“, sondern ob sie erkennen, wo die rechtlichen, und das heißt: praktischen Probleme liegen. Dass diese Probleme dann in eine geordnete Prüfungsreihenfolge einzubauen sind, dient der Kontrolle (Logik!) und ist eine Herausforderung für sich. Wer daher Schemata nur „herunterbetet“, zeigt, dass er nicht verstanden hat, worum es geht. (Das gilt insbesondere, wenn seitenlang Unproblematisches „geprüft“ wird.)

Für Nicht-Juristen mag das Beispiel „Erlaubnistatbestandsirrtum“ übrigens eine Besonderheit der Strafrechtsdogmatik illustrieren: Sie ist bis zur Haarspalterei differenzierungsfreudig, und die Phantasie beim Ersinnen immer neuer Theorien und Fallgestaltungen ist unerschöpflich. (Die interessantesten Fälle liefert freilich immer noch „das Leben“.⁶¹)

III. Die Schemata im Zivilrecht („Anspruch entstanden – Anspruch untergegangen“)

Im Zivilrecht ist die Vorherrschaft der Schemata geringer. Vielleicht liegt dies daran, dass der Stoff sehr viel umfangreicher und auch vielgestaltiger ist: Im Sachenrecht, zum Beispiel, herrscht eine ganz andere Atmosphäre als im Schuldrecht. Wohl aus diesem Grund gibt es im Zivilrecht zwei Vorsortierschemata, die im konkreten Fall gar nicht 41

61 Am berühmtesten wohl: BGHSt 35, 347 – „Katzenkönig“ (1988) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite). Die Angeklagte A und der Angeklagte B hatten einem dritten, „leicht beeinflussbaren“ Angeklagten C über Jahre weisgemacht, es gebe einen mächtigen mystischen Katzenkönig. Eines Tages ergriffen sie die Gelegenheit, den C zu benutzen, um eine vierte Person X – eine Blumenhändlerin – zu töten, Motiv: Eifersucht. Zu diesem Zweck redeten sie dem C ein, der Katzenkönig verlange ein Menschenopfer, und zwar die X, sonst werde er Millionen Menschen vernichten. C griff die X daher trotz großer Gewissensbisse in ihrem Laden hinterrücks mit einem Messer an, um sie zu töten – was zum Glück nicht gelang.

Besonders *strange* auch der Fall BGHSt 32, 38 – „Sirius“ (1983). Dort hatte der Angeklagte Fred seinem Opfer – einer jungen Frau namens Heidrun – weisgemacht, er komme vom Planeten Sirius, und sie könne ihm auf die dort übliche höhere Bewusstseinsstufe folgen, wenn sie ihren Körper verlasse und am Genfer See in einen anderen Körper, der dort bereitliege, einziehe. Zu diesem Zweck solle sie in die mit Wasser gefüllte Badewanne steigen und einen laufenden Fön hineinwerfen. Zuvor hatte Heidrun zu Freds Gunsten eine hohe Lebensversicherung abgeschlossen. Die Aktion schlug wegen eines Erdungsfehlers der Badewanne fehl. Fred wurde wegen versuchten Mordes – mit Heidrun als „Werkzeug gegen sich selbst“ verurteilt. – Mehr zu Fred und weiteren haarsträubenden Fällen, in die er verwickelt war: *Rainer Griesbaum/Holger Schmidt*, Neues vom Sirius – das Übersinnliche und die schnöde Habgier, in: NJW 2023, 2833.

expliziert werden. Vielmehr ordnen sie den Fall und seine Rechtsprobleme erst einmal ganz grob in das System des Zivilrechts ein.

1. Die beiden Vorsortier-Schemata

- 42 Zum ersten Vorsortier-Schema (mir fällt keine bessere Bezeichnung ein): Im Zivilrecht geht es immer darum, ob es einen Rechtsgrund dafür gibt, dass der eine Private von einem anderen Privaten etwas Bestimmtes verlangen darf. Daher lautet das allererste Schema, das allen weiteren Schemata in Gedanken vorangeht (man kann es eigentlich auch in das Strafrecht und das Öffentliche Recht übertragen⁶²):

„Wer – will was – von wem – woraus?“⁶³

Einen Schritt weiter ist man schon, wenn man dies zu dem Begriff „Anspruch“ kondensiert, den das Gesetz, wie wir schon erwähnt haben, selbst definiert (sogenannte Legaldefinition):

§ 194 Abs. 1 BGB Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

- 43 Damit zum zweiten Vorsortier-Schema: Weil, wie schon angedeutet, die *Rechtsgründe* für zivilrechtliche Ansprüche sehr *vielgestaltig* sind, lautet das Schema des zweiten Zugriffs auf einen Fall im Groben (es findet sich ähnlich schon in den „Institutionen“ des antiken römischen Juristen Caius, also dem Anfängerlehrbuch der damaligen Juristen⁶⁴):

- (1) Ansprüche aus Vertrag (z.B. Kauf, Miete, Arbeitsvertrag)
- (2) Ansprüche aus vertragsähnlichen Beziehungen („Quasivertrag“, z.B. *culpa in contrahendo*⁶⁵, Geschäftsführung ohne Auftrag⁶⁶)
- (3) Sachenrechtliche Ansprüche (z.B. auf Herausgabe einer Sache oder Unterlassung nachbarschaftlichen Lärms)
- (4) Deliktische Ansprüche (vor allem § 823 ff. BGB)
- (5) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 ff. BGB)

62 Im Strafrecht „will“ der Staat mich auf Grund eines Strafgesetzes verurteilen; im Staatsrecht „will“ ich den Staat auf Grund meines Grundrechts in die Schranken verweisen; oder eben der Staat „will“ mich am Nacktgehen in der Öffentlichkeit hindern.

63 Der Spruch ist uralt und häufig persifliert worden. In meiner Studentenzeit war er als Graffito an das „KG III“ (Kollegiengebäude 3) gesprüht, dort war auch das Stehcafé (auch „Café Senkrecht“) auf dem Freiburger Universitätsgelände.

64 Inst. 3.13.2 = Institutionen Buch 3 Kapitel XIII Abschnitt 2. Die Institutionen sind das erste Buch des Corpus Iuris Civilis, das ist die Rechtssammlung, die der oströmische Kaiser Justinian hat zusammenstellen lassen und sodann in den Jahren 529/530 mit Gesetzeskraft ausgestattet hat. Leicht zugängliche Ausgabe Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohsse/Thomas Riefner, Corpus Iuris Civilis – Die Institutionen, lateinisch-deutsch, 4. Aufl., Heidelberg 2013. – Genau besehen müsste man die Caius-Institutionen (ca. 160/161) von ihrer Fassung im Corpus Iuris (529) unterscheiden.

65 Das heißt: Verschulden bei den Vertragsverhandlungen; klassisches Beispiel: Kunde K rutscht im Supermarkt auf einem Salatblatt aus und verletzt sich dadurch. Dazu schon oben § 16 Rn. 16.

66 §§ 677 ff. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch.

„Hinter“ diesem Schema steht zunächst einmal die Anerkennung der *Privat-auto-nomie*: Die Privaten haben die Rechtsmacht⁶⁷, ihre privat(wirtschaftlich)en Rechtsverhältnisse selbst (*autós*) zu regeln (*nómos* wörtlich: das Gesetz) – im gegenseitigen Einverständnis, versteht sich. Diese Regeln sind autoritative Rechtstexte (zum Begriff § 14 Rn. 22), möglich natürlich auch in mündlicher Form⁶⁸, und haben den Vorrang vor gesetzlichen Regelungen. (Es sei denn, natürlich, es handelt sich um zwingendes Recht, zum Beispiel ein Schriftformerfordernis oder das Wucherverbot des § 138 Abs. 2 BGB.)

44

Übrigens erinnert das Schema an die schon von Aristoteles im Rahmen der ausgleichenden Gerechtigkeit vorgenommene Unterscheidung von „freiwilligen“ und „unfreiwilligen“ Gegenseitigkeitsverhältnissen, grob gesagt: von Vertrag und Delikt (§ 11 Rn. 39).

Allerdings ist dieses Vorsortier-Schema wie schon das erste derart umfassend, dass es keineswegs in jedem Gutachten oder gar in jedem Urteil zu jedem Zivilrechtsfall „heruntergebetet“ werden müsste.

2. Das Anspruchsprüfschema

Man muss und darf sich daher – im dritten und endgültigen Zugriff – auf das beschränken, was wirklich relevant ist, also zum Beispiel, wenn es um einen Anspruch auf Schadensersatz geht:

45

A. Anspruch des A gegen den B aus Kaufvertrag (§§ 437, 440 BGB)

B. Anspruch des A gegen den B aus § 823 Abs. 1 BGB (unerlaubte Handlung)

Wenn man auf diese Weise bei den jeweiligen Ansprüchen angekommen ist, ist das weitere Vorgehen letztlich von der Sach-Logik⁶⁹ vorgegeben: Der Anspruch muss irgendwann einmal entstanden sein, und er darf danach nicht wieder untergegangen sein. Außerdem hat der Anspruchsgegner unter Umständen die Möglichkeit, die Durchsetzung des Anspruchs durch eine sogenannte Einrede⁷⁰ zu verhindern. Daraus ergibt sich das allgemein anerkannte Grobschema:

46

67 Nochmals wenigstens in der Fußnote: die *auctoritas* = Urheberschaft, Autorschaft ist es, die einen Text zum Rechtstext macht.

68 Im BGB nirgends ausdrücklich geregelt; man muss es aus den Sonderregelungen für die Schriftform rückschließen. – Im Verwaltungsrecht sagt § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG ausdrücklich: „Ein Verwaltungsakt kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden.“

69 Dass es eine Sach-Gerechtigkeit gibt und man sie zu respektieren hat, betont vor allem *Alexander Hollerbach*, Gerechtigkeit und Recht, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon Bd. 2, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1986, Sp. 900.

70 Für Nicht-Juristen: Auf die „Einrede“ muss sich der Anspruchsgegner ausdrücklich berufen. Demgegenüber muss das Gericht eine „Einwendung“, z.B. die Einwendung der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), wenn deren Voraussetzungen vorliegen, von Amts wegen berücksichtigen.

A. Anspruchsgrundlage (z.B. Kaufvertrag, § 433 BGB⁷¹)

- I. Entstehung des Anspruchs
 1. Erfüllung der Voraussetzungen (z.B. Vertragsschluss)
 2. Keine rechtshindernden Einwendungen (z.B. Geschäftsunfähigkeit)
- II. Kein Untergang des Anspruchs (z.B. durch Anfechtung)
- III. Durchsetzbarkeit (z.B. keine Einrede der Verjährung)

- 47 „Hinter“ diesen Punkten steckt dann jeweils so viel „Stoff“, dass man sich mit dem „Schema an sich“ im Zivilrecht deutlich weniger beschäftigt als in den beiden anderen Rechtsgebieten.

Hinzu kommt: Im Ersten Juristischen Examen wird im Zivilrecht, anders als im Öffentlichen Recht, die *Zulässigkeit* einer etwaigen Klage so gut wie nie geprüft.⁷² Es geht immer gleich um die materielle Rechtslage – dadurch entfällt sehr viel „Formalkram“.

Zu einem „Zulässigkeitsschema“ sogleich noch bei Rn. 52 f.

IV. Schlussbemerkungen

- 48 Wegen der Allgegenwart der „Schemata“ in der juristischen Ausbildung sind am Ende ein paar Schlussbemerkungen angebracht. Vieles davon mag auf Selbstverständlichkeiten zielen – zur Selbstvergewisserung der Zunftausbildung erscheint es mir dennoch nötig.

1. Die Schemata sind nicht das geltende Recht – sie repräsentieren („abbilden“) es nur

- 49 Das Wichtigste zuerst: Die Schemata sind nicht das geltende Recht. Das geltende Recht steht allein – oder fast immer allein⁷³ – in den autoritativen Rechtssätzen (und ihrer Interpretation, versteht sich). Die Schemata versuchen, dieses Recht möglichst benutzerfreundlich wie in einer Checkliste (oder Gebrauchsanleitung) „abzubilden“. Allerdings kann sich hinter dem Schema auch eine bestimmte Interpretation des Rechts verbergen (Beispiel: „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ bei der Grundrechtsprüfung).

71 Vorsicht: Hier ergibt sich der Anspruch, z.B. auf Zahlung des Kaufpreises oder auf Übereignung der Kaufsache gerade nicht unmittelbar „aus § 433 Abs. 1 BGB“, sondern unmittelbar „aus dem Kaufvertrag (§ 433 BGB)“. Das sind die feinen Unterschiede, die man beachten muss, um in der Zunft wirklich dazuzugehören. – Natürlich ist dies letztlich eine Frage der Ästhetik, s.u. § 31; berühmtes Werk: *Pierre Bourdieu, Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft* (französisch: *La distinction. Critique sociale du jugement*. 1979), Frankfurt a.M. 1982 (der Titel ist ausnahmsweise einmal sehr treffend ins Deutsche übertragen worden); sehr hübsch S. 515: „Vor allem aber kennt der Autodidakt, dieses Opfer seines Mangels an schulischem verbrieftem Wissen, nicht das von den Diplomen verliehene Recht, nicht Bescheid zu wissen (...).“

72 Viele Studenten sind erst einmal überrascht, wenn man ihnen sagt, dass das, was sie nur aus dem Öffentlichen Recht kennen, in der „Praxis“ auch des Zivilprozesses geprüft werden muss.

73 Ausnahme: Gewohnheitsrecht, zum Beispiel das Hausrecht.

2. Schemata sind niemals perfekt

Schemata passen niemals auf alle denkbaren Fälle. Das erwähnte Grundrechtsprüfungsschema zum Beispiel versagt schon dann, wenn es einmal nicht um Eingriffsabwehr geht, sondern um eine der anderen „Grundrechtsfunktionen“ (Schutzpflichten, Teilhaberechte etc.). Bei der Geltung der Grundrechte im Privatrecht (sog. Drittwirkung) führt es vielleicht sogar in die Irre.⁷⁴

Zu einer weiteren Nicht-Perfektheit siehe das Beispiel des Erlaubnistatbestandsirrtums (oben Rn. 29–32).

Das Ganze wird auch nicht besser durch eine immer detailliertere Ausgestaltung der Schemata. Man muss z.B. in einer Grundrechtsprüfung unter dem Punkt „I. Schutzbereich“ nicht notwendig weiter differenzieren in „1. Subjektiver Schutzbereich“ und „2. Objektiver Schutzbereich“. Es reicht zu prüfen, was im Gesetz steht⁷⁵: „1. Deutscher“, „2. Berufsfreiheit“. Allzu ausdifferenzierte Schemata bergen hingegen Gefahr, den Blick auf das Wesentliche zu verstellen – und auch schlicht Zeit zu verlieren.⁷⁶

3. Die meisten Schemata kann man sich selbst erarbeiten

Bis auf gewisse Grundschemata, die „so nicht im Gesetz stehen“ (Beispiele soeben unter I bis III) kann man sich alle sonstigen Prüfungsschemata ohne große Mühe ad hoc am konkreten Fall entwickeln. Mit anderen Worten: *Man braucht nicht für jede Straftat ein eigenes Schema, das man auswendig lernen müsste!* Es steht doch im Gesetz, was zu prüfen ist! Und nur ganz ausnahmsweise muss man wissen, dass noch etwas hinzukommt, etwa die berühmte „Vermögensverfügung“ beim Betrug (§ 263 StGB).

Anders gewendet: Zu viele Schemata machen es nicht leichter, ganz im Gegenteil.

⁷⁴ Es ist daher nicht nur von Vorteil, wenn das Lehrbuch von *Pieroth/Schlink*, jetzt *Kingreen/Poscher* (Fn. 14) die einzelnen Grundrechte stets nach diesem Schema abhandelt. Mich hat daher das variable *framing* im Lehrbuch von *Gerrit Manssen* (Staatsrecht II – Grundrechte) mehr überzeugt (mittlerweile 19. Auflage, München 2022), und auch weitere Lehrbücher hängen nicht sklavisch an diesem Aufbau. Immerhin bieten *Kingreen/Poscher* nunmehr zwei Varianten des Schemas an (Rn. 489 f.).

Für ein von vornherein differenziertes Herangehen an die Grundrechtsprüfung: *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 4 Rn. 59–63. Dogmatisches Pendant: von vornherein klare Trennung von Abwehrrecht und Schutzpflicht bei *Christoph Enders*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Stand 2018, Vorbemerkung vor Art. 1 Rn. 62, und dann durchgehend, insbesondere „Abwehrfunktion und Übermaßverbot“ (Rn. 94 ff.) gegenüber „Schutzfunktion und Untermaßverbot“ (Rn. 129 ff.).

⁷⁵ Natürlich steht im Gesetz nicht „Deutscher“, sondern „Alle Deutschen“, und auch nicht „Berufsfreiheit“, sondern: „haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden“. Aber bei der Interpretation kommt es auf den *Sinn* an, und der kann auf verschiedene Weise ausgedrückt und dem praktischen Kontext – hier dem Prüfungschema – angepasst werden.

⁷⁶ Siehe speziell zum Strafrecht *Otto Lagodny*, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Heidelberg etc. 2012, S. 186–188.

4. Schemata sollen die Arbeit erleichtern

- 52 Es gibt bessere und schlechtere Schemata. Beispiel für ein *besseres* Schema ist eine in Anlehnung an Friedrich Schoch⁷⁷ entwickelte Methode für die Zulässigkeitsprüfung im Verwaltungsprozess. Statt nämlich, wie in manchen Anleitungen vorgeschlagen, die zehn bis zwölf Zulässigkeitsvoraussetzungen eines gerichtlichen Verfahrens auf ein und derselben Gliederungsebene aufzulisten, differenziert dieses Schema wie folgt:

- I. Rechtsweg
- II. Statthafte Klageart
- III. Klageartspezifischen Voraussetzungen
 - z.B. Klagebefugnis
 - z.B. Feststellungsinteresse
 - z.B. Klagegegner
 - z.B. Vorverfahren
- IV. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen
 1. Zuständiges Gericht
 2. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen
 3. Form und Frist
- V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

- 53 Durch diese Aufgliederung in zwei Ebenen wird zum einen das Gehirn entlastet – das Gehirn kann nämlich nicht mehr als 7 items (*plus or minus two*) gleichzeitig auf dem Schirm haben.⁷⁸ Zum anderen hilft das Schema aber auch, logische Fehler zu vermeiden. Oft prüfen Studenten nämlich die „Beteiligungsfähigkeit“, bevor sie überhaupt wissen, gegen wen die Klage zu richten ist („richtiger Klagegegner“ oder auch Beklagter). Folgt man dem hier gefeierten⁷⁹ Schema, kann dies nicht passieren: Der Klagegegner⁸⁰ wird unter III ermittelt, dessen Beteiligungsfähigkeit⁸¹ unter IV 2 geprüft.

⁷⁷ Friedrich Schoch, Übungen im Öffentlichen Recht II – Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, Berlin etc. 1992, Reprint 2021.

⁷⁸ George A. Miller, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: Psychological Review 63 (1956), 81–97. Eben deshalb muss man, wenn mehr als plus/minus sieben Informationen auf einen einstürmen, diese Informationen neu gruppieren zu „fewer chunks with more bits per chunk“ – hier also zu den *chunks* I bis V.

⁷⁹ Ob es die jungen Leute heute wohl so ausdrücken würden (dass man einer Sache sehr deutlich zustimmt)? Wenn ich den Ausdruck unkommentiert verwenden würde, wäre es sicherlich *cringe* (= Jugendwort des Jahres 2021).

⁸⁰ Vorschriften dazu enthält z.B. betreffend die Anfechtungsklage § 78 Abs.1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung): „Die Klage ist zu richten 1. gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat; zur Bezeichnung des Beklagten genügt die Angabe der Behörde, 2. sofern das Landesrecht dies bestimmt, gegen die Behörde selbst, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat.“ – Zugegeben, das ist reichlich „Formalkram“.

⁸¹ Vorschriften dazu enthält § 62 Abs.1 VwGO: „Fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen sind 1. die nach bürgerlichem Recht Geschäftsfähigen, 2. die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, soweit sie durch Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind.“ Und Absatz 3: „Für Vereinigungen sowie für Behörden handeln ihre gesetzlichen Vertreter und Vorstände.“

Aber Vorsicht! Das gerade Gesagte geht nur dann zwanglos auf, wenn die Fallfrage lautet: Kann der X erfolgreich Klage erheben? Wenn er schon Klage erhoben hat, wird es komplizierter. So sind die „Allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen“ vorzuziehen (ist der Kläger überhaupt prozessfähig? hat er Form und Frist gewahrt?), am besten aber erst nach Feststellung der Klageart (weil davon die örtliche Zuständigkeit des Gerichts abhängt, § 52 VwGO). Und wenn der falsche Klagegegner verklagt wurde, zum Beispiel die Gemeinde statt des zuständigen Landkreises, bleibt die Klage zulässig, sie ist aber unbegründet (fehlende „Passivlegitimation“).

Ich würde allerdings keinem Studenten einen Strick daraus drehen, wenn er hier ein wenig stolpert. Sogar in der einschlägigen Praktiker- und Ausbildungsliteratur werden die verwaltungsgerichtlichen Aufbauschemata nur als „Arbeitshilfen“ verkauft,⁸² nicht etwa als (rechtlich bindende) Vorschrift.

5. Schemata „verdienen ebenso geachtet wie verachtet zu werden“

Dies ist ein Zitat von Hegel, bei ihm gemünzt auf die öffentliche Meinung (insbesondere die Presse).⁸³ Man muss es nicht weiter erläutern. 54

Nun gut. Schemata sind in einer Massenkommunikation, wie es das Recht nun einmal ist, unentbehrlich: als Verständigungsgrundlage und auch als Kontrollinstrument. Außerdem dienen sie der Idee nach offensichtlich dazu, jedem Fall in allen denkbaren Varianten gerecht zu werden.

Aber man darf sie nicht überbewerten. Sie sind nicht schon das geltende Recht.

Vielleicht doch noch eines zum Abschluss: Die Prüfschemata erbringen im Hinblick auf die Rechtsfragen eines Falls dieselbe Übersetzungsleistung, die bei der Tatfrage die Relationstechnik erbringt. 55

Das darf man dann doch nicht verachten.

⁸² Roland Kintz, Öffentliches Recht im Assessorexamen. Klausurtypen, wiederkehrende Probleme und Formulierungshilfen, 10^{te} Aufl., München 2018, § 80 Rn. 895–901.

⁸³ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Fn. 9), § 318.

§ 24 Der Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen

- 1 Wir können an dieser Stelle den ersten Hauptstrang der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) wieder aufgreifen: die These, dass es nur eine einzige Juristische Methode gibt und dass diese aus „Logik, Logik, Logik“ besteht – und Interpretation (§§ 3 bis 12). Wir wollen sie nun vertiefen, indem wir innerhalb des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, § 8) den **Fall** genauer betrachten. Die These soll dabei lauten: Der Fall ist die Schnittstelle – *die* Schnittstelle –, in der die vielen „Welten“, mit denen es das Recht zu tun hat, aufeinandertreffen.¹ Wir wollen diese „Welten“ mit Bedacht SINNZUSAMMENHÄNGE nennen (siehe § 5 Rn. 40–59).
- 2 Ein ganz wesentlicher SINNZUSAMMENHANG ist natürlich die Welt der Alltagserfahrung, und das (relativ) Neue in ihr hat zu jeder Zeit einen besonderen Reiz. Beispielsweise haben im 19. Jahrhundert Metaphern von „Energie“ (Elektrizität!) Eingang in die Lehren vom Rechtsgeschäft gefunden.² Und seit Computer zum Alltag gehören, ergibt die Metapher „Schnittstelle“³ auch im Recht – und damit auch in der NJML – einen SINN.

Zur Definition des Begriffs SINN siehe unten Rn. 10.

Zum zweiten Hauptstrang der NJML – Ästhetik als letzter Halt – siehe den Vierten Teil und schon hier unter Rn. 24–27.

I. Die Logik als Sinnzusammenhang, der auf Sinnzusammenhänge verweist

- 3 Der zentrale SINNZUSAMMENHANG der juristischen Methode ist die Logik (verstanden als *working logic*) – und zwar gerade weil sie auf andere Sinnzusammenhänge verweist. Wir wollen uns dies noch einmal in fünf Schritten vergegenwärtigen.

(1) Logik entfaltet ihren SINN – Herstellung von Folgerichtigkeit – letztlich in *Schlussfolgerungen*. Diese Schlussfolgerungen liefern eine mehr oder weniger zwingende *Begründung* (§ 5 III) für das „was am Ende herauskommt“.

Je nachdem, wie zwingend der Schluss ist, unterscheidet man Deduktionen, Induktionen und Abduktionen (§ 6).

(2) Derartige Schlussfolgerungen bestehen aus drei Elementen: *Regel – Fall – Resultat*.

An dieser Dreiteilung hangelt sich der gesamte Dritte Teil der NJML entlang (siehe § 13) – und wir befinden uns gerade in seinem Zentrum, nämlich in Kapitel 4: „Die Aufbereitung des Falls“.

1 Siehe zu Wittgensteins Aphorismus „Die Welt ist alles, was der Fall ist“ unten Rn. 8.

2 Daniel Damler, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, S. 152–191.

3 „Schnittstelle“ hat verschiedene Bedeutungen, der Laie kennt Schnittstellen als den Teil eines Geräts, über den dieses mit anderen Geräten verbunden werden kann, z.B. der Computer mit dem Drucker (<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/schnittstelle-44838<04.02.2024>>).

(3) Allerdings zeichnen sich all diese drei Elemente – Regel, Fall, Resultat – durch eine *Doppeldeutigkeit* aus (bildlich kann man auch sagen: „Janusköpfigkeit“⁴).

Das bedeutet: Sie entfalten ihren *SINN* zum einen auf der (von mir so bezeichnen) *formalen* Seite der Logik, also gemäß den „logischen Gesetzen“, die darüber entscheiden, ob eine Schlussfolgerung, genauer: ob der in ihr enthaltene Syllogismus *formal* folgerichtig ist oder nicht. Zum anderen entfalten Regel, Fall und Resultat ihren *SINN* auf der (von mir so bezeichneten) *materialen* Seite der Logik, also gemäß den Gesetzmäßigkeiten „da draußen“, die wir mit Hilfe der Logik erschließen können. Allerdings können wir uns dabei durchaus irren:

Regel ./ Alle Hühner haben zwei Beine.

Fall ./ Sokrates ist ein Huhn.

Resultat ./ Sokrates hat zwei Beine.

Das Charmante an dieser Schlussfolgerung: Sie ist sowohl auf der formalen Seite „richtig“, das heißt *formal* zwingend („deduktiv“), das Schema (vgl. § 23) lautet, wie schon dargelegt (§ 5 Rn. 107):

M a P
S a M
S a P

Die Schlussfolgerung ist aber auch auf der materialen Seite insoweit „richtig“, als die *Regel* und das *Resultat* wahr sind. Und doch ist der **Fall** ganz eindeutig **falsch**: Sokrates ist – wir unterstellen: ganz offensichtlich – ein Mensch.

Im Anschluss an § 6 Rn. 40–42 können wir sagen: Der Syllogismus wäre, interpretiert (!) als Schluss von Regel und Resultat auf den Fall, eine *qualifizierende Induktion* – oder für Juristen: ein **Subsumtionsschluss**:

Regel ./ Alle Hühner haben zwei Beine.

Resultat ./ Sokrates hat zwei Beine.

Fall ./ Sokrates ist ein Huhn.

Und es würde sich zeigen: Wir haben uns in der Sache („material“) geirrt.

(4) Ganz ebenso kann man nun auch im Recht dazu kommen, dass ein *formal* gültiger Schluss in *materialer* Hinsicht als „falsch“ empfunden (!)⁵ wird. Um eines unserer Standardbeispiele zu wiederholen (§ 3, § 6 Rn. 62–64):

Regel ./ Wer einen Menschen heimtückisch tötet, gehört lebenslang ins Zuchthaus.

Fall ./ A hat Frau und Tochter heimtückisch getötet.

Resultat ./ A gehört lebenslang ins Zuchthaus.

4 Janus ist der römische Gott des Ein- und Ausgangs (daher der Januar). Er hat statt des Hinterkopfes ein zweites Gesicht, das nach hinten schaut. Ganz ebenso blicken Regel, Fall und Resultat immer in (mindestens) zwei Richtungen.

5 Dies verweist natürlich auf die Ästhetik des Rechts, dazu unten Kapitel 6; auch *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 688–696, versteht die Methodenlehre zu einem guten Teil als „Wahrnehmungslehre“ (und Erkenntniskritik). – Ästhetik ist, in ihrem ursprünglichen Sinn, die Lehre von der Wahrnehmung (die dem bewussten Denken vorausgeht, es aber auch begleitet und – idealerweise mit einem Gefühl der Zufriedenheit – beschließt).

„Eben nicht“, hat der BGH gemeint, weil der A sie doch geliebt hat und ihnen Schande ersparen wollte. (Folglich hat der BGH den Begriff „Heimtücke“ neu interpretiert.)

- 5 (5) Die Beispiele zeigen: Jede Schlussfolgerung, die Aussagen über Inhalte trifft, verbindet mehrere SINNZUSAMMENHÄNGE miteinander: den SINNZUSAMMENHANG der Logik selbst und die SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“, von denen wir annehmen: *Es gibt sie* – und zwar unabhängig von der formalen Seite der Logik.

Allerdings *vermuten* wir, dass es dort so etwas wie eine „Sachlogik“ gibt, die wir mit Hilfe der Logik erschließen (!) können – also nicht *reine* Willkür, nicht *reiner* Zufall. Weder ist es willkürlich, ein Huhn ein Huhn zu nennen (und einen Menschen einen Menschen). Noch ist es Zufall, dass Sokrates, so wie er vor uns steht, ganz einfach kein Huhn ist.

II. Die Sinnzusammenhänge des Rechtsfalls

- 6 Vor diesem Hintergrund können wir relativ kurz auflisten, welche SINNZUSAMMENHÄNGE in jedem Rechtsfall „zusammenkommen“:

1. Der Sinnzusammenhang des Rechts

- 7 Über den SINNZUSAMMENHANG des Rechts müssen wir an dieser Stelle nicht viel sagen. Er besteht, wie im Verlauf dieser Untersuchung wohl deutlich geworden ist, nicht nur aus den „Gesetzen“ (so naiv dürfte heute kaum noch jemand sein). Auch ist das „Rechtssystem“ mehr als die Summe der Menschen, die sich professionell mit dem Recht befassen. Das Recht als SINNZUSAMMENHANG besteht vielmehr vor allem aus autoritativen Texten, insbesondere Regeln, und ihrer Interpretation durch die „Rechtsgenossen“ – wenn es Juristen sind, nennt man es gern Dogmatik (vgl. § 10 Rn. 32, § 11 Rn. 8, aber auch § 14 Rn. 2 und 22–27). Eine besonders wichtige Rolle spielen dabei die kompetenziellen und verfahrensrechtlichen Regeln: Es ist eben die *Autorschaft*, die eine Regel (oder auch einen Einzelakt) zu einem *Rechtsakt* macht (*auctoritas non veritas facit legem*⁶).

Eine Kompetenzregel (!) ist es zum Beispiel, dass Privatleute ihre Rechtsbeziehungen „privat“ regeln können, also durch frei auszuhandelnde Verträge.

Vor allem anderen aber ist es die juristische *Methode*, die rechtlichen SINN, so wie wir ihn verstehen, stiftet.

Und dies seit der antiken Gerichtsrhetorik (§ 2).

2. Die Sinnzusammenhänge „da draußen“

- 8 Die „außerrechtlichen“ SINNZUSAMMENHÄNGE, die in einem Rechtsfall eine Rolle spielen können, sind natürlich so zahlreich wie „alles, was es in der Welt gibt“.

6 Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Chapter 26; deutsch: *Leviathan*, 10. Aufl., Frankfurt a.M. 2020.

Wittgenstein hat einmal gesagt (Hervorhebung J.L.): „Die *Welt* ist alles, was der Fall ist.“⁷ In umgekehrter Perspektive kann man sagen: „Im *Fall* kommt alle Welt zusammen.“⁸

Wir wollen ohne Anspruch auf Vollständigkeit die folgenden SINNZUSAMMENHÄNGE⁹ hervorheben:

a) Sinnzusammenhänge der Natur („naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten“)

Mit einer gewissen metaphysischen Kühnheit kann man sagen: Es gibt zuallererst die SINNZUSAMMENHÄNGE der *Natur* – die wir zwar mit Hilfe der Logik aufdecken können, die aber irgendwie schon „da sein“ müssen, *bevor* wir mit Hilfe der Logik an sie herangehen. Anders gewendet: Sie sind unabhängig von uns und unserem Denken. Die Planeten „gehören“ offenbar den Gesetzen der Gravitation, und unser Planet Erde geht gerade, was das Klima angeht, seinen eigenen naturgesetzlichen Weg.

Ich folge also nicht der Terminologie Luhmanns, gemäß der es SINN nur in psychischen und sozialen Systemen gibt.¹⁰ SINN (in unserem Sinn) sind also auch die „naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten“, und zwar *als solche* (oder *an sich*), als „reale Wirkkräfte“ – auch wenn wir sie nicht unmittelbar erkennen, sondern nur vermuten können.

b) Definition des Begriffs Sinn

Vielmehr möchte ich SINN wie folgt definieren (endlich!):

„SINN ist, wenn“¹¹ etwas für etwas anderes *Bedeutung* hat, das heißt: wenn es einen *Unterschied* macht. Es macht für die Erde einen Unterschied, wenn der CO₂-Gehalt in ihrer Atmosphäre zunimmt.

Klarstellen muss ich dabei freilich, dass das die Formel „Unterschied, der einen Unterschied macht“ (*a difference that makes a difference*) woanders als Definition für den

7 Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (1922), Frankfurt a.M. 1963, Ziffer 1 (erster Satz).

8 Oder auch: „Der Fall ist das, wo alle Welt zusammenkommt.“

9 Etwas metaphorischer kann man statt von einem SINNZUSAMMENHANG auch von einem „Geflecht“ sprechen, so etwa Joachim Lege, *Rechtsbegriffe*. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) 1 (2006), S. 1–16 (10–12).

10 Claudio Baraldi, Artikel „Sinn“, in: Claudio Baraldi/Giancarlo Corsi/Elena Esposito, *GLU – Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1999, S. 170–173 (171).

11 Diese Art des Definierens – „... ist, wenn ...“ – entspricht natürlich nicht der klassischen Definitionslehre (vgl. § 15a Rn. 13–18), sie beschränkt sich aber auch nicht auf eine rein extensionale (§ 15a Abschnitt II), gar immer wieder neue „Definition“ des Begriffs (man denke an die schlicht gezeichneten, aber sehr erfolgreichen „Liebe ist, wenn ...“-Cartoons von Kim Casali [1941–1997] in den 1970er Jahren). Letztlich beschreibt man hier mit dem „wenn“ einen Tatbestand, der als Rechtsfolge den Begriff „Sinn“ ergibt.

Begriff „Information“ verwendet wird.¹² Und natürlich hat sie ihren Ursprung in der Philosophie des Amerikanischen Pragmatismus (§ 5 Rn. 21).

c) Soziale Sinnzusammenhänge (Dresscodes, Funktionssysteme, ...)

- 11 Ganz unproblematisch dürfte die Rede von SINNZUSAMMENHÄNGEN in Bereich des Sozialen sein. Das Soziale ist geradezu Ursprung und Produkt von SINN zugleich: Erst durch SINN entsteht Gemeinsamkeit, und erst *Gemeinsamkeit* erzeugt SINN (man nennt dies daher: Kommunikation¹³). Zwei Fremde treffen aufeinander (bei John Locke [1632–1704] etwa ein Schweizer und ein Indianer im damaligen Amerika¹⁴) – wie finden sie heraus, ob sie Freund oder Feind sind? Ob sie einander bekämpfen müssen oder mit-einander Handel treiben können?¹⁵

Soziale SINNZUSAMMENHÄNGE sind demnach etwa ein Dresscode oder Benimmregeln, es sind zwischenmenschliche Beziehungen wie Freundschaft oder Liebe, es sind die Normen der Berufswelt und natürlich auch die großen Funktionssysteme¹⁶ der Moderne (Recht, Wirtschaft, Wissenschaft, Politik, etc.). Und vieles mehr.

Schönes Beispiel aus der Diskussion um die Willensfreiheit angesichts der Neurowissenschaften („sind unsere Handlungen nicht in Wahrheit von Hirnvorgängen definiert?“): Wenn Sie auf einen Zettel ein „X“ schreiben, ist es nicht Ihr Gehirn, das Philipp Amthor in den Bundestag „wählt“. Es ist aber auch nicht ein isolierter „Wille“ oder „Entschluss“, der zuvor das Gehirn in Bewegung setzt (woher soll er kommen?).¹⁷ Vielleicht kann man sagen: Die Wahl ist eine Entscheidung, ein Urteil (*arbitrium*)¹⁸, das uns die vielen Algorithmen, die wir in unseren vielen sozialen SINNZUSAMMENHÄNGEN gespeichert haben, auf die Frage „Was soll ich tun?“ ausspucken – und erst danach wird uns die Entscheidung bewusst.¹⁹ In gewisser Weise „denkt es eben uns“ mehr, als dass wir es sind, die denken (§ 3 Rn. 33–34, § 9 Rn. 16).

12 Formulierung von Gregory Bateson, *Steps to an Ecology of Mind* (1972), deutsch: *Ökologie des Geistes*, Frankfurt a.M. 1985, S. 582 (übrigens mit Bezug auf Ästhetik und Kants Kritik der Urteilskraft); auch S. 488 f.

13 Von lateinisch *communis* = gemeinsam.

14 John Locke, *Second Treatise of Government* (1690), deutsch: *Über die Regierung*, Stuttgart 1983, Kapitel 2 Abschnitt 14.

15 Zu dieser Frage auch David Graeber, *Dept. The First 5,000 Years* (2011), deutsch: *Schulden*. Die ersten 5000 Jahre, Stuttgart 2012, S. 36–40 (36) und öfter: „nur eine Handbreit trennt den Handel von der Kriegführung“.

16 Im Sinn der Luhmannschen Systemtheorie; einführend dazu Joachim Lege, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), *Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften*, Göttingen 2011, S. 33–51.

17 Beispiel (ohne Amthor, versteht sich) bei Grischa Merkel, *Die Neurowissenschaften und das Konzept verantwortlicher Urheberschaft*, in: Wolfgang Walkowiak (Hrsg.), *Chancen und Grenzen der Hirnforschung heute*, Berlin 2017, S. 159–178 (163), die aber mehr als hier den Akzent auf die sprachlich-soziale Interpretation setzt.

18 Man beachte, dass die bekannten Werke zur „Willensfreiheit“ (Augustinus, Martin Luther, Erasmus von Rotterdam) gar nicht von Willen (*voluntas*), sondern vom Urteil, von der Entscheidung sprechen: „*De libero arbitrio*“, „*De servo arbitrio*“.

19 Strafrechtlich wird man also überlegen müssen, wieviel Verantwortung wir selbst für unsere Sozialisation tragen sollten.

d) Geistige Sinnzusammenhänge (Fakt und Fiktion, Wahrheit und Lüge)

Gleichsam abgehoben von diesem Sozialen wird man aber auch im Bereich des Geistigen von SINNZUSAMMENHÄNGEN sprechen dürfen. Es gibt geistige Konstrukte, die genauso unabhängig von dem sind, was Sie oder ich oder unsere *community* denken, wie die Natur es ist. Es sind die Welten der Bücher, der **Geschichten**, der „Narrative“, die in gewisser Weise „als solche“ objektiv und „wirklich“ sind (weil sie auf uns „wirken“).

12

Karl Raimund Popper (1902–1994) nennt es „Welt 3“, im Gegensatz zur physikalischen „Welt 1“ und der „Welt 2“ unserer psychischen Erlebnisse.²⁰

Allerdings muss man bei diesen geistigen SINNZUSAMMENHÄNGEN mit Nachdruck darauf bestehen: Sie können mit der „wirklichen Wirklichkeit“ der Natur oder des Sozialen auf zwei Weisen verbunden sein. Entweder erheben sie den Anspruch, mit der realen Welt „nicht wirklich“ etwas zu tun zu haben – dann handelt es sich um eine Fiktion, einen Roman, eine Serie im Fernsehen²¹ oder bei Netflix, ein Spiel. Oder sie *haben* etwas damit zu tun, dann behaupten sie einen Fakt, und die Aussage über diesen Fakt kann wahr oder falsch sein. Wenn sie bewusst falsch ist, ist es eine Lüge.

13

Es liegt auf der Hand, dass diese Auseinandersetzung mit geistigen SINNZUSAMMENHÄNGEN in Rechtsfällen oft die entscheidende Rolle spielt. Hat der Zeuge gelogen? Stimmt die Theorie, die wir uns über den Sachverhalt oder über eine Rechtsfrage zurechtgelegt haben? Kann sich der Unfall wirklich so zugetragen haben? Oder hat man ihn bloß inszeniert (Versicherungsbetrug)?

Nebenbei: „Fakt“ heißt eigentlich „Gemachtes“ (von lateinisch *facere*). Ein Fakt ist also nicht schon die rohe Tatsache „da draußen“, sondern erst das, was wir dafür halten! – „Fiktion“ kommt von lateinisch *fingere*, das bedeutet „formen, gestalten, bilden“.

3. Die Sinnzusammenhänge der Vermittlung („Medien“)

Eine dritte Art von SINNZUSAMMENHÄNGEN sorgt schließlich dafür, dass der SINNZUSAMMENHANG des Rechts und die SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“ nicht „unvermittelt“ nebeneinander stehen. Salopp formuliert: Das Recht steht *immer schon vermittelt* in der Welt, wenn es sich – in einem konkreten Fall – mit ihr befasst.

14

Eben deshalb ist die verbreitete Vorstellung von einer „Kluft“ zwischen dem Recht und der Wirklichkeit Unsinn. (Man denke auch nochmals an Kelsens Midas-Metapher.²²)

20 Karl Raimund Popper, *Objective Knowledge* (1972), deutsch: *Objektive Erkenntnis*, 4. Aufl., Hamburg 1984, S. 75, 109–126, 161, 168 f. und öfter.

21 Eine solche Serie kann dann durchaus zum Ausgangspunkt einer fachphilosophischen „Theorie der Befreiung“ werden (so der Titel des Opus magnum von *Christoph Menke*, erschienen Frankfurt 2023). Dass die Serie „Breaking Bad“ den Einstieg in den Drogenhandel „feiert“, ist einem biederem Juristen natürlich suspekt.

22 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1992, S. 282: „In dieser Hinsicht gleicht das Recht dem König Midas. So wie alles, was dieser berührte, sich in Gold verwandelte, so nimmt alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter an.“ Allerdings ist Midas deshalb verhungert.

Aber wie „kommuniziert“ das Recht mit der „Welt“ da draußen? Nun, mit Hilfe von SINNZUSAMMENHÄNGEN, die eben dies ermöglichen. (Wenn man will, mag man sie „Medien“ nennen – lateinisch *medium* ist die Mitte).

a) Logik

- 15 Den für das Recht wichtigsten SINNZUSAMMENHANG haben wir nicht nur vielfach erwähnt, er ist vielmehr geradezu Hauptakteur dieses Buches: die Logik – verstanden als das Medium, das *Folgerichtigkeit des Handelns* ermöglicht. Und Folgerichtigkeit des Handelns ist genau das, was das Recht garantieren soll: Gleichbehandlung und Orientierungsgewissheit.

Oder wenn man es eine Ebene höher ansiedeln will: Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Die „Janusköpfigkeit“ der Logik haben wir oben schon erwähnt. In Anlehnung an Luhmann könnte man die Logik auch als eine *strukturelle Kopplung* des SINNZUSAMMENHANGS „Denken“ mit dem SINNZUSAMMENHANG „Handeln“ bezeichnen – Handeln in den vielen SINNZUSAMMENHÄNGEN der Welt.

b) Sprache

- 16 Logik allein reicht aber nicht aus – sie normiert nur die *Form* des Schlussfolgerns. Die *Inhalte* der Welt „da draußen“ – genauer: die SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“ – kommen „in“ das Recht hingegen durch das Medium „Sprache“ – in gewisser Weise ist dies der SINNZUSAMMENHANG, der *alle* SINNZUSAMMENHÄNGE umfasst (auch die Logik!). Es ist daher kein Wunder, dass das Thema „Recht und Sprache“ in den Juristischen Methodenlehren und in der Rechtstheorie durchaus traktiert wird. Manchmal werden aber oberflächliche Schlüsse gezogen.

So wird häufig behauptet, die Unschärfe juristischer Begriffe liege daran, dass man sie in einer natürlichen Sprache formulieren muss. Das ist Unsinn. Wenn man die Wendung „Treu und Glauben“ durch das Zeichen „≈“ oder „Plopp“ ersetzen würde, bliebe das, was gemeint ist, genauso unscharf. (*Alle* Zeichen sind mehr oder weniger unscharf – genauer: ihre Bedeutung, ihr SINN; denn SINN weist immer über sich hinaus; wenn ich den Fall X „abscheulich“ finde, wird es mir im Fall Y, der genauso liegt, genauso ergehen.)

aa) Alltagssprache, Rechtssprache, Fachsprachen

- 17 Genau besehen kommen vielmehr in einem Rechtsfall – wir untersuchen ja gerade die Art, wie er aufbereitet wird – verschiedene Spielarten von Sprache zusammen: die Alltagssprache, die Fachsprache des Rechts, andere Fachsprachen. Es liegt dann auf der Hand: Wenn das Recht den „Akteuren“ außerhalb seiner eigenen Sprachwelt gerecht werden will, muss es immer wieder deren Sprachwelten in die eigene Sprachwelt **übersetzen**²³ – und umgekehrt. In der Terminologie der NJML: Der SINNZUSAMMENHANG der *Rechtssprache* muss mit Hilfe des SINNZUSAMMENHANGS der *Alltagssprache*

23 F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 5), Rn. 697–699, versteht die Juristische Methodenlehre daher – unter anderem – auch als „Übersetzungslehre“.

kompatibel gemacht werden mit dem SINNZUSAMMENHANG derjenigen Sprache, die im konkreten Fall „da draußen“ verwendet wird (etwa im Wirtschaftsleben oder in einer „Rockerclique“²⁴).

Anwälte unterscheiden daher gelegentlich „Juristendeutsch“ vom „Mandanten-deutsch“ (und gute Ärzte das „Medizinerdeutsch“ vom „Patientendeutsch“).

18

Nicht-Juristen wundern sich gelegentlich über manche rechtliche Formulierung, z.B. über das Wort „besorgen“ in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).²⁵ Auf der anderen Seite kann es passieren, dass man als Jurist beim besten Willen nicht herausbekommt, was der Mandant eigentlich will und wo sein Problem liegt.

Sehr merkwürdig ist bisweilen die gerichtliche Würdigung der Sprache von Akteuren in den sogenannten sozialen Medien. Ist es eine strafbare „Beleidigung“ (§ 185 Strafgesetzbuch – StGB), also eine „Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung“ (so die juristische Definition²⁶), wenn eine Politikerin im Internet als „Schlampe“ und „Pädophilen-Trulla“ bezeichnet wird? Wie konnte man daran zweifeln!²⁷

All dies dürfte den meisten Juristen mehr oder weniger bewusst sein.

bb) Das Spiel mit verschiedenen Sprachen: „Gefahr“ und „Risiko“

Ebenfalls wird den meisten Juristen wenigstens unbewusst klar sein,²⁸ dass sie bei der „Anwendung“ ihrer Rechtssprache „auf“ einen konkreten Fall auch ihre *eigene* Sprache mehr oder weniger umformen. Etwas gestelzter formuliert: Die juristische Semantik²⁹ unterliegt in ihrer Auseinandersetzung mit anderen Semantiken einem ständigen Wandel und entwickelt sich ständig fort.

19

Der juristische Begriff „Gewalt“ – zum Beispiel bei Sitzblockaden (§ 8, § 9 Rn. 18–20, § 10 Rn. 28 und öfter) – wird auch in Auseinandersetzung mit der Alltagssprache gebildet.

Und man bringt dies im Schema der vier Kanones der Auslegung (§ 15d Rn. 2) gut in der Rubrik „Wortlaut“ unter.

24 Wie man in den 1970er Jahren sagte, vgl. *Udo Lindenberg*, Cowboy Rocker, auf der Langspielplatte „Ball Pompös“, 1974.

25 Wortlaut des § 1004 Abs. 1 BGB: „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.“

26 *Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf*, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2022, § 185 Rn. 4; *Karsten Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 185 Rn. 3, fügt noch „Geringschätzung“ hinzu.

27 So mit Recht BVerfG (Bundesverfassungsgericht), Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021 - BvR 1073/20 - Fall Künast (zitiert nach [bverfg.de](https://www.bverfg.de) <03.07.2023>).

28 Ist unbewusste Klarheit möglich? Ja: wenn man weiß, was man tun wird, aber nicht genau weiß, warum. Hier: bei der „Subsumtion“ mal diese, mal jene Sprachwelt heranziehen, um dieses oder jenes Ergebnis zu begründen.

29 „Semantik“ ist ein Begriff aus der Semiotik (Wissenschaft von den Zeichen); Semantik ist dort die Lehre von den Beziehungen der Zeichen zu den Objekten, die sie bezeichnen, Syntaktik die Lehre von den Beziehungen der Zeichen untereinander, Pragmatik die Lehre von den Beziehungen der Zeichen zu ihren Interpreten. Klassiker: *Charles William Morris*, *Foundations of the Theory of Signs* (1938), deutsch: *Grundlagen der Zeichentheorie*, München 1972, S. 23–25.

- 20 Weniger bewusst dürfte vielen Juristen sein – und diejenigen, denen es bewusst ist, werden es ungern offenlegen –, dass bei dieser Fortbildung der Rechtssprache gelegentlich trickreich mit verschiedenen Sprachen gespielt wird, ja dass sie vermengt werden. Das vielleicht beste Beispiel hierfür sind die Begriffe „Gefahr“ und „Risiko“ im Atomrecht. Hier hätte es nahegelegen, an die Fachsprache der deskriptiven Wissenschaften anzuknüpfen. Stattdessen hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einem Fall, der die Genehmigung eines Atomkraftwerks betraf – „Kalkar I“ – die *Alltagssprache* herangezogen, und dies wohl gerade wegen deren Ungenauigkeit.³⁰ Das Gericht hat, grob skizziert, diese Lehre entwickelt:

Angesichts der Schutzpflicht des Staates für das Grundrecht seiner Bürger auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)

- hat der Staat erstens *Gefahren*, die von der Atomkraft ausgehen, abzuwehren,
- muss er zweitens gegen denkbare *Risiken* die nötige Vorsorge zu treffen,
- darf er drittens ein eventuelles *Restrisiko*, das außerhalb der jetzigen Vorstellungen liegt, der Gesellschaft zumuten.³¹

- 21 Dies klingt (klingt!) so, als wäre „Risiko“ weniger als „Gefahr“, anders gewendet: ein *Minus* zur Gefahr – und so klingt es offenbar auch in der Alltagssprache. In Wahrheit ist „Risiko“ ein *Aliud*, es ist etwas *völlig anderes*:

- Eine **Gefahr** ist die objektive Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden eintritt – sagen wir: dass ein Schiff gekapert wird.
- Ein **Risiko** ist das *Handeln* (Tun oder Unterlassen) angesichts einer Gefahr („Wagnis“), genauer: die *Bewertung eines Handelns im Angesicht einer Gefahr*. Wie hoch ist das Risiko – und als Gegenbewertung die Chance³² –, wenn wir trotz der Kapergefahr nach Südamerika fahren, um von dort Gold nach Spanien zu bringen? Wie hoch wäre der Verlust bei Kaperung, wie hoch der Gewinn, wenn wir heil durchkommen? Das kann man berechnen, und so sind Versicherungen entstanden.³³

- 22 Kurz: Es kann durchaus sehr hohe „Risiken“ geben und auf der anderen Seite sehr geringe „Gefahren“ (Verlust des Schiffs vor Kuba durch Kollision mit einem Eisberg). Im Atomrecht klang (!) es aber offenbar besser, mit Hilfe der Alltagssprache die emotionale Wertung zu triggern: „Risiko“ – das ist ja nicht so schlimm, weil weniger als eine „Gefahr“.

30 Zum Folgenden BVerfGE 49, 89 (137–143) – Kalkar I (1978) (= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]). Das Gericht räumt selbst ein (S. 138), dass es nicht „näherhin zur Auslegung der einzelnen Grundsätze und Begriffe Stellung genommen“ habe.

31 Originaltext BVerfGE 49, 89 (143): „Ungewissheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft haben ihre Ursache in den Grenzen des menschlichen Erkenntnisvermögens; sie sind unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen. Bei der gegenwärtigen Ausgestaltung des Atomrechts lässt sich insoweit eine Verletzung von Schutzpflichten durch den Gesetzgeber nicht feststellen.“

32 Vielleicht ist dies der entscheidende Gesichtspunkt: Beim Begriff „Risiko“ wird mitgedacht, dass die Sache auch gut ausgehen könnte („Chance“), beim Begriff „Gefahr“ ist dies nicht der Fall. Und eben wegen dieser Konnotation – man kann auch sagen: wegen dieses *framings* (unten § 35 Rn. 49) – scheint ein „Risiko“ weniger zu sein als eine Gefahr.

33 Zum Vorangegangenen insgesamt Joachim Lege, Die Zurechnung neuer Risiken im Technik- und Umweltrecht, in: Matthias Kaufmann/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt a.M. 2004, S. 173–189, insbesondere S. 176 f.

Nebenbei: Dass auch ein mathematisch sehr kleines Risiko nichts darüber aussagt, wen es konkret trifft (Schiff, Impfschaden) oder wann genau ein atomarer Unfall eintritt, hat sich schon acht Jahre nach der Kalkar-Entscheidung (1978) in Tschernobyl³⁴ gezeigt (1986).

cc) Sprache als Träger von Emotion

Das Beispiel verdeutlicht: Juristen müssen sich darüber im Klaren sein, dass der SINNZUSAMMENHANG Sprache – man kann auch sagen: die Sprache als Medium – nicht nur dazu da ist, dem SINNZUSAMMENHANG „Logik“ ganz einfach „Tatsachen“ zu vermitteln. Sprache „transportiert“ diese Inhalte vielmehr immer auch dergestalt, dass man sie ohne Logik oder besser: *neben* der Logik auf einer weiteren Ebene „versteht“, also etwa konsumiert oder genießt.

23

Man denke an ein Gedicht.

Kurz: Sprache hat immer auch eine emotionale Dimension. Sie hat immer auch einen „Klang“, der über eine bloße Beschreibung hinausgeht.³⁵

c) Ästhetik

Damit sind wir bei einem SINNZUSAMMENHANG, der in den Juristischen Methodenlehren und überhaupt in der Jurisprudenz selten angesprochen wird: Ästhetik.

24

Was damit gemeint ist, lässt sich im ersten Zugriff am SINNZUSAMMENHANG „Kunst“ zeigen – ich bin versucht zu schreiben: was immer das sein mag. Und ich bin versucht, spontan zu antworten: Kunst ist das, was nicht allein mit Gründen erschlossen und expliziert werden kann (vgl. § 5 III), sondern in seiner künstlerischen Wirkung unmittelbar *wahrgenommen* wird.

Man kann nicht *sagen*, warum ein Bild schön ist oder eine Musik gelungen – jedenfalls nicht so, wie man sagen kann, dass der A den B getötet hat und deshalb ins Gefängnis muss.

Dass „Kunst“ in verschiedenen Gesellschaften unterschiedlich verstanden wird, sei bereits hier erwähnt. Das höfische Fest hat den SINN, dass die Musiker und Dichter den Fürsten und seine Welt verherrlichen.³⁶ Es hat nicht den SINN, zweckfreie Kunst hervorzubringen.

34 Am 26. April 1986 kam es im Atomkraftwerk Tschernobyl in der Ukraine (damals Teil der Sowjetunion) zur Explosion eines Reaktors und dadurch zu einem erheblichen Austritt radioaktiver Stoffe.

35 Zum Beispiel haben wir schon mehrfach den Begriff „Konnotation“ erwähnt: das ist das, was in einem Begriff „mitschwingt“ – sagen wir im Begriff „Heimat“ oder „Rationalität“. Dies kann bei verschiedenen Menschen durchaus verschieden sein.

36 Siehe etwa *Richard Alewyn/Karl Sälzle*, Das große Welttheater. Die Epoche der höfischen Feste, Hamburg 1959; *Roy Strong*, Feste der Renaissance 1450–1650. Kunst als Instrument der Macht, Freiburg i. Br. etc. 1991; knapp (ursprünglich in der Neuen Zürcher Zeitung): *Richard Alewyn*, Feste des Barock, in: Walther Hubatsch (Hrsg.) Absolutismus, Darmstadt 1973, S. 238–247; aus neuerer Zeit *Ingrid Sammler*, Höfische Festkultur im Zeitalter Ludwigs XIV., Frankfurt a.M. 2009; erstaunlicherweise nichts beim Klassiker *Norbert Elias*, Die höfische Gesellschaft. Untersuchungen zur Soziologie des Königtums und der höfischen Gesellschaft (1969), 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1999.

- 25 Ästhetik ist daher im ursprünglichen Sinn des Wortes gar nicht die Lehre vom Schönen, sondern die Lehre von der – zunächst unbewussten – *Wahrnehmung* (altgriechisch *aísthēsis*) der „Welt“. Sie handelt, mit anderen Worten, von dem Bereich, der uns die *Daten* liefert, aus dem die Sprache und die Logik Fakten (oder Fiktionen) machen – lateinisch *datum* ist das Gegebene (*dare* = geben). Noch anders gesagt: Ästhetik ist die Lehre von demjenigen SINNZUSAMMENHANG, der den Übergang vom Unbewussten zum Bewussten strukturiert.

In diesem Sinn hat Kant nicht etwa Hören und Sehen, sondern Raum und Zeit als die beiden „reinen Formen“ der Wahrnehmung verstanden.³⁷

- 26 Oder noch anders formuliert: Ästhetik ist der SINNZUSAMMENHANG, in dem die „ersten Prädikate“ (§ 5 Rn. 34–36) entstehen:

„... ist blau“,
„... ist zu Boden gefallen“,
„... ist schön“,
„... ist abscheulich“,
„... ist ein armer Hund“.

Die herkömmlichen Methodenlehren würden natürlich sagen: Dies ist der Bereich der – letztlich moralischen – „Wertung“.

- 27 Entscheidend für die NJML ist hingegen: Gerade angesichts dessen, dass man in Rechtsfragen sehr unterschiedliche „Wertungen“ haben kann – man denke an die Rechte von Frauen in verschiedenen Kulturkreisen –, ist der letzte Halt für so etwas wie rechtliche und juristische „Richtigkeit“ nicht die Logik, auch nicht etwa „die“ Ethik (welche denn?). Letzter Halt ist vielmehr die **Ästhetik des Rechts und der Jurisprudenz**, so wie wir diese beiden verstehen: als eine „Kunst“, die Wertungen nachvollziehbar macht und darauf beruhende Entscheidungen mehr oder weniger „gelungen“ sein (oder erscheinen?) lässt (Vierter Teil, §§ 30 bis 34).

Die große Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass man diese Ästhetik nicht restlos explizieren kann – man muss sie gewissermaßen „leben“. Man muss, wenn man mit dem Recht professionell zu tun haben will, nicht nur Jura studiert haben, nein, man muss „Jurist werden“ (siehe § 24b Rn. 45, 52). Ganz ebenso muss aber auch jeder, der dem Recht als Laie unterworfen ist, dessen Spielregeln akzeptieren – sei es nun aus Furcht vor Sanktionen (Kant würde dies „Legalität“ nennen³⁸), sei es aus *Achtung* vor dem Recht (man könnte dies „Juridizität“ nennen³⁹).

Wenn es denn ein Recht ist, dass diese Achtung verdient.

Wir werden auf all dies im Vierten Teil, Kapitel 6, ausführlich zurückkommen.

³⁷ Immanuel Kant in der „Transzendentalen Ästhetik“ der KrV (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787).

³⁸ Immanuel Kant, MdS, Einleitung, B 15 (Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl., Königsberg 1798, S. 15; „A“ wäre die erste Auflage); zitiert nach: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977.

d) Die menschliche Psyche/Persönlichkeit

Ein letzter und entscheidender SINNZUSAMMENHANG für die Vermittlung des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“ mit den SINNZUSAMMENHÄNGEN „da draußen“ ist schließlich das „psychische System“ der *Menschen*, die mit dem Recht zu tun haben, sei es nun als Laie oder professionell. Es ist *dieser* SINNZUSAMMENHANG, der das Recht gleichsam mit Leben erfüllt, und dies ist Fluch und Segen zugleich: Segen, weil auf diese Weise individuelle, menschliche Wertungen Eingang in das Recht finden, und Fluch, weil der SINNZUSAMMENHANG bei jeder menschlichen „Seele“ ein anderer ist. Wie soll dann aber so etwas wie „Gerechtigkeit für alle“ entstehen? Die Antwort lautet: von Fall zu Fall mit Hilfe der juristischen Methode – die wir freilich gar nicht anders anwenden können als vor unserem individuell-subjektiven Hintergrund.

28

Zur Terminologie: Den Terminus „psychisches System“ verwendet Niklas Luhmann (1927–1998), und er meint damit unser gesamtes Innenleben (Intellekt und Gefühle), offenbar aber nur, soweit es *bewusst* operiert.⁴⁰ Demgegenüber umfasst die „Psyche“ bei Sigmund Freud (1856–1939) gerade auch das Unbewusste („Es“ und „Über-Ich“),⁴¹ und bei Kant ist die „Seele“ vor allem unsterblich.⁴² Die NJML versteht unter „Seele“ oder „Psyche“ schlicht die unbewiesene Abstraktion, dass jeder gesunde Mensch auch „mental“ eine Einheit oder Ganzheit ist.⁴³ Die moderne Psychologie (die sich ja als eher exakte Naturwissenschaft versteht) nennt es „Persönlichkeit“⁴⁴

Natürlich sind dies keine ganz neuen Erkenntnisse. In den Juristische Methodenlehren der Nachkriegszeit hat man allerdings versucht, dieses Problem auf eine eher objektive Ebene zu heben: auf die Ebene der philosophischen Hermeneutik, für die vor allem der Name Hans-Georg Gadamer (1900–2002) steht. Geradezu Programm war dabei der Titel des bekanntesten Werks: „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“ (1970) des Tübinger Zivilrechtlers Josef Esser (1910–1999).⁴⁵ Esser hat hervorgehoben, dass ein Verständnis von was auch immer ohne ein gewisses Vor-Verständnis, an das jenes anknüpfen kann, gar nicht möglich ist. Aufgegriffen wurde auch das Bild des hermeneutischen Zirkels, demgemäß das Ergebnis eines Verstehensprozesses gleichsam an seinen Ausgangspunkt zurückkehrt: Ja, das war es, was wir wissen wollten.

29

39 Dies ist wohl immer noch besser als „Zivilität“, so noch Joachim Lege, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478 (467 f.).

40 Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 92: Psychische Systeme operieren in einem „Bewusstseinszusammenhang“, soziale System in einem „Kommunikationszusammenhang“; Genaueres zu psychischen Systemen S. 346–376.

41 Sigmund Freud, Das Ich und das Es, Leipzig etc. 1923.

42 Immanuel Kant, KpV A 219–222 (Kritik der praktischen Vernunft, 1. Aufl., Riga 1788, S. 219–222), zitiert nach: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

43 Das ist wohl auch der Witz bei dem Titel des Bestsellers von Richard David Precht, Wer bin ich – und wenn ja, wie viele?, München 2007.

44 Lehrbuch: Franz J. Neyer/Jens B. Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, 7. Aufl., Berlin etc. 2024.

45 Untertitel: „Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis.“

Genial die Formulierung von Alexander Hollerbach: Die „Sehweise: vom Einzelnen zum Ganzen und wieder zurück“ sie sei „eine Art in sich zurückschwingende Induktion“.⁴⁶

Hollerbach hat zudem betont, dass zu einer Hermeneutik des Rechts eine „Sachverhalts- oder Fallhermeneutik“ hinzukommen muss,⁴⁷ also ein Sich-hinein-denken und Sich-hinein-fühlen in die vielen SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“ (§ 24a I).

- 30 Die NJML will hingegen die Subjektivität der Juristen weder als einen Mangel begreifen, der uns am Erkennen des objektiv Richtigen hindert, noch als eine Chance, in das stets defizitäre Recht die richtigen Wertungen hineinzutransportieren. Vielmehr ist jeder Jurist, in seiner Persönlichkeit, ein einzigartiger SINNZUSAMMENHANG – gemeinsam mit vielen, vielen anderen. *Nothing more pretentious.*

Und natürlich ist er mit diesen vielen, vielen anderen Persönlichkeiten vor allem anderen durch den gemeinsamen SINNZUSAMMENHANG „juristische Methode“ verbunden.

Wir werden auf die *biases* (kognitiven Verzerrungen) der Wahrnehmung, die daraus entstehen, zurückkommen (Kapitel 6) – und vielleicht erkennen, worin ihre Vernunft besteht.

III. Die Kommunikation zwischen den Sinnzusammenhängen

- 31 Der **Fall**, so haben wir gesagt, ist die **Schnittstelle**, in der die vielen SINNZUSAMMENHÄNGE, mit denen es das Recht zu tun hat, „aufeinandertreffen“. Genau besehen ist das Wesen von Schnittstellen nun, rein technisch gesehen, die Ermöglichung von **Kommunikation**: Der Computer *kommuniziert* mit dem Drucker über die entsprechende Schnittstelle.⁴⁸ Wie funktioniert diese Kommunikation nun aber in einem Rechtsfall?

Nebenbei: Der englische Ausdruck für Schnittstelle – *interface*, wörtlich Zwischengesicht – passt recht gut mit der „Janusköpfigkeit“⁴⁹ des Falls zusammen.

Wir wollen dies zunächst sehr speziell im Hinblick auf die „Tatfrage“ untersuchen, also auf die Ermittlung und Darstellung – das ist besser als: die Konstruktion – des *Sachverhalts*, der der rechtlichen Entscheidung zu Grunde gelegt werden soll (§ 24a). Sodann werden wir eher unspezifisch und allgemein fragen, welche Kommunikationen mit welchen SINNZUSAMMENHÄNGEN bei der Entscheidungsfindung „sonst noch“ eine Rolle spielen können. Dabei werden wir uns auch einen Exkurs zur Juristenausbildung erlauben (§ 24b Rn. 43–53).

⁴⁶ Alexander Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 85 (1960), 241–270 (255); wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, 107–133 (120).

⁴⁷ Alexander Hollerbach, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Spalte 758; wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

⁴⁸ Siehe oben bei und in Fn. 3.

⁴⁹ Siehe oben bei und in Fn. 4.

§ 24a Insbesondere: Die Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts

Im **Fall**, so hatten wir in Anlehnung an Wittgenstein gesagt, kommt alle Welt zusammen. Und wir hatten genauer gesehen, dass dies nicht lediglich *zwei* Arten von Welt sind – nicht nur „die Welt und ich“ –, sondern gleich *drei*: erstens der SINNZUSAMMENHANG des Rechts, zweitens die SINNZUSAMMENHÄNGE außerhalb des Rechts (Habermas würde sagen: die „Lebenswelt“); drittens schließlich die SINNZUSAMMENHÄNGE der Vermittlung, unter denen das „Ich“, genauer: mein psychisches System, nur einer unter anderen ist – neben der Logik, der Sprache, der Kunst, der Religion, der Ästhetik.

Und manchmal auch neben dem Schweigen.¹

Was bedeutet dies nun für die Ermittlung des Sachverhalts?

I. Die Sinnzusammenhänge „da draußen“ verstehen („Sachverhaltshermeneutik“)

So platt es klingt: Ein Großteil, ja der oft größte Teil der juristischen Arbeit besteht darin, die SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“ erst einmal **wirklich zu verstehen**. Das ist zugleich der Grund, warum die juristische Arbeit nicht langweilig wird (es sei denn, man versauert auf einem Posten mit wenig Abwechslung). Juristen müssen sich immer wieder in völlig fremde „Lebenswelten“ hineindenken – in mehr oder weniger krumme Bankgeschäfte, in den Umwelt-, Natur- und Klimaschutz, in das Krankenhauswesen, das Bauingenieurwesen, in die Usancen im Sport und im Drogenhandel, in die Fragen politischer Machtspielchen und so weiter und so fort.

1. Die Regeln „da draußen“

In all diesen Bereichen muss man zunächst einmal verstehen, „wie sie funktionieren“, genauer: nach welchen **Regeln**. Dazu gibt es – so platt es erneut klingt – kein Patentrezept.

Bereits erwähnt habe ich, dass Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019), als er Verfassungsrichter geworden war, einmal sagte: „Was meinen Sie, wie lange wir manchmal brauchen, um zu verstehen, was Sache ist?“

Wichtig: Diese Regeln „da draußen“ können, auch wenn wir sie verstanden haben, nicht „eins zu eins“ in den rechtlichen Diskurs übernommen werden. Wir müssen sie, mit anderen Worten, nicht nur uns selbst erklären und auch nicht nur den unmittelbar am Fall Beteiligten. Vielmehr muss die Darstellung auch für andere Juristen „anschlussfähig“ sein – und möglichst sogar für interessierte „Laien“ (auch

1 Auch hier ein berühmt-passender Wittgenstein: „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen“ (Tractatus logico-philosophicus [1922], Frankfurt a.M. 1963, Ziffer 7 [letzter Satz]).

sie sind ja dem Recht unterworfen²). Kurz: Wir müssen **übersetzen**,³ Juristen sind auch in dieser Hinsicht „Interpreten“⁴.

2. Die Interessen

- 4 Hinzu kommt: In jedem Rechtsfall geht es um die verschiedensten **Interessen** der Beteiligten. Insofern ist es häufig gar nicht leicht zu ermitteln, was diese Beteiligten „wirklich wollen“. Oft wissen sie es selbst nicht so genau, oft werden auch die wirklichen Interessen nicht offengelegt. Und natürlich schlägt dies auch auf ihre Darstellung der Regeln durch.

„Interesse“ will ich mit Philipp Heck (1858–1943) sehr weit definieren: als „Begehrungsdispositionen“ aller denkbaren Art, z.B. materiale, ideale, nationale, ethische Interessen sei es Privater, sei es aber auch des Gemeinwesens.⁵

Hecks „Begehrungsdisposition“ ist gleichsam die Innensicht von Kelsens These, dass jedes Sollen auf einem Wollen beruht.

Auch hier gilt: Zunächst einmal muss man versuchen, die Interessen zu *verstehen* – und kann sich dessen letztlich nie sicher sein. (Zumal die wahren Interessen manchmal nicht aufgedeckt werden.)

Zur „doppelten Kontingenz“ bei Luhmann schon § 10 Rn. 31.

3. Der Sachverhalt als Geschichte (story)

- 5 Es gibt allerdings eine sehr gute Kontrolle, ob das Verstehen „geklappt“ hat: Juristen sind – sei es als Anwalt, als Richter, als Verwaltungsbeamter, sogar als „Gesetzgeber“ – immer wieder gezwungen, zunächst einmal „den Sachverhalt“ zu schildern, ihn zu

2 Siehe daher die Kritik an einer abgehobenen Juristensprache bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, § 215: „Die Gesetze so hoch aufhängen, wie Dionysios der Tyrann tat, daß sie kein Bürger lesen konnte, – oder aber sie in den weitläufigen Apparat von gelehrten Büchern, Sammlungen von Dezisionen abweichender Urteile und Meinungen, Gewohnheiten usf. und noch dazu in einer fremden Sprache vergraben, so daß die Kenntnis des geltenden Rechts nur denen zugänglich ist, die sich gelehrt darauf legen, – ist ein und dasselbe Unrecht.“ Und es folgt ein Lob verständlicher Kodifikationen: „Die Regenten, welche ihren Völkern, wenn auch nur eine unförmliche Sammlung, wie Justinian, noch mehr aber ein *Landrecht*, als geordnetes und bestimmtes Gesetzbuch, gegeben haben, sind nicht nur die größten Wohltäter derselben geworden und mit Dank dafür von ihnen gepriesen worden, sondern sie haben damit einen großen *Akt der Gerechtigkeit* exerziert.“

3 Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 697–699, versteht daher auch die Juristische Methodenlehre – unter anderem – als „Übersetzungslehre“.

4 Englisch *interpreter* ist bekanntlich der Übersetzer.

5 Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung (1912), hrsg. und redigiert von Roland Dubischar, Bad Homburg v. d. Höhe 1968, S. 33; Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), § 4, ebendort, S. 151–154; ausführlich dazu Heinrich Schoppmeyer, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001, S. 80–84. – Heck ist der wichtigste Vertreter der sogenannten Interessenjurisprudenz.

erzählen, bevor es an die rechtliche Bewertung geht.⁶ Man merkt dann schon selbst, ob man etwas nicht verstanden hat – oder der Leser merkt es.

Die meisten Referendare machen daher die Erfahrung, dass es jedenfalls zu Anfang sehr viel schwieriger ist, einen guten (schlüssigen, „schönen“) **Sachbericht** („Tatbestand“⁷) zu schreiben, als gute Entscheidungsgründe. Wie man solche Entscheidungsgründe aufbaut und durchzieht, das hat man anhand von Schemata gründlich gelernt (§ 23). Im Fall als „Lebenssachverhalt“ hingegen „kommt *alle* Welt zusammen“ (letztlich in der Alltagssprache, s.o. § 24 Rn. 17–22) – und deshalb muss man immer wieder neu dazulernen.

Dass die Schilderung des Sachverhalts in einem gerichtlichen Urteil völlig missverständlich als „Tatbestand“ bezeichnet wird (§ 313 ZPO – Zivilprozessordnung), haben wir schon erwähnt.

Methodisch kann man für die **Darstellung** des Sachverhalts (also den Sachbericht) folgenden Tipp geben: Jeder Rechtsfall, so haben es schon die Römer erkannt, bezieht sich auf *personae* – *res* – *actiones*,⁸ also auf Personen – Gegenstände (wörtlich „Sachen“) – Rechtsverhältnisse⁹ (insbesondere Ansprüche). Der Tipp lautet daher: Beginnen Sie beim Sachbericht mit demjenigen „Eckpunkt“, der für den Fall am wichtigsten ist, also etwa

6

- Der Beschwerdeführer ist ein Metzger mit türkischer Staatsangehörigkeit (*persona*).
- Der Rechtsstreit geht im Kern um die Frage, ob es Betrug ist, wenn bei Kraftfahrzeugen die Angabe zu den Abgaswerten manipuliert wurde (*res*).
- A verlangt von B 1.000,00 Euro aus einem Kaufvertrag über den Gegenstand XYZ (*actio*).

Der Rest fließt dann fast von selbst.

6 Nebenbei: In dem wenig bekannten Film *Amistad* (1997) von Steven Spielberg – er handelt vom Sklavenhandel – geht es um den Anspruch der Spanischen Krone auf Herausgabe eines spanischen Schiffs samt seiner Ladung: Afrikaner, bei denen fraglich war, ob sie rechtswirksam versklavt oder noch freie Männer waren. Der Vertreter der Beklagten – Ex-Präsident John Quincy Adams – verrät seinem jungen Anwaltskollegen: Es gewinnt immer die Partei, die die bessere Geschichte erzählen kann. Und dann erzählt einer dieser in Afrika erbeuteten Männer die ganze Geschichte des Grauens ...

7 Siehe zu diesem missverständlichen Terminus sogleich im Text.

8 *Corpus Iuris Civilis*, Institutionen II 12. – Das *Corpus Iuris Civilis* ist die Rechtssammlung, die der oströmische Kaiser Justinian in Auftrag gegeben und dann als Gesetz verkündet hat (529/534), und die Institutionen sind deren erster Teil. Es gibt eine schöne Taschenbuchausgabe mit Parallelübersetzung (4. Aufl., Heidelberg 2013).

9 Der Begriff *actio* bedeutet ursprünglich: Lizenz zur Klage. Nach dem römischen Recht war der Weg zu den Gerichten nämlich nicht wie heute in nahezu allen bürgerlich- und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gegeben, vielmehr musste die Klage vom *praetor peregrinus* zugelassen werden. Und er ließ sie zu, wenn er meinte, dass der Kläger unter bestimmten Voraussetzungen (Tatbestand) einen Anspruch auf das von ihm Begehrte (Rechtsfolge) haben sollte; siehe nur *Jan Dirk Harke*, Römisches Recht, 3. Aufl., München 2024, §1 Rn. 6.

II. Die Wahrheitsfindung

- 7 Eine andere Frage ist, ob diese Schilderung des Sachverhalts auch „wirklich wahr“ ist. Es kann durchaus sein, dass sie „objektiv falsch“ ist – sei es in einem Anwaltsschriftsatz, sei es in einem gerichtlichen Urteil oder einem Verwaltungsakt.

Wenn sie auch „subjektiv falsch“ ist, also eine bewusste Lüge, ist es ein Verstoß gegen das Ständesrecht oder gar Rechtsbeugung (§ 339 StGB – Strafgesetzbuch).

- 8 Es kann sogar sein – nein: es ist *immer so* –, dass die Darstellung des „Lebenssachverhalts“ in gewisser Weise „verzerrt“ ist, also an den *biases* leidet, denen *jede* Wahrnehmung unterworfen ist, Stichwort z.B. *framing* (dazu ausführlich in Kapitel 7). Dies ist nicht zuletzt zu beachten, wenn man die Sachverhaltsschilderungen anderer Juristen liest, also etwa als Richter eine Klageschrift, als Rechtsanwalt ein Urteil, als „Praktiker“ das Gutachten eines Professors. Was wird in diesen Darstellungen möglicherweise ausgeblendet, wo wird an Emotionen appelliert etc.?

Erfahrene Gutachter sagen: Bereits aus der Darstellung des Sachverhalts muss hervorgehen, dass es nur eine einzige richtige rechtliche Lösung geben kann, nämlich die im Gutachten vertretene. (Natürlich muss man dazu auch den SINNZUSAMMENHANG „Recht“ gut durchdrungen haben.)

1. Erneut: Die Naivität des juristischen Wahrheitsbegriffs

- 9 Gibt es aber überhaupt so etwas wie „objektive Wahrheit“? Wir haben das Thema schon in § 5 II angesprochen, können uns daher hier kurz fassen.

In § 5 II haben wir gesagt: Das Potential von *Aussagen* ist – auch im Recht – Wahrheit bzw. Richtigkeit. Aussagen über die Welt „da draußen“ können wahr oder falsch sein, rechtliche Aussagen „richtig“ oder falsch.

Wir wollen nun hinzufügen: Dies gilt sowohl für Aussagen über einen Einzelfall als auch für Regeln. „Der Stein ist zu Boden gefallen“ kann ebenso wahr oder falsch sein wie „Immer wenn ich den Stein loslasse, wird er zu Boden fallen“.

Im **Recht** geht man nun davon aus, dass „Wahrheit“ letztlich das ist, was sich **wirklich** so zugetragen hat.

In einer klassischen Formulierung: „Das Urteil kann nur dann gerecht ausfallen, wenn der vom Gericht festgestellte Sachverhalt der Wirklichkeit entspricht“.¹⁰

Aber wie will man dies feststellen?

¹⁰ Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin 1985, S. III; zitiert und kommentiert bei Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1. Aufl., Freiburg etc. 2017, S. 160, 177.

2. Die philosophische Rettung: Konvergenztheorie der Wahrheit

Ohnehin könnte die Fachphilosophie ein wenig beckmesserisch¹¹ daherkommen und sagen: „Wahr“ sein kann gar nicht die Wirklichkeit – die ist so, wie sie ist. Wahr sein können nur *Aussagen* (Sätze, Urteile), die sich auf die Wirklichkeit beziehen. Das wäre aber ein Streit um Worte, eine *façon de parler*. 10

Wie *it is cold* oder *il fait froid*.

Sehr wohl bleibt aber die Frage, wie denn diese „Entsprechung“ oder Übereinstimmung von Aussagen mit der Wirklichkeit festgestellt werden kann. Insofern gibt es die schon genannten drei Wahrheitstheorien (§ 5 Rn. 69–71): 11

- *Korrespondenztheorie*: Sie setzt die Möglichkeit der Übereinstimmung schlicht voraus (*veritas est adaequatio intellectus et rei* – Wahrheit ist die Entsprechung, wörtlich: Angleichung von Einsicht und Gegenstand¹²);
- *Konsenstheorie*: Wahrheit ist das, worauf wir uns in einem herrschaftsfreien Diskurs einigen würden (Habermas);
- *Kohärenztheorie*: Wahr ist das, „was sich widerspruchslös mit den übrigen Aussagen eines Systems zusammenfügen bzw. in diese Aussagen einordnen lässt“.¹³

Für die beiden letzten Theorien spricht, dass eine unmittelbare Erkenntnis (*intellectus*) der SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“ (*res*) nicht möglich ist (vorsichtiger gesagt: nicht zu beweisen). Das „Ding an sich selbst“ bleibt eben unerkannt.¹⁴

Gegen die beiden Theorien spricht jedoch, dass auch sie ohne einen Bezug auf die SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“, so wie sie **wirklich sind** („objektiv“) nicht auskommen. Bei Habermas gibt es einen „zwanglosen Zwang des besseren Arguments“¹⁵ – worauf mag er beruhen, wenn nicht auf einem gelegentlichen *Outward Clash* mit der Realität bzw. Wirklichkeit?¹⁶ Das Gleiche gilt für die Kohärenztheorie, selbst wenn sie – wir nehmen sie in der Form von Strauchs Methodenlehre – sehr sorgsam unterscheidet zwischen gleich drei Kohärenzen: der Kohärenz (1) bei der Herstellung des Sachverhalts, (2) bei der Erkenntnis (jawohl!) des Rechts und (3) bei der Zusammenführung 12

11 Beckmesser ist eine Figur aus Richard Wagners Oper „Die Meistersinger von Nürnberg“, und zwar der Stadtschreiber, also: ein pedantischer Verwaltungsjurist.

12 So die vielzitierte Definition bei *Thomas von Aquin*, *Quaestiones disputatae de veritate* (entstanden 1256–1259), Artikel II 2, lateinisch/deutsch: Von der Wahrheit/De Veritate, Hamburg 1986, S. 14/15.

13 So die Formulierung von *Strauch*, *Methodenlehre* (Fn. 10), S. 158; „Kohärenz“ ist geradezu der Schlüsselbegriff dieses Werkes, siehe die Kapitel 8, 9, 14, 18, 19, 25 und 26.

14 *Immanuel Kant*, KrV B 45 und öfter (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 45; „A“ ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

15 *Jürgen Habermas*, Wahrheitstheorien, in: *Wirklichkeit und Reflexion*. Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag, Pfullingen 1973, S. 211–265 (226, 240).

16 Klassische Formulierung (mit großem „O“ und „C“): *Charles Sanders Peirce*, Rezension von: *Josiah Royce*, *The Religious Aspect of Philosophy* (1885), in: CP 8.41, 43 (Collected Papers, Band 7–8, Cambridge/Massachusetts 1958, Band 8, Paragraph 41 am Ende und 43); deutsch in: *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 259. In *Peirce*’s Kategorienlehre ist dies die Kategorie der „Zweiteit“, d.h. des Widerstandes und der Überraschung, dazu oben § 5 II Rn. 77 f.; s. auch *Joachim Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, Tübingen 1999, S. 250–262.

beider Seiten zu einer „richtigen Entscheidung“.¹⁷ Dies hat auch in den Hexenprozessen funktioniert, und wir sollten nicht sagen, dass sie von „wahren“ Sachverhalten ausgingen.

Nach Strauch zeichnet sich Kohärenz, nebenbei, durch drei Komponenten aus: (1) Widerspruchsfreiheit, (2) Umfassendheit (man könnte auch sagen: Vollständigkeit), (3) Stimmigkeit.¹⁸ Das hat, insbesondere betreffend die Stimmigkeit, viele Berührungspunkte mit der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML).

- 13 Die philosophische Lösung des Problems liegt, so würde Luhmann wohl sagen,¹⁹ weder in der *Sachdimension* unserer Kommunikation (Korrespondenztheorie) noch in deren *Sozialdimension* (Konsensstheorie) oder gar in der Kommunikation selbst (Kohärenztheorie). Sie liegt vielmehr in der *Zeitdimension* und nennt sich dann **Konvergenztheorie** der Wahrheit (auch sie stammt von Charles Sanders Peirce²⁰). In meinen Worten:

Wahr ist diejenige Meinung, auf die sich die Gemeinschaft der Wahrheitssucher einigen *würde*, wenn man hierfür unendlich viel Zeit und Mittel zur Verfügung hätte. Und der *Sachverhalt*, den diese Meinung repräsentiert (nicht „abbildet“²¹), ist die *Realität* bzw. *Wirklichkeit*.

- 14 Wie man sieht, geht dieser hypothetische Wahrheitsbegriff mit einem **hypothetischen Realismus** einher.²²

Wir können nämlich, streng genommen, auch nicht beweisen, dass es „die“ Realität gibt (vielleicht gibt es ganz viele? gerade im Sozialen!). Es spricht aber sehr viel für diese Vermutung – auch im Sozialen, auch bei der Feststellung eines rechtlichen „Sachverhalts“.

Natürlich haben Juristen dies immer schon gewusst.

Juristen sind ja nicht naiv.

Nichts anderes als eine Metapher für die Konvergenztheorie ist denn auch Ronald Dworkins Richter Hercules, der – weil unendlich klug und unendlich gut informiert – in jedem Rechtsfall die einzig richtige Antwort finden würde (sog. *right-answer-thesis*)²³ – unter mehreren vertretbaren (§ 33 II), versteht sich.

17 Strauch, Methodenlehre (Fn. 10), Kapitel 14, Kapitel 18 und 19, Kapitel 25 und 26.

18 Strauch, Methodenlehre (Fn. 10), S. 246–250.

19 Zu diesen drei Dimensionen Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt a.M. 1984, S. 114–122 und öfter.

20 Dazu schon oben § 5 II Rn. 71; klassische Stelle bei Peirce: *How to Make Our Ideas Clear* (1878), in: CP 5.407 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 407); deutsch in: *Schriften* (Fn. 16), S. 205.

21 Was sie ja gerade nicht unmittelbar tut – ebensowenig, wie das Auge genau das auf die Netzhaut wirft, was wir im Gehirn als Bild interpretieren.

22 Dazu mit Hinweisen auf Peirce, Popper und die Evolutionäre Erkenntnistheorie Lege, *Pragmatismus* (Fn. 16), S. 184–194.

23 Dazu schon oben § 5 II Rn. 72–74; klassische Stelle bei Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, London 1977, S. 116 f.; deutsch: *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt a.M. 1984, S. 182–221; auch dazu Claudia Bittner, *Recht als interpretative Praxis*, Berlin 1988, S. 215–243; kritisch Tobias Herbst, *Die These der einzig richtigen Entscheidung*, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2012, 891–900.

III. Die Beweismittel

Angesichts der Ungewissheit über die Wahrheit „da draußen“ (*the truth is out there*²⁴) kam es im SINNZUSAMMENHANG Recht schon immer darauf an, mit welchen „Mitteln“ man sie er-*mittel*-n kann. So gab es schon in der Antiken Gerichtsrhetorik Empfehlungen über den Umgang mit „untechnischen Beweisen“ (*písteis átechnoi*), also etwa Zeugen oder Gerüchten (§ 2 Rn. 19 am Ende). Lange Zeit hat man auch Folter für ein zulässiges Mittel zur Wahrheitsfindung gehalten. Im Folgenden wollen wir grob skizzieren, was bei den einzelnen Beweismitteln methodisch zu beachten ist. 15

1. Die heutigen vier plus eins Beweismittel

Nach der heutigen Zivilprozessordnung (ZPO)²⁵ sind vier „klassische“ Beweismittel zugelassen: Zeugen, Urkunden, Augenschein, Sachverständige. Hinzu kommt als ein fünftes Beweismittel die Parteivernehmung; sie ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig. 16

a) Zeugen

Inwieweit Zeugen glaubwürdig sind und ihre Aussage glaubhaft, ist ein Alltagsproblem jeder Rechtsordnung. Dabei kann man zunächst fragen, ob es Anzeichen dafür gibt, dass der Zeuge bewusst lügt oder Wichtiges verschweigt. Zum anderen kann man fragen, ob er sich trotz guten Willens irrt. Das Auge liefert eben keine Fotografie des Geschehens, das Ohr keine Tonbandaufnahme. 17

Ein Zeuge berichtet, eine Frau sei spektakulär vom Balkon gestürzt („wie eine Turmspringerin“). Nur: Er konnte das gar nicht gesehen haben, weil zu diesem Zeitpunkt die Bäume stark belaubt waren – nur im Winter war der Blick frei. Der Zeuge hatte also nur den Aufprall gesehen und den Rest geschlussfolgert.²⁶

Gerade weil der Zeuge keine Fotografien liefert, sondern nichts als eine *Geschichte* liefern kann, ist es wichtig, dass er den Sachverhalt zunächst einmal selbst „im **Zusammenhang**“ darstellt. So schreibt es denn auch, durchaus weise, § 396 Abs. 1 ZPO vor.²⁷ 18

Im Licht der NJML können wir zwanglos hinzufügen: Dies ist halt *einer* der vielen SINN-ZUSAMMENHÄNGE, die im Fall zusammenkommen.

Allgemein sagt man, der Zeugenbeweis sei das unsicherste Beweismittel – eben wegen der Anfälligkeit für Fehlschlüsse und Fehlwahrnehmungen.

Besonders aufgeklärt erscheint daher die sogenannte Nullhypothese, die der Bundesgerichtshof (BGH) jedenfalls in Strafsachen und im Hinblick auf Glaubhaftigkeits-

24 ... um nochmals an die amerikanische Fernsehserie „The X-Files“, deutsch „Akte X – Die unheimlichen Fälle des FBI“ (1993–2002, 2016–2018), zu erinnern.

25 Nebenbei: Die Zivilprozessordnung ist trotz ihres Namens keine Rechtsverordnung (wie die Straßenverkehrsordnung), sondern ein – man möchte sagen: vollwertiges – Gesetz im formellen Sinn; zu den Begriffen siehe § 14 Rn. 9, 36–39)

26 *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 212.

27 Wortlaut: „Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben.“

gutachten für den methodischen (!) Mindeststandard im SINNZUSAMMENHANG „Psychologie“ hält: Eine Zeugenaussage hat so lange als unwahr zu gelten, bis sich diese Vermutung angesichts der Umstände nicht mehr aufrechterhalten lässt.²⁸

- 19 Wichtig ist dabei auch: Zu unterscheiden ist die Frage, ob die *Aussage glaubhaft* ist (Glaubhaftigkeitsgutachten), und die Frage, ob der Zeuge als *Person glaubwürdig* erscheint (Glaubwürdigkeitsgutachten). Ob sich beides methodisch so klar trennen lässt, kann hier offen bleiben.

b) Urkunden

- 20 Als besonders zuverlässig gilt demgegenüber der Urkundenbeweis. Wenn ich eine Quittung habe – das ist eine „Urkunde“²⁹ –, kann ich erheblich besser beweisen, dass ich geliefert oder gezahlt habe, als wenn ich keine habe. Allerdings können auch Urkunden gefälscht sein – das bekannteste historische Beispiel ist die Konstantinische Schenkung. Mit dieser Urkunde hatte angeblich Kaiser Konstantin der Große (ca. 270–288 bis 337) der Kirche das Gebiet des Kirchenstaates geschenkt. Die Fälschung wurde im Jahr 1440 von dem Rhetoriker Lorenzo Valla (1406–1457) aufgedeckt.³⁰

Valla gilt als *enfant terrible* der Renaissance. Er hat eine bekannte Schrift über die Willensfreiheit verfasst, bei der anstelle des allmächtigen christlichen Gottes am Ende die drei heidnischen Götter Jupiter, Apoll und Athene das Problem lösen.³¹ Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) hat dies ganz prominent ganz am Ende seiner „Theodizee“ (1710) aufgegriffen.³²

Die skandalöse Hauptthese des Theodizee-Buches lautet übrigens – als Antwort auf die Frage, ob Gott gerecht oder besser: warum er so ungerecht ist –: Wir leben in der besten aller möglichen Welten (es könnte also noch schlimmer kommen). Voltaire (1694–1778) hat dies in seinem Roman „Candide“ (1759) sarkastisch parodiert.

28 BGHSt 45, 164 – Sexueller Missbrauch eines 14jährigen Mädchens (1999) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite); allgemein zur Nullhypothese *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10) S. 181, 221, 261 f.

29 Im Zivilprozess werden Urkunden definiert als schriftlich verkörperte Gedankenerklärungen, die Einzelheiten sind allerdings umstritten (wie sieht es aus bei einer Fotokopie?), siehe *Claus Kratz*, in: Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) ZPO, Stand 01.12.2023, § 592 Rn. 26–29. Im Strafrecht lautet die Definition: Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, einen Aussteller erkennen lässt und zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist, gleichviel ob ihr die Bestimmung schon bei der Ausstellung oder erst später gegeben wird (*Martin Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2023, § 267 Rn. 2). Darunter fällt dann auch die TÜV-Plakette auf dem Nummernschild (ebendort Rn. 8).

30 Dazu schon § 18 Rn. 40 im Kontext von *lex posterior derogat legi priori* – das spätere Gesetz geht dem früheren vor.

31 Näheres dazu bei *Joachim Lege*, Freiheit und Würde bei Lorenzo Valla (1405/06–1457). Philologische Ergänzungen und eine systemtheoretische Provokation betreffend Gott und die moderne Gesellschaft, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste (Hrsg.), *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*, Tübingen 2008, S. 141–158.

32 Erschienen zuerst in Amsterdam auf Französisch als *Essais de theodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*, deutsch ebendort 1720.

c) Augenschein

Besonders aufschlussreich ist meist der „Augenschein“, also die Wahrnehmung des Tatortes, des Baugrundstücks, der Unfallkurve, des Baustellenlärms mit den eigenen Sinnen (es können also statt der Augen auch einmal die Ohren sein). Auf diese Weise kann man sich viel einfacher ein „eigenes Bild“ von den Geschehnissen oder Interessenkonflikten machen, um die sich der Fall dreht – mit all seinen SINNZUSAMMENHÄNGEN –, als wenn man sich nur an die Akten oder an die Erzählung des Mandanten hält. Man gewinnt dadurch auch nicht nur ein „eigenes“, sondern vor allem: ein umfassenderes, objektiveres, in gewisser Weise „unparteiisches“ Bild. 21

Im erwähnten Fall des Sturzes vom Balkon hat erst ein Augenschein im Folgejahr zu demselben Kalendertag gezeigt, „wie es wirklich“ vom Zeugen beobachtet werden konnte.

Oder man denke an den Rat Franz Reimers: Der im öffentlichen Baurecht tätige Rechtsanwalt sollte keinen Schriftsatz verfassen ohne vorherige Begehung des streitbefangenen Grundstücks.³³

Dass auch der „eigene“ Blick, die „eigene“ Wahrnehmung unvermeidlich verzerrt ist, ist eine andere Frage (dazu sogleich Rn. 51–52 und unten §§ 35–36). 22

d) Sachverständige

Häufig reicht die Sachkunde von Juristen nicht aus, um andere SINNZUSAMMENHÄNGE solide zu beurteilen – man denke an technische, medizinische, psychologische Zusammenhänge. Wenn es dann auf bestimmte Fragen ankommt, die man als Jurist nicht seriös beantworten kann – die Geschwindigkeit eines Kraftfahrzeugs, das Vorliegen eines Baumangels oder ärztlichen Kunstfehlers, die Schuldfähigkeit des Täters –, müssen Fachleute zur Begutachtung herangezogen werden. Leider liefern sie nicht immer besonders überzeugende Gutachten, anders gewendet: Die Letztverantwortung dafür, was im konkreten Fall als „wahr“ zu Grunde gelegt wird, bleibt beim Juristen. 23

Dies gilt natürlich auch für Glaubwürdigkeitsgutachten, die Psychologen über Zeugen oder Angeklagte erstellen (s.o. unter a).

Unter Umständen müssen daher weitere Gutachten eingeholt werden, und es kann durchaus vorkommen, dass auch Sachverständige eine Frage nicht endgültig klären können oder gar Gutachten liefern, die sich widersprechen. In diesen Fällen muss man als Jurist in einen anderen SINNZUSAMMENHANG überwechseln: zum Beispiel in den SINNZUSAMMENHANG des Rechts und nach Beweislast entscheiden (dazu schon § 22 Rn. 12, 21–22 und sogleich bei Rn. 35–36) oder in den SINNZUSAMMENHANG der Logik und in einem der Gutachten einen inneren Widerspruch aufdecken.

Im **Fall** kommen eben *viele* SINNZUSAMMENHÄNGE zusammen.

33 F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 3), Rn. 94.

e) Parteivernehmung

- 24 Zu guter Letzt gibt es noch eine weitere, allerdings außerordentliche Möglichkeit der Wahrheitsfindung: Im Zivilprozess ist es unter Umständen möglich, nicht nur Zeugen, sondern auch die Parteien selbst – also Kläger oder Beklagte – förmlich zu vernehmen. Sie unterliegen dann ganz ebenso wie Zeugen der Wahrheitspflicht und können sogar aufgefordert werden, ihre Aussage zu beeidigen.³⁴ Natürlich ist dies heikel: Eine Partei wird immer versucht sein, die Tatsachen so zu schildern, dass sie ihr günstig sind – und nicht, „wie es wirklich war“. Deshalb kann dieses Beweismittel von Amts wegen nur als *ultima ratio* angeordnet werden, nämlich dann, wenn das Gericht auch unter Ausschöpfung aller anderen Beweismittel noch nicht davon überzeugt ist, dass eine zu beweisende *Tatsache* wahr oder unwahr ist.³⁵

Hier zeigt sich erneut der naive juristische Wahrheitsbegriff: „Wahr“ sind, philosophisch betrachtet, nur Aussagen. Tatsachen sind hingegen Tatsachen.

- 25 Es können bei „Beweisnot“ aber auch die Parteien selbst eine Parteivernehmung beantragen – sei es ihrer selbst oder des Gegners. In allen Fällen kann die Partei, deren Vernehmung das Gericht angeordnet hat, die Aussage und den Eid verweigern, das Gericht darf daraus aber seine Schlüsse ziehen (§§ 446, 453 Abs. 2 ZPO).

Ich fand dies immer etwas dubios: Vielleicht mag man die wahren Gründe einer Aussageverweigerung aus Scham nicht mitteilen.³⁶

Und im Strafrecht gilt unbestritten der Grundsatz: *nemo tenetur se ipse accusare* – Niemand ist verpflichtet (wörtlich: gehalten), sich selbst zu belasten (wörtlich: anzuklagen).³⁷

34 § 452 Abs. 1 ZPO: „Reicht das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht aus, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, so kann es anordnen, dass die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe.“ Interessant dann auch der Satz 2: „Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden“. Das Gesetz will offenbar vermeiden, dass das Gericht einem Meineid nachgehen muss.

35 Wortlaut des § 448 ZPO – Vernehmung von Amts wegen – (Hervorhebung J.L.): „Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der *Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache* zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen.“

36 Ich denke an eine Szene im Film *Legally Blond* (2001), in der eine des Mordes beschuldigte Fitnesstrainerin nicht öffentlich machen will, dass sie sich einer Fettabsaugung unterzogen hat.

37 Daher § 55 Abs. 1 Strafprozessordnung – StPO -: „Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.“ Etwas allgemeiner lautet § 136 Abs. 1 StPO: „Bei Beginn der Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zu Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (...).“

2. Fragwürdige „Beweismittel“

a) Folter

Geradezu das Gegenteil dieses Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, ist die Folter. Sie dient dazu, dem Angeklagten durch Zufügung von Schmerzen ein Geständnis abzurufen, und hat eine lange Tradition. Bei aller Grausamkeit gab es häufig immerhin rechtliche Regeln, welche Foltermethoden auf welche Weise bei der „peinlichen Befragung“ angewendet werden durften („peinlich“ wegen der Pein, die dem Delinquenten zugefügt wurde). 26

Am bekanntesten dürfte die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina, abgekürzt CCC) von 1532 sein.³⁸ – In ihr gibt es übrigens auch eine Vorschrift, gemäß der, wenn der Richter „uff den grundt der warheit [!] kommen“ will, er sich vom Angeklagten die „umbstende der Missenthat ... ganntz vonn jme [= ihm] selbst sagen lassen“ soll [s.o. Rn. 18: „im Zusammenhang“]. „Solliches“ – d.h. die Wahrheitsfindung – „wirt aber ettwā damit Verdeckt, wenn den gefangnen jnn annemen oder fragen dieselbenn vmbstende der missethat furgesagt vnd daruff gefragt werden“.³⁹ – Kurz: Keine Suggestivfragen! 27

Eine besonders schreckliche Rolle hat die Folter in den Hexenprozessen gespielt. Insofern lässt sich aus heutiger Sicht sehr leicht sagen: Eben weil es dieses Verbrechen in Wahrheit (!) gar nicht geben kann – eben deshalb kann man es auch nicht beweisen. In damaliger Zeit⁴⁰ hielt man Zauberei bzw. Hexerei hingegen für etwas, das in der Wirklichkeit vorkommt, und konnte sich dabei nicht zuletzt auf die Bibel stützen⁴¹ (auch Martin Luther glaubte daran⁴²). Also *musste* man es irgendwie beweisen können, und insofern schien die Folter als einziges Mittel „geeignet und erforderlich“⁴³ zu sein. 28

38 Dort findet sich unter Nr. 58 auch ein Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Hervorhebung im Original fett): „Von der *mass peinlicher frage*. Item die peinlich frag soll nach gelegenheit des Argkwons der personen Viell, oft oder wenig, hartt oder millter Nach ermessung eins guten Vernunftigen Richters furgenomen Werden (...); zitiert nach der von Josef Kohler und Willy Scheel herausgegebenen „Ausgabe für Studierende“ [sic!], Halle a.d. Saale o.J. (wohl 1900), S. 31. Im Internet greifbar ist ein Exemplar aus der Harvard-Bibliothek: https://archive.org/details/bub_gb_TTs_AAAAYAAJ/page/n35/mode/2up?view=theater <06.02.2024>.

39 CCC (Fn. 38) Nr. 56. – Zur Carolina und ihrem Umfeld insgesamt: *Susanne Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 585–595; *Steffen Schlinker*, Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München 2023, § 39.

40 Man muss immer wieder betonen: Die Hauptzeit der Hexenverfolgung war nicht das „finstere“ Mittelalter, sondern die Frühe Neuzeit – dies war gewissermaßen die Schattenseite der Aufklärung. – Erwähnenswert zudem: Auch heute noch ist in manchen Staaten Zauberei (*witchcraft*), strafbar, so etwa gemäß *section 251* des *Cameroun Penal Code* (Strafmaß: zwei bis zehn Jahre und Geldstrafe).

41 Im Alten Testament 2. Buch Mose (Exodus) 22, 17: „Eine Hexe sollst du nicht am Leben lassen.“ Von gleichem Gewicht sind die Verbrechen des Geschlechtsverkehrs mit einem Tier und das Schlachtopfer für einen anderen Gott als Jahwe (Ex 22, 18 f.). – Das Neue Testament setzt zumindest die Existenz von bösen Geistern voraus – Jesus selbst lässt einmal einen Dämon aus einem Menschen heraus- und in eine Herde Schweine hineinfahren, die sich sodann in den See Genezareth stürzen und ertrinken (Evangelium des Markus 5, 1–13).

42 Im Lutherjahr 2017 gab es dazu sogar eine Sonderausstellung (<https://www.luther2017.de/wiki/he- xen/kai-lehmann-martin-luther-glaubte-fest-an-hexen/index.html> <06.02.2024>).

43 Es war, mit anderen Worten, durchaus „verhältnismäßig“; zum heutigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz § 15b Rn. 38–51.

Es ist bemerkenswert, dass eines der wichtigsten Argumente gegen die Folter im Hexenprozess – es stammt wohl von Christian Thomasius (1655–1728) – im Grunde logischer Natur war: Entweder gesteht die Hexe – dann ist die Hexerei bewiesen; oder sie gesteht nicht – dann ist sie erst recht bewiesen, weil man ohne einen Pakt mit dem Teufel die Folter nicht überstanden hätte. Wenn aber eine bestimmte Handlung und ihr Gegenteil dasselbe bewirken, ist dies ein Widerspruch – und aus einem Widerspruch folgt, was einem beliebt (*ex contradictione quodlibet*).⁴⁴

- 29 Ein Caveat (Ermahnung zur Vorsicht) zum Schluss: Wir sollten immer davon ausgehen, dass die Menschen früherer Zeiten nicht wesentlich dümmer waren als wir. Es dürfte den meisten deshalb immer bewusst gewesen sein, dass die Folter ein sehr unsicheres Beweismittel ist. Die eigentlich interessante Frage ist deshalb, warum man sie trotzdem verwendet hat.⁴⁵

b) Gottesurteile

- 30 Dieselbe Frage stellt sich bei den sogenannten Gottesurteilen, die es in unterschiedlichsten Formen gab.⁴⁶ Bekannt sind die Feuerprobe und die Wasserprobe: Man wirft den Delinquenten gefesselt ins Wasser – schwimmt er oben, ist er ein Zauberer (geht er unter, wird er allerdings häufig zu spät herausgezogen). Oder man lässt den Angeklagten über glühende Kohlen laufen – bleibt er unverletzt, ist er unschuldig.

Man sieht: Im ersten Fall ist die Beweislast (oben § 22 Rn. 12, 21–22 und sogleich Rn. 35–36) aus Sicht des Angeklagten günstiger verteilt.

Manchmal wurde für ein Gottesurteil auch ein Zweikampf zwischen den Prozessgegnern angesetzt: Wer gewinnt, hat Recht. Ein skurriles Beispiel aus der Literatur ist der Zweikampf zwischen dem Waffenschmied und dem Grafen vom Strahl in Heinrich von Kleists (1777–1811) ziemlich abgedrehten Drama „Das Käthchen von Heilbronn“ (1810).⁴⁷

c) Eideshelfer und Leumundszeugen

- 31 Ein sehr unsicheres, weil nur mittelbares Beweismittel sind die sogenannten Eideshelfer und Leumundszeugen.⁴⁸ Sie können zur Sache selbst nichts aussagen, sondern sollen nur den (guten) Ruf einer Partei oder eines Angeklagten „bezeugen“. Es wäre interessant zu wissen, ob Derartiges in anderen Rechts- und Sozialordnungen noch heute zugelassen bzw. üblich ist.

44 Dazu bereits § 11 Rn. 27. – *Ex contradictione quodlibet* bedeutet: Aus einem Widerspruch folgt Beliebiges, wörtlich: was einem gefällt.

45 Gertrude Lübke-Wolff, Das Dilemma des Rechts. Über Strenge, Milde und Fortschritt im Recht, Basel 2017.

46 Allgemein und knapp zu den Gottesurteilen (auch Ordal genannt): Schlinker, Rechtsgeschichte (Fn. 39), § 10 Rn. 19 f., § 25 Rn. 12, § 28 Rn. 15 – mit dem bemerkenswerten Detail, dass im thinggenossenschaftlichen Verfahren des Sachsenspiegels (vor 1235) das Urteil (nur) bestimmte, ob der Kläger oder der Beklagte den Beweis führen durfte. Man wusste also sehr wohl um die Bedeutung der Beweislast.

47 Als Jazz-HipHop-Kurzoperette aufbereitet von Lege&Lena, Cathy of Halliwell (Das Käthchen von Heilbronn), CD von 2014 (Eigenproduktion).

48 Schlinker, Rechtsgeschichte (Fn. 39), § 10 Rn. 18. § 28 Rn. 13–16.

d) Der sogenannte Lügendetektor

Ein umstrittenes Beweismittel ist der sogenannte Lügendetektor (technisch: „Polygraph“). Dies ist ein technisches Gerät, das während der Befragung eines Angeklagten dessen körperliche Reaktionen aufzeichnet (Atmung, Puls, Schweißabsonderung etc.). Dabei gehen die Anhänger dieses Beweismittels davon aus, dass Menschen körperlich unterschiedlich reagieren je nachdem, ob sie die Wahrheit sagen oder lügen – was im Grundsatz wohl auch stimmt. Nichtsdestoweniger hält jedenfalls der Bundesgerichtshof (BGH) einen Lügendetektortest für zu unzuverlässig, um ihn als Beweismittel zuzulassen.⁴⁹

32

Die ältere Begründung, die in der Verwendung eines Lügendetektors einen Verstoß gegen die Menschenwürde sah – der Test mache den Angeklagten statt zum Beteiligten zum „Gegenstand“ des Strafverfahrens⁵⁰ –, ist allerdings aufgegeben worden für den Fall, dass der Angeklagte dem Test zustimmt.⁵¹

e) Gesetze und Gerüchte

Im heutigen Sinn kein „Beweismittel“, weil nicht auf die Ermittlung von Tatsachen gerichtet, ist der Nachweis, dass für diesen Fall ein bestimmtes Recht gilt. In diesem Sinn hatte die Antike Rhetorik auch Gesetze als „Beweise“ betrachtet, die derjenige, der sich auf sie berief, beizubringen hatte.⁵² Derartiges gibt es heute immerhin noch in Bezug auf ausländisches Recht, in der Zivilprozessordnung heißt es dazu:

33

§ 295 ZPO Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

Wie erwähnt galten in der Antiken Gerichtsrhetorik als „untechnische“ Beweismittel schließlich auch Gerüchte.⁵³ Auch hier wäre interessant zu wissen, ob Vergleichbares in heutigen Rechtsordnungen noch vorgesehen ist.

IV. Die Verwertung der Beweise

Die zweite Frage, die sich im SINNZUSAMMENHANG des Rechts im Hinblick auf die Ermittlung des „wahren“ Sachverhalts stellt, ist die Frage, wie die Beweismittel zu verwerten sind – anders gewendet: welche Schlussfolgerungen man aus der Beweisaufnahme ziehen darf.

34

49 BGHSt 44, 308 (319–328) – Lügendetektor II (1998): völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinn des § 244 Abs. 3 Satz 3 Variante 4 StPO; dem folgend für den Zivilprozess: BGH, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 2527.

50 BGHSt 5, 332 (333 f.) – Lügendetektor I (1954); zur sogenannten Objektformel bei der Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG schon § 5 III Rn. 93 Fn. 183.

51 BGHSt 44, 308 (319–328) – Lügendetektor II (1998).

52 Ein Beispiel: Kai Brodersen (Hrsg.), Apollodoros, Gegen Neaira/Antiphon, Gegen die Stiefmutter, griechisch-deutsch, Darmstadt 2004, S. 66/67: Es ging um einen Verstoß jener Neaira und ihres athenischen Partners gegen das Ausländerrecht.

53 Siehe oben § 2 Rn. 19.

Ja: „darf“! Es ist eine normative Frage.

Terminologisch unterscheidet man dabei die Beweislast von der Beweiswürdigung im engeren Sinn (s.o. § 22 Rn. 13). Beides zusammen könnte man auch als „Beweiswürdigung im weiteren Sinn“ bezeichnen – ich nenne es Beweisverwertung.⁵⁴

1. Die Beweislast

- 35 Insofern haben wir in § 22 schon die sogenannte Beweislast erwähnt: Im Zivilprozess kommt es sehr darauf an, welche der beiden Parteien – also Kläger oder Beklagter – die entscheidenden Tatsachen zu beweisen hat – zum Beispiel, dass ein Kaufvertrag geschlossen wurde. Wir haben auch gesehen, wie dies methodisch in mehreren „Stationen“ abgearbeitet wird (Stichwort: Relationstechnik).

Im Strafrecht muss, auch das wurde schon erwähnt, nicht der Angeklagte seine Unschuld beweisen, sondern der Staat dessen Schuld. Insofern heißt es seit jeher *in dubio pro reo* – im Zweifel für den Angeklagten.

Die Gottesbeweise haben besonders deutlich gezeigt, wie wichtig es ist, was man aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme schlussfolgert. Wenn der Angeklagte nicht im Wasser versinkt oder sich nicht verbrennt – zeigt dies dann, dass er ein Hexer ist, dem der Teufel beisteht, oder ein Unschuldiger, bei dem Gott dies übernommen hat?

- 36 Der Vollständigkeit halber: Im Öffentlichen Recht stellt sich die Frage nach der Beweislast weniger dringend. Das Gericht ist hier nicht an das Vorbringen der Parteien gebunden, es gilt vielmehr der Amtsermittlungsgrundsatz.⁵⁵ Wenn sich allerdings trotz größten Wohlwollens des Gerichts die Standfestigkeit eines geplanten Gebäudes nicht hinreichend darlegen lässt, muss das Gericht die Klage auf Erteilung der Baugenehmigung ablehnen. Die Beweislast trägt also auch im Öffentlichen Recht derjenige, dem die Rechtsregel günstig ist (hier: § 72 Abs. 1 Landesbauordnung Mecklenburg–Vorpommern – LBauO M–V⁵⁶; aus ihm ergäbe sich der Anspruch auf Erteilung der Genehmigung).

2. Beweisregeln

- 37 Es ist nicht ausgeschlossen und war rechtsgeschichtlich vielleicht sogar die Regel, dass für die Würdigung der Beweise bestimmte Regeln gelten. So galt gemäß der erwähnten *Constitutio Criminalis Carolina*, dass ein Verbrechen wie Mord oder Hexerei erst

⁵⁴ Klassiker: Rolf Bender/Armin Nack/Wolf-Dieter Treuer, *Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre*, 3. Aufl., München 2007; fortgeführt in 5. Auflage von Robert Häcker/Volker Schwarz, München 2021.

⁵⁵ Siehe vor allem § 86 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung –: „Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisangebote der Beteiligten nicht gebunden.“ Üblich ist auch die Bezeichnung Untersuchungsgrundsatz.

⁵⁶ Wortlaut: „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (...).“ Der anschließende Relativsatz führt bei Fachfremden auf den ersten Blick zur Verwirrung.

bewiesen war, wenn es entweder zwei Augenzeugen gab – oder ein Geständnis des Beschuldigten.⁵⁷

Daher die Bedeutung der Folter. Indizienbeweise waren nicht zugelassen.

Im deutschen Recht gilt heute in allen Rechtsgebieten im Grundsatz das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung.⁵⁸ Es gibt, mit anderen Worten, „im Prinzip“ keine Vorschriften, welche Beweise wie zu gewichten sind. 38

Zeugen sind, ganz abstrakt, nicht mehr und nicht weniger wert als Urkunden.⁵⁹

Eine Ausnahme gilt für den speziellen Fall, in dem die eine Partei der anderen Partei die Beweisführung unmöglich macht. So heißt es in der Zivilprozessordnung im Hinblick auf den Urkundenbeweis: 39

§ 444 ZPO Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

Der „Rechtsgedanke“ dieser Vorschrift („Beweisvereitelung“) beruht letztlich auf dem Prinzip von Treu und Glauben, daher wird die Vorschrift auch analog auf andere Fälle angewendet.⁶⁰

In unserem neuen Prüfschema der Analogie (oben § 16 Rn. 37–41) wird mit dem Oberbegriff „Beweisvereitelung“ die (a) Vergleichbarkeit des zu beurteilenden Falls – sagen wir: die Weigerung, eine Kopie des Reisepasses vorzulegen⁶¹ – mit dem Tatbestand des § 444 ZPO festgestellt. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich dann die (b) Vorzugswürdigkeit der Rechtsfolge des § 444 ZPO – oder jedenfalls einer Beweiserleichterung zugunsten der Gegenseite – gegenüber der Nichtregelung dieses Falls.

3. Das sog. Beweismaß (Grad der Überzeugtheit): no reasonable doubt

Eng mit der freien Beweiswürdigung zusammen hängt die Frage nach dem sogenannten Beweismaß. Gemeint ist: Am Ende ist jede rechtliche Entscheidung die Entscheidung eines menschlichen Individuums – oder auch mehrerer (dazu sogleich unter § 24b Rn. 3–6). Am Ende kommt es daher darauf an, ob diese bestimmten Individuen, die zu entscheiden haben, „wirklich“ und selbst davon überzeugt sind, dass sich eine bestimmte Tatsache so und nicht anders ereignet hat („Tatfrage“, s.o.). Insofern gibt es natürlich – ebenso wie bei der „Rechtsfrage“ – unterschiedliche Charaktere und Temperamente; der eine hat sein Urteil schneller gebildet als der andere („ich kenne 40

57 Schlinker, Rechtsgeschichte (Fn. 39), § 37 Rn. 11–13.

58 Siehe vor allem § 286 Abs. 1 ZPO – Zivilprozessordnung –: „Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.“

59 Was wir dazu weiter oben gesagt haben, sind also nicht mehr als „Erfahrungswerte“.

60 Siehe nur Monika Anders/Burkhard Gehle, Zivilprozessordnung, 82. Aufl., München 2024, § 444 Rn. 7–9.

61 BGH, in: NJW 2011, 778 – Beweisvereitelung.

meine Pappenheimer“). Klar ist allerdings, dass es eine „100prozentige Gewissheit“ nie geben kann – Menschen sind fehlbar, und es können sich alle Zeugen geirrt haben.⁶²

- 41 Wenn aber etwas dem Wesen des Rechts entspricht, dann dies: dass entschieden werden muss („Entscheidungszwang“; bei Gericht: Rechtsverweigerungsverbot⁶³). Deshalb muss man sich „am Ende“ mit einem, wenn man so will, *menschlichen Maß* an Gewissheit – oder vielleicht besser: Überzeugtheit – zufrieden geben. Der BGH hat dies für den Strafprozess „klassisch“, erkenntnistheoretisch freilich ein wenig überholt, im Jahr 1951 wie folgt formuliert (Hervorhebungen und Kommentare J.L.):

„Sie [die richterliche Überzeugung] beruht, der Eigenart geisteswissenschaftlicher [?] Erkenntnis gemäß, anders als das Ergebnis naturwissenschaftlicher Forschung nicht auf einem unmittelbar einsichtigen Denken [??], sondern auf dem Gewicht eines die Gründe klar abwägenden Urteils über den *Gesamtzusammenhang* [!!] eines Geschehens. Für sie ist es erforderlich, aber auch genügend, dass ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit besteht, dem gegenüber *vernünftige Zweifel nicht mehr laut werden können*. Die bloß ‚theoretische‘ oder ‚abstrakte‘ Möglichkeit, dass der Angekl. nicht der Täter war, kann seine Verurteilung nicht hindern. Da eine solche Möglichkeit bei der Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis nie ganz auszuschließen ist, wäre jede richterliche Wahrheitsfindung [!] unmöglich.“⁶⁴

- 42 Sieht man davon ab, dass die Zuordnung der Jurisprudenz zu den Geisteswissenschaften eine Frage der Mode ist und die Naturwissenschaften nicht immer so exakt sind, wie sie vorgeben, lautet das richtige Stichwort: vernünftiger Zweifel (*reasonable doubt*). Es darf kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass sich **der Fall tatsächlich** so ereignet hat.

Zu Zweifel und Überzeugung als zwei Schlüsselbegriffen der Erkenntnistheorie in der Philosophie des amerikanischen Pragmatismus beiläufig schon oben § 18 Rn. 72.⁶⁵

Und dabei ist er in all seinen SINN-ZUSAMMENHÄNGEN zu würdigen – der BGH sagt: im „Gesamtzusammenhang“. (Üblich sind auch die Bezeichnungen **Gesamtchau** und **Gesamtwürdigung** – und es ist wohl kein Zufall, dass dies ein wenig nach „Emotion“⁶⁶ und sehr nach Ästhetik [unten §§ 30–34] klingt.)

62 Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1. Aufl., Freiburg etc. 2017, S. 271 f. mit Hinweis auf Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974, S. 450.

63 Ausdrücklich geregelt in Art. 4 des französischen Code civil: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“

64 BGH NJW 1951, 122 – Revision der Staatsanwaltschaft nach allzu großzügiger Beweiswürdigung des Gerichts zu Gunsten des geständigen Angeklagten (Brandstiftung am eigenen Haus).

65 Klassisch: Charles Sanders Peirce, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.370 – 376 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5 Paragraphen 370–376; eingehend dazu Lege, Pragmatismus (Fn. 16), S. 162–164 und öfter.

66 Siehe Strauch, Methodenlehre (Fn. 10), S. 258: „emotionale Zusammenhänge“. Auch sie sind natürlich schon SINN-ZUSAMMENHÄNGE (§ 5 II Rn. 40–59). – SINN hat alles, was für etwas anderes einen Unterschied macht.

V. Die „Sinnzusammenhänge der Vermittlung“

Damit ist ein letzter Aspekt angesprochen, der bei der Er-mittel-ung des Sachverhalts zu beachten ist: die Rolle, die die hier so bezeichneten SINNZUSAMMENHÄNGE der Ver-mittel-ung dabei spielen (§ 24 Rn. 14–30). Es gibt keine un-ver-mittel-te Wahrheitsfindung. 43

Übrigens stellt sich auch in den Naturwissenschaften gelegentlich die Frage, ob die Messmethode den Gegenstand der Untersuchung beeinflusst. Am bekanntesten ist sicherlich die Heisenbergsche Unschärferelation,⁶⁷ man kennt das Phänomen aber auch bei psychologischen und soziologischen Experimenten: Wer beobachtet wird, verhält sich anders.

1. Logik und Ästhetik

Zur Rolle der Logik haben wir genug gesagt – sie ist, jedenfalls im Recht, derjenige SINNZUSAMMENHANG, der alle anderen Sinnzusammenhänge zusammenschließt. Auch bei der Ermittlung des Sachverhalts ist sie es, die alles auf seine Folgerichtigkeit überprüft. 44

Das schließt nicht aus, dass man logische Fehler begeht, etwa eine *petitio principii*. Ein Haftrichter äußert sich in einem Vergewaltigungsprozess über die Zeugin wie folgt: „Ich ging davon aus, dass jemand, der einen [anderen] einer solchen Straftat bezichtigt, wahrheitsgemäße Aussagen macht.“⁶⁸ Hier wird das, was zu prüfen wäre, vorausgesetzt.

Zur Rolle der Ästhetik wird noch viel zu sagen sein. In gewisser Weise ist nämlich sie das A und O des „juristischen Denkens“ – von der ersten Intuition, der ersten „Wertung“ bis zur abschließenden rechtlichen „Würdigung“ des Falls.⁶⁹

2. Sprachkritik

Auch zum Thema „Sprache“ haben wir schon einiges – im Grunde sehr wenig – gesagt. Im Hinblick auf die Ermittlung des Sachverhalts können wir nun hinzufügen: Kritik ist manchmal nicht nur an der Juristen- und Rechtssprache angebracht, sondern auch an anderen Sprachen – etwa der Sprache der Politik oder der Alltagssprache. 45

Geradezu skandalös ist zum Beispiel die Verwendung des Begriffs „Rechtsstaat“ durch auch staatliche Stellen im „politischen Diskurs“. Insoweit wird mittlerweile gern gesagt, dass bei strafbaren Handlungen „der Rechtsstaat“ seine Zähne zeigen und für Ordnung sorgen müsse – der Staat als eine Art „Rechtlieferungsstaat“. Demgegenüber ist „Rechtsstaat“, wie das Grundgesetz ihn versteht, zuvörderst die

⁶⁷ Sie besagt, dass Zeit und Ort eines Teilchens nicht zur gleichen Zeit gleich exakt gemessen werden können.

⁶⁸ *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 202.

⁶⁹ Siehe auch schon *Joachim Lege*, Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens“. 36 Thesen, in: *Rechtsphilosophie (RPhZ)* 2015, S. 28–36.

Bezeichnung dafür, dass der Staat an das Recht *gebunden* ist, dass er sich vor dem Recht zu *rechtfertigen* hat. Er muss es nicht frei Haus liefern.⁷⁰

Ein weiteres Beispiel sind die aktuellen Demonstrationen der „Letzten Generation“, bei denen sich die Akteure mit Sekundenkleber auf der Straße fixieren, um den Verkehr lahmzulegen. Bei aller Sympathie für die Ziele und sogar für diese Form der Aktion: Es ist allmählich fragwürdig, sie als „gewaltfrei“ zu bezeichnen. „Gewaltfreier“ Widerstand richtet sich traditionell gegen eine andere Gewalt, zuvörderst gegen die Staatsgewalt – also etwa gegen die Straßenbahnbetriebe der Stadt oder gegen Waffentransporte. Im Fall der Klebeaktion richtet sich der Widerstand indes gegen hilflose Mitbürger, und dies sogar mit Hilfe der Staatsgewalt – nämlich unter dem Schutz der Polizei.

- 46 Im Übrigen könnte die juristische Methodenlehre durchaus so einiges von den Sprachwissenschaften lernen, zum Beispiel über bestimmte Begriffsstrategien (Polarisierung, Nivellierung, Umwertung, Scheinkonsens etc.).⁷¹

Eine Nivellierung hat sich im Sexualstrafrecht ereignet: Nach der alten Rechtslage war Vergewaltigung ein eigener Straftatbestand (§ 177 StGB) der zwei besonders schwere Tatumstände zusammenfasste: Gewalt plus Penetration. Seit 1997 ist dies nur noch eine Begehensweise unter anderen, und seit 2016 fasst § 177 StGB alles zusammen, was man sich unter „Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“ vorstellen kann. Das Ganze ist zudem derart beliebig aufgelistet, dass es nunmehr „Vergewaltigung ohne Gewalt“ (Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 iVm Abs. 1 oder Abs. 2) und „sexuelle Nötigung ohne Nötigung“ geben kann (Abs. 5 iVm Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1–4).⁷² – Genauer § 37 Rn. 14 und 42.

Zum so genannten *Stealth* (der Mann streift beim einvernehmlichen Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom ab) sogleich unter § 25 Rn. 15–16.

3. Ideologiekritik

- 47 Sprachkritik geht häufig einher mit Ideologiekritik – oder anders herum Ideologiekritik mit Sprachkritik. In konkreten Rechtsfällen dürfte dies meist eine geringere Rolle spielen als in Fragen der Gesetzgebung (und damit der „großen Politik“). Nichtsdestoweniger sind Fälle, in denen ideologisch argumentiert wird, jedenfalls im Öffentlichen Recht auch nicht ganz selten.
- 48 Ein aktuelles Beispiel ist die Frage der Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG – Grundgesetz) oder gar der Vergesellschaftung (Art. 15 GG) von großen Wohnungsbaugesellschaften in Berlin.⁷³ Hier wird auf der einen Seite mit dem Eigentum als einem heiligen

70 Joachim Lege, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: Anwaltsblatt 12 (2019), S. 887–891.

71 Zu Unrecht wenig bekannt: Hans Hannappel/Hartmut Melenk, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 207–246.

72 Ralf Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 177 Rn. 9.

73 Siehe hierzu nur: Expertenkommission zum Volksentscheid „Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen“, Abschlussbericht, 2. Aufl., Berlin 2023, online zugänglich unter file:///C:/Users/PC-Benutzer/Downloads/abschlussbericht_vergesellschaftung-grosser-wohnungsunternehmen-230627.pdf <06.02.2024>.

Recht⁷⁴ argumentiert („Eigentum ist Freiheit“) bis hin zum Zehnten Gebot des Christen- und Judentums („Du sollst nicht begehren deines Nächsten Haus“). Auf der anderen Seite werden die „Sozialbindung“ des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und die Überführung von Grund und Boden etc. „in Formen der Gemeinwirtschaft“ (Art. 15 GG) als verstecktes Bekenntnis des Grundgesetzes auch zum Sozialismus gewertet.⁷⁵

Nüchtern betrachtet ist Eigentum in einem kapitalistischen Wirtschaftssystem⁷⁶ nicht nur die sozusagen persönliche Beziehung zum „eigenen Häuschen“, sondern eine Geldanlage und damit unter Umständen ein Spekulationsobjekt. Und wenn dann – nicht zuletzt unter dem Einfluss staatlicher Subventionen für die Bauwirtschaft – der Markt „nicht mehr funktioniert“, also keine gerechte Güterverteilung mehr ermöglicht, dann darf der Staat selbst in diesem Bereich die Bewirtschaftung übernehmen.

Im Bereich der „höheren Kultur“, also im Theaterbetrieb, gibt es ja auch keinen wirklichen Markt.

Besonders aktuell ist gegenwärtig der Streit um das Gender-Sternchen. Insofern wirft jede Seite der anderen Ideologie vor: die Fortschrittlichen den Konservativen ein Beharren auf unbewusst transportierten Geschlechterrollen, die Konservativen den Fortschrittlichen eine Gängelung der Mehrheit im Namen einer lautstarken Minderheit. Das muss in diesem Buch – zum Glück – nicht entschieden werden.

49

Entschieden haben kürzlich das Landgericht Ingolstadt und das Oberlandesgericht München: Ein Mitarbeiter bei Audi kann sich nicht dagegen wehren, dass er betriebliche E-Mails in gegenderter Form erhält.⁷⁷ Damit ist deutlich gesagt, dass ein Kapitalist über die hausintern richtige Ideologie entscheiden darf.

Nur ganz nebenbei: Demokratie ist zuallererst Schutz der Mehrheit vor mächtigen Minderheiten. Wenn also staatliche Behörden – als *Hoheitsträger* – für ihren Bereich ohne gesetzliche Grundlage das Gendern vorschreiben, wäre dies bedenklich: Dass Sprache etwas *Wesentliches* ist, dürften gerade die Befürworter des Genderns nicht leugnen, ohne sich selbst zu widersprechen (Logik!). Die im Hinblick auf ein Grundrecht *wesentlichen* Entscheidungen hat aber der Gesetzgeber zu treffen („*Wesentlichkeitstheorie*“⁷⁸) – und nicht, z.B., eine Universität. Es wäre also ebenso rechtswidrig, für Seminararbeiten das Gendern verbindlich vorzuschreiben, wie es verbindlich zu verbieten.

50

74 So immerhin der letzte Artikel der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: „Da das Eigentum ein unverletzliches und heiliges Recht ist, kann es niemandem genommen werden, wenn es nicht die gesetzlich festgelegte, öffentliche Notwendigkeit augenscheinlich erfordert, und unter der Bedingung einer gerechten und vorherigen Entschädigung.“

75 In reiner Form wird dies heute allerdings, soweit ersichtlich, juristisch nicht mehr vertreten.

76 Allgemein dazu *Joachim Lege*, Besitz – Eigentum – Kapital – Vermögen, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) 2015, S. 23-35.

77 Landgericht (LG) Ingolstadt, Urteil vom 29.07.2022 – 83 O 1394/21 – Unterlassungsanspruch gegen Leitfaden für gendersensible Sprache bei Audi („Gender-Gap“), in: BeckRS 2022, 19421 (Beck'sche Rechtsammlung) 2022, 19421; Oberlandesgericht (OLG) München, Beschluss vom 11.07.2023 – 21 U 5235/22 –, in: BeckRS 2023, 19355.

78 BVerfGE 33, 125 – Facharztbeschluss (1972) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

4. Selbstkritik

- 51 Ein letzter Punkt ist schnell abgehakt: Der „am Ende“ in jedem Rechtsfall letztentscheidende SINNZUSAMMENHANG ist ein konkreter Jurist. Wie er einen Sachverhalt ermittelt, ist daher immer ganz individuell geprägt. Umso wichtiger sind natürlich Schemata, die ihn prozessual und materiell-rechtlich zu den richtigen Fragen führen (§ 22 und § 23) – nur so können auch *viele* Juristen auf Gleichbehandlung gleicher Fälle getrimmt werden.

Einige fachphilosophische Rechtsphilosophen scheinen genau dies ganz besonders zu verachten.

- 52 Und doch bleibt gerade bei der Beurteilung der „Lebenswelt“ – also der SINNZUSAMMENHÄNGE „da draußen“ so einiges an „persönlicher Wertung“ übrig und möglich.

Ein schönes Beispiel ist die Haltung von Juristen zu gewissen Kampfspielen, in denen die Teilnehmer mit Pseudo-Schusswaffen gegeneinander antreten – sei es mit Geräten, die Laserstrahlen aussenden („Laserdrome“), oder solchen, die Farbkügelchen verschießen („Paintball“, „Gotcha“).⁷⁹ Strenge Pazifisten sehen darin eine Glorifizierung des Kriegshandwerks und wollen es daher wegen Verstoßes gegen die „öffentliche Ordnung“ oder gegen die Menschenwürde verbieten (z.B. §§ 13, 16 SOG M-V). Alte weiße Männer halten es hingegen für eine harmlose Perfektionierung dessen, was man früher als Kind unter der Bezeichnung „Räuber und Gendarm“ oder gar „Cowboy gegen Indianer“ gespielt hat, also für eine Art Geschicklichkeits- und auch Kooperationswettbewerb. Was ist nun richtig?

Nun, beide Seiten können sich ihr „Vorverständnis“ zumindest bewusst machen und dann für den konkreten **Fall** fragen, **warum** die Teilnahme anderer Menschen an solchen Spielen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung sein könnte. Die alten weißen Männer werden dann vielleicht zugeben müssen, dass nicht alle Menschen so gut zwischen Realität und Fiktion unterscheiden können wie sie selbst. Und die Pazifisten müssten zugeben, dass viele Menschen dazu sehr wohl in der Lage sind. Man wird dann vielleicht zu dem Ergebnis kommen: Die Gefahr von Gewaltverherrlichung und Verrohung besteht jedenfalls, aber auch nur dann, wenn die Schießgeräte wie echte Kalaschnikows oder andere Sturmgewehre aussehen. So dass dies, aber auch nur dies verboten werden kann.⁸⁰

79 BVerwGE 115, 189 – Verbot eines Laserdrome wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde (2001) – (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite); der EuGH, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2004, 1471, hat dies übrigens aus Respekt vor dem nationalen Recht bestätigt. – Demgegenüber zu Paintball-Anlagen Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg, in: Neue Juristische Online Zeitschrift (NJOZ) 2010, 1997: kein Verstoß gegen die Menschenwürde, die Behörde muss die Anlage genehmigen.

80 Siehe aber zu weitergehenden Auflagen – z.B. keine Verwendung roter Farbkugeln – Verwaltungsgerichtshof (VGH) München, in: Gewerbearchiv (GewA) 2013, 218.

VI. Die Darstellung des Sachverhalts

Wir haben es eingangs schon gesagt: Die große Letztkontrolle – Kant würde vielleicht sagen: der „Probierstein“⁸¹ – bei der Ermittlung des Sachverhalts ist seine Darstellung in sprachlicher, insbesondere schriftlicher Form (Bilder können in den Text natürlich dann integriert werden, wenn es auf sie ankommt). Letztlich muss aus ihr hervorgehen: Ja, genau so ist es gewesen, so stimmt alles „stimmig“ zusammen. 53

Das ist natürlich nicht der Fall, wenn die Darstellung Widersprüche enthält (Logik!). „Umfassend“⁸² muss die Darstellung allerdings nicht in dem Sinne sein, dass man alle denkbaren Aspekte anspricht. Tatsachen, die dem Gegner nützen, muss er beibringen.

Im Übrigen gibt es natürlich Unterschiede zwischen einem Anwaltsschriftsatz, einer Anklageschrift⁸³, einer Sachverhaltsdarstellung in einem Verwaltungsakt – sie gehört zur sogenannten „Bescheidtechnik“⁸⁴ –, einem „Tatbestand“ in einem gerichtlichen Urteil oder Beschluss, einem Rechtsgutachten und so weiter. In einem zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Urteil folgt die Darstellung zum Beispiel einem bestimmten – und sehr SINNVOLLEN – Schema (zu Schemata schon § 23): 54

- Unstreitiger Sachverhalt
- Behauptungen und Meinungen des Klägers
- Antrag des Klägers
- Antrag des Beklagten
- Behauptungen und Meinungen des Beklagten
- Prozessgeschichte (insbesondere Beweisaufnahme)

Strafgerichtliche Urteile weichen hiervon naturgemäß ab, weil es nicht zwei Parteien, sondern nur einen (oder mehrere) Angeklagte(n) gibt. Es folgt daher auf die eine und einzige Sachverhaltsschilderung sogleich die Beweismwürdigung und die rechtliche Bewertung. Das Bundesverfassungsgericht holt für seinen Sachbericht gelegentlich weit aus – etwa mit einer kurzen rechtsgeschichtlichen Einführung in das Wasserrecht⁸⁵ 55

81 Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), S. 250; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band XI, Frankfurt a.M. 1977.

82 Zur „Umfassendheit“ nochmals Strauch, Methodenlehre (Fn. 10), S. 247 f.

83 Zu deren „indem-Satz“ schon § 8 Rn. 31 f.

84 Sie entspricht als berufsspezifisches Arbeitsschema gewissermaßen der Relationstechnik (§ 22). Anleitungen findet man in den Lehrbüchern für die Fachhochschulen, z.B. Harald Hofmann/Uta Hildebrandt/Susanne Gunia/Christian Zeissler, Allgemeines Verwaltungsrecht – mit Bescheidtechnik, Verwaltungsvollstreckung und Rechtsschutz, 12. Aufl., Stuttgart 2022, Rn. 356–383 mit Aufbauschema Rn. 361.

In einer Voraufage (Autoren damals Harald Hofmann/Jürgen Gerke, 10. Aufl. 2010) gab es beim ausformulierten Muster des Verwaltungsakts noch die Gegenüberstellung eines „nicht empfohlenen Beispiels“ in Behördendeutsch und eines „besseren Beispiels“ in verständlichem Deutsch und einen finalen „Diskussionsvorschlag“ (Rn. 335–350). Mittlerweile ist das Negativbeispiel weggefallen. Wenn man daraus schließen darf, dass die Behördensprache sich infolge eines Generationenwechsels deutlich verbessert hat, darf man sehr zufrieden sein. – Neuerdings gibt es bei den Empfehlungen zur sprachlichen Gestaltung des Bescheids auch einen Hinweis auf die (in Nordrhein-Westfalen gesetzlich vorgeschriebene) gendersensible Sprache (Rn. 357–360 [360]).

85 BVerfGE 58, 300 (302 f.) – Nassauskiesung (1981).

oder in die Problematik des rituellen Schlachtens (Schächten) im Tierschutzrecht (siehe sogleich).

56 Zwei praktische Tipps haben wir übrigens schon erwähnt:

- Man orientiere sich an der Trias von *res* – *personae* – *actiones* und beginne mit dem Eckpunkt, der für den Fall am aufschlussreichsten ist.
- Bereits die Schilderung des Sachverhalts sollte suggerieren, dass es nur eine einzige vernünftige rechtliche Lösung gibt: die vom Verfasser vertretene.

In diesem Sinn hat das Bundesverfassungsgerichts sein Urteil zum Schächten wie folgt eingeleitet: „Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war in Deutschland das Schächten als Schlachtmethode nach jüdischem Ritus weithin erlaubt (...)“⁸⁶

VII. Resümee

57 Die §§ 24 bis 24b betrachten den **Fall** – der ja die eigentliche Realität des Rechts ist⁸⁷ – als die „Schnittstelle“ von SINNZUSAMMENHÄNGEN. Insofern haben wir soeben in § 24a untersucht, wie man sich als Jurist die vielen SINNZUSAMMENHÄNGE erschließt, die „da draußen“ in der „Lebenswelt“ den **Sachverhalt** ergeben, der einer juristischen Entscheidung zu Grunde zu legen ist. Wir haben dabei betont, dass man insofern die „SINNZUSAMMENHÄNGE der Vermittlung“ – insbesondere die Vielfalt der Sprache und die je-eigene Welt jedes Juristen (darf man sagen: seine Identität?) – nicht ganz ausblenden darf. Im nun folgenden § 24b werden wir dies noch etwas ausbauen: In welchen SINNZUSAMMENHÄNGEN kommunizieren Juristen generell, also ganz abgesehen von einem bestimmten Sachverhalt, miteinander und mit der nicht-juristischen Welt? Und worauf sollten sie dabei um der Wahrheit willen achten?

Denn es ist zu betonen: Es geht uns wirklich um die Ermittlung der Wahrheit – genauer: der empirischen Wahrheit. Wie hat sich alles wirklich zugetragen?

Deshalb sollte man übrigens auch nicht sagen, dass der Sachverhalt „konstruiert“ wird, das klingt nach einer gewissen Willkürlichkeit (*fake* statt *fact*). Nein, der Sachverhalt muss „aufbereitet“; das heißt: methodisch sauber „ermittelt und dargestellt“ werden – so gut es im konkreten Fall eben geht.

⁸⁶ BVerfGE 104, 337 (338) – Schächten (2002).

⁸⁷ Joachim Lege, Die Realität des Rechts ist der Fall. 56 ketzerische Thesen im Geist des Pragmatismus, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2019, S. 416–429.

§ 24b Diverse Faktoren der Entscheidungsfindung

Vielleicht kann man es auch so formulieren: Der **Fall**, so haben wir gesehen, ist die Schnittstelle vieler SINNZUSAMMENHÄNGE. Der SINNZUSAMMENHANG des Rechts ist nur einer davon, aber er ist in einem Rechtsfall natürlich „federführend“¹. Wir müssen nun schauen, wie er an dieser Schnittstelle mit den **diversesten** anderen SINNZUSAMMENHÄNGEN kommuniziert und ob es insoweit methodische Regeln gibt.²

I. Die fachinterne Kommunikation

Auch unter Juristen gibt es durchaus verschiedene Menschen – sicher nicht die allerverschiedensten (man muss ja Jurist werden), aber doch bisweilen sehr verschiedene.

Zu Ironikern und Pathetikern als Idealtypen siehe unten § 30 II. – In den 1970er Jahren war Richtersozio­logie ein großes Thema. Eine Pionierarbeit von Rüdiger Lautmann (geb. 1935) trug den Titel „Justiz – die stille Gewalt“³, und nach Hubert Rodingen (geb. 1934) kommen die Juristen überwiegend aus der erfahrungsarmen „Mittelschicht“⁴.

Diese Juristen bringen, sozusagen, ihren je eigenen SINNZUSAMMENHANG mit, oder radikaler gesagt: Sie *sind* ihr je eigener SINNZUSAMMENHANG. Wie erreicht man nun methodisch, dass die Herangehensweise an den **Fall** nicht allzu subjektiv gerät, sondern so objektiv wie möglich? Damit es für den Rechtsunterworfenen möglichst keinen großen Unterschied macht, an welchen konkreten Richter man gerät?

1. Einzelrichter und Kollegialgerichte

Eine wichtige Möglichkeit besteht darin, das Gericht mit nicht nur einer Person, sondern mit mehreren zu besetzen – einige davon vielleicht sogar juristische Laien

1 „Federführend“ ist eine Bezeichnung aus der parlamentarischen Praxis. Wenn bei einem Gesetzentwurf oder einem anderen Projekt mehrere Ministerien beteiligt sind, ist eines davon „federführend“, koordiniert also die Zusammenarbeit aller.

2 Ähnlich der Ansatz von *Anusheh Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, Berlin 2004, der sehr dezidiert den Rechtsfrieden als einziges Ziel des Urteils anerkennt und sodann neun Kriterien nennt, an denen sich die Entscheidung (um die man nicht herumkommt) orientieren kann (S. 78, 79–148); s. auch unten § 34 Rn. 1 mit Fn. 3.

3 *Rüdiger Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Frankfurt a.M. 1972. In der Neuausgabe Wiesbaden 2011, S. 9, fasst Lautmann zusammen: „In äußerster Vereinfachung besagt die Studie: Die offiziell gegebenen Gründe eines Gerichtsurteils entsprechen nicht den ‚wirklichen‘ Ursachen der getroffenen Entscheidung. Dieses Allgemeinergebnis wird begründet durch eine mikrosoziale Analyse, d.h. die Bausteine des Entscheidungsvorgangs werden konkretisiert. Im Einzelnen wird gezeigt, wie der Konfliktstoff rekonstruiert wird, wie der Rahmen des Rechts ausgefüllt wird, wie die Aufgaben arbeitsökonomisch bewältigt werden, wie sich Richter im Kontext der Justizorganisation bewegen usw.“

4 *Hubert Rodingen*, Pragmatik der juristischen Argumentation, Freiburg i.Br. etc. 1977, S. 37: „Der Jurist ist ganz in die Mittelschicht eingebettet. Er spricht ihre Sprache und lebt in ihrer erfahrungslosen Welt.“

(Schöffen, Geschworene). Es ist daher durchaus bedenklich, dass in Deutschland seit den 1990er Jahren immer mehr Prozesse auf den Einzelrichter übertragen wurden, insbesondere an den Landgerichten (§ 348 ZPO – Zivilprozessordnung –), wo das Kollegialprinzip weitgehend aufgegeben wurde („originärer Einzelrichter“). An den Verwaltungsgerichten (§ 6 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung –) „soll“ die Kammer die einfachen Fälle in der Regel dem Einzelrichter übertragen.⁵

- 4 Man hört häufig: Die *Geschworenen* im angloamerikanischen Rechtsraum (die „jury“) urteilen nur über die Tatfrage (also ob der Täter die Tat so begangen hat, wie man es ihm vorwirft⁶), nicht über die Rechtsfrage (also wie die Tat rechtlich einzuordnen ist). Das ist zumindest ungenau.⁷ – Im deutschen Strafprozess entscheiden die *Schöffen* ohne Zweifel auch über die Rechtsfrage mit⁸ (also etwa, ob es sich um eine gefährliche oder nur um eine einfache Körperverletzung handelte, § 224 oder § 223 StGB – Strafgesetzbuch –; klassischer Fall: ist der „beschuhete Fuß“ eine Waffe?⁹).
- 5 Die Entscheidungsprozesse in Kollegialgerichten sind gesetzlich nur rudimentär geregelt (dazu sogleich mehr). Bereits erwähnt wurde, dass das „juristische Gutachten“, so wie Studenten es im Studium einüben, seinen klassischen Ort genau hier hat: als Gutachten des „Berichterstatters“ für die Kollegen im „Spruchkörper“.

Im Übrigen sind in der letzten Zeit einige bedeutende Untersuchungen zu diesem Thema erschienen. Zu nennen sind vor allem die Arbeiten von Birke Häcker (geb. 1977), Wolfgang Ernst (geb. 1956)¹⁰ und Gertrude Lübke-Wolff (geb. 1953)¹¹ – sie ist ja nicht nur Professorin, sondern war auch Richterin des Bundesverfassungsgerichts.

Gesetzlich geregelt sind immerhin die Beratung und das Abstimmungsverhalten (§§ 192–197 Gerichtsverfassungsgesetz – GVG). Besonders schön, weil sie Machtmissbrauch verhindern und Unbefangenheit erhalten sollen, sind die Regeln in

§ 197 GVG Die Richter stimmen nach dem Dienstalter, bei gleichem Dienstalter nach dem Lebensalter, ehrenamtliche Richter und Schöffen nach dem Lebensalter; der jüngere stimmt vor

5 Dies ist rechtspolitisch seit jeher umstritten, und es gibt auch verfassungsrechtliche Bedenken.

6 In der Antiken Gerichtsrhetorik war dies der *status coniecturalis*, s.o. § 2 Rn. 9.

7 Uwe Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015, § 5 II Rn. 141–157.

8 § 30 GVG – Gerichtsverfassungsgesetz –: „Insoweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, üben die Schöffen während der Hauptverhandlung das Richteramt in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht wie die Richter beim Amtsgericht aus (...)“.

9 Nach ganz herrschender Meinung (h.M.): in der Regel ja; nicht aber, wenn mit dem Fuß lediglich Druck auf den Hals des Opfers ausgeübt wird – das ginge auch barfuß, so Bundesgerichtshof BGH), in: Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport (NSTZ-RR) 2015, 309.

10 Birke Häcker/Wolfgang Ernst (Hrsg.), *Collective Judging in Comparative Perspective*, Cambridge etc. 2020; Wolfgang Ernst, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten – „group choice“ in europäischen Justiztraditionen*, Tübingen 2016.

11 Gertrude Lübke-Wolff, *Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren*, 2. Aufl., Berlin 2023 (870 Seiten!); frei zugänglich im Internet unter <https://www.kas.de/documents/252038/16166715/Beratungskulturen.+Wie+Verfassungsgerichte+arbeiten%2C+und+wovon+es+abh%C3%A4ngt%2C+ob+sie+integrieren+oder+polarisieren.pdf/a68323e0-dd86-6b7b-202e-bd4130edb511?t=1658403065191>. – Ein schönes Interview von Annelie Kaufmann mit Lübke-Wolff vom 20.03.2023: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/verfassungsgerichte-beratungskulturen-luebke-wolff-supreme-court-bverfg-vergleich-transparenz/<06.02.2024>>.

dem älteren. Die Schöffen stimmen vor den Richtern. Wenn ein Berichterstatter ernannt ist, so stimmt er zuerst. Zuletzt stimmt der Vorsitzende.

2. Das Vier-Augen-Prinzip

Objektivität zu gewährleisten – so gut es geht –, ist aber auch in anderen juristischen Professionen nötig. In vielen Rechtsanwaltskanzleien ist es daher üblich, zumindest die größeren Fälle von mindestens zwei Kollegen bearbeiten zu lassen (Vier-Augen-Prinzip). Das Warum liegt auf der Hand: Je nach Vorverständnis kann in einem konkreten Fall mal dies, mal jenes übersehen werden. Und zwei beteiligte SINNZUSAMMENHÄNGE verdoppeln die Chance guter Ideen. 6

In Behörden kann das Vier-Augen-Prinzip zudem der Korruption entgegenwirken.

3. Die „Praxis“ und die (akademische Rechts-) „Wissenschaft“

Von großer Bedeutung, wenn auch nicht immer auf einen einzigen **Fall** bezogen, ist die Kommunikation zwischen der sogenannten „Praxis“, also den Richtern, Anwälten, Verwaltungsbeamten, „Wirtschaftsjuristen“¹² etc., und der sogenannten „Wissenschaft“, also den an der Universität tätigen Lehrern des Rechts (Professoren, ambitionierte Assistenten). 7

Ob diese Entgegensetzung sehr „sinnvoll“ ist, dazu später mehr.

Diese beiden Bereiche der juristischen Profession sind erstaunlich wenig durchlässig, vermutlich wegen des deutschen Beamtenrechts. Es kommt kaum vor, dass jemand „hauptamtlich“ zwischen dem Beruf des Richters, Anwalts oder Verwaltungsbeamten und dem Beruf des Professors hin- und herwechselt. Es gibt zwar eine Reihe von „Praktikern“, die an der Universität Lehrveranstaltungen anbieten, und es gibt eine Reihe von Professoren, die im Nebenamt (oder zweiten Hauptamt) Richter an einem höheren Gericht sind (z.B. Oberlandesgericht, Oberverwaltungsgericht). Generell ist die Jurisprudenz an der Universität aber von der Jurisprudenz in den „lebensnahen“ Bereichen personell deutlich abgegrenzt.

Nichtsdestoweniger bestehen sehr enge Verbindungen: Es gibt jede Menge wissenschaftlicher Literatur (Aufsätze, Kommentare und Handbücher, Lehrbücher) auch von „Praktikern“, und es gibt eine beachtliche Zahl an Rechtsgutachten, die von Universitätsjuristen (Professoren) für konkrete Fälle erstellt werden. „Praxis“ und „Wissenschaft“, diese verstanden als die Einheit von „Forschung und Lehre“ (Art. 5 Abs. 3 GG 8

12 Das ist eine sehr unscharfe Bezeichnung, denn gemeint sein können Juristen in den Rechtsabteilungen von Unternehmen ebenso wie in Gewerkschaften, Verbänden usw. – Mittlerweile werden als „Wirtschaftsjuristen“ auch solche bezeichnet, die keine „Volljuristen“ mit Zweitem Staatsexamen sind, sondern nur das Erste Examen vorweisen können oder gar nur einen Bachelor- oder Fachhochschulabschluss. Für sie gelten, ohne dass dies eine Wertung enthält, die Ausführungen im Text nur eingeschränkt.

– Grundgesetz –) an den Universitäten,¹³ begegnen sich daher – wohl mehr als in jeder anderen Rechtsordnung – „auf Augenhöhe“.¹⁴

Dies ist ein großer Vorteil des Ersten und Zweiten Staatsexamens, das in aller Regel beide Seiten abgelegt haben, um die „Befähigung zum Richteramt“ (§ 5 DRiG – Deutsches Richterergesetz¹⁵) zu erwerben. Eine Ausnahme gilt nur für alle „ordentlichen Professoren¹⁶ der Rechte“ an einer deutschen Universität: Sie sind kraft Amtes zum Richteramt befähigt (§ 7 DRiG).¹⁷

- 9 Der Vorteil dieser Symbiose liegt auf der Hand: Die „Wissenschaft“ an der Universität hebt nicht ab, und sie protokolliert nicht nur „von außen“, was Studenten wissen müssen. Sondern sie bleibt den konkreten **Fällen**, die nun einmal die Realität des Rechts sind,¹⁸ eng und aktiv verbunden. Auf diese Weise bekommt die „Praxis“ insbesondere der Gerichte gleichsam „von innen *und* von außen“ informierte Kritik konstruktiver Art. All dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, bei der Lösung neuer Fälle auf die richtigen Ideen zu kommen.

Zur Ideenproduktion im konkreten Fall sogleich in § 25. – Wenn man so will, wird der „Schwarm“ der Juristen dadurch größer und bunter – was seiner „Schwarmintelligenz“¹⁹ zugute kommt.

- 10 Zudem steht die akademische Rechtswissenschaft unter einem geringeren Entscheidungsdruck. Sie hat daher idealerweise mehr Zeit, eine ganze Vielzahl von **Fällen** miteinander zu vergleichen und aufeinander abzustimmen (vgl. § 19). Idealerweise bringt sie dadurch, gerade auch zum Nutzen der Praxis, „mehr System“ in den SINNZUSAMMENHANG „Recht“.

Dieser Vorteil geht natürlich verloren, wenn die „Wissenschaft“ sich angesichts des Publikationsdrucks mehr und mehr zu einem bloßen Echo der Praxis entwickelt.

13 Dass dies ein Alleinstellungsmerkmal der Universität (als Institution) ist und bleiben sollte: *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4. – Nebenbei: Der Titel stammte nicht von mir, er lautete ursprünglich: „Was ist das Wissenschaftssystem, und wo sollte es sein Zentrum haben? Zugleich ein Beitrag zum Promotionsrecht“. Und die Kernthese: Das Wichtigste an der Universität ist „der Student“ bzw. „die Studentin“ als Institution. Die Studenten sind die „strukturelle Kopplung“ (§ 15a Rn. 19 mit Fn. 42) von Wissenschaft und „Restgesellschaft“.

14 Das schließt nicht aus, dass beide Seiten sich mit einer Mischung aus gegenseitigem Respekt und gegenseitiger Geringschätzung begegnen. So hat etwa der Begriff „Praktikerliteratur“ etwas leicht Abschätziges.

15 Wortlaut: „Die Befähigung zum Richteramt erwirbt, wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt (...)“.

16 Gemeint: die Professoren und Professorinnen der höchsten Besoldungsgruppe.

17 Allerdings ist gemäß § 7 DRiG „jeder ordentliche Professor der Rechte an einer Universität im Geltungsbereich dieses Gesetzes“ schon als solcher „zum Richteramt befähigt“, also auch dann, wenn er kein Zweites Examen hat. In der Praxis kommt dies kaum vor.

18 *Joachim Lege*, Die Realität des Rechts ist der Fall. 56 ketzerische Thesen im Geist des Pragmatismus, in: *Rechtsphilosophie* (RPhZ) 2019, S. 416–429.

19 Derzeit ein positiv konnotiertes Schlagwort, im Gegensatz zur „Psychologie der Massen“ (*Gustave Le Bon*, 1841–1931). Ich will es hier nicht vertiefen.

Man muss freilich einräumen: Dieses Optimierungsmodell von „Wissenschaft“ und „Praxis“ funktioniert nicht immer optimal. So wird etwa eine „herrschende Meinung“ (klassisches Kürzel „h.M.“ oder auch „hM“) häufig durch Zitierkartelle geschaffen,²⁰ und es gibt jede Menge Interessentenliteratur, zum Beispiel Aufsätze in Fachzeitschriften, die auf bezahlten Gutachten beruhen oder von den Prozessvertretern stammen.

11

Von methodischer Sauberkeit kann man insoweit nur sprechen, wenn gerade auch die abweichenden Ansichten zitiert werden. Das Bundesverfassungsgericht hält sich nicht immer daran (zum Fall „Windkraft-GmbHs“ unten § 34 Rn. 67–75).

Zum Zitieren allgemein: Angesichts der Fülle an Schrifttum und Rechtsprechung kann man Vollständigkeit nur noch selten erwarten. Vielleicht sollte man daher im konkreten Fall noch sparsamer damit umgehen – ohnehin wirkt manches Zitat eher *colorandi causa*, wirkt also eher wie Zierrat als wie Zitat. Beliebt ist auch, unproblematische Punkte mit Nachweisen zu überhäufen, während bei der entscheidenden Frage ein spärliches Zitat, vielleicht gar ein „Vgl.-Zitat“, die Aussage stützt. Man rechtfertigt sich gleichsam durch den Aufwand an anderer Stelle (zu den *biases* der Wahrnehmung § 35 III und IV).

Besonders merkwürdig ist es, wenn neuerdings gar nicht mehr die Wissenschaft die Praxis kommentiert, sondern die „Praxis“ sich selbst. So kommentieren etwa in der Datenbank *juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht* die Richter dieses Bundesverwaltungsgerichts ihre eigenen Urteile und erläutern deren „Bedeutung für die Praxis“.²¹ Sollte es nicht so sein, dass ein gerichtliches Urteil für sich selbst spricht? Weil nur das Urteil den Anspruch erheben darf, ein *autoritativer Text* zu sein?

12

Anders gewendet: Wenn Richter der Praxis Tipps geben, wie diese mit ihren Urteilen umgehen soll – dann ist dies Rechtsberatung und verträgt sich eigentlich (*proprie*) nicht mit dem SINNZUSAMMENHANG ihres Amtes.

Zum Abschluss: Ich halte eigentlich (*proprie*) die Unterscheidung von „Wissenschaft“ und „Praxis“ im hier geschilderten institutionellen Sinn für völlig verfehlt. Es gibt unter den „Praktikern“ ganz hervorragende Wissenschaftler und unter den Professoren viele, die weniger theorieorientiert sind.

13

Was die Juristische Methodenlehre angeht, denke ich einerseits an Hans-Joachim Strauch,²² andererseits an Thomas M. J. Möllers.²³

Vor allem aber ist „Wissenschaft“ alles andere als ein Gegensatz zu „Praxis“: Die Jurisprudenz der „Praktiker“ ist ebenfalls Wissenschaft, wenn man so will: mehr oder

20 Klassischer Aufsatz: Uwe Wesel, hM, in: Kursbuch 56 (1979): Unser Rechtsstaat, S. 88–109; des Weiteren knapp und klar Thomas Drosdeck, Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle –, Berlin 1989.

21 Internet-Adresse: <https://www.juris.de/jportal/nav/produkte/werk/juris-praxisreport-bundesverwaltungsgericht.jsp>. – Das Format wird sogar damit beworben, dass es sich bei den Autoren „ausschließlich“ um Richter des Gerichts handelt.

22 Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage (leider ohne Sachverzeichnis): Baden-Baden 2022. – Strauch war Verwaltungsrichter, u.a. am Bundesverwaltungsgericht.

23 Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023. Möllers ist Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Augsburg.

weniger „angewandte“ Wissenschaft (denn auch sie fragt nach rechtlicher *Richtigkeit*). Und die Jurisprudenz der akademischen „Wissenschaft“ ist ebenfalls eine Praxis, und zwar rechtliche Praxis (denn sie fragt nach *rechtlicher* Richtigkeit).

Und ob beides *gute* Wissenschaft oder *gute* Praxis ist – das ist letztlich eine Frage der Methode.

II. Kommunikation mit den „Außenwelten“

- 14 Wenn vom **Fall** als Schnittstelle von SINNZUSAMMENHÄNGEN die Rede ist, ist schließlich besonders spannend die Frage, wie die Kommunikation des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“ mit den vielen anderen SINNZUSAMMENHÄNGEN der Lebenswelt gelingen kann.²⁴ Diese Frage ist durchaus nicht identisch mit der Frage, wie Juristen mit Laien kommunizieren können oder sollten. Wir wollen sie aber der Einfachheit halber darauf konzentrieren.

1. Kommunikation von Anwalt und Mandant

- 15 Die erste Aufgabe eines Rechtsanwalts ist herauszufinden, was der Mandant wirklich erreichen will und wie sich dies in rechtlichen Kategorien darstellt. Wir haben schon erwähnt, dass dies häufig schwierig ist. Es gibt hierfür auch kein Patentrezept – außer vielleicht: zuhören, nachfragen und nicht alles glauben.²⁵

Was nicht bedeutet, dass der Mandant lügt. Manchmal übersieht auch er das Wichtigste gerade deshalb, weil es so selbstverständlich ist.

- 16 Die zweite Aufgabe ist sodann, die verschiedenen Möglichkeiten rechtlichen Handelns zu entwerfen und deren Erfolgchancen abzuschätzen.²⁶ Kann man eine Vertragsanpassung erreichen? Sollte man einen Vergleich vorschlagen? Muss man Klage erheben, wie hoch ist dann das Risiko? Liegt das Risiko bei der Tatfrage oder bei der Rechtsfrage? Es ist klar, dass bei all diesen Varianten auch die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten eine bedeutende Rolle spielen. Als Anwalt muss man sich sehr schnell daran gewöhnen.

Im Jura-Studium wird viel zu selten eine Sensibilität für wirtschaftliche (SINN-) Zusammenhänge gefördert (einschließlich der allgegenwärtigen Gefahr von Korruption).

- 17 Die dritte Aufgabe ist dann, dem Mandanten die rechtlichen (SINN-) Zusammenhänge zu erläutern – dies ist gewissermaßen die Rückübersetzung der ersten Übersetzung (nämlich der Interessen des Mandanten in rechtliche Kategorien). Die vierte Aufgabe lautet schließlich: mit dem Mandanten gemeinsam die Strategie festlegen.

Natürlich liegen die wahren Schwierigkeiten dann im Detail, und die anwaltliche Tätigkeit stellt sich in Strafsachen typischerweise anders dar als in privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Mandaten. Und letztlich müssen Anwalt und Mandant auch irgendwie, mit ihren jeweiligen SINNZUSAMMENHÄNGEN, zueinander passen.

24 Zur Kategorie der Gelungenheit unten §§ 33 und 34.

25 Knapp und lebensnah *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 69–77.

26 Sehr informativ: *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42.

Mit ein bisschen Übertreibung lässt sich sagen, dass in Deutschland jeder Mandant die Chance hat, einen Anwalt zu finden, der intellektuell zu ihm passt.²⁷

Mehr zum Thema „Rechtsberatung“ in §§ 37 bis 37c.

2. Die Kommunikation des Gerichts mit Parteien, Angeklagten usw.

Den Anwalt kann man sich aussuchen, das Gericht in aller Regel nicht – und das ist auch gut so (das rechtsstaatliche Gebot des gesetzlichen Richters findet sich in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – Grundgesetz: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“). Umso wichtiger ist, dass alle Gerichte mit den Parteien, Angeklagten, Zeugen und sonstigen Beteiligten fair umgehen. Den wichtigsten **methodischen** Grundsatz formuliert dabei das Grundgesetz selbst:

Art. 103 Abs. 1 GG Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

Es müssen also alle Beteiligten gleichberechtigt angehört werden – und dies am besten, ebenso wie die Zeugen, „im Zusammenhang“ (s.o. § 24a Rn. 18).

a) Unmittelbarkeit der Kommunikation

Oft äußern sich die Parteien freilich nicht selbst, sondern überlassen die Kommunikation ihren Anwälten. Im Strafprozess raten die Verteidiger ihren Mandanten sogar häufig, vor Gericht zur Sache²⁸ nicht selbst auszusagen. Dies ist jedenfalls dann fragwürdig, wenn das Gericht sein Bild vom Tatgeschehen hauptsächlich aus einem Polizeiprotokoll schöpft, das ein Zeuge oder der Mandant vielleicht sogar unterschrieben hat.²⁹ In der Praxis scheint dies häufig vorzukommen, aber im Grunde ist es ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. In der Strafprozessordnung heißt es zudem ausdrücklich:

§ 250 StPO Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden.

²⁷ Joachim Lege, Wozu brauchen wir ein Staatsexamen?, unveröffentlichter Vortrag, gehalten im Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen (IMPP) in Mainz (2016), unter I 4. – Das IMPP ist nach seinen eigenen Angaben im Netz „eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Als zentrale Einrichtung der Länder unterstützen die 6 Fachbereiche mit etwa 100 MitarbeiterInnen die Landesprüfungsämter bei der Durchführung der bundeseinheitlichen schriftlichen Prüfungen nach den Approbationsordnungen der Ärzte und Apotheker sowie nach dem Psychotherapeutengesetz“. Dort werden, mit anderen Worten, die Multiple-choice-Fragen entwickelt, die von den Medizinstudenten dann durch „Ankreuzen“ (nur eine von fünf Antworten ist richtig) gelöst werden.

²⁸ Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 StPO steht es dem Beschuldigten frei, „sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache“ – Gegensatz: zur Person – „auszusagen“.

²⁹ Harte Kritik an dieser Praxis mitsamt einer klaren Empfehlung für Zeugen und Beschuldigte, ein Polizeiprotokoll nicht zu unterschreiben und schon gar nicht handschriftlich zu korrigieren: Ulrich Sommer, Signatur-Renitenz. Von der richterlichen Faszination polizeilicher Vernehmungsprotokolle und wie Verteidigung sie trüben kann, in: Strafverteidiger-Forum (StraFo) 2018, 451–458 (451): „Der Einfluss polizeilicher Vernehmungsprotokolle in Strafprozess markiert mittlerweile einen skandalösen Zustand. Strafrichter haben die gesetzgeberische Idee der Unmittelbarkeit auf den Kopf gestellt und lassen sich in ihren Entscheidungen vom dokumentierten Polizeiverständnis lenken.“

Ganz in diesem Sinn plädiert die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) nachdrücklich dafür, generell die Unmittelbarkeit der Kommunikation von Gericht und Rechtsunterworfenen ernst zu nehmen. Wer nicht ausreichend zu Wort kommt, ist lediglich *Objekt* des Verfahrens – und das sollte er nicht sein.

Natürlich gibt es gelegentlich auch Querulanten, die man in die Schranken weisen muss.

b) Richterliche Fürsorge versus Unparteilichkeit

- 20 Ein weiteres Problem stellt sich im Zivilprozess. Dort müssen die Parteien selbst den gesamten Prozessstoff vortragen (Beibringungsgrundsatz), insbesondere alle Tatsachen nennen, die ihnen günstig sind, und nötigenfalls für sie Beweis anbieten. Auf den ersten Blick heißt dies: Der Richter mischt sich nicht ein, und wenn eine Partei schlampt, dann geht dies zu ihren Lasten: Sie verliert den Prozess.

Dies kann nun leicht zum Nachteil einer wenig prozesserfahrenen Partei geraten, vor allem, wenn sie, wie vor dem Amtsgericht möglich, anwaltlich nicht vertreten ist. Deshalb enthält die Zivilprozessordnung seit 1964 eine Vorschrift, die dem Gericht einigens an Hilfestellung erlaubt; sie lautet heute³⁰:

§ 139 Abs. 1 ZPO Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

- 21 Es liegt auf der Hand, dass hier die Grenze zwischen Nachteilsausgleich und Bevorzugung schwer zu ziehen ist.³¹

3. Weitere Kommunikation mit Laien (insbesondere in Wirtschaft und Politik)

- 22 Wir haben vorhin gesagt: Die Frage, wie die Kommunikation des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“ mit den vielen anderen SINNZUSAMMENHÄNGEN der Lebenswelt gelingen kann, ist nicht identisch mit der Frage, wie Juristen mit Nicht-Juristen („Laien“) kommunizieren. Dies zeigt sich nicht nur dort, wo der „Rechtsstab“³² handelt (Gerichte, Anwälte), sondern mehr noch in Bereichen, wo Juristen primär für andere SINNZUSAMMENHÄNGE arbeiten, vornehmlich für die Politik (in der öffentlichen Verwaltung

30 Ursprüngliche Fassung des § 139 Abs. 1 ZPO: „Der Vorsitzende hat dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Er hat zu diesem Zweck, soweit erforderlich, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen.“ Die heutige Fassung wollte in der Sache nichts ändern.

31 Gerade methodologisch sehr instruktiv *Claus Dieter Classen*, Der Richter zwischen Dialog und Entscheidung. Bemerkungen zum Umgang des Richters mit den Parteien im deutsch-französischen Vergleich, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2025, 581-588 – auch mit deutlicher Kritik an zu langen (deutschen) Begründungen.

32 „Rechtsstab“ ist ein Fachausdruck aus der Rechtssoziologie, siehe nur *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, passim; *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 5, auch schon ebendort § 4 Rn. 131-139 mit Hinweis auf die klassischen Stellen bei Max Weber.

einschließlich der Ministerien) oder für die Wirtschaft (in Unternehmen und deren Verbänden, in Gewerkschaften).

Wichtig: Die öffentliche Verwaltung – grob gesagt: alle Behörden – sind keineswegs Teil des Funktionssystems „Recht“, sondern des Funktionssystems „Politik“. Sie handeln primär nicht nach dem Code „rechtmäßig/rechtswidrig“ – dafür sorgt erst das richtig verstandene Rechtsstaatsprinzip –, sondern nach dem Code „zweckmäßig/unzweckmäßig“. Und ihr Ziel (oder besser: Ideal) ist nicht Gerechtigkeit, sondern das Gemeinwohl.

In all diesen „außerrechtlichen“ Bereichen haben Juristen dieselbe Übersetzerfunktion wie Anwälte und Richter auch. Allerdings müssen sie ihre Dienste den außerrechtlichen Zielen ihrer jeweiligen Organisation unterordnen – eben deshalb sind sie an die Anordnungen und Weisungen ihres Dienstherrn³³ oder Arbeitgebers³⁴ gebunden. (Der Rechtsanwalt ist dies, was seinen Mandanten angeht, nicht oder jedenfalls in deutlich geringerem Maß, dazu unter III.) 23

Wenn ein Beamter meint, die Weisung sei rechtswidrig, kann und muss (!) er hiergegen „remonstrieren“, d.h. sich letztlich an den nächsthöheren Vorgesetzten wenden (§ 36 Abs. 2 BeamStG – Beamtenstatusgesetz). Ein Jurist im Angestelltenverhältnis muss rechtswidrige Weisungen grundsätzlich befolgen und kann lediglich Schutz vor dem Arbeitsgericht suchen.³⁵

Wichtig ist nun allerdings: Der Zug fährt auch in die Gegenrichtung. Wenn also ein Unternehmer *meint*,³⁶ es könne doch wohl nicht sein, dass die Behörde ihm eine Genehmigung verweigert, die sein Konkurrent bekommen hat; oder wenn er *meint*, er müsse sein Windrad doch wohl bauen dürfen, ohne zuvor aufwendig eine GmbH zu gründen; dann kommuniziert **auch er** im SINNZUSAMMENHANG „Recht“;³⁷ dann ist auch dies eine *Rechtsmeinung*. Er hält das Ganze, schlicht gesagt, für rechts- oder verfassungswidrig: „So geht es aber wirklich nicht!“ Dass er ein Laie ist, ändert daran nichts. 24

Der Begriff „Laie“ stammt übrigens aus dem Bereich der christlichen Religion und bezeichnet dort die einfachen Gläubigen ohne ein geistliches Amt.

Etwas ungünstiger für den SINNZUSAMMENHANG „Recht“ liegen die Dinge im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Hier herrscht primär die Macht – nämlich die Macht, 25

33 § 35 Abs. 1 BeamStG (Beamtenstatusgesetz); dass es dort „ihre Vorgesetzten“ heißt, ist lediglich eine Formulierungsfrage.

34 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ergibt sich aus § 106 GewO (Gewerbeordnung) oder aus dem Arbeitsvertrag (§ 611a BGB).

35 Günter Spinner, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Aufl., München 2023, § 611a Rn. 938 [!]. Die Kommentare haben allerdings mehr die Rechtswidrigkeit gegenüber dem Arbeitnehmer im Blick (z.B. Abordnung zu privaten Diensten für den Chef), weniger die Frage einer Rechtswidrigkeit gegenüber Dritten.

36 Nebenbei: Bei der Darstellung des Sachverhalts in einem gerichtlichen Urteil wird klar unterschieden: Die Partei *behauptet* die Tatsachen (Tatfrage), und sie *meint*, dass dies oder jenes rechtens sei (Rechtsfrage).

37 Luhmann würde sagen: Er benutzt den Code „Recht/Unrecht“ und kommuniziert dadurch im Funktionssystem „Recht“, einführend dazu Joachim Lege, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften, Göttingen 2011, S. 33–51.

durch allgemein verbindliche Entscheidungen³⁸ die Restgesellschaft nach den eigenen Vorstellungen von dem, was richtig ist, zu „gestalten“. Die Frage nach dem Recht erscheint daher als sekundär: Steht das Recht dem entgegen (wir sind ja ein Rechtsstaat)? Deshalb ist die häufig beklagte Verrechtlichung aller Lebensbereiche letztlich gar nicht der Grund, sondern die Folge einer immer stärkeren Bürokratisierung: Je mehr „politisch gestaltet“ wird, desto häufiger stellt sich die Frage, ob dies „rechtlich noch geht“. Man hat daher Juristen lange Zeit vor allem als Bremser wahrgenommen, allerdings scheint sich dies zu wandeln: Ach, die Juristen werden das, was wir im Koalitionsvertrag ausgehandelt haben, schon irgendwie so umsetzen, dass es „rechtlich geht“.

Wir haben auch schon erwähnt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich mittlerweile von einer Schranken-Schranke zu einer verkappten Super-Ermächtigungsgrundlage entwickelt hat (oben § 15b Rn. 50). Die Politik denkt nicht mehr: Wir greifen in ein Recht ein, ist dies verhältnismäßig? Sondern sie denkt: Wir haben ein hochrangiges Ziel – welche Rechtseingriffe sind hierfür „geeignet, erforderlich und angemessen“?

- 26 Geradezu skandalös ist schließlich der Bedeutungswandel, den der Begriff „rechtssicher“ in den letzten Jahren erfahren hat. Klassischerweise bedeutet Rechtssicherheit: Die Rechtsunterworfenen können wissen, was Recht ist (*certitudo*), und dies wird auch durchgesetzt (*securitas*). Heute bedeutet „rechtssicher“, gerade auch aus der Sicht von Behörden und sonstigen Trägern öffentlicher Gewalt (Universitäten!): gerichtsfest.³⁹ „Wir müssen das rechtssicher gestalten“ heißt: Wie verhindern wir, dass Juristen uns unsere vernünftigen Lösungen wieder kaputtmachen? – Dazu auch § 37 Rn. 64–65.
- 27 Juristen müssten in diesem Bereich sehr viel stärker kommunizieren, dass das Recht einen Eigenwert hat. Es ist kein bloßes Instrument der Herrschaftsausübung, mag diese so wohlwollend sein, wie sie will (bzw. denkt zu sein).

Die neue Fassung des § 177 StGB im Sexualstrafrecht (oben § 24a Rn. 46, unten § 25 Rn. 15 und § 37 Rn. 14, 42, 48) ist geradezu eine Beleidigung des Rechts.

4. Kommunikation mit der Öffentlichkeit und den „Medien“

a) Die Medien als Konkurrent des Rechts in Sachen „Wertung“

- 28 Wir sind, um den Faden nicht zu verlieren, immer noch beim **Fall**, und zwar beim Fall als der Schnittstelle des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“ mit den vielen weiteren SINNZUSAMMENHÄNGEN der Welt. Insofern will die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) einen geradezu **Konkurrenz**-SINNZUSAMMENHANG nicht aussparen: die „Öffentlichkeit“, wie sie in den Massenmedien hergestellt wird – zumal diese Medien in der jüngsten Zeit einen revolutionären Wandel zu verzeichnen hatten („soziale Medien“).

38 Dies ist eine Definition (der Funktion) von Politik: die Herstellung kollektiv bindender Entscheidungen, vgl. etwas unscharf *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2000 (posthum), S. 83 f.

39 Bezeichnend z.B. *Boris Hoffmann*, Rechtssichere Personalauswahl in der öffentlichen Verwaltung, Heidelberg etc. 2013.

Konkurrenz, weil die Medien ein Ort sind, an dem ebenfalls, und teilweise sehr massiv, „**geurteilt**“ wird – und eben auch ver-urteilt. Insofern ist die „öffentliche Meinung“ schon seit Hegel eine Art „vierte Gewalt“ im Staat (der Staat bei ihm verstanden als vernünftig geordnetes Gemeinwesen, Hegel sagt dazu „sittlicher Staat“). Und das, woraus sie ihre „Gewalt“ bezieht (oder auch: „Macht“, im Englischen kann für beides *power* stehen), ist letztlich **Moral** – ein klassischer Gegenbegriff zum Recht („Recht und Moral“⁴⁰).

Nebenbei: Vielleicht ist auch dies eine Spätfolge der christlichen Prägung Europas – Prägung, nicht etwa Identität!⁴¹ In Europa hat es Tradition, dass neben die Deutungshoheit der Politik (also neben den Kaiser) die Deutungshoheit der Religion tritt (der Papst).⁴² Und dies mit dem Klerus als einem eigenen, sehr gut organisierten Verwaltungsapparat! 29

Eben deshalb haben die weltlichen Mächte ab dem Mittelalter dem **Recht** einen Freiraum geschaffen, in dem es sich zu einer Gegen-Gewalt, wenn man so will: zu einer **geistigen Macht gegen die Religion** entwickeln konnte – auf Grundlage des Corpus Iuris Civilis (als einem zweiten *big book* in Konkurrenz zur Bibel) und mit Funktionären, die an Universitäten ausgebildet wurden statt in Klöstern (Juristen in Konkurrenz zu Klerikern). Es ist kein Zufall, dass die Erfindung der europäischen Universität im Jahr 1088 im Geist des Rechts erfolgte: Bologna war zunächst nur eine Rechtsschule. Und man kann sagen: Dieses wissenschaftlich betriebene Recht steht von Anfang an in Konkurrenz zur (christlichen) Moral. 30

Weshalb man das Recht auch seit jeher gern lächerlich macht: etwa in der (auch Opern-) Gestalt des Doktor Bartolo.⁴³

Wie auch immer: Das Verhältnis des Rechts zur öffentlichen Meinung – Hegel hat gesagt, sie verdiene ebenso *geachtet* wie *verachtet* zu werden⁴⁴ – war schon immer angespannt. Und diese Spannung scheint sich schon immer vor allem in Kommunikationen über einen konkreten **Fall** ausgelebt zu haben. Mehr überblickt der Laie eben nicht. 31

40 Allgemein dazu *Joachim Lege*, „Recht und Moral“. Überlegungen zu einer altehrwürdigen Antithese, in: Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte, Boris Topornin, Dieter Wyduckel (Hrsg.), *Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, S. 217–224.

41 Zum Unterschied von Identität und Prägung im Hinblick auf ein angebliches Neutralitätsgebot *Joachim Lege*, *Wirtschaft, Parlament, Religion, Respekt: Der Staat und die unsichtbaren Mächte – Zur 80. Jahrestagung der deutschen Staatsrechtslehrerinnen und -lehrer (VDStRL) vom 6. bis 8. Oktober 2021 in Mannheim (Thema „Machtverschiebungen“)*, in: *Rechtswissenschaft (RW)* 2021, 432–438 (435–437).

42 *Gerd Roellecke*, *Die Entkoppelung von Recht und Religion*, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2004, 105–110, hält diese Trennung sogar für das Alleinstellungsmerkmal dessen, was man – geistig! – „Europa“ nennt (oder heute vielleicht, aus der Sicht des Postkolonialismus, „den Westen“?).

43 Etwa in Rossinis „Der Barbier von Sevilla“ (1816) und Mozarts „Figaros Hochzeit“ (1786); dort ist Bartolo zwar zum Doktor der Medizin mutiert, er hat seine Wurzeln aber in dem Juristen Bartolus de Saxoferrato (1313.1357), einem der beiden großen Kommentatoren des Corpus Iuris Civilis – allerdings so, wie er in der italienischen *Commedia dell'arte* persifliert wurde.

44 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, § 318; in: *Werke* Band 7, Frankfurt a.M. 1970.

Berühmtestes Beispiel für die Kommunikation am Fall: Der Artikel „*J'accuse*“ („Ich klage an“), den Émile Zola am 13. Januar 1898 in der Tageszeitung „*L'Aurore*“ veröffentlichte und in dem er der französischen Justiz und Regierung im Fall Alfred Dreyfus („Dreyfus-Affäre“) Rechtsbeugung vorwarf.

- 32 Die neueste Entwicklung der Öffentlichkeit hin zu den sogenannten „sozialen Medien“ hat dieses Spannungsverhältnis teils verschärft, teils entschärft, jedenfalls verändert. Vielleicht kann man sagen: Die neuesten Entwicklungen haben das Recht und den Rest der Gesellschaft ein Stück weiter voneinander entfremdet. Und dies gerade deshalb, weil sich mit Hilfe des Internet auch Laien sehr schnell über alle möglichen rechtlichen Zusammenhänge informieren können. Dann ist es offenbar schwer vorstellbar, dass Juristen den SINNZUSAMMENHANG „Recht“ trotzdem *besser verstehen*, weil sie ihn (und wie er arbeitet) *als Ganzes* überblicken⁴⁵ – schwerer vorzustellen, als wenn es sich beim Recht um eine völlig abgeschottete *black box* handelte, in die nur Eingeweihte Einblick haben.

Ein Buch zur Einführung in die moderne Kunst trägt den Titel „Das kann ich auch!“ – im Cover-Cartoon äußert diesen Satz ein Museumsbesucher. Auf dem Bild, das er betrachtet, steht in großen Lettern: „Kannst du nicht“.⁴⁶

b) Folgerungen für die juristische Methode: Im Zweifel nicht sofort

- 33 Für die **juristische Methode** sollte man zunächst feststellen: Auch das Recht steht, in jedem einzelnen Fall, nicht außerhalb des Sinnzusammenhangs „Öffentlichkeit“. Zwar nimmt man voneinander in den meisten Fällen *keine Notiz*, genau dies hat aber durchaus eine Bedeutung, einen SINN – bekanntlich kann man nicht nicht kommunizieren!⁴⁷ –, nämlich: Recht ist, in den allermeisten Fällen, unsensationell.⁴⁸

Luhmann hat gemeint, der „Code“ der Massenmedien (die er erst spät in den Rang eines Funktionssystems erhoben hat) sei „Information/Nicht-Information“.⁴⁹ Aber da irrt er: Der Code ist „Sensation/Nicht-Sensation“.

Und dies – die **Nicht-Sensationalität des Rechts** – ist auch gut so. Recht *soll* eine gewisse Sachlichkeit garantieren, und dazu gehört auch: eine gewisse Emotionslosigkeit und Unaufgeregtheit. Die meisten Rechtsfälle *dürfen* daher für die Außenwelt unspannend sein.

Für die Beteiligten sind sie es natürlich in aller Regel nicht!

- 34 Nichtsdestoweniger steht jeder Rechtsfall potentiell unter der Beobachtung der Öffentlichkeit, und auch dies ist gut so. Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (§ 169

45 Ganz ebenso, wie ein Arzt eben auch das *Ganze* von Körper und Psyche des Menschen studiert hat, nicht nur einzelne Krankheiten.

46 Christian Saehrendt/Steen T. Kittl, Das kann ich auch. Gebrauchsanweisung für moderne Kunst, 5. Aufl., Köln 2007.

47 Paul Watzlawick, Menschliche Kommunikation (1969), 13. Aufl., Bern 2017, S. 58–60 (60).

48 Wohl dies meint schon Platon, wenn er in der Politeia sagt (IV 10): Gerechtigkeit ist, wenn sie denn da ist, so offensichtlich, dass wir sie gar nicht mehr sehen. Gerechtigkeit herrscht, wenn alles klappt, wenn jeder das Seine tut und sich nicht in vieles einmischt.

49 Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Zweiter Teilband, Frankfurt a.M. 1997, S. 1103 f.

Abs. 1 Satz 1 GVG – Gerichtsverfassungsgesetz⁵⁰) soll garantieren, dass die Gerichte nicht hinter verschlossenen Türen mit den Mächtigen gemeinsame Sache machen (Korruptionsgefahr!). Die Beobachtung einzelner sensationeller Fälle durch die klassischen Massenmedien (Rundfunk, Fernsehen, Zeitungen und Zeitschriften) lässt die beteiligten Juristen Rücksicht darauf nehmen, welche Moralvorstellungen in der Gesellschaft gerade vorherrschen (ob sie ihnen folgen, ist eine andere Frage, und je mehr Pluralismus herrscht, desto weniger riskant ist das Geschäft). Ohnehin sickern die Moralvorstellungen, die in der Öffentlichkeit gehandelt werden, mehr oder weniger bewusst in jeden einzelnen Juristen (als individuellen SINNZUSAMMENHANG) hinein.

Niemand würde heute noch abwertende Bemerkungen über vorehelichen Sex von Frauen machen⁵¹ – sei es nun aus Überzeugung von der Richtigkeit der gesellschaftlichen Norm (Kant würde dies Moralität nennen) oder aus Furcht vor gesellschaftlicher Sanktion (Kant nennt es Legalität⁵²).

Kann man nun allgemeine Aussagen darüber treffen, wie sich diese Abhängigkeit von der Öffentlichkeit **methodisch** auf die juristische Entscheidungsfindung auswirkt? Beginnt hier etwa der Bereich des „wertorientierten Denkens“, wo man mit seinem „guten Judiz“ die richtige Moral zu haben hat?

35

Wahrscheinlich gibt es kein Patentrezept. Nichtsdestoweniger kann man von der Funktion des Rechts her die Devise aufstellen: im Zweifel konservativ. Oder besser, weil ohne Wertung (!): **im Zweifel nicht sofort** („man muss nicht über jedes Stöckchen springen“⁵³). Funktion des Rechts ist nun einmal die Absicherung von Verhaltenserwartungen, deshalb darf es sich nicht zu schnell ändern. Und *wenn* es sich ändert, sollte dies auf einer wohlgedachten *eigenen* Grundlage stehen.

Nach wie vor imposantes Beispiel: Die Umdeutung der Grundrechte von Freiheitsrechten in Teilhaberechte, wenn es um den richtigen Umgang mit der Umwelt geht.⁵⁴

Und nach wie vor abschreckendes Beispiel: der vorausseilende Gehorsam von Juristen gegenüber dem Nationalsozialismus.⁵⁵

Was die neuen sogenannten „**sozialen Medien**“ angeht, ist es vielleicht am einfachsten, wenn man sie für das nimmt, was sie wirklich sind: nämlich gerade *keine* Öffentlichkeit, sondern eine Vielzahl zwar riesiger, aber doch *privater* Klatsch- und

36

50 Wortlaut: „Die Verhandlung vor dem erkennenden [!] Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich.“

51 Aktuellere Beispiele für einen „Wertewandel“ wären etwa Homosexualität oder Queerness.

52 Immanuel Kant, MdS, Einleitung, A 15 (Die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1797, S. 15), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977): „Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die *Legalität* (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die *Moralität* (Sittlichkeit) derselben.“

53 Ein wichtiger Satz, wenn man seine Macht erhalten will – daher ein Lieblingssatz Angela Merkels.

54 Siehe oben § 20 Rn. 27 mit Hinweis auf Dietrich Murswiek, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht. Zu den überindividuellen Voraussetzungen der individuellen Freiheit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1994, S. 77–88; zuvor schon Dietrich Murswiek, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht. Mehr Umweltschutz durch weniger Reglementierung?, in: JZ 1988, S. 985–993.

55 Mittlerweile gibt es dazu eine reichhaltige Literatur; siehe zum Einstieg etwa Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, § 16; Steffen Schlinker, Rechtsgeschichte, München 2021, § 49.

Tratsch-Gruppen. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Bundeskanzler oder der amerikanische Präsident sich daran beteiligen – wir sind dann mit ihm in gleicher Weise „auf Augenhöhe“, wie wenn die Rektorin der Universität Greifswald mit der Bundeskanzlerin eine Flasche Wein trinkt. Rechtlich sollten, ja müssen wir diese Privatheit ignorieren.

Etwas anderes gilt natürlich, wenn Behörden wie die Polizei via Twitter (jetzt „X“) Informationen an die Öffentlichkeit geben. Dann ist dies ein hoheitliches Informationshandeln, das den üblichen verwaltungsrechtlichen Anforderungen an „Realakte“ genügen muss.⁵⁶

III. Die Kommunikation zwischen Gericht und Anwalt

1. Die Doppelrolle des Rechtsanwalts

- 37 Wir haben vorhin nur angedeutet, dass sich die juristischen Laien, wenn sie es mit dem Rechtsstab zu tun bekommen (Gericht, Staatsanwalt), sei es nun freiwillig als Kläger oder unfreiwillig als Beklagter, häufig eines Juristen als Rechtsbeistandes bedienen, grob gesagt: eines Anwalts. Die Kommunikation eines solchen Anwalts mit dem Gericht (oder dem Staatsanwalt) ist nicht immer einfach, denn der Anwalt ist seinerseits nicht nur Vertreter des Mandanten, sondern ebenfalls ein Teil des Rechtsstabes. Oder wie die Bundesrechtsanwaltsordnung – ein Gesetz im formellen Sinn⁵⁷ – es formuliert:

§ 1 BRAO Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.

- 38 Diese Doppelrolle ist überaus anspruchsvoll. Man darf den Mandanten nicht enttäuschen, man darf sich aber auch bei Gericht „nicht unmöglich machen“ – etwa durch eine überzogene „Krawallverteidigung“. Kurz: Es muss seriös zugehen.

Insofern spiegeln die pseudodokumentarischen Gerichtsshow, die es im Fernsehen gab und gibt, „die Realität von Strafverhandlungen ... nur sehr eingeschränkt wieder“.⁵⁸

Insbesondere muss man dem Mandanten im Strafprozess eintrichtern:

„Wir müssen nicht alles sagen, was wahr ist; aber alles, was wir sagen, muss wahr sein.“⁵⁹

- 39 Im Übrigen liegt die Hauptarbeit eines Rechtsanwalts nur scheinbar im Tatsächlichen. Zwar gilt: Wenn z.B. ein Planfeststellungsbeschluss angefochten wird – sagen wir: für eine ICE-Trasse oder gar für das Bahnprojekt „Stuttgart 21“ –, dann enthält der Schriftsatz des Anwalts auf den ersten Blick nur das, was an faktischen Sachverhalten dagegen spricht: z.B. geologische Faktoren (aufquellendes Gestein), Lärmschutz, Naturschutz (Fledermäuse), billigere Alternativtrassen und so weiter. Was man nicht

⁵⁶ Dazu nur Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 15 Rn. 8–13.

⁵⁷ Also trotz des Namens ein Parlamentsgesetz, nicht etwa eine Rechtsverordnung (zu den Begriffen siehe oben § 14 Rn. 9, auch 36–39).

⁵⁸ Ausnahmsweise einmal diese Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Richterin_Barbara_Salesch <01.08.2023>; die wiki-Formulierung ist sehr zurückhaltend.

⁵⁹ So mein Studienkollege Jürgen Körber, Rechtsanwalt in Osnabrück.

sieht: Der Anwalt muss sehr genau wissen, *warum es auf sie ankommt*, und dazu muss er die gesamte Rechtsprechung sehr gut kennen – wenn möglich sogar besser als das erkennende Gericht. Rechtsausführungen wird er daher nur dann machen, wenn er im konkreten Fall zeigen will, dass „dieser Fall anders liegt“ oder „die Sache so noch nicht entschieden ist“. Man will das Gericht ja nicht langweilen.

Natürlich kann es auch vorkommen, dass weniger gründliche Anwälte dem Gericht den Sachverhalt reichlich ungeordnet vortragen – nach dem Motto: Irgendwas wird schon passen, und *iura novit curia* (das Gericht kennt das Recht).⁶⁰ Und natürlich soll eine Partei nicht unter einem rechtlichen Gesichtspunkt verurteilt werden, den sie nicht kennen konnte (Stichworte: kein „Überraschungsurteil“, rechtliches Gehör). Deshalb begründet der schon erwähnte § 139 ZPO auch insoweit richterliche Hinweispflichten⁶¹ (er differenziert übrigens nicht zwischen anwaltlich vertretenen und anwaltlich nicht vertretenen Parteien). Dass hier ein gewisser Konflikt mit der Darlegungslast der Parteien besteht, haben wir schon erwähnt.

2. Anwaltliche Kreativität: Das Maastricht-Urteil

Auf der anderen Seite muss man auch als Anwalt gelegentlich sehr kreativ sein. 40
Man muss erst einmal darauf kommen, dass man als ganz normaler Bürger vor dem Bundesverfassungsgericht gegen den Vertrag von Maastricht, mit dem am 7. Februar 1992 die Europäische Union gegründet wurde, „Klage erheben“ kann – genauer natürlich: Verfassungsbeschwerde. In welchem „Grundrecht oder grundrechtsgleichem Recht“ sollte man denn dadurch verletzt sein?⁶² Es war geradezu kühn, hierfür eine Vorschrift heranzuziehen, die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zwar genannt war (jetzt Art. 94), aber auf den ersten Blick etwas ganz anderes regelt:

Art. 38 GG (1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.

(2) Wahlberechtigt ist, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat; wählbar ist, wer das Alter erreicht hat, mit dem die Volljährigkeit eintritt.

Nichtsdestoweniger hat ein „Anwalt“ – in diesem Fall ein Professor des Öffentlichen 41
Rechts als Prozessvertreter (Karl Albrecht Schachtschneider, geb. 1940) – aus ihr die

60 Siehe aber zu einer sehr merkwürdigen Haftung der Anwälte für Fehler des Gerichts, wenn dieses das Recht gerade nicht kennt, oben § 14 Rn. 67.

61 § 139 Abs. 2 ZPO lautet: „Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.“

62 Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG verlangt es so (Hervorhebung J.L.): „Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: (...) über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der *Behauptung* erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in *einem seiner Grundrechte* oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte *verletzt zu sein*.“

nötige Beschwerdebefugnis⁶³ abgeleitet, und das Bundesverfassungsgericht ist ihm gefolgt (Hervorhebungen und Ergänzungen J.L.):

„I. Der Beschwerdeführer zu 1. hat hinreichend dargelegt, daß das Zustimmungsgesetz [zum Vertrag von Maastricht] sein Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzen kann.

a) **Art. 38 Abs. 1 und 2 GG** gewährleistet den wahlberechtigten Deutschen das **subjektive Recht**, an der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages teilzunehmen (vgl. [!] BVerfGE 47, 253, 269). Im Wahlakt geht die Staatsgewalt vom Volke aus. Der Bundestag übt sodann Staatsgewalt als Organ der Gesetzgebung aus, das zugleich den Bundeskanzler wählt und die Regierung kontrolliert (Art. 20 Abs. Satz 1 und 2 GG). Art. 38 GG verbürgt **nicht nur**, daß dem Bürger das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag zusteht und bei der Wahl die verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze eingehalten werden. Die Verbürgung erstreckt sich **auch** auf den grundlegenden **demokratischen Gehalt** dieses Rechts: Gewährleistet wird den wahlberechtigten Deutschen das subjektive Recht, an der Wahl des Deutschen Bundestages teilzunehmen und dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen. (...)

Gibt der Deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse auf, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle anderer Träger von Staatsgewalt, so berührt das den Sachbereich, auf den der **demokratische Gehalt** des Art. 38 GG sich bezieht. Im Blick auf die Europäische Union und die ihr zugehörigen Gemeinschaften ermächtigt Art. 23 Abs. 1 GG den Bundesgesetzgeber, unter den dort genannten Voraussetzungen **der Europäischen Union** die eigenständige **Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen** bis zur Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG **einzuräumen** (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG). Diese Verfassungsbestimmung ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber eigens für die europäische Integration und deren Fortgang geschaffen worden. (...) **Art. 38 GG schließt** es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG [allerdings] **aus**, die durch die Wahl bewirkte **Legitimation** von Staatsgewalt und Einflußnahme auf deren Ausübung durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu **entleeren**, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird.

Das [**subjektive**] **Recht** des Beschwerdeführers aus Art. 38 GG **kann demnach verletzt sein**, wenn die Wahrnehmung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages so weitgehend auf ein von den Regierungen gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaften übergeht, daß die nach Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG unverzichtbaren **Mindestanforderungen demokratischer Legitimation** der dem Bürger gegenüberstehenden Hoheitsgewalt **nicht mehr erfüllt** werden.“⁶⁴

42 Wie gesagt, darauf muss man erst einmal kommen.

Erwähnt werden muss, dass auch Rechtsanwälte als „Praktiker“ am Diskurs der „Wissenschaft“ teilnehmen (s.o. Rn. 7–13). Die typische Literaturgattung ist insoweit das Handbuch: Es stellt möglichst vollständig zusammen, was es an gesetzlichen Regelungen, an Rechtsprechung und Literatur „alles so gibt“ – und enthält sich weitgehend der eigenen Meinung. Man will ja beide Seiten vertreten können.

63 Karl Albrecht Schachtschneider/Angelika Emmerich-Fritsche/Thomas C. W. Beyer, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, in: JZ 1993, 751–760.

64 BVerfGE 89, 155 (171f.) – Maastricht (1993) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

IV. Exkurs: Die Kommunikation mit den Studenten

Wir haben vorhin gesagt: Seit dem Mittelalter gibt es in Gestalt der Juristen eine Zunft von Funktionären, die vor allem gegen die Übergriffe der (damals christlichen) Moral eingesetzt wurde. Das Wort „Funktionäre“ haben wir dabei bewusst gewählt,⁶⁵ denn das Recht ist das erste der vielen selbstständigen „Funktionssysteme“,⁶⁶ in die sich die moderne Gesellschaft in Europa „ausdifferenziert“ hat: Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft und so weiter⁶⁷ – und keines von ihnen repräsentiert die Gesellschaft als ganze!

Insbesondere nicht der Staat: Er ist lediglich das Zentrum des Systems „Politik“.

Wie wird man nun ein solcher Funktionär? Die Antwort: durch das Studium an Rechtsschulen, die seit 1088 (Bologna) entstanden, sich alsbald zu „Universitäten“ entwickelten und der Ursprung dessen sind, was wir Wissenschaft nennen: eine institutionell abgesichert Suche nach und Vermittlung von Wahrheit bzw. „Richtigkeit“. Juristen dürfen noch heute stolz darauf sein, dass sie es sind, die den Geist (*spirit*) der modernen Wissenschaft freigesetzt haben.⁶⁸

Dass dies nicht ohne Unterstützung durch die weltlichen Mächte gelingen konnte – vor allem als Arbeitgeber –, sei nicht verschwiegen.⁶⁹

Was hat dies nun mit dem (Rechts-) **Fall** als Schnittstelle von SINNZUSAMMENHÄNGEN zu tun? Drei Aspekte:

1. Jurist werden!

Erstens ist die universitäre Ausbildung von Juristen mehr als die Vermittlung von Wissen. Das Jura-Studium ist nicht deshalb so beschwerlich, weil man so viel trockene Paragraphen lernen muss. Es ist deshalb so schwer, weil man *Jurist werden muss* (oder natürlich, an dieser wichtigen Stelle doch einmal explizit⁷⁰: *Juristin* oder *Jurist*in*).

Und wie wird man Jurist? Indem man begreift: Die Realität des Rechts ist der Fall⁷¹ – nicht etwa das Gesetz oder gar seine Interpretation. Am **Fall** entsteht und entwickelt sich das Recht, und dies selbst dann, wenn es zu großen Systembildungen kommt (§ 19). Wenn das Recht diesen Fallbezug verliert, wenn sich Politiker zum Beispiel

65 Und das Wort „Zunft“ natürlich auch: Es macht deutlich, dass diese Zunft bis heute ein „Standesrecht“ hat, in dem sich ihre, wie man heute sagt, Berufsethik findet.

66 Einführend: *Lege*, Luhmann und das Recht (Fn. 37), S. 33–51.

67 Kunst, Religion, Erziehungssystem, ...

68 Zur Entwicklung der Rechtsschulen bzw. Universitäten *Schlinker*, Rechtsgeschichte (Fn. 55), §§ 14 und 15.

69 Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Wiederentdeckung der Digesten und dem Gang Heinrichs IV. nach Canossa (1077) wird seltsamerweise selten betont. Dabei könnte er erklären, warum plötzlich eine so große Nachfrage nach Juristen, die am Corpus Iuris Civilis, genauer: an den Digesten ausgebildet wurden, entstand.

70 Für die Nachwelt: Zur Zeit gibt es in Deutschland einen ziemlich heftigen Streit um das „Gendern“, also um die Frage, was eine geschlechtergerechte Sprache ist und wer sie benutzen sollte. Dies gilt insbesondere für das Gendersternenchen, das Menschen mit einer nicht-binären Geschlechtszuordnung einbeziehen soll. Beispiel: Professor*innen, Student*innen, Richter*innen.

71 Siehe Fn. 18.

über die „Umsetzung“ von Gesetzen im konkreten Fall wenig Gedanken machen, dann „funktioniert“ das Recht nicht mehr.

Ganz aktuell: Die Verschärfung des Sexualstrafrechts im Hinblick auf Kinderpornographie hatte dazu geführt, dass z.B. auch Eltern oder Lehrer, die den Inhalt von Handys ihrer Kinder bzw. Schüler weiterleiteten, um andere zu informieren oder zu warnen, mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr rechnen mussten. Deshalb lag denn auch ein Verbrechen vor, nicht nur ein Vergehen (§ 12 Abs.1 StGB), und deshalb konnte das Verfahren auch nicht nach § 153a StPO eingestellt werden. Diese misslungenen Regelungen sollen nun wieder aufgehoben werden.⁷²

- 46 Aus diesem Grund sollte auch die Lehre an den **Universitäten** nie den Kontakt zu den realen Fällen verlieren. Im römischen Recht des Corpus Iuris Civilis war dies schon in den Texten angelegt (wir haben das in § 19 Rn. 10 bereits erwähnt): Sie formulieren die Regeln meist nicht abstrakt, sondern mit Bezug auf ganz konkrete Lebenssachverhalte. Und im anglo-amerikanischen Rechtskreis, der weitgehend auf Fallrecht beruht, genauer: in den USA hat man die *Universitäten* dadurch satisfaktionsfähig gemacht, dass man dort den Studenten nicht nur Lösungen vortrug, sondern mit ihnen **Fälle** diskutierte.

Eingeführt hat dies an der Harvard Law School der damalige Dekan Christopher Columbus Langdell (1826–1906, Dekan von 1870 bis 1895!). Dass diese *case method* sich zugleich *sokratische Methode* nannte und außerdem dem *Pragmatismus* nahestand, zeigt, dass sie auch philosophisch offen war.⁷³

2. Mehr Ermutigung zur eigenen Entscheidung

- 47 Zweiter Aspekt: Was die heutige Juristenausbildung in **Deutschland** angeht, so herrscht – leider – nur **scheinbar** ein starker **Fallbezug**. Zwar wird in den Klausuren des Ersten Examens von den Studenten eine „Falllösung“ zu einem – unstreitigen – Sachverhalt verlangt. Allerdings sind die Aufgaben meist so gestellt, dass der Fall nur der Aufhänger für abstraktes Wissen ist: Man muss den gelernten Stoff, und das ist eine ganze Menge, wie in einem Ratespiel dem Fall zuordnen – und hoffen, dass man das Richtige trifft. Zudem muss man möglichst alle jemals zu diesem Problem vertretenen Meinungen referieren und sich dann begründet für eine davon entscheiden. Leider führt dies manchmal dazu, dass man aufgrund dieser wohlbegründeten Entscheidung andere Probleme des Falls „nicht mehr gut unterbringt“.

Beispiel: Die Bearbeiter – und zwar die eigentlich besseren unter ihnen – meinten mit guten Gründen, dass im Rahmen von Verwaltungsverträgen der § 134 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) nicht entsprechend anwendbar ist (teleologische Reduktion des § 59 Abs.1 VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz). Sie hatten dann aber die größten Schwierigkeiten, das dortige Standardproblem (Unwirksamkeit des Vertrags nur bei „qualifizierter Rechtswidrigkeit“) woanders einzubauen.

72 Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 08.02.2024, S. 1.

73 Andrew Hammell, Pragmatismus vs. Idealismus, in: FAZ 30.05.2019; Richard Dören, Die Angst, kalt erwischt zu werden. Die sokratische Methode im Jurastudium, Legal Tribune Online (LTO) vom 13.07.2020 (<https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/sokratischer-unterricht-jura-studium-usa-deutschland-cold-calls-angst-erwischt-werden>).

Kurz: Entgegen dem ersten Eindruck gibt es in der deutschen Juristenausbildung viel zu wenig „echten“ Fallbezug. Viele Studenten haben daher bis zu Examen selbst die wichtigsten Entscheidungen der obersten Gerichte noch nie im Original gesehen – sondern nur die aus ihnen extrahierten abstrakten Formeln. Dies vermittelt die ganz falsche Vorstellung, das Recht habe seine Realität in eben diesen abstrakten Normen und Formeln – und die juristische **Methode** bestünde darin, diese Formeln „anzuwenden“ und/oder „fortzubilden“.⁷⁴ 48

Wahrscheinlich ist dies immer noch der alte Geist des BGB (Bürgerlichen Gesetzbuchs) – mit seinem Stolz auf das hohe Abstraktionsniveau.

In Wahrheit besteht die juristische Methode darin, in einem konkreten **Fall** mit Hilfe von Logik und Interpretation die richtige Kombination von Regel und Resultat zu finden – *and nothing more pretentious*. 49

Dass sich die abstrakten Formeln, wenn vom Kontext des Falls befreit, recht beliebig zu neuen Puzzles zusammenfügen lassen, haben wir schon erwähnt (§ 15a Rn. 31–36, 42 zur Patchwork-Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts).

Und wie sehr manchmal vom Resultat her konstruiert wird, wird sich noch zeigen (§§ 27 bis 29).

Das Wichtigste zuletzt: Fälle müssen entschieden werden.⁷⁵ Gerade angesichts dessen, dass die juristischen Meinungen immer zahlreicher werden, sollte man die Studenten ermutigen, im konkreten Fall genau diejenige Meinung zu vertreten, die sie persönlich für richtig halten. 50

3. Die Studenten als Schnittstelle von Recht, Wissenschaft und Gesamtgesellschaft

Dritter Aspekt: Der Clou einer Jurisprudenz als **Wissenschaft** besteht allerdings darin, nicht nur den einen Fall zu sehen (das können auch Laien), sondern ihn in den SINNZUSAMMENHANG aller denkbaren Fälle einzuordnen – und zwar so, dass es als Ganzes „stimmig“ ist. Kurz, es geht um das **System** des Rechts (an dem natürlich nicht nur die akademische „Wissenschaft“, sondern auch die „Praxis“ bastelt und basteln darf⁷⁶). Wie sehr auch dies eine Frage der Logik ist, wie sehr es nur mit Hilfe übergeordneter Vorstellungen funktioniert und wie sehr es erst gelingt, wenn es den **Fällen** gerecht wird – das haben wir in § 19 zu zeigen versucht. 51

Vielleicht kann man sagen: Der Fall ist und bleibt das Erste der Rechtswissenschaft – so wie die Natur in den Naturwissenschaften. Der autoritative Text ist das Zweite, und das System ist das Dritte.

⁷⁴ ... und dabei zudem eine „Kluft“ zwischen Norm und Sachverhalt zu überwinden (siehe § 3 Rn. 13, § 5 II Rn. 22, 43, 47–50, IV Rn. 121).

⁷⁵ Jörn Ipsen, Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik, in: Martin Borowski/Stalany L. Paulson/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, 225–238 (232): „Juristische Methodik ist daher eine Methodik des *Entscheidens*, eine *Entscheidungslehre*, nicht (nur) eine Auslegungslehre.“

⁷⁶ Zum Basteln in anderem Kontext Marietta Auer, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 54, Baden-Baden 2018, S. 33 ff. (36 f.).

Zu den Peirce'schen Kategorien von *Firstness*, *Secondness* und *Thirdness* (Qualität – Widerstand – Repräsentation) oben § 5 Rn. 77–78.

- 52 Für die Kommunikation des SINNZUSAMMENHANGS „Recht“ mit den **Studenten** kann man nach allem vielleicht folgende Empfehlungen aussprechen:

Erstens. Für ein Recht als Wissenschaft sind die Studenten die wichtigste **Institution** (deshalb nenne ich sie ja lieber „Studenten“ und nicht „Studierende“). Die Studenten sind, eben weil sie *Jurist werden*, geradezu die Schnittstelle⁷⁷ zwischen dem **Recht**, der **Wissenschaft** und der **Restgesellschaft**.

Darauf dürfen sie übrigens stolz sein. Und es ist ein Skandal, wenn Studenten anderer Fakultäten einer Jura-Studentin den Einlass zu einer studentischen Feier verwehren, nur weil sie Jura studiert.

Zweitens. Die Universität sollte die Jurastudenten daher von Anfang an als Mitstreiter (auf Latein: Kommilitonen!) in den SINNZUSAMMENHÄNGEN Recht und vor allem Wissenschaft behandeln. Es ist schlicht dumm, wenn man meint, Studenten dürften noch keine eigene Meinung vertreten, weil sie ja noch zu wenig wüssten. Den Mut, sich des eigenen Verstandes zu bedienen,⁷⁸ sollte eine aufgeklärte Universität den Studenten von Anfang nahebringen.⁷⁹

Es wird daher mit Recht bemängelt, dass die Studenten in der deutschen Juristenausbildung eher wie dumme Schüler behandelt werden, die noch viel zu lernen haben, und weniger wie künftige Kollegen. In den naturwissenschaftlichen und technischen Fächern scheint dies anders zu sein. Allerdings müssen Juristen wohl auch mehr als alle anderen akademischen Berufe ein hohes Maß an Frustrationstoleranz entwickeln – und deshalb ist das Jurastudium vor allem auch ein Stresstest.

Ein bekannter Rechtstheoretiker, der vor dem Jurastudium ein Erststudium der Philosophie abgeschlossen hatte, hat in einer Podiumsdiskussion einmal gesagt: „Im Jurastudium habe ich **verlieren gelernt**.“ Dies ist, nebenbei, gerade in einer Demokratie eine sehr wichtige „Kompetenz“.

Drittens. Was das Recht angeht, sollte man den angehenden Juristen immer wieder klar machen: Es hat seine Realität in den **Fällen** – und dann natürlich auch in den **autoritativen Texten**, nach denen sie entschieden werden. Natürlich muss man dann auch die wichtigsten Meinungen dazu wissen, ganz besonders im Verfassungsrecht. Weit hergeholt oder längst veraltete Mindermeinungen müssen aber nicht referiert werden. Zudem kann man sich vieles an Argumenten selbst zusammenreimen, und wenn dies gelingt, sollte es honoriert werden.

Zur Kategorie der Vertretbarkeit unten § 33 II.

Viertens. Das heutige Jurastudium ist für das Gros der Studenten keine optimale Ausbildung. Die meisten von ihnen sind – wie die meisten Menschen – „Augentiere“, das heißt: Sie brauchen, um etwas zu verstehen, nicht nur abstrakte Begriffe und For-

⁷⁷ Oder mit Luhmann: die strukturelle Kopplung (Fn. 13).

⁷⁸ Eigentlich bedarf es keines Nachweises, es ist natürlich ein Zitat aus Kants Schrift „Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?“ von 1784. Die sogenannten Querdenker von heute nehmen es gern für sich allein in Anspruch. (In meiner Studentenzeit war „Querdenker“ noch ein kleines Kompliment.)

⁷⁹ Deshalb bin ich nicht wenig stolz darauf, im Jahr 2020 den Universitätslehrpreis in der Kategorie „Ermutigung der Studierenden zur Eigenständigkeit“ erhalten zu haben.

meln, sondern die konkrete **Anschaung** von den realen Phänomenen – im Recht also: von den realen Fällen.

Nochmals Kant: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind.“⁸⁰

Diese Anschauung von realen Akten, Mandanten, Spruchkörpern Beweismitteln, Verfahrensabläufen wird den deutschen Juristen viel zu spät gewährt – nämlich erst nach dem Studium im Juristischen Vorbereitungsdienst (Referendariat). Das Studium – das sind viele Jahre Trockenschwimmen, und es würden sich wahrscheinlich viele theoretische Nebel ganz schnell lichten durch einen rechtzeitigen Einblick in die **Praxis**.

In der sogenannten Einphasigen Juristenausbildung⁸¹ wechselten sich nach einem Grundstudium von zwei Jahren Praxisphasen und Universitätsphasen ab. Das verbesserte und verkürzte die Ausbildung.

Wie auch immer: Irgendwie steht am Ende des Jurastudiums in Gestalt jedes Juristen ein neuer, individueller SINNZUSAMMENHANG in der Welt. Die Neue Juristische Methodlehre (NJML) möchte dazu beitragen, dass er weiß, was er tut – und dies vielleicht sogar mit dem richtigen *spirit* (oder wenn man so will: Pathos⁸²).

53

Und sie möchte zudem, dass auch andere Disziplinen eine Vorstellung davon bekommen, „was Juristen wirklich tun.“⁸³

80 Nochmals Immanuel Kant, KrV B 75 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1785, S. 75; „A“ ist die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

81 Die Einphasige Juristenausbildung wurde auf Grundlage einer Experimentierklausel im Deutschen Richtergesetz in sieben deutschen Ländern zwischen 1971 und 1984 erprobt (die begonnenen Studien konnten natürlich noch abgeschlossen werden). Im Einzelnen gab es durchaus große Unterschiede, so galten etwa Bremen, Hamburg (ein Absolvent: Olaf Scholz) und Hannover (Horst Dreier) als besonders links. Die süddeutschen Modelle Konstanz, Augsburg (Hartmut Bauer), Bayreuth und Trier waren es weniger, ebenso Bielefeld.

82 Zu Ironie und Pathos unten § 30 II.

83 Ein erster Anlauf: Joachim Lege, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232.

§ 25 Der Fall als Labor für kreative Schlussfolgerungen

- 1 Der folgende § 25 ist in gewisser Weise das Zentrum dieses Buches – oder vielleicht besser: er ist die Große Brücke zwischen Logik und Ästhetik. Er verbindet
 - das, was wir am Ende unserer Untersuchung zur Logik im Allgemeinen entwickelt hatten (Kapitel 1): die Konzeption von Abduktionen als kreativen Schlussfolgerungen,
 - das, was wir sodann für die Juristische Logik als Grundriss genommen haben (Kapitel 2): den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS),
 - das, was die herkömmlichen Methodenlehren unter dem Stichwort „Auslegung und Rechtsfortbildung“ behandeln – wir haben es unter „Gewinnung der Regel“ dargestellt (Kapitel 3),
 - das, was wir bisher in diesem Kapitel 4 zur „Aufbereitung des Falls“ dargestellt haben: Relationstechnik, „Schemata“, Arbeit am Sachverhalt,
- 2 mit dem, was noch folgt und in den herkömmlichen Methodenlehren eher nicht auf den Punkt gebracht wird. Dies ist
 - die – wenn man so will: ethische – Frage nach rechtlicher und juristischer Richtigkeit – wir werden sie mit Hilfe von Ästhetik beantworten (Kapitel 6 und 7);
 - sie stellt sich besonders dringlich, wenn man bei einer Entscheidung „vom Ergebnis her“ denkt (sogleich Kapitel 5).

* * *

- 3 Aber eigentlich ist auch „Brücke“ keine gute Metapher (zumal sie so etwas wie eine „Kluft“ suggeriert¹). In Wahrheit agiert die **juristische Methode** immer schon in einem **Kontinuum** von Schlussfolgern (Logik), Wahrnehmung (Ästhetik) und Stellungnahme (Ethik), das gerade nicht „überbrückt“ werden muss. Vielmehr muss es – wie eine Geschichte oder ein Leben – immer neu fortgeschrieben werden: letztlich durch immer neue **Entscheidungen**. Und insofern ist dann der **Fall** – jeder Fall – immer wieder eine Art von Laboratorium für mehr oder weniger **Kreativität**, genauer: für kreative **Schlussfolgerungen**, aus denen sich ergibt, wie es mit dem Recht weitergehen soll.

Von Ronald Dworkin (1931–2013) stammt die Metapher vom Recht als einer *chain novel* – einem Kettenroman.² Wir als Juristen schreiben diesen Roman „Recht“ immer weiter fort, und es folgt dabei Autor auf Autor. Deshalb muss man wissen, was bisher geschah, und sich dann Gedanken darüber machen, welche „Zwangspunkte“³

1 Gegen die Metapher von einer „Kluft“ zwischen Rechtsnorm und Lebenswelt oder auch zwischen Recht und Wirklichkeit schon § 3 Rn. 13, § 5 II Rn. 22, 43, 47–50 und IV Rn. 121; siehe auch § 6 Rn. 51 und 68; § 15 Rn. 4, § 15a Rn. 19; § 15c Rn. 24.

2 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, S. 228–238; dazu Claudia Bittner, *Recht als interpretative Praxis*, Berlin 1988, S. 39 f.; bekannte Kritik an der Metapher: Stanley Fish, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and in Literary Criticism*, in: *Critical Inquiry* 9 (1982), S. 201–216, auch in: Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally*, Durham etc. 1989, S. 89–102.

3 „Zwangspunkt“ ist ein Begriff aus dem Recht der räumlichen Fachplanung, Beispiel: Autobahn- oder Eisenbahntrassen. Zwangspunkte sind demgemäß Punkte, nach denen sich der Verlauf einer Trasse richten muss, zum Beispiel ein Fels, der umfahren werden muss, aber auch Punkte, die für den weiteren Verlauf der Trasse eine Vorentscheidung enthalten. Sie spielen vor allem eine Rolle, wenn es darum geht,

man für die Nachfolger setzen will. (Einen toten Helden kann man nur schwer wieder zum Leben erwecken.⁴)

I. Kreativität („schöpferische Momente“)

Es entspricht ganz herrschender Meinung, dass es in der Jurisprudenz, zumindest gelegentlich, auch Kreativität gibt – oder in den Worten des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG): etwas „Schöpferisches“.⁵ (Die klassische Entscheidung – Soraya – werden wir in § 27 I genauer kennenlernen.) Was aber ist dieses Schöpferische, was ist Kreativität? 4

1. Kreativität: ein relativer Begriff

Im ersten Zugriff kann man sagen: „Kreativ“ bedeutet, dass jemand etwas Neues erschafft – so wie Gott den Himmel und die Erde, die Menschen und die gesamte „Schöpfung“. Allerdings kann „etwas Neues“ auf einer sehr weiten Skala *mehr oder weniger* neu sein. 5

a) Subjektive und objektive Neuheit

Zunächst kann das Neue völlig neu sein, genauer objektiv neu: Niemand zuvor hatte diesen Gedanken, diese Idee. Es kann aber auch bloß subjektiv neu sein: Es gibt diese Erfindung oder diese Idee schon. 6

Werner von Siemens (1816–1892) berichtet lebhaft von der großen Frustration, wenn man nach dem „Freudentaumel“ über eine neue Erfindung zu der Erkenntnis kommt, „daß man nur Altbekanntes in neuem Gewande gefunden hat“.⁶

ob sich ein Eigentümer gegen die Planung vor Gericht wehren darf, sogenannte Klagebefugnis: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann sich ein Eigentümer gegen eine heranrückende Planung, die sein Grundstück noch nicht unmittelbar betrifft, zur Wehr setzen, wenn ein Zwangspunkt geschaffen wird, der im weiteren Planungsverlauf zwangsläufig dazu führen muss, dass er in seinen Rechten betroffen wird“, so BVerwG (Bundesverwaltungsgericht), in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2012, 567 Rn. 21; im konkreten Fall wurde dies verneint.

4 Klassisches Beispiel: In der amerikanischen Fernsehserie „Dallas“ (laut wikipedia eine *prime time television soap opera*) wurde der Tod des Bobby Ewing – das war der nette Bruder des bösen J.R. – nach Zuschauerprotesten als bloßer Traum seiner Ehefrau dargestellt. Ob es in aktuelleren Serien wie „Game of Thrones“ Ähnliches gab, weiß ich nicht. Ein vorgetäuschter Tod ist der Plot von sicher mehr als einem berühmten Film und Roman.

5 BVerfGE 34, 269 (287 f.) – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

6 Werner von Siemens, Lebenserinnerungen, Berlin 1892, S. 247 f. (zitiert nach <http://www.zeno.org/Naturwissenschaften/M/Siemens,+Werner+von/Lebenserinnerungen> <03.02.2024>); schön auch S. 98 zum Erfinder-Charakter seines Bruders Friedrich.

Den Begriff „Eigentumsaufopferung“, den ich 1990 vorgeschlagen habe,⁷ hatte Lerke Schulze-Osterloh (geb. 1944) schon 1980 verwendet⁸ – was ich nicht bemerkt hatte.

b) Die Erfindungshöhe

- 7 Im Patentrecht hat die Relativität von Kreativität sogar einen Namen: „Erfindungshöhe“. Eine Erfindung kann nur dann patentiert werden, wenn sie nicht lediglich eine naheliegende Verknüpfung schon vorhandenen technischen Wissens ist. Im Patentgesetz heißt es dementsprechend:

§ 4 PatG Eine Erfindung gilt als auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhend, wenn sie sich für den Fachmann nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt.

Natürlich kann man auch außerhalb des Patentrechts von eher großen und eher kleinen neuen Ideen sprechen. In der deutschen Jurisprudenz neigt vor allem die Rechtsprechung der obersten Gerichte gelegentlich zu großen bis sehr großen Erfindungen.

Als Beispiele haben wir in § 19 kennengelernt: im Strafrecht den übergesetzlichen Notstand, im Zivilrecht das Anwartschaftsrecht, im Öffentlichen Recht das Gebot der Rücksichtnahme. Oder man denke, etwas kleiner, an die Drei-Stufen-Theorie des BVerfG (§ 10 Rn. 19).

- 8 Was die akademische Rechtswissenschaft betrifft, so dürfen deren Erfindungen, um akzeptiert zu werden, in aller Regel nicht allzu neu sein.⁹

Die kühne Begründung der Beschwerdebefugnis im Fall Maastricht (§ 24b Rn. 40–41) hat sich nur deshalb so gut durchgesetzt, weil das BVerfG ganz offensichtlich „an den Fall ranwollte“.¹⁰

2. Kreativität und Wertung: etwas völlig anderes (Aliud)

- 9 Eines der Leitmotive¹¹ der NJML (Neuen Juristischen Methodenlehre) ist die Frontstellung gegen nicht weiter kritisierbare „Werte“, die man zu haben hat. Wir greifen es an dieser Stelle kurz wieder auf, weil die Befugnis des Richters zu derartigen „Wertungen“ häufig damit gerechtfertigt wird – auch vom BVerfG –, dass es im Recht eben die besagten „schöpferischen“ Elemente gibt.

Genau besehen beruht diese Auffassung wohl auf einem synästhetischen Missverständnis (§ 15c Rn. 75–77): Es werden (a) die Unbestimmtheit von Begriffen, (b) das Unvorhersehbare des Kreativen und (c) die Emotionalität des Wertens in den großen Topf des „Genaues-weiß-man-nicht“ geworfen und dort mehr oder weniger gleichgesetzt.

Dass ein *je ne sais quoi* auf Ästhetik verweist: dazu unten § 31 Rn. 30.

7 Joachim Lege, Enteignung und „Enteignung“, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 864 (869 f., 872).

8 Lerke Schulze-Osterloh, Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht, Berlin 1980, durchgehend.

9 Ich denke an mein Marktmodell zur Eigentumsdogmatik (§ 19 Rn. 31).

10 Die Formulierung stammt – ganz allgemein gemeint – von einem ehemaligen Bundesverfassungsrichter.

11 Leitmotive sind charakteristisch für die Opern Richard Wagners (1813–1883) und für den Roman „Buddenbrooks“ (1901) von Thomas Mann (1875–1955); sie können durchaus nerven.

Demgegenüber lässt sich klar kontern:

10

Im Recht ist *jede* Kreativität „wertend“ – ganz ebenso aber auch jede *Nicht*-Kreativität, also jedes Beharren auf dem Alten.¹²

Anders gewendet: Kreativität und Wertung, das ist ein *aliud*, d.h. etwas völlig anderes.¹³

3. Kreativität als Sache der Logik

Ganz entgegen den herkömmlichen Methodenlehren – und gewiss auch entgegen dem Selbstverständnis der Gerichte – besteht die NJML mit einem weiteren Leitmotiv darauf, dass Kreativität und Logik gerade *kein* Gegensatz sind. Auch Kreativität ist *immer schon* in logische Schlussfolgerungen eingebunden: Deduktionen, Induktionen, Abduktionen.

11

Kurz: Logik, Logik, Logik.

Wir haben diese These im Zweiten Teil dieses Buchs sehr genau begründet: in den §§ 4 bis 7 für die Logik im Allgemeinen, in den §§ 8 bis 12 für die juristische „*working logic*“. Im Folgenden wollen wir das Wichtigste kurz rekapitulieren und um Einiges von dem anreichern, was uns auf dem weiteren Weg (§§ 14 bis 24) begegnet ist. Zudem wollen wir einige Ausblicke auf das einflechten, was noch folgt.

Es wird sich dabei zeigen, dass letztlich immer der **Fall** das Laboratorium für kreative Schlussfolgerungen ist.

12

II. Kreative Schlussfolgerungen I: Induktionen

Beginnen wir mit den Kreationen, die sich auf einer geringen Erfindungshöhe abspielen, indem sie lediglich das schon vorhandene rechtliche Wissen auf einen **neuen Fall** anwenden. (Ob dieser Fall nur subjektiv oder auch objektiv neu ist, spielt keine Rolle.) Logisch gesehen handelt es sich um – mäßig neue – Induktionen (§ 6 II). Die erste Form ist das, was man in der Jurisprudenz Subsumtion nennt. Die zweite Form ist Verallgemeinerung durch Kreation eines neuen Oberbegriffs.

13

1. Subsumtion (qualifizierende Induktion)

Das Wichtigste zur Subsumtion dürfte sein: Sie ist gerade nicht ein Automatismus, gerade nicht eine mechanische Operation, die man einem „Subsumtionsautomaten“¹⁴ überlassen könnte. Die Subsumtion ist vielmehr ein aktiver Prozess, bei dem durchaus eine Überraschung herauskommen kann – ein „Geschöpf“ (Kreatur), das der bisherigen Erwartung zuwiderläuft.

14

¹² Mit anderen Worten: Ob kreativ oder nicht-kreativ, dass macht im Hinblick darauf, ob „gewertet“ wird, keinen praktischen Unterschied. Es ist insoweit eine sinnlose Frage (zur pragmatischen Maxime § 5 I Rn. 14–17). – Zur Sinnlosigkeit oder besser: zur fehlenden Sinnhaftigkeit der Folter in den Hexenprozessen siehe § 24a Rn. 28.

¹³ In der Tendenz wie hier, aber mit anderem Ansatz (Kritischer Rationalismus, Karl Raimund Popper): Johann Braun, Deduktion und Invention, Tübingen 2016, 7 f. und durchgehend.

¹⁴ Bekanntes Werk: Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986.

- 15 Beispiel: das in § 24a Rn. 46 bereits erwähnte sogenannte *Stealth* (englisch *stealt*-*hy*: heimlich, verstohten). Ein Mann streift beim einvernehmlichen Geschlechtsverkehr das Kondom ab – obwohl dessen Verwendung Teil der Absprache war. Nach der neuen Fassung des § 177 Strafgesetzbuch – StGB – erfüllt dies den Tatbestand der Vergewaltigung, nämlich die folgenden beiden Tatbestandsmerkmale: (1) sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen der anderen Person, (2) Vollziehung des Beischlafs (§ 177 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB). Man folgert insofern im Wege der qualifizierenden Induktion:

Regel. – Vergewaltigung ist (a) Beischlaf (b) gegen den Willen des Opfers.

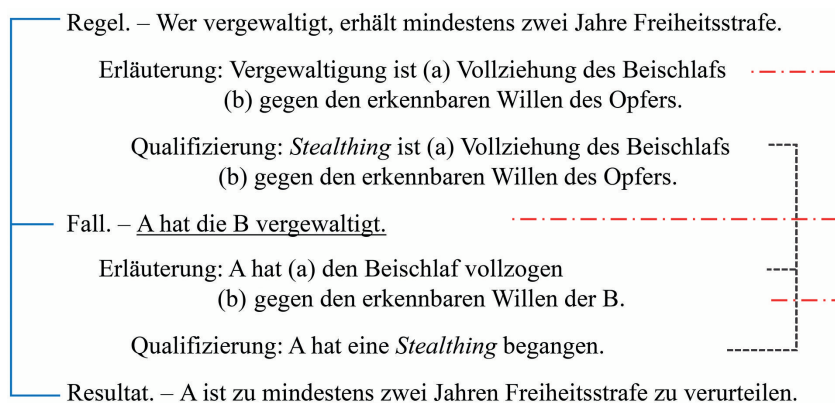
Fall. – A hat (a) den Beischlaf ausgeübt (b) gegen den Willen des Opfers/der B.

./ Resultat. – A hat die B vergewaltigt.

Genauer betrachtet ist allerdings in diesen „Subsumtionsschluss“ ein weiterer (Qualifikations-) Schluss eingebaut, der sich verkürzt als „**Indem-Satz**“¹⁵ formulieren lässt und in dem erstmals die konkrete Tat ins Spiel kommt:¹⁶

Fall. – A hat, *indem* er beim Geschlechtsverkehr mit der B ein *Stealth* beging, (a) den Beischlaf ausgeübt (b) gegen den Willen der B.

- 16 In der Langfassung kommt dann der folgende Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) heraus:¹⁷



blau = der Justizsyllogismus [links]

rot = der Subsumtionssyllogismus [ganz rechts]

schwarz = der Qualifizierungssyllogismus [halbrechts]

15 Dazu schon § 8 Rn. 31 f.

16 Noch genauer betrachtet ist es schon eine Abduktion, nämlich ein Zusammenschluss von zwei Schlüssen; dazu schon § 6 Rn. 46.

17 Siehe auch schon § 8 Rn. 29.

Dies ist nun in der Tat eine überraschende logische Kreation – nämlich eine Vergewaltigung ohne Gewalt.¹⁸

17

Und man kann sich durchaus fragen, ob dieser **Fall** „wertungsmäßig“ das Gleiche ist wie ein Beischlaf, der mit Gewalt erzwungen wird (was erheblichen körperlichen Schmerz verursacht).¹⁹ Dabei sollte die „Wertung“ nicht zuletzt auch darin bestehen, nach der Angemessenheit der *Rechtsfolge* (mindestens zwei Jahre Gefängnis) zu fragen. Falls man zur Unangemessenheit kommt, muss man weiter fragen, ob das Gesetz nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG – Grundgesetz – verstößt: Es behandelt Ungleiches gleich (zum Gleichheitssatz des Art. 3 GG schon § 15b Rn. 3–4, 79–82).

Logisch betrachtet gehört dies in den größeren Themenkreis „Regeln aufeinander abstimmen“ (§ 18).

2. Die Bildung von Fallgruppen (quantitative Induktion)

Ein wenig größer ist die Erfindungshöhe, wenn aus mehreren Einzelfällen eine **Fallgruppe** gebildet wird. Wir haben dies vor allem beim Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen, insbesondere mit Generalklauseln wie „Treu und Glauben“ oder „öffentliche Ordnung“ erläutert (§ 15a Rn. 54–60, 65–68). Hier wird aus den einzelnen Fällen ein gemeinsames Merkmal „extrahiert“ und auf diese Weise – logisch gesehen – ein neuer Oberbegriff gebildet, unter den man dann subsumieren kann.

18

Beispiel für einen solchen Oberbegriff: *venire contra factum proprium*, d.h. Handeln in Widerspruch zu eigenem Vorverhalten. Beispiel für Fälle, die sich darunter subsumieren lassen: Der Arbeitgeber widerspricht der Eigenkündigung des Arbeitnehmers und überredet ihn zum Verbleib im Betrieb – kurze Zeit später kündigt er ihm selbst. Nur ausnahmsweise treuwidrig soll es hingegen sein, wenn man einen Arbeitnehmer aus einem anderen Arbeitsverhältnis abwirbt und ihm alsbald kündigt. Das Risiko einer Kündigung innerhalb der Wartezeit liege grundsätzlich beim Arbeitnehmer.²⁰

Auch dies ist noch nicht sehr kreativ.

III. Kreative Schlussfolgerungen II: Abduktionen

„Wirkliche“ Kreativität kommt, grob gesagt, dann ins Spiel, wenn sich etwas ändert (wenn also nicht nur ein neuer Fall eingeordnet oder ein neuer Oberbegriff gebildet wird). Im Lichte der Logik geschieht dies im Wege der sogenannten Abduktion – dies ist die dritte Form des Schlussfolgerns neben der Deduktion und der Induktion.

19

18 Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH), in: NJW 2023, 701–702, hat in einem Stealthing-Fall die Verurteilung des Angeklagten wegen sexuellen Übergriffs (§ 177 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch) bestätigt, aber auch eine „Verwirklichung des Regelbeispiels nach § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB“ (also im Sinn des Gesetzes eine „Vergewaltigung“) für möglich gehalten.

19 Nebenbei: Der 5. Strafsenat des BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2023, 340–343, hat eine besonders schwere Vergewaltigung in einem Fall bejaht, in dem es nicht (mehr) zum Beischlaf kam (das Opfer hatte unbemerkt einen Notruf absetzen können), sondern nur zum Oralverkehr. Der Angeklagte hatte das Opfer mit einem Küchenmesser bedroht. Strafe: drei Jahre.

20 Stefan Greiner, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2022, KSchG (Kündigungsschutzgesetz), § 1 Rn. 94.

Deduktionen sind formal zwingende Schlüsse („Alle Menschen sind Tiere; A ist ein Mensch; also ist A auch ein Tier). *Induktionen* begründen lediglich eine Vermutung („Alle Menschen sind Tiere; A ist ein Tier; also ist A auch ein Mensch“).

* * *

- 20 Was nun die „Abduktion“ angeht, ist zunächst eine Warnung angebracht: Der Begriff und das Konzept sind nicht gerade „herrschende Meinung“ (h.M.) – weder in der juristischen Methodendiskussion noch in der Fachphilosophie. Die Abduktion ist vielmehr eine Entdeckung des amerikanischen Philosophen Charles Sanders Peirce (1839–1914), und es besteht keine Einigkeit, was man genau darunter zu verstehen hat.

Wie die NJML die Abduktion interpretiert, haben wir in § 6 und auch in den §§ 8 (VJS) und 9 (Subsumtion) sehr genau dargelegt.

- 21 Wir wollen insoweit nun nicht alles wiederholen. Vielmehr wollen wir sogleich *in medias res* gehen und zeigen, warum man den **Fall** geradezu als das Laboratorium für solch kreative Schlussfolgerungen (Abduktionen) begreifen kann. Hierzu muss man als Wichtigstes nur wissen:

- Man gehe erstens aus von der Schlussfolgerung „Regel – Fall – Resultat“.
- Abduktionen schließen von *einem* dieser Bestandteile auf die *beiden* noch fehlenden.

Genau besehen, hier aber zu vernachlässigen, geschieht dies durch den Zusammenschluss von Schlussfolgerungen.

- 22 – Demgemäß gibt es drei Spielarten der Abduktion (§ 6 III): vom Resultat her, von der Regel her und vom Fall her.

Die erste Spielart ist typisch für die Naturwissenschaft (Beispiel: Kepler sucht die „richtige“ Bahn des Planeten Mars), die zweite typisch für die Geisteswissenschaft (Beispiel: Wie soll man den Satz deuten, dass eher ein Kamel durch ein Nadelöhr geht als dass ein Reicher in den Himmel kommt?). Die dritte schließlich ist typisch für die Jurisprudenz: Ist es wirklich ein Fall von Gewalt, wenn Klimaschützer eine Autobahn blockieren?

- 23 Wir haben allerdings betont, dass in allen Wissenschaften alle drei Arten von Abduktionen zusammenspielen, und können dies im Folgenden für die Jurisprudenz bestätigt sehen.

1. Innovation durch Interpretation des „Falls“ (Abduktion „vom Fall her“)

- 24 Wie gesagt: Typisch für die Jurisprudenz ist die Abduktion „vom Fall her“. Wenn wir meinen, dass ein Mensch, der seine Angehörigen aus Liebe tötet, nicht „heimtückisch“ handeln kann, dann deuten wir *vom Fall her* das Tatbestandsmerkmal „Heimtücke“ in § 211 StGB entsprechend um (Schluss auf eine neue *Regel*) – und sprechen ihn vom Vorwurf des Mordes frei (Schluss auf das *Resultat*).

Detailliert dazu schon in § 3 zum Fall des städtischen Beamten, der Geld veruntreut hatte und nun seiner Familie Schmach ersparen wollte.

Dass man auch am Ergebnis ansetzen kann, zeigt ein weiterer, sehr berühmter Heimtücke-Fall; dazu sogleich § 27 II – Türkischer Onkel.

Oder: Wenn wir meinen, dass eine gewaltlose Aktion, hier ein Sitzstreik, bestraft werden sollte (Schluss auf das *Resultat*), dann deuten wir *von diesem Fall her* das Tatbestandsmerkmal „Gewalt“ in § 240 StGB entsprechend um (Schluss auf die neue *Regel*). 25

Dazu schon in § 8 zum Laepple-Urteil und in § 10 Rn. 28 zur überaus kühnen „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH.

Ebenfalls zu den Abduktionen „vom Fall her“ zählen schließlich die Konstellationen, in denen *Regeln* – mit Blick auf bestimmte *Resultate* – für nicht ganz passende Fälle angepasst oder gar neu erfunden werden. 26

Beispiele für Anpassung sind die Analogie, etwa wenn der Verkäufer zwar nicht einen Mangel arglistig verschweigt (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB), wohl aber arglistig eine bessere Beschaffenheit vortäuscht (Tachomanipulation); oder die teleologische Reduktion des § 181 BGB, wenn Eltern ihren Kindern etwas schenken (siehe § 16 Rn. 10 und Rn. 51).

Zum Spezialfall des Einfügens ungeschriebener Tatbestandsmerkmale siehe den Fall „Bundestagsauflösung“ (§ 15a Rn. 79 und § 16 Rn. 48–49).

Beispiel für Erfindungen sind etwa das Anwartschaftsrecht und der übergesetzliche Notstand (§ 17). Sie markieren schon den Übergang zu den Abduktionen „von der Regel her“.

Man erinnere sich: „Die Logik“ ist ein großes Kontinuum.²¹

2. Innovation durch Interpretation der „Regel“ (Abduktion „von der Regel her“)

Es kann nämlich, wenn nicht nur ein einzelner Fall, sondern eine ganze **Vielfalt von Fällen** zu beurteilen ist, nötig werden, sich zur Interpretation der *Regel* dergestalt etwas Neues einfallen zu lassen, dass man diese Vielfalt besser sortiert bekommt. Letztlich geht es darum, all diese **Fälle** und **jeden einzelnen Fall** sinnvoll einzuordnen –, und das heißt letztlich: mit Blick auf ein sachgerechtes *Resultat*. 27

Anders gewendet: Es geht auch hier darum, von *einem* der Sätze der Schlussfolgerung, nämlich *von der Regel* her, auf die beiden anderen zu schließen, d.h. sowohl auf den *Fall* („ist ein Fall von“) als auch auf das *Resultat*.

Insofern haben wir zunächst gesehen, dass es bei konkurrierenden Regeln sehr sinnvoll sein kann, sie durch möglichst treffende Definitionen möglichst klar voneinander abzugrenzen – was durchaus eine weit über den Einzelfall hinausreichenden „**Theorie**“ erfordern kann. 28

Beispiel war die Abgrenzung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (§ 15a Rn. 31–36 und § 19 Rn. 18–35). Dass dabei die Theorie von einem wenig bekannten Einzelfall²² inspiriert war, sei nicht verschwiegen.

21 Siehe etwa § 5 IV Rn. 121 (Habermas' Aggregatzustände), § 6 Rn. 68, 71–72; § 15b Rn. 64 („Die Logik höret nimmer auf“).

22 BVerfGE 18, 315 – Marktordnung für die Milchwirtschaft (1965).

Nachtrag: Dass im Wort „Definition“ das Wort „Grenze“ steckt (lateinisch *finis*), haben wir in § 15a Rn. 13–18 noch gar nicht erwähnt.²³

- 29 Fraglich ist allerdings, ob man insbesondere zu knappen Texten immer gleich große „Theorien“ entwickeln sollte, statt sich mit einer am Einzelfall orientierten Fallgruppenbildung voranzutasten.

Zur Abwägungsfehlerlehre des Bundesverwaltungsgerichts siehe § 15a Rn. 61–64, auch § 15b Rn. 52–56; wir werden in § 28 II noch einmal darauf zurückkommen.
– Davon zu unterscheiden ist übrigens die verfassungsrechtliche „Abwägung“ (§ 18 Rn. 83–94)!

Zur Dreistufentheorie des BVerfG schon § 10 Rn. 19.

- 30 Andererseits kann es natürlich auch vorkommen, dass man ein neues Gesetz – eine ganz neue Regel – zu kommentieren hat und sich dazu etwas einfallen lassen muss (nämlich Fälle und Resultate).

So hat sich Günter Dürig (1920–1996) für die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG – Grundgesetz) an Kant erinnert²⁴ („der Mensch hat keinen Preis, der Mensch hat eine Würde“²⁵) und von dort her in Anlehnung an den kategorischen Imperativ (dritte Fassung) die noch heute nützliche (aber oft überstrapazierte) „Objektformel“ geprägt: Der Mensch darf nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden. Dann lagen die einschlägigen *Fälle* auf der Hand: Folter, Entrechtung. Und natürlich das *Resultat*: nie wieder!

Zum Anwendungsfall Embryonen/Präimplantationsdiagnostik schon § 5 Rn. 4, 17, 21, 93.

3. Innovation durch Interpretation des „Resultats“ (Abduktion „vom Resultat her“)

- 31 Eine letzte Form kreativen Schlussfolgerns ist im Laboratorium des Falls eigentlich unzulässig – sozusagen ein *no go*. Gemeint ist die Änderung des rechtlichen *Resultats* nicht durch Änderung seiner Voraussetzungen – also durch neue Interpretation der *Regel* oder neue Interpretation des *Falls* –, sondern dadurch, dass man dieses *Resultat* ganz einfach nicht akzeptiert.

So im schon angekündigten Fall des türkischen Onkels (mehr dazu § 27 II) und im schon erwähnten Fall „Herrenreiter“ (§ 16 Rn. 5).

23 Immerhin in § 10 Rn. 27 am Rande, dass im Griechischen das Wort *hóros* sowohl „Grenze“ als auch „Definition“ bedeutet; mit einem Augenzwinkern kann man daher sagen: „Begriff“ kommt von „begrenzen“.

24 In der ersten Kommentierung des Art. 1 GG im damaligen „Maunz/Dürig“-Kommentar zum Grundgesetz (1958). – Mittlerweile wird Dürigs Anteil an dieser Entwicklung geringer eingestuft und auch seine Kant-Rezeption kritisch betrachtet, siehe *Friederike Wapler*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 1 Rn. 64. – Der „Dreier“ wird seit der 4. Aufl. von Frauke Brosius-Gersdorf herausgegeben, firmiert aber nach wie vor unter diesem Namen.

25 Kurzformel für *Immanuel Kant*, GMS (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785), S. 76–79; in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

Ein *no go* ist es natürlich deshalb, weil der Richter und überhaupt alle Rechtsunterworfenen an Recht und Gesetz *gebunden* sind (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG²⁶) – man kann sich nicht „ganz einfach“, wenn das Ergebnis nicht passt, darüber hinwegsetzen. 32

Dass man trotzdem gelegentlich Entscheidungen „*contra legem*“ für zulässig hält, haben wir erwähnt (§ 16 Rn. 55), und wir werden – Stichwort „Herrenreiter“ – darauf zurückkommen (§ 27 I).

IV. Überleitung zum Kapitel 5

Wir haben gesagt: Man kann sich, wenn das Ergebnis nicht passt, nicht „ganz einfach“ über das (bisherige) Recht hinwegsetzen. Nichtsdestoweniger ist auch dies etwas, was Juristen gelegentlich tun – vielleicht tun müssen, wenn das Gewissen sie dazu treibt (das ist ein ernstes Argument) oder wenn sie es so für politisch klüger halten (das ist gefährlich). Wie auch immer, es ist jedenfalls „nicht ganz einfach“ – daher wollen wir nun in Kapitel 5 schauen, wie man es methodisch bewerkstelligen kann. 33

Um schon ein Stichwort zu liefern: „Wunsiedel“.

26 Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 GG: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.“

Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses

Der Dritte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) entfaltet, um dies in Erinnerung zu rufen, *en detail* die Struktur und Konstruktion des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS): Regel, Fall, Ergebnis.¹ Demgemäß haben wir in Kapitel 3 zunächst ausführlich dargestellt und untersucht, wie man **Regeln** gewinnt, gemäß denen ein Rechtsfall entschieden werden kann.

Dass nach einer *Regel* entschieden wird, ist geradezu das Wesen des Rechts.

Wir haben sodann in Kapitel 4 gezeigt, wie der „**Fall**“ vom vorgefundenen Lebenssachverhalt zum Rechtsfall transformiert wird.

Auch die Rechtswelt ist „alles, was der Fall ist“ (frei nach Wittgenstein).²

Wenn nun das folgende Kapitel 5 durchaus pointiert mit „Die Manipulation“ des Ergebnisses überschrieben ist, dann soll dies betonen, welche Bedeutung das **Ergebnis** für den zu finden-den Syllogismus als Ganzes hat. Um die Antwort vorwegzunehmen: Das Ergebnis spielt *immer* eine Rolle. Nur ausnahmsweise dürfen wir aber alles, was wir bisher wussten, um eines anderen Ergebnisses willen über Bord werfen. Immerhin sollten wir dann aber das Ergebnis ganz offen korrigieren – wobei es, wie wir sehen werden, verschiedene Lösungen gibt (§ 27).

1 Erläuterung seiner logischen Struktur: oben § 8.

2 *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus (1922), Frankfurt a.M. 1963, Ziffer 1 (erster Satz des Traktats).

§ 26 Ergebnis – welches Ergebnis?

- 1 Zuvor müssen wir uns in Erinnerung rufen, dass ein rechtliches Ergebnis immer mindestens zwei Seiten hat: Es hat eine erste Bedeutung im Kontext des Rechts und der Rechtswissenschaft (dass deren beider Perspektiven sich nicht völlig decken, werden wir in § 33 II genauer untersuchen, Stichwort „Vertretbarkeit“). Das Ergebnis hat eine zweite Bedeutung in der, wie manche sagen, „Lebenswelt“¹ – der Terminus ist aber nicht glücklich gewählt, denn auch das Recht „lebt“ (Luhmann-Freunde mögen an die Autopoiesis des Rechts denken.²)
- 2 Klarer ist es daher zu sagen: Die zweite Bedeutung des rechtlichen Ergebnisses bezieht sich auf denjenigen SINNZUSAMMENHANG der Welt, den das Recht gerade bewusst regelt – oder auch auf mehrere solcher SINNZUSAMMENHÄNGE (zum Begriff § 5 Rn. 40–59). Die §§ 1353 ff. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) über die Ehe haben sowohl einen höchstpersönlich-intimen SINN (Verpflichtung zweier Menschen zur ehelichen Lebensgemeinschaft) als auch einen wirtschaftlichen SINN (Unterhalt, eheliches Güterrecht).

I. Rechtsfolgen und Außerrechts-Folgen („Realfolgen“, Kollateralfolgen)

- 3 Darüberhinaus haben rechtliche Ergebnisse gelegentlich auch „mittelbare“ Folgen – Folgen, an die der Entscheider (Gesetzgeber, Richter) gar nicht gedacht haben mag. Oder aber er denkt sehr wohl an sie, will dies jedoch aus mehr oder weniger guten Gründen nicht offenlegen. Für diese weiteren, „mittelbaren“ Folgen hat Gertrude Lübbe-Wolff (geb. 1953) den Terminus „Realfolgen“ vorgeschlagen.³
- 4 Vielleicht ist es nun etwas kleinlich, aber weil ich das Recht für ebenso real halte wie die Politik, die Kunst oder den Fußball, möchte ich lieber den neutralen Terminus „Folgen außerhalb des Rechts“ oder kurz „Außerrechts-Folgen“ verwenden. Gemeint ist damit gerade nicht die eben erwähnte unmittelbare Kopplung⁴ eines Rechtsbegriffs mit der sonstigen Realität, etwa die Verkoppelung des § 433 BGB⁵ mit einem „realen“ Kaufvertrag, genauer: mit der „realen“ Erfüllung dieses Kaufvertrags durch (1) „reale“ Lieferung der konkreten Kaufsache und (2) „reale“ Überweisung des als Kaufpreis geschuldeten Geldes auf das Konto des Verkäufers. Gemeint sind vielmehr die sozusagen mittelbaren oder Fernfolgen in weiteren SINNZUSAMMENHÄNGEN.

1 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 4. Aufl, Frankfurt a.M. 1994, S. 107 f.

2 Autopoietische Systeme – das sind, sehr unscharf gesagt: alle „Lebewesen“ – produzieren sich fortgesetzt selbst (griechisch *autós* = selbst, *poieîn* = machen, anfertigen, daher die Poesie); im Detail etwa Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 196 f.: Organische Systeme operieren im Medium „Leben“, psychische Systeme im Medium „Bewusstsein“, soziale Systeme im Medium „Kommunikation“ – das System „Recht“ z.B. unter dem Code „Recht/Unrecht“. – Die Idee der Autopoiesis stammt von zwei chilenischen Biologen: Humberto Maturana/Francisco Varela, Der Baum der Erkenntnis (original 1984), Bern etc. 1987. Nebenbei: griechisch *bios* = Leben.

3 Gertrude Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgerewägungen in der juristischen Begriffs- und Regelebildung spielen?, Freiburg i. Br. etc. 1981.

4 Zum systemtheoretischen Begriff „strukturelle Kopplung“ siehe § 15a Rn. 19 mit Fn. 42; auch § 19 Rn. 8.

5 Wortlaut: § 433 BGB (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. (...) (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Der Käuferschutz im Fernabsatzhandel (insbesondere online-Handel) hat zum Beispiel eine ganze Reihe auch negativer Folgen. Natürlich ist es schön, dass man eine gekaufte Ware ohne Begründung wieder zurückschicken kann (Widerruf innert 14 Tagen nicht vergessen, §§ 312g, 355 BGB!). Dass dies den stationären Einzelhandel vor Ort schwächt, ist allerdings mehr als wahrscheinlich. Hinzu kommt ein erheblicher Flächenverbrauch (für die Lagerhallen) und eine Steigerung des Lieferverkehrs (der so gut wie immer auf der Straße erfolgt).⁶

Vielleicht könnte man sogar von **Kollateralfolgen**⁷ sprechen?

Ein schönes Beispiel für politische Folgenorientierung in einem Unrechtsstaat wird berichtet über Elisabeth Selbert, eine der „Mütter des Grundgesetzes“. Selbert (SPD) durfte in der Zeit des Nationalsozialismus aufgrund eines glücklichen Zufalls weiter als Anwältin arbeiten. Sie und ihre Kollegen hatten von den Konzentrationslagern gewusst und sich daher mit einigen Strafrichtern dergestalt abgesprochen, dass diese gegen ihre Mandanten eine Gefängnisstrafe verhängten, um sie vor dem Zugriff der Gestapo (Geheime Staatspolizei) zu schützen.⁸ Dies zeigt, nebenbei, einmal mehr den Charakter des NS-Regimes als „Doppelstaat“⁹: Es gab nach wie vor eine einigermaßen normale Strafrechtspflege („Normenstaat“) und daneben – unberechenbar – einen „Maßnahmenstaat“ mit willkürlichen Verhaftungen, Folter, Deportation und so weiter.

Das Hauptverdienst Selberts ist, nebenbei: Sie hat die uns heute selbstverständliche Formulierung des Art. 3 Abs. 2 GG (Grundgesetz) – „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ – gegen große Widerstände „durchgeboxt“, letztlich mit Hilfe eines *shit storms*.¹⁰ Der Entwurf von Herrenchiemsee hatte noch gelautet: „Männer und Frauen haben die gleichen *staatsbürgerlichen* Rechte und Pflichten.“ Dies hätte an der *zivilrechtlichen* Ungleichbehandlung in der Ehe (mit dem Mann als deren „Oberhaupt“) nichts geändert.

II. Entscheidungsfolgen und Anpassungsfolgen („Steuerungswirkung“)

Ein wenig quer zu der eben genannten Unterscheidung liegt eine weitere, die ebenfalls Lübke-Wolff vorgeschlagen hat: Entscheidungsfolgen und „Adaptationsfolgen“ oder, wie ich sie nennen will: Anpassungsfolgen.¹¹ *Entscheidungsfolgen* sind die Folgen der

6 Für einen ersten Eindruck: <https://www.bmu.de/jugend/wissen/details/online-shopping-und-das-problem-mit-der-nachhaltigkeit>; eher apologetisch <https://www.umweltbundesamt.de/presse/pressemitteilungen/klimabilanz-von-online-ladenkauf-das-produkt> <20.02.2024>.

7 In Anlehnung an die sogenannten Kollateralschäden bei bewaffneten Konflikten – im Klartext vor allem: die Opfer der Zivilbevölkerung. Der Terminus „Kollateralfolge“ ist offenbar gängig in der anglophonen Kriminologie, siehe Axel Dessecker, Kollateralfolgen von Strafen, in: Klaus Boers/Marcus Schaefer (Hrsg.), Kriminologische Welt in Bewegung, Mönchengladbach 2018, S. 476–486.

8 Antje Dertinger, Elisabeth Selbert: ein selbstbestimmtes Frauenleben, in: Hans Eichel/Barbara Stolterfoht (Hrsg.) Elisabeth Selbert und die Gleichstellung der Frauen. Eine unvollendete Geschichte, Kassel 2015, S. 15–17.

9 Klassisch Ernst Fraenkel, Der Doppelstaat, Frankfurt a.M. 1974 (zuerst englisch: The Dual State, 1940).

10 Karin Gille-Linne, Verdeckte Strategien. Herta Gotthelf, Elisabeth Selbert und die Frauenarbeit der SPD 1945–1949, Bonn 2011, S. 276–353.

11 Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen (Fn. 3), S. 139 ff.

konkreten Entscheidung, z.B. die verhängte Strafe (Rechtsfolge) und deren Folgen für den Täter, aber auch für z.B. seine Familie („Realfolge“).

Anpassungsfolgen sind demgegenüber die Folgen, die sich nicht nur im konkreten Fall, sondern generell in Reaktion auf die Regel, nach der entschieden wurde, einstellen. Klassisches Beispiel ist die sogenannte Generalprävention im Strafrecht, das heißt: die Abschreckungswirkung der Strafe für andere Menschen. Man kann dies auch eine Steuerungswirkung nennen.

- 8 Ein klassisches Beispiel für Fehlsteuerung stammt aus der britischen Kolonialzeit in Indien. Die Kolonialmacht hatte eine Prämie für jede getötete Kobra ausgelobt. Die Inder begannen daraufhin, Kobras zu züchten.¹²

Ein Beispiel für die Steuerung der Motivation von Beamten „von außen“ ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Staatshaftung bei abgelehnten Genehmigungen im Bau- und Bodenrecht. Wenn sich vor Gericht, und sei es erst in der dritten Instanz, herausstellt, dass die Versagung einer Genehmigung rechtswidrig war, dann hat der Eigentümer des Grundstücks gegen den Staat für die Zeit seit Antragstellung einen Anspruch auf Entschädigung, der – etwa in Form des Ersatzes von Kreditzinsen – in die Hunderttausende gehen kann (klassischer Fall: „Reichenau“).¹³ Und der Eigentümer hat diesen Anspruch auch dann, wenn dem Beamten kein Verschulden vorzuwerfen ist, wenn, mit anderen Worten, dessen Entscheidung *vertretbar* war (zu dieser Kategorie unten § 33 II), ja sogar, wenn die unteren Instanzen dem Beamten noch Recht gegeben hatten. Die Steuerungswirkung liegt auf der Hand: Im Zweifel wird der Beamte in Zukunft zu Gunsten des Eigentümers entscheiden.¹⁴

Zum dogmatischen Hintergrund: Ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat aus sogenannter Amtshaftung setzt gemäß § 839 Abs. 1 BGB (i.V.m.¹⁵ Art. 34 GG) voraus, dass der Beamte „vorsätzlich oder fahrlässig“ (Oberbegriff: schuldhaft) seine Amtspflicht verletzt hat. Über dieses Verschuldenserfordernis (und damit über das Gesetz) setzt sich der BGH hinweg: Er gewährt dem Eigentümer einen Anspruch aus dem sog. „enteignungsgleichen Eingriff“, hier in der Fallgruppe des sog. „qualifizierten Unterlassens“.¹⁶ Für diesen Anspruch gibt es freilich keine gesetzliche Grundlage.

12 Siehe etwa *Holger Rogall*, Volkswirtschaftslehre für Sozialwissenschaftler, Wiesbaden 2006, S. 179. – Ob es sich bei diesem Beispiel um eine historische Tatsache handelt oder um einen modernen Mythos, sei dahingestellt; in der zweiten, erheblich erweiterten Auflage des Buches findet es sich nicht mehr.

13 BGHZ 136, 182 – Grundstücksverkehrsgesetz/Insel Reichenau (1997) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite) mit Anmerkung von *Joachim Lege*, in: Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (LM), GrundG Art. 14 (Cc) Nr 62 (11/1997); der „Zinsschaden“ belief sich auf 241.222,05 DM.

14 *Joachim Lege*, System des deutschen Staatshaftungsrechts, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2016, 81 (81, 88).

15 Abkürzung für: in Verbindung mit.

16 Explizit so benannt in BGHZ 170, 260 (274 Rn. 34, in Anführungszeichen) – Grundbuchamt (2007). Im Grundsatz Zustimmung bei *Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013, S. 308–311; ablehnend *Lege*, Staatshaftungsrecht, in: JA 2016, 81 (88).

Wir haben hier also schon ein vorweggenommenes Beispiel für die – verdeckte – Manipulation des Ergebnisses (dazu § 29): Statt zur Rechtsfolge „keinerlei Schadensersatz“ kommt man zur Rechtsfolge „durchaus Entschädigung“.¹⁷

Was Lübke-Wolff angeht, so plädiert sie letztlich sehr dafür, die „Realfolgen“ bei der juristischen Regel- und Begriffsbildung stärker zu berücksichtigen. Dies betrifft sowohl die Entscheidungsfolgen als auch und noch mehr die Anpassungsfolgen. Sie würden allzu häufig vernachlässigt.¹⁸

Beispiele: Wäre bei Bauunternehmern ein vollständiger Gewährleistungsausschluss zulässig, dann wäre dies eine Katastrophe für die Allgemeinheit. – „Adaptations-sinn“ des § 393 BGB („Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig“) ist die Verhinderung von Selbstjustiz: Man soll z.B. als Vermieter nicht *mit* einer Forderung auf rückständige Mietzahlung (§ 535 Abs. 2 BGB) *gegen* eine Forderung des Mieters aufrechnen dürfen, die dadurch entstehen würde, dass man ihm eins auf die Nase gibt (§ 823 BGB). Man müsste ihm also auch dann Schadensersatz und Schmerzensgeld zahlen, wenn er die Miete weiterhin schuldig bleibt.

III. Zur Terminologie

Abschließend wird man die „Folgen“, die bei einer rechtlichen Entscheidung entstehen, so zusammenfassen können:

- dogmatische Folgen (im SINNZUSAMMENHANG „Recht“)
- Entscheidungsfolgen, das sind
 - erstens die konkret angeordnete Rechtsfolge,
 - zweitens die konkreten tatsächlichen Folgen der Rechtsfolge, man könnte sie als „tatsächliche Entscheidungsfolgen“ bezeichnen,
- „gesellschaftliche“ Anpassungsfolgen, „Kollateralfolgen“.

Allerdings muss dies an dieser Stelle nicht vertieft werden. Denn wenn im Folgenden aus Sicht der Methode von „Manipulation des Ergebnisses“ die Rede ist, dann ist damit präzise nur gemeint: ein mehr oder weniger offensichtliches Herumbasteln an der **Rechtsfolge**, wenn diese „vom **Ergebnis** her“ – welchem auch immer – nicht zu passen scheint.

17 Hauptunterschied: Voller Schadensersatz umfasst auch den entgangenen Gewinn (§§ 249, 252 BGB). Bei der Entschädigung ist dies nicht der Fall, siehe nur *Patrick Reinert*, in: *Hau/Poseck*, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) BGB, Stand 01.11.2022, § 839 Rn. 267.

18 *Lübke-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen (Fn. 3), S. 143 ff.

§ 27 Offene Korrektur des Ergebnisses

- 1 Diese Manipulation des Ergebnisses (also der Rechtsfolge) kann mehr oder weniger offen geschehen. Dabei darf nicht verwundern, dass eine offene Korrektur selten geschieht: Es mindert das Vertrauen in das Recht, wenn wegen unpassender Ergebnisse „schnell mal“ eine Ausnahme gemacht wird („ja, Bauer, das ist ganz was anders“, § 4 Rn. 9).

I. Von „Herrenreiter“ zu „Soraya“: Korrektur des Gesetzes („Tatbestandslösung“)

- 2 Die wohl bekannteste Entscheidung, in der ein Gericht mit offenem Visier ein Ergebnis korrigiert hat, das von Gesetzes wegen vorgegeben war, ist der „Herrenreiter-Fall“ des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 1958.¹ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die daran anschließende weitere Rechtsprechung im Fall „Soraya“ (1973) bestätigt; dieser Fall ist ebenfalls, allerdings etwas weniger, berühmt.² Dass beide Fälle zugleich für einen der größten – und bis heute fortbestehenden – Gesetzgebungs-skandale der Bundesrepublik stehen, werden wir am Ende (Rn. 18) sehen.
- 3 Für die Methodenlehre ist der Fall „Soraya“ die wohl schönste Entscheidung des BVerfG überhaupt. Es findet sich dort insbesondere die Aussage: Ein von der grundgesetzlichen Wertung her eigentlich akzeptables **Ergebnis** verletzt dennoch die Verfassung (d.h. es ist „falsch“ im Sinn von rechtswidrig), wenn es **methodisch falsch** begründet ist – wir werden sagen: wenn es „nicht-vertretbar“ begründet ist (§ 33 II). Originalton (Hervorhebung J.L.):

„Der Richter kann die Wertvorstellungen des Grundgesetzes *nicht in beliebiger Weise* in seinen Entscheidungen zur Geltung bringen.“³

1. Die Sachverhalte und das Ergebnis

- 4 Im Fall „**Herrenreiter**“ ging es, juristisch betrachtet, um einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens („Schmerzensgeld“) nach einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (abgeleitet aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m.⁴ Art. 1 Abs. 1 GG - Grundgesetz)⁵. Den Sachverhalt hat der BGH mustergültig kurz wie folgt dargestellt (Hervorhebungen J.L.):

„Der Kläger ist Mitinhaber einer Brauerei in K. Er betätigt sich als Herrenreiter auf Turnieren. Die Beklagte ist Herstellerin eines **pharmazeutischen Präparats**, das nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise auch der Hebung der **sexuellen Potenz** dient. Sie hat zur Werbung

1 BGHZ 26, 349 – Herrenreiter (1958) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite).

2 BVerfGE 34, 269 – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

3 BVerfGE 34, 269 (280) – Soraya (1973).

4 Abkürzung für: in Verbindung mit.

5 Allgemein dazu *Martin Eifert*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2015, 1181–1191; *Joachim Lege*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, in: JURA 2002, S. 753–761 (756 f.).

für dieses Mittel in der Bundesrepublik, u.a. auch in K., ein Plakat mit der Abbildung eines Turnierreiters verbreitet. Dem Plakat lag ein Originalphoto des Klägers zugrunde, das von dem Presseverlag S. auf einem Reitturnier aufgenommen worden war. Eine Einwilligung zur Verwendung seines Bildes hatte der Kläger nicht erteilt.“

Der Kläger sah sich dadurch der Lächerlichkeit preisgegeben. Die Gerichte sprachen ihm ein Schmerzensgeld von 10.000 DM zu. 5

Ein „Herrenreiter“ ist ein Pferdesportler, der als (meist reicher) Amateur an professionellen Turnieren teilnimmt. Bekanntester Herrenreiter war der unselige Reichskanzler Franz von Papen (1879–1969)⁶. – Ein bekannter Amateurreiter (Dressur) war auch Josef Neckermann (1912–1992), Gründer des gleichnamigen Versandhandels in der Nachkriegs-Bundesrepublik.⁷

Im Fall „Soraya“ ging es ebenfalls um den Ersatz immateriellen Schadens. Auch hier darf der Sachverhalt im Original zitiert werden (Hervorhebung J.L.): 6

„Der zum Axel-Springer-Konzern gehörende beschwerdeführende Verlag ‚Die Welt‘ gab früher auch die Wochenzeitschrift ‚Das Neue Blatt mit Gerichtswoche‘ heraus, die im gesamten Bundesgebiet vertrieben wurde. Beschwerdeführer zu 2)⁸ ist der bis Juni 1961 geschäftsführende Redakteur dieser Zeitschrift, die besonders die Unterhaltung der Leser durch sensationell aufgemachte Gesellschaftsberichterstattung pflegt. In den Jahren 1961 und 1962 befaßte sich die Zeitschrift wiederholt unter Beifügung von Bildern mit der geschiedenen Ehefrau des Schahs von Iran, Prinzessin Soraya Esfandiary-Bakhtiary. Auf der ersten Seite der Ausgabe vom 29. April 1961 wurde unter der Überschrift ‚Soraya: Der Schah schrieb mir nicht mehr‘ ein sogenannter Sonderbericht mit einem ‚Exklusiv-Interview‘ veröffentlicht, welches Prinzessin Soraya einer Journalistin gewährt haben sollte. Darin waren Äußerungen der Prinzessin über ihr Privatleben wiedergegeben. Das Interview war von einer freien Mitarbeiterin dem ‚Neuen Blatt‘ verkauft worden; **es war frei erfunden**. In der Ausgabe vom 1. Juli 1961 veröffentlichte das ‚Neue Blatt‘, eingerückt in eine neue Reportage ‚Soraya – O’Brian: Prüfung der Herzen‘, eine kurze Gegendarstellung Prinzessin Sorayas, in der diese feststellte, daß das Interview nicht stattgefunden habe.⁹

Prinzessin Soraya – zu damaliger Zeit eine Berühmtheit wie heute Prinz Harry und Herzogin Meghan – klagte auf 15.000 DM Schmerzensgeld. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. 7

Nebenbei zum Prozessrecht: Eine „Klage“ bleibt auch in den Rechtsmittelinstanzen, also in Berufung und Revision, ein und dieselbe! Berufung und Revision sind davon zu unterscheidende eigenständige Verfahren, in denen, sozusagen, die Klage in eine neue Hülle gepackt wird (man denke an die russischen Puppen in der Puppe – „*Matroschkas*“). Daher kann Berufungskläger durchaus der Beklagte des „Ausgangsverfahrens“ sein (wenn er verloren hatte); und Revisionsbeklagter der Berufungskläger, wenn er dort gewonnen hatte.

6 Siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Franz_von_Papen <11.02.2023> (mit Bild als Herrenreiter).

7 Nebenbei: Neckermann vertrieb u.a. Motorräder der DDR-Firma „MZ“ (Motorradwerke Zschopau).

8 Für in dieser Terminologie Ungeübte: „Beschwerdeführer zu 1)“ war der Verlag.

9 BVerfGE 34, 269 (276 f.) – Soraya (1973). – Nebenbei: Wenn in den 1970er Jahren der Springer-Verlag namentlich genannt wurde, dann lag darin schon eine gewisse Vorverurteilung. Die „Springer-Presse“ galt, vor allem mit ihrer Bild-Zeitung, in intellektuellen Kreisen als reaktionär und unseriös. Berühmt das Buch von *Günther Wallraff*, *Der Aufmacher: Der Mann, der bei;Bild‘ Hans Esser war*, Köln 1977 (die Zwischenanführungszeichen nur auf dem Frontcover).

2. Das Problem

- 8 Das Problem mit dem Anspruch auf Schmerzensgeld bestand darin, dass ihm die damals geltende Gesetzeslage eindeutig entgegenstand (zur heutigen sogleich unter 6). So hieß es allgemein zum Ersatz „immaterieller“ Schäden (= Nicht-Vermögensschäden):

§ 253 BGB a.F. [alter Fassung] Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

Und sodann im Recht der unerlaubten Handlungen, auch genannt: Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch):

§ 847 BGB a.F. (1) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. (...)

(2) Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.

- 9 Kein Wort im Gesetz also über den Ersatz eines immateriellen Schadens bei Verletzung der Ehre oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

3. Die Argumentationen

- 10 Die Herrenreiter-Entscheidung wird in der Methodenliteratur häufig als *das* Beispiel für eine sogenannte Auslegung *contra legem* genannt (dazu schon § 16 Rn. 54–57). Abgesehen davon, dass die Rede von einer „Auslegung“ *contra legem* eine *contradictio in adiecto* ist, also ein Widerspruch in sich selbst¹⁰ – denn Grenze der „Auslegung“ ist nach h.M. der Wortlaut des Gesetzes (*lex*),¹¹ und wenn man *gegen* ihn entscheidet (*contra*), dann ist sie eben überschritten ...

... ganz abgesehen davon hat der BGH im Fall „Herrenreiter“ gerade nicht von einer „Auslegung“ gesprochen, sondern den Anspruch auf eine *Analogie* zu § 847 BGB a.F. gestützt, genauer: auf eine Analogie zur Freiheitsberaubung (!). Der Herrenreiter habe der Veröffentlichung seines Bildes nicht zugestimmt, daher liege eine „Freiheitsberaubung „im Geistigen“ vor, bei der dann auch „in gleicher Weise wie bei der körperlichen Freiheitsberaubung in der Regel eine Naturalherstellung ausgeschlossen ist.“¹²

Mit „Naturalherstellung ausgeschlossen“ ist gemeint: Was einmal in der Welt ist, kann nicht rückgängig gemacht werden (Wiederherstellung „in Natur“), auch nicht

10 Genau übersetzt: ein Widerspruch (*contradictio*) im Hinzugefügten (*in adiecto*), hier: „*contra legem*“.

11 Statt vieler Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 37–39 mit weiteren Nachweisen; kritisch Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 310; sehr kritisch mit Schwerpunkt Verfassungsinterpretation Otto Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze, Heidelberg 1988. Matthias Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, ab S. 220, arbeitet mit der Unterscheidung von semantischer und juristischer Klarheit (?). Die NJML bevorzugt einen pragmatischen Begriff von Klarheit – ein Begriff ist, was aus ihm folgt (§ 5 I Rn. 14–17) –, dem man nur noch hinzufügen muss, dass natürlich auch die Konventionen der Sprachgemeinschaft eine Rolle spielen.

12 BGHZ 26, 349 (356) – Herrenreiter (1958).

durch eine Gegendarstellung wie im Fall „Soraya“ (siehe im geschilderten Sachverhalt den letzten Satz).

Natürlich reichte dieser juristische Klimmzug eigentlich nicht wirklich aus, um über den entgegenstehenden Wortlaut des § 253 BGB a.F. hinwegzukommen: Schmerzensgeld gab es eben **nur** „in den durch das Gesetz [ergänze: ausdrücklich] bestimmten Fällen“. Jedoch hat sich der BGH im Jahr 1958 offenbar noch nicht getraut, die **Korrektur des Gesetzes** ganz offen vorzunehmen. Dies geschah erst – nach überaus positivem Echo in der Fachwelt – in der vom Sachverhalt her sehr ähnlichen¹³ Entscheidung „Ginseng-Wurzel“ (1961): Die vom Grundgesetz anerkannte Aufwertung des „Rechtsschutzes der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Eigensphäre“ verlange entsprechende **Rechtsfolgen**. Originaltext:

„Die unter dem Einfluß der Wertentscheidung des Grundgesetzes erfolgte Ausbildung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wäre aber lückenhaft und unzureichend, wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine der ideellen Beeinträchtigung **adäquate Sanktion** auslösen würde. (...) Die Ausschaltung des immateriellen Schadensersatzes im Persönlichkeitsschutz würde bedeuten, daß Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen ohne eine Sanktion der Zivilrechtsordnung blieben, in der zum Ausdruck kommt, daß wesentliche Werte gestört sind und daß der Verletzte dem Betroffenen für das ihm angetane Unrecht eine Genugtuung schuldet. Die Rechtsordnung würde dann auf das wirksamste und oft **einzigste Mittel** verzichten, das geeignet ist, die Respektierung des Personenwertes des einzelnen zu sichern.“¹⁴

Aber wie hält man es – das war ein Vorwurf gerade aus der Methodenliteratur¹⁵ – dann mit der **Gewaltenteilung**? Insofern heißt es kurz darauf in der Entscheidung „Fernsehansagerin“ von 1963 – ein wirklich krasser Fall¹⁶ – hinsichtlich der **Bindung an das Gesetz**:

„Wird der Schutz der Würde des Menschen als vordringliche Aufgabe der Staatsgewalt und die Bindung des Richters an die Wertentscheidungen des Grundrechtskatalogs (insbesondere an Art. 2 GG) ernst genommen und nicht nur als Proklamation verstanden, so kann der Richter nicht mehr an die Entscheidung des Gesetzgebers von 1900 gebunden sein, die den immateriellen Schadensersatz derart einschränkt, daß er auch bei schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen entfällt. Denn dieser Ausschluß würde unter den heutigen Verhältnissen bedeuten, daß der Rechtsschutz der Persönlichkeit von vornherein verkümmert würde [sic] und die **Rechtsprechung resignierend** auf den Versuch einer angemessenen Restitution verzichten müßte.“¹⁷

Das **BVerfG** hat diese Rechtsprechung in der Soraya-Entscheidung schließlich auch verfassungsgerichtlich abgesegnet – mit zunächst sehr grundsätzlichen Ausführungen zum Verhältnis von **Rechtsprechung und Gesetzgebung**. Kurz zusammengefasst: Die

13 In diesem Fall ging es um einen Professor für Völker- und Kirchenrecht, der fälschlicherweise als Experte für die potenzfördernde Wirkung der Ginseng-Wurzel zitiert wurde.

14 BGHZ 35, 363 (367 f.) – Ginseng-Wurzel (1961) – auch im Übrigen sehr lesenswert; Hervorhebungen J.L.

15 Und zwar ausgerechnet von *Karl Larenz*, in: Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages (DJT), Band II (1959), Teil D, S. 34–37; zu Larenz' Rolle im Nationalsozialismus § 1 Rn. 23, § 15c Rn. 8 f.

16 BGHZ 39, 124 (127) – Fernsehansagerin (1963): In einer Illustrierten mit Millionenaufage („St.“) wurde der Eindruck erweckt, eine Fernsehansagerin sei „abartig veranlagt“ (gemeint wohl: lesbisch), weil mit 32 Jahren noch nicht verheiratet; außerdem „werden der Leserschaft die Beleidigungen vermittelt, die Klägerin passe ‚in ein zweitklassiges Tingeltangel auf der Reeperbahn‘, sie sehe aus wie eine ‚ausgemolkene Ziege‘ und bei ihrem Anblick werde den Zuschauern ‚die Milch sauer‘“.

17 BGHZ 39, 124 (131 f.) – Fernsehansagerin (1963).

Rechtsprechung sei gerade nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG; erstaunlicherweise wird Art. 97 Abs. 1 GG nicht genannt¹⁸). Wenn das Gesetz den Richter daher allein lasse, habe er die Befugnis zu „schöpferischer Rechtsfindung“ (das Gericht setzt dies selbst in Anführungszeichen,¹⁹ denn es ist eine eher unglückliche Formulierung, dazu sogleich unter 5; besser und ehrlicher hätte man gesagt: zur eigenständigen – wenn man will: autochthonen²⁰ – Rechtsfindung).

Eine Theorieebene höher (oder tiefer?) sagt das Gericht ferner: Art. 20 Abs. 3 GG enthalte nach allgemeiner Meinung die Absage an einen „engen Gesetzespositivismus“ mit seinem unerreichbaren Postulat einer „grundsätzliche[n] Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung“.²¹

4. Der wahre Grund

- 14 Der wahre Grund der Entscheidungen von BGH und BVerfG liegt denn auch weniger auf der höchsten Ebene grundgesetzlicher „Wertung“. Er liegt schlicht und einfach darin, dass „der Gesetzgeber“ sich nicht dazu durchringen konnte, diese Wertungen im Erdgeschoss des einfachen Rechts²² umzusetzen. Insofern berichtet das BVerfG:

Nach zweimaliger Empfehlung des Deutschen Juristentags (1957 und 1964) gab es zwei Anläufe der Bundesregierung (1959) und des Bundesministeriums der Justiz (1967), die Materie in Neufassungen des § 847 BGB und des § 823 BGB zu regeln. Beide Gesetzentwürfe wurden nicht verabschiedet bzw. gar nicht erst parlamentarisch behandelt. Der Grund: „In der Öffentlichkeit“ waren sie „auf lebhafteste Kritik gestoßen“, im Klartext: „Die Presse“ war gegen sie Sturm gelaufen.

So wurde etwa dem ersten Entwurf vorgeworfen, „er überspanne den Persönlichkeitsschutz zum Nachteil der Meinungs- und Pressefreiheit und belaste die Presse über das zulässige Maß mit Risiken, welche ihr die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe unmöglich mache.“²³

18 Wortlaut: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.“

19 BVerfGE 34, 269 (286–288) – Soraya (1973).

20 „Autochthon“ bedeutet, frei übersetzt: aus eigenem, nicht abgeleitetem Recht (altgriechisch *autós* = selbst, *chthōn* = Erde, Land, Stadt; vielleicht auch „Heimat“?).

21 Zum Positivismus bereits kurz in § 1 Rn. 21. – Dem „Positivismus“ wurde in der Nachkriegszeit häufig der Vorwurf gemacht, er habe mit seinem Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“ dem nationalsozialistischen Recht nichts entgegensetzen können, ja es geradezu ermöglicht. Diese „Positivismusschuldthese“ ist mittlerweile widerlegt: Es waren gerade die Positivisten, die genau wussten, dass ein Recht, das diesen Namen verdient, gewissen Standards genügen muss und sich deshalb gerade nicht den Nazis angedient haben, ja sogar von ihnen verfolgt und des Amtes enthoben wurden. – Grundlegend dazu für den Bereich des Öffentlichen Rechts: Bettina Limperg, Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.): Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, Heidelberg 1985, S. 44–67.

22 Für Nicht-Juristen: „einfaches Recht“ ist, als Terminus technicus, der Gegensatz zum Verfassungsrecht, das ihm gegenüber den Geltungsvorrang hat (dazu bereits § 18 Rn. 40 f. und § 23 Rn. 4–7).

23 BVerfGE 34, 269 (272 f.) – Soraya (1973). – Parallelen zu aktuellen Fragen im Bereich von *free speech* in den sogenannten sozialen Medien liegen auf der Hand.

Vor dieser Meinungsmacht (Springer! Bild-Zeitung!)²⁴ war „die Politik“ (die ja hinter dem „Gesetzgeber“ steht) offenbar eingeknickt. Da blieb „dem Recht“ in Gestalt der Judikative nichts anderes übrig, als einzuspringen: zunächst noch ganz traditionell mit einer Analogie an der Grenze zum Augenzwinkern („Herrenreiter“, 1958), dann in offen rechtspolitischer Argumentation („Ginseng“, 1961), schließlich in einer Art Selbstbehauptung statt Resignation („Fernsehansagerin“, 1963).

Das BVerfG hat all dies – das ist in unserem Kontext das Wichtigste – nicht nur vom **Ergebnis** her gebilligt (siehe das Eingangszitat²⁵), sondern auch für „methodisch-dogmatisch“ korrekt erklärt: Die Mehrheit der zivilrechtlichen Autoren halte die Argumente für „unbedenklich“ oder „zumindest diskutabel“, zudem stimme die Rechtsprechung des BGH mit der internationalen Rechtsentwicklung überein.²⁶ Kurz und in etwas anderer Terminologie: Die **Begründung** erschien dem BVerfG mindestens „gut **vertretbar**“.

Wir können daher im Vorgriff sagen: Die „Herrenreiter“-Rechtsprechung des BGH war und ist ein Beispiel für juristische **Gelungenheit** (§§ 33 und 34).

5. Überflüssiges Beiwerk ...

Angesichts dieser „wahren Gründe“ – und wegen der verbreiteten deutschen Neigung, Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Kontext zu reißen und dann wie Offenbarungen zu behandeln – soll in dieser Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) deutlich vermerkt werden: Eine vielzitierte Passage der Urteilsbegründung – vielzitiert vor allem in der Methodenliteratur – ist bei genauerem Hinsehen überflüssig, nichtssagend und geradezu ideologieverdächtig. Sie steht im Kon-Text der vorhin schon leicht angerempelten „**schöpferischen Rechtsfindung**“ und lautet (Hervorhebungen J.L.):

„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.“²⁷

Was, bitte sehr, ist ein „Akt bewertenden Erkennens“? Und was sind „willenhafte Elemente“ über diejenigen hinaus, die eh hinter jedem normativen Denken stehen („hinter jedem Sollen steht ein Wollen“²⁸)? Beides ist im Grunde Geschwurbel, mit dem sich Juristen auf die Schulter klopfen. Vor allem, wenn man die nachfolgende Passage nicht mehr zitiert:

24 Der Verlag Axel Springer mit seiner „Bild-Zeitung“ war in der damaligen Bundesrepublik das einflussreichste Presseunternehmen (und ist dies vielleicht auch heute noch). Insbesondere die Methoden der Bildzeitung waren immer wieder Gegenstand der Kritik, am bekanntesten wohl: Wallraff, Aufmacher (Fn. 9) (Wallraff hatte sich unter falschem Namen bei der „Bild“ als Reporter verdingen).

25 Oben Rn. 3.

26 BVerfGE 34, 269 (290 f.) – Soraya (1973).

27 BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya (1973).

28 Dies ist eine der Kernthesen – oder soll man sagen: der Kern-Klarstellungen – der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen; siehe etwa *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1992, S. 4–9.

„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 Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft‘ [...].“²⁹

Nun gut – auch dies ist ein wenig Selbstbeweihräucherung.

6. ... und ein fortdauernder Skandal

- 18 Wie auch immer: Der eingangs angekündigte große **Skandal** beim Thema „Schmerzensgeld wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts“ ist die **heute** geltende Fassung des § 253 BGB, so wie sie im Jahr 2002 mit der Schuldrechtsreform Gesetz geworden ist (der alte § 847 BGB ist ersatzlos weggefallen):

§ 253 BGB n.F. [neue Fassung] (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

Man sieht: Wenn es nach dem Gesetz ginge, gäbe es nach wie vor bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts kein Schmerzensgeld. Der Gesetzgeber hatte die Chance, dies zu ändern, er hat sie geradezu explizit nicht genutzt und die Verantwortung aus Feigheit vor den Medien auf die Gerichte abgewälzt: Sie werden es schon weiterhin richten.³⁰

7. Resümee

- 19 Für unser methodologisches Thema „Manipulation des Ergebnisses“ wollen wir abschließend festhalten: Es ist unter Umständen legitim, ein Gesetz gegen seinen eindeutigen Wortlaut zu korrigieren – in diesem Fall: um einen Entschädigungstatbestand zu ergänzen – wenn das Ergebnis grob ungerecht wäre – nicht nur im Einzelfall, sondern auch und mehr noch „gesamtgesellschaftlich“ (um das Wort „politisch“ zu vermeiden). Anders gewendet: Man darf, ja man muss gelegentlich die Außerrechts-Folgen (§ 26 Rn. 4) rechtlicher Entscheidungen in den Blick nehmen – jedenfalls dann, wenn wie hier ein „Dicker Hund“³¹ vorliegt.

II. Der „Türkischer-Onkel-Fall“: Nichtanwendung der Rechtsfolge („Rechtsfolgenlösung“)

- 20 Eine andere Konstellation findet sich in einem anderen berühmten Fall. Hier wurde nicht das Gesetz korrigiert, genauer: Es wurde nicht der Tatbestand des Gesetzes explizit „über-trumpft“³². Wohl aber hat das Gericht auch hier explizit Widerstand gegen das

29 BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya (1973).

30 Auch die Kommentarliteratur stellt dies gar nicht mehr ernsthaft in Frage.

31 Zur Dicker-Hund-Theorie siehe § 28 Rn. 11.

32 Das Bild vom Übertrumpfen ist inspiriert von Ronald Dworkins Theorie von Rechten als Trümpfen; man kann auch an des *overruling* im anglo-amerikanischen *case law* denken (§ 11 Rn. 22).

II. Der „Türkischer-Onkel-Fall“: Nichtanwendung der Rechtsfolge („Rechtsfolgenlösung“)

Gesetz geleistet – indem es in einem Einzelfall trotz Vorliegen des Tatbestandes die im Gesetz vorgesehene Rechtsfolge *nicht* verhängt hat.

Das Problem ist dann allerdings, wie wir sehen werden, *wie* einzeln dieser Einzelfall ist.

1. Der Sachverhalt und das Ergebnis

Der Fall stammt aus dem Strafrecht, er wird häufig und ein wenig irreführend als „Onkel-Fall“ bezeichnet. Wie auch immer, es ging um Mord (§ 211 StGB – Strafgesetzbuch –) und die für Mord zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe. (Wir kennen das Problem aus dem Gashahn-Fall.³³)

Der Sachverhalt spielt im „Türkenmilieu“, und er lautet leicht vereinfacht: Der Onkel O des Angeklagten A hatte dessen Ehefrau E vergewaltigt. Die E wollte sich deshalb von A, mit dem sie bis dahin glücklich verheiratet war, scheiden lassen. Dem A offenbarte sie diesen Grund erst Monate später, und sie unternahm drei Selbstmordversuche. Als A von O bei einem zufälligen Zusammentreffen ein Darlehen zurückforderte, brüstete dieser sich mit der Vergewaltigung und bedrohte den A mit dem Tod. A besorgte sich eine Pistole. Er traf den O in dessen Stammlokal beim Kartenspielen an. Nachdem er sich vergewissert hatte, dass O voll auf das Spiel konzentriert war, erschoss er ihn mit 14 bis 16 Schüssen.³⁴

Die Frage war auch hier (wie im Gashahn-Fall): Lag ein Fall von „Heimtücke“ vor?

Und die Subsumtion war nicht schwer: „Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit“? Ja, weil die Aufmerksamkeit des O allein dem Spiel galt und er sich deshalb von Seiten des A „keines Angriffs versah“. „Feindliche Willensrichtung“ (s.o. § 3 Rn. 7–8)? Ja, natürlich – und völlig nachvollziehbar. Also ein klarer Fall von Heimtücke? Ja, sogar im „Begriffskern“ (s.o. § 15a Rn. 8).

Das Problem war daher im Grunde nicht dieser Fall, sondern das Mordmerkmal „Heimtücke“ an sich. Ist es wirklich immer eine besonders verwerfliche, „tückische“ Tötung, also Mord und nicht Totschlag, wenn der Täter ein Opfer tötet, das sich vor ihm in diesem Moment nicht fürchtet?³⁵ Wie ist es, wenn eine über Jahre gepeinigte Ehefrau ihren Ehemann im Schlaf erschießt (ich komme darauf zurück)? Und wie ist es hier?

Der BGH hat sich letztlich geweigert, in diesem Fall erneut intensional (§ 15a Rn. 5, 12–28) d.h. am Inhalt des Begriffs Heimtücke, an seiner Definition „herumzuschrauben“. Er hat sich zwar intensiv mit entsprechenden Vorschlägen aus der Rechtswissenschaft auseinandergesetzt, sie aber verworfen, weil sie teils zu viele, teils zu wenige Fälle erfasst hätten (also auch hier: ständiger Blick auf die Extension, d.h. auf den Umfang des Begriffs, *und auf das Ergebnis*). Stattdessen hat der BGH für die Fälle des Mordmerkmals „Heimtücke“ entschieden, dass bei Vorliegen **„außergewöhnlicher Umstände“** nicht die Rechtsfolge des § 211 StGB eintreten solle – also lebenslange Haft –, sondern

33 BGHSt (GS) 9, 385 – Gashahn (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Großer Senat] Band, Seite); dazu schon § 3 Rn. 16.

34 BGHSt (GS) 30, 105 – Türkischer Onkel (1981).

35 Nach der Rechtsprechung liegt Heimtücke vor, wenn das Opfer schläft, so BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NZStZ) 2003, 482 – Familientyrann –, nicht aber, wenn es bewusstlos ist, BGHSt 23, 119 (120) – Tötung im Schlaf mit dem Beil (1969) – (allerdings nur als *obiter dictum*).

die Rechtsfolge des § 49 Abs.1 Nr.1 StGB: Freiheitsstrafe „nicht unter drei Jahren“. Knapp gesagt: Mord bleibt Mord. Aber wir müssen das, was das Gesetz anordnet, in Härtefällen korrigieren.

Das ist nichts anderes als das, was Aristoteles als *epieikeia* bezeichnet hat (oben § 11 Rn. 38) – und was man früher mit „Billigkeit“ übersetzt hat.³⁶ Heute sollte man *epieikeia* besser mit „Angemessenheit“ übersetzen oder, vielleicht noch besser, mit *Verhältnismäßigkeit* (im engeren Sinn!). „Lebenslang“ stünde ganz einfach *außer Verhältnis* zu der Schuld des A,³⁷ denn seine Motive („Beweggründe“, § 46 Abs. 2 StGB³⁸) sind nachvollziehbar.

- 24 Dies sagt der BGH so freilich nicht.³⁹ Stattdessen wird betont, dass „eine **abschließende Definition** oder Aufzählung der in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs.1 StGB führenden außergewöhnlichen Umstände ... **nicht möglich**“ sei. Vielmehr heißt es: „Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus ‚gerechtem Zorn‘ (vgl. BGH MDR 1961, 1027)⁴⁰ auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben.“⁴¹

Nicht diskutiert wird erstaunlicherweise, ob es dem A zumutbar gewesen wäre, für eine gerichtliche Verfolgung des Onkels zu sorgen. Wegen des „Türkenmilieus“? Wir kommen auf diesen Gesichtspunkt zurück.

- 25 Ich halte die Entscheidung des BGH trotzdem im Wesentlichen für gelungen (zur Kritik unter 3). Es wird nicht der Versuch unternommen, durch weitere Differenzierung auf der intensionalen Seite des Begriffs (bei seiner „Definition“) eine Formel zu finden, bei der man einigermaßen sicher sein könnte, dass sie auch in allen denkbaren künftigen Fällen „zu befriedigenden Ergebnissen führt“. Also muss man auf die Seite der Extension hinüberschwenken und sagen: Jedenfalls – *jeden-falls* – in diesem Fall wäre die Verurteilung zu „lebenslang“ eine unangemessene Härte.

36 Nach wie vor auf den Punkt: *Alexander Hollerbach*, Billigkeit, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 1 (1985), Sp. 809–813; Wiederabdruck in: *Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 77–82.

37 BGHSt 30, 105 (110–112, 121 f.) – Türkischer Onkel (1981) – nimmt ausdrücklich Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und greift dabei nicht zuletzt auf BVerfGE 45, 187 – Lebenslange Freiheitsstrafe (1977) – zurück.

38 Die Vorschrift lautet: „Bei der Zumessung [der Strafe] wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

- die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende,
- die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,
- (...) [weitere Spiegelstriche].“

Im ersten Spiegelstrich sind nach „antisemitische“ zum 01.10.2023 hinzugekommen: „geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete“.

39 Zu § 46 StGB nur ganz beiläufig: BGHSt 30, 105 (118) – Türkischer Onkel (1981).

40 Übrigens ein merkwürdiges Zitat: Der Ehemann hatte seine Frau nach erheblichen gegenseitigen Beleidigungen und körperlichen Auseinandersetzungen erwürgt; „gerechter Zorn“? (MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht).

41 BGHSt 30, 105 (119) – Türkischer Onkel (1981); Hervorhebungen J.L.

Allerdings gilt dann auch hier⁴²: Die Logik „höret nimmer auf“ – und mit ihr auch nicht die Dogmatik (s.o. § 11). Anders gewendet⁴³: Wie halten wir es mit dem nächsten Fall?

2. Fortführung: Die Familientyrannen

Damit zu den schon erwähnten Fällen der Tötung eines „Familientyrannen“.

26

Der wohl eindrücklichste Fall spielt im schwäbischen Rockermilieu (was, mit Ausnahme des Schwäbischen, relevant ist). Ehemann M hatte in dieser Rockerszene einen hohen Rang, er war auch mehrfach wegen Gewaltdelikten vorbestraft. Seine Ehefrau F hatte er über Jahre hinweg teilweise schwer misshandelt, einmal hatte er sogar gemeint, sie getötet zu haben. F war vorübergehend in ein Frauenhaus geflohen, sie kehrte aber zu M zurück, nachdem er Besserung gelobt hatte. Die Misshandlungen setzten nach kurzer Zeit wieder ein, hinzu kamen Misshandlungen der gemeinsamen Kinder. Die Ankündigung der F, wieder ins Frauenhaus zu gehen, beantwortete M damit, dass er sie und die Kinder dann töten werde. Und wenn nicht er, dann seine Kollegen. Die Drohung der F, sie werde ihn erschießen, nahm M nicht ernst. F erschoss den M, als er schlief.⁴⁴

Der BGH hat in diesem Fall **keine** derart „außergewöhnlichen Umstände“ erkannt wie im „Türkischer-Onkel-Fall“. Mir ist das schwer begreiflich: Bei weitem mehr noch als in jenem Fall ist die Ehefrau F in einer Situation auswegloser Verzweiflung und ständiger Bedrohung.⁴⁵ Insbesondere wirkt die Erwägung des BGH, sie hätte behördliche Hilfe in Anspruch nehmen können, eher lebensfremd: Um F und die Kinder wirksam zu schützen, hätte man sie, und zwar sofort, rund um die Uhr bewachen und ihnen auf lange Sicht eine neue Identität – wie in einem Zeugenschutzprogramm – verschaffen müssen.⁴⁶ Ich glaube nicht, dass der Staat dies hätte leisten können.

Es kann natürlich sein, dass der BGH dies durchaus gesehen und gewusst hat – und trotzdem bei dieser Klausel geblieben ist. Vielleicht wollte er auf diese Weise in kriminellen Milieus jeden Ansatz einer Rechtfertigung von „Selbstjustiz“ verhindern. Letztlich führt dies zu der Frage, *welche* Folgen bei rechtlichen Entscheidungen eine Rolle spielen sollten.

27

Insofern könnte man überlegen, ob die Anerkennung von „besonderen Umständen“ in derartigen Fällen dazu führt, dass Familientyrannen sich künftig bessern – oder vielleicht noch brutaler werden und ihre Frauen anketten, bevor sie sich selbst schlafen legen. Das wären wenig erfreuliche „Adaptationsfolgen“ (§ 26 Rn. 7–10, Lübke-Wolff).

42 Siehe schon § 15b Rn. 64.

43 Und noch einmal anders: Was wird sich in diesem Fall als verallgemeinerungsfähig herausstellen? – Zum „Keim der Verallgemeinerung“, der das Wesen einer jeden Überzeugung (*belief*) ausmacht, s.o. § 6 Rn. 3 und § 11 Rn. 14.

44 BGHSt 48, 255- Familientyrann (2003).

45 Das Landgericht (LG) Ingolstadt hat 2006 im Fall einer homosexuellen Beziehung dem schwächlichen 20jährigen Täter beim Mord an seinem 40jährigen und 130 kg schweren Opfer „außergewöhnliche Umstände“ zugebilligt und trotzdem zu dreizehneinhalb Jahre Haft verurteilt (Mitteilung in beck-online, becklink 166539).

46 In diese Richtung auch *Rudolf Rengier*, Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen, in: NSTZ 2004, 233 (239).

In der akademischen Rechtswissenschaft wird übrigens vertreten, in diesen Fällen die Strafbarkeit völlig zu verneinen – sei es wegen entschuldigenden Notstandes (§ 35 StGB),⁴⁷ sei es sogar wegen Notwehr (wegen eines jederzeit zu „gewärtigenden“, folglich im Sinn des § 32 StGB „gegenwärtigen“ Angriffs auf Leib und Leben).⁴⁸ Mir leuchtet das ein.

3. Resümee

- 28 Nach allem lässt sich sagen: Im Ansatz ist es sehr zu begrüßen, weil von großer Methodenehrlichkeit, dass der BGH im Türkischer-Onkel-Fall keine begrifflich-definitorischen Klimmzüge unternommen hat, um den Neffen A vom Vorwurf des Mordes in der Begehungsweise „Heimtücke“ freizusprechen. Dass daraus offener Ungehorsam gegenüber dem Gesetz erwächst, lässt sich damit rechtfertigen, dass die Anwendung des Gesetzes in einem solchen Fall eine „unbillige Härte“ wäre.

Kritischer zu betrachten ist die Formulierung des „Tatbestandes“, also der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Rechtsfolge des § 211 StGB gerade nicht eintreten soll. Die Formel „außergewöhnliche Umstände“ ist sehr vage, und es ist keineswegs ausgemacht, dass sie immer dazu dienen wird, von diesem Tatbestand – wie in den Familientyrann-Fällen – sparsam Gebrauch zu machen. Nur mit Grauen mag man sich vorstellen, dass diese Formel auch für außergewöhnliche *politische* Umstände offen ist.

III. „Wunsiedel“: Bewusste Nichtanwendung des Gesetzes („Geltungslösung“)

- 29 Noch weiter als die offene Korrektur der Rechtsfolge geht die offene Nichtanwendung eines Gesetzes in bestimmten Sonderfällen. Ich nenne dies die Geltungslösung: Für den Sonderfall soll das Gesetz *nicht gelten*.

Ich hatte ursprünglich geschrieben: in bestimmten Einzelfällen (nicht: Sonderfällen). Wie wir gesehen haben, gibt es aber keine *Einzelfälle*. Es gibt einzelne Individuen, aber sie sind immer Exemplare von etwas Allgemeinem. Schon in der Antike und im Mittelalter wusste man, dass „Sonne“ ein Allgemeinbegriff ist – auch wenn es, wie man damals dachte, nur eine einzige gibt.⁴⁹

Das bekannteste Beispiel ist die sogenannte Wunsiedel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG).⁵⁰ Sie ist in der Rechtswissenschaft höchst umstritten.⁵¹

47 So die wohl h.M., siehe *Urs Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 35 Rn. 12; u.U. sogar für rechtfertigenden Notstand *Ulfrid Neumann*, ebendort, § 34 Rn. 57, 90.; für beide Varianten *Armin Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 34 Rn. 15.

48 Nach ganz h.M. allerdings nicht, siehe nur *Martin Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2023, § 32 Rn. 4; vorsichtig in Ausnahmefällen pro Notwehr *Urs Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 47), § 32 Rn. 57 f.

49 Die Frage, ob Allgemeinheiten ganz ebenso real sind wie Individuen, führt letztlich bis zum Universalienstreit des Mittelalters (§ 4 Rn. 2) oder gar bis in die Antike zurück.

50 BVerfGE 124, 300 – Wunsiedel/Rudolf-Heß-Gedenkfeier (2009).

51 Für *Christoph Enders*, Erfolg und Scheitern des Bundesverfassungsgerichts im Ringen um das „Lebenselement“ der freiheitlich-demokratischen Staatsordnung, in: Zeitschrift für [österreichisches]

1. Sachverhalt: Rudolf-Heß-Gedenktag

Zu Grunde lag eine Verfassungsbeschwerde. Deren Beschwerdeführer war ein Neonazi, der seit vielen Jahren in der Stadt Wunsiedel – sie liegt im Fichtelgebirge – am Todestag von Rudolf Heß Gedenkfeiern zu dessen Ehren veranstaltete. Rudolf Heß war in der Hitler-Diktatur einer der führenden Akteure, er war Reichsminister und „Stellvertreter des Führers“. In Wunsiedel befindet sich sein Grab.

30

Im Jahr 2005 verbot das zuständige Landratsamt die Gedenkfeier. Es stützte sich dabei auf § 15 Abs. 1 des Versammlungsgesetzes (VersG), der – verkürzt gesagt – ein Versammlungsverbot trägt, wenn im Rahmen der Versammlung Straftaten drohen. Bei den Rudolf-Heß-Gedenkfeiern sah das Landratsamt nun die konkrete Gefahr, dass Straftaten im Sinn des gerade neu geschaffenen **§ 130 Abs. 4 StGB** (Strafgesetzbuch) begangen würden. Er lautet:

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

Der Beschwerdeführer griff dieses Verbot gerichtlich an. Er blieb in allen Instanzen und auch vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ohne Erfolg.

2. Das Problem

Kernproblem der Entscheidung war letztlich, ob jener neu geschaffene § 130 Abs. 4 StGB gegen Art. 5 Abs. 1 GG verstieß. Art. 5 Abs. 1 GG schützt u.a. die Meinungsfreiheit und dabei gerade auch die Meinungsäußerungsfreiheit, etwa in Versammlungen (die zudem von Art. 8 GG geschützt sind). Allerdings kann diese Meinungsfreiheit gemäß **Art. 5 Abs. 2 GG** eingeschränkt werden. Die Vorschrift lautet:

31

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

Und die entscheidende *Frage* lautete dann: Ist § 130 Abs. 4 StGB eine derartige „Schranke“? Insbesondere: Handelt es sich um ein „allgemeines“ Gesetz? Dies erscheint sehr fraglich, denn unter einem „allgemeinen Gesetz“ werden seit der legendären Lüth-Entscheidung nur solche Gesetze verstanden,

32

„die ‚nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten‘, die vielmehr ‚dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen‘, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.“⁵²

Dass diese Formel ihre Tücken hat, ist bekannt: Sie enthält nämlich nicht *eine* Definition, sondern *zwei*: die Sonderrechtsformel und die Abwägungsformel. Beide überschneiden sich, das BVerfG hat in der Wunsiedel-Entscheidung allerdings klarge-

Öffentliches Recht (ZöR) 77 (2022), 547 (550–552), ist „Wunsiedel“ geradezu die misslungenste Entscheidung des BVerfG.

52 BVerfGE 7, 198 (209 f.) – Lüth (1958).

stellt (leider eher beiläufig), dass die Meinungsfreiheit in Art. 5 GG nicht „unter einen generellen Abwägungsvorbehalt“ gestellt wird.⁵³

3. Die Lösung des Bundesverfassungsgerichts

- 33 Das BVerfG löst dieses Problem oder besser: diesen Fall in zwei⁵⁴ Schritten. Erstens wird deutlich gesagt: § 130 Abs. 4 StGB ist *kein* „allgemeines Gesetz“. Er richtet sich gegen eine Meinung als solche, nämlich gegen die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft. Daran kann auch die Abwägung mit einem wichtigem Rechtsgut – hier: mit dem öffentlichen Frieden – nichts ändern.⁵⁵

Allerdings lasse sich § 130 Abs. 4 StGB in einem zweiten Schritt auch als nicht-allgemeines Gesetz rechtfertigen: Die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft sei ein Sonderfall⁵⁶, für den man eine „Ausnahme“ machen müsse „von dem Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gemäß Art. 5 Abs. 2 GG“.⁵⁷ Erforderlich sei dies

„[a]ngesichts des einzigartigen, sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und [angesichts] der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland“.⁵⁸

Diese Ausnahme sei dem Grundgesetz „immanent“.⁵⁹ Subtext: Sie werde nicht etwa nachträglich vom BVerfG konstruiert.

4. Bewertung

- 34 Aber natürlich liegt auf der Hand, dass genau dies der Fall war: Das BVerfG und niemand sonst hat die „immanente Ausnahme“ konstruiert, und zwar „vom Ergebnis her“. Methodologisch betrachtet hat es hierfür eine Lösung gewählt, die ich – in Abgrenzung zur „Rechtsfolgenlösung“ – als „Geltungslösung“ bezeichnen will: Für den Sonderfall „Billigung der NS-Herrschaft“ *gilt* das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze *nicht*. Es *gilt* vielmehr eine Ausnahme: Diese Mei-

53 BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel/Rudolf-Heß-Gedenkfeier (2009). Die Passage bezieht sich allerdings, um genau zu sein, nicht auf Absatz 2, sondern auf Absatz 1 des Art. 5 GG.

54 Ein dritter und zwar Zwischenschritt kann hier außer Betracht bleiben: § 130 Abs. 4 StGB kann auch nicht dadurch „gerettet“ werden, dass man ihn dem „Recht der persönlichen Ehre“ zuordnet. Auch für diese dritte in Art. 5 Abs. 2 genannte Schranke gilt das Gebot der Allgemeinheit des meinungsbeschränkenden Gesetzes, so BVerfGE 124, 300 (326 f.) – Wunsiedel (2009).

55 BVerfGE 124, 300 (321–326) – Wunsiedel (2009); die Ausführungen zum Verhältnis von Allgemeinheit des Gesetzes und Rechtsgüterschutz changieren ganz gewaltig hin und her.

56 Meine Formulierung! Das BVerfGE verwendet diesen Terminus nicht!

57 BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel (2009).

58 BVerfGE 124, 300 (Leitsatz 1 und S. 327) – Wunsiedel (2009).

59 BVerfGE 124, 300 (327 f. und Leitsatz 1) – Wunsiedel (2009).

nungen können Gegenstand von „Sonderrecht“⁶⁰ sein – so wie § 130 Abs. 4 StGB es enthält.

Ein wenig spitzfindig mag dann auf den ersten Blick wirken: Ein solches Sonderrecht darf, so das BVerfG, *nicht* die Billigung des Nationalsozialismus als solche unter Strafe stellen – auch Sonderrecht muss also „im Lichte“ der Bedeutung der Meinungsfreiheit beurteilt werden.⁶¹ § 130 Abs. 4 StGB verbietet aber gerade nicht diese Meinung als solche: Er knüpft zwar als Sonderrecht an sie an, richtet sich aber nur dann gegen ihre „Wirkung“⁶², wenn sie gerade in Deutschland⁶³ und in bestimmter Weise (nämlich einschüchternd⁶⁴) geäußert wird.

Man wird sagen müssen: Methodologisch ist gegen diese Lösung zunächst nichts einzuwenden. Sie ist allerdings gefährlich, und dies liegt an dem Wort „*einzigartig*“. Die Einzigartigkeit des NS-Unrechts ist nämlich nur dann kein Problem, wenn man sie *auf uns* bezieht, also auf die Geschichte Deutschlands. Für unsere *Identität* ist die Geschichte des Nationalsozialismus in einzigartiger Weise prägend: Es ist *unsere* Vergangenheit, und *wir* müssen darauf achten, dass genau *sie* sich bei *uns* nicht wiederholt.

35

Ob die Schrecken des Nationalsozialismus hingegen im Licht der Menschheitsgeschichte „*einzigartig*“ sind – darüber wird es immer wieder Streit geben, der Beschwerdeführer hat Entsprechendes vorgetragen.⁶⁵ Ich bin der festen Überzeugung, dass „für uns“ diese Frage reichlich sinnlos ist. Ich glaube aber auch, dass sie manchen Menschen bedeutsam erscheint – und dass es für diese Menschen dann wenig plausibel ist, wenn für einen Fall, den sie – auf einer anderen Ebene – *nicht* für „*einzigartig*“ halten, das Grundrecht der Meinungsfreiheit „plötzlich nicht mehr gilt“.

5. Der wahre Grund

Der wahre Grund für die Wunsiedel-Entscheidung wird allerdings genau dieser gewesen sein: Wir (also das BVerfG) wollen uns mit dem Beschwerdeführer auf die Diskussion, ob die NS-Gewalt- und Willkürherrschaft, global betrachtet, „*einzigartig*“ war, gar nicht erst einlassen. Für uns Deutsche ist sie es.

36

Ob dies wirklich gut „herüberkommt“, das kann man bezweifeln.

Und es liegt eine gewisse Ironie darin, dass der Gesetzgeber mittlerweile in **§ 130 Abs. 5 StGB** durchaus den Versuch unternommen hat, allgemeine (!) Kategorien zu formulieren, unter die man auch den Nationalsozialismus subsumieren könnte.⁶⁶ Die – aus sich selbst heraus kaum verständliche – Vorschrift lautet:

37

60 Dieser Terminus wird in der Tat verwendet: BVerfGE 124, 300 (326, 327 f. und Leitsatz 1) – Wunsiedel (2009).

61 So die berühmte Wechselwirkungstheorie: Auslegung und Anwendung der „allgemeinen Gesetze“ im Lichte der Bedeutung des Grundrechts, siehe BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth (1958).

62 BVerfGE 124, 300 (321, 329, 331; auch 332, 335, 336, 341, 344) – Wunsiedel (2009).

63 Man denke dabei gerade auch an die Wirkung im Ausland!

64 Die Bedrohung Andersdenkender war und ist geradezu ein Stilmerkmal des Nationalsozialismus.

65 BVerfGE 124, 300 (308) – Wunsiedel (2009).

66 Kritisch zu dieser neuen Vorschrift Michael Kubiciel, Welcher Skandal? Anmerkungen zur eher symbolischen Änderung des § 130 StGB, in: Verfassungsblog vom 27.10.2022 (<https://verfassungsblog.de/welcher-skandal/> <14.02.2023>).

(5) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Handlung der in den §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art gegen eine der in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Personenmehrheiten oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten öffentlich oder in einer Versammlung in einer Weise billigt, leugnet oder gröblich verharmlost, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt gegen eine solche Person oder Personenmehrheit aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören.

IV. Äquivalenz der methodischen Lösungen

- 38 Nach dem sehr ernsten letzten Beispiel – Glorifizierung des Nationalsozialismus – ist es vielleicht etwas unpassend, die verschiedenen Lösungen zur offenen Korrektur einer an sich anerkannten Regel⁶⁷ an einem sehr simplen Schulbeispiel zu erörtern. Das Beispiel stammt aus der altherwürdigen Methodenlehre von Reinhold Zippelius,⁶⁸ und die Regel, von der abzuweichen wäre, findet sich in § 2 einer erfundenen Badevorschrift:

§ 1 Die Badeanstalt ist in eine Männer- und eine Frauenabteilung eingeteilt.

§ 2 Das Betreten der Frauenabteilung ist nur Frauen gestattet.

- 39 Soll dieses Ergebnis – „wenn Frauenabteilung, dann Zutritt nur für Frauen“ – aber auch für den Bademeister⁶⁹ gelten? Wenn man dies entgegen dem Wortlaut der Regel nicht will, gibt es methodisch mehrere Optionen für einen § 3:

Tatbestandslösung: „Frau im Sinn des § 2 ist auch der Bademeister.“ Oder:

„Der Bademeister gilt als Frau im Sinn des § 2.“⁷⁰

Rechtsfolgenlösung: „Ausgenommen vom Verbot des § 2 ist der Bademeister.“

Geltungslösung: „Die Vorschrift des § 2 ist auf den Bademeister nicht anzuwenden.“

- 40 Weitere Möglichkeiten sind gewiss denkbar. Am einfachsten wäre freilich die Lösung des Problems genau dort, wo es sich stellt, nämlich in § 2 selbst: „Das Betreten der Frauenabteilung ist nur Frauen und dem Bademeister gestattet.“

Dass „der Gesetzgeber“ solche einfachen Lösungen manchmal vermeidet, haben wir gesehen (Herrenreiter, Soraya).

67 „Regel“, denn es muss nicht unbedingt ein – förmliches – Gesetz sein. Die Regel könnte sich auch aus einer Rechtsverordnung oder aus einem Vertrag ergeben.

68 Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 6 c (S. 29 f.).

69 Sofern es ein Mann ist, versteht sich. Hier also kein generisches Maskulinum.

70 Die zweite Formulierung bringt Zippelius als Beispiel für eine rechtliche Fiktion.

§ 28 Sonderfall: Ergebniskorrektur durch Gesetz

Die deutschen juristischen Methodenlehren sind traditionell dadurch gekennzeichnet, dass in ihrem Mittelpunkt – mit Recht – die Perspektive des Richters und der richterlichen Entscheidung steht. (Zur Gesetzgebungslehre und zur Kautelarjurisprudenz später § 38 und §§ 37 bis 37c.) In diesem Kapitel 5 – Manipulation des Ergebnisses eines Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) – haben wir uns daher zunächst damit beschäftigt, dass **Gerichte** manchmal ganz offen ein Ergebnis korrigieren, das ihnen von Gesetzes wegen „eigentlich“ vorgegeben ist (soeben § 27).

Wir kommen nun zu dem Sonderfall, dass gelegentlich der **Gesetzgeber** selbst ein Ergebnis, das sich aus dem Gesetz „eigentlich“ ergibt, im Wege einer „Rechtsfolgenlösung“ (§ 27 Rn. 20–28, 39) zurücknimmt – unter bestimmten Voraussetzungen (I). Diese Voraussetzungen sind allerdings manchmal so gewunden formuliert, dass die Rechtsprechung (die an der Schiefheit eine gewisse Mitschuld trägt) sie mühsam begründen muss (II). Im Ergebnis ergibt sich dann das, was rechtens ist, jedenfalls nicht mehr aus dem Gesetz. Stattdessen wendet man mehr oder weniger flexibel ein Schema an, das die Komplexität der Aspekte auf einen Hauptfluss reduziert und alles, was nicht passt, ignoriert – auch wenn es im Gesetz steht.

Die beiden folgenden Beispiele stammen aus dem Verwaltungsrecht, das erste aus dessen Allgemeinem Teil, das zweite aus dem Bauplanungsrecht. Weil diese Gebiete dem juristischen Laien meist fremd sind, werde ich sie etwas ausführlicher erläutern.

I. Die Heilung von behördlichen Verfahrensfehlern

Die öffentliche Verwaltung – das sind, *sehr* grob gesagt, alle „staatlichen Behörden“¹ – ist bekanntlich an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG – Grundgesetz –). Die Art und Weise, wie diese Verwaltung gegenüber „dem Bürger“ zu handeln hat, ist in den Verwaltungsverfahrensgesetzen (VwVfG) von Bund und Ländern geregelt. Diese regeln zunächst einmal, was ein „Verwaltungsverfahren“ überhaupt ist, und zwar in

§ 9 VwVfG Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein.

Sodann enthalten diese Gesetze allgemeine Vorschriften für die **Formalien** des Verwaltungsverfahrens, zum Beispiel: Vorschriften zur Besorgnis der Befangenheit von

1 „Staat“ im engeren Sinn, d.h. versehen mit unmittelbarer (autochthoner) Hoheitsgewalt, sind nur der Bund und die Länder (mit eigenen „staatlichen“ Behörden, z.B. einem Landesamt für Umwelt und Naturschutz). „Staat“ im weiteren Sinn sind Städte, Gemeinden, Universitäten, Rundfunkanstalten etc. (mit ihren jeweiligen Behörden, das sind die Stellen, die gegenüber „dem Bürger“ mit Außenwirkung handeln, z.B. die Bürgermeisterin, die Landrätin, die Rektorin, die Intendantin). – Bei den „Behörden“ sind zu unterscheiden: die Behörden im organisatorischen Sinn – das sind die gerade genannten Stellen – und die Behörden im funktionalen Sinn, das heißt im Hinblick darauf, welche Verwaltungsaufgaben sie gerade erfüllen. So kann die Landrätin z.B. „als“ untere Naturschutzbehörde oder „als“ Straßenverkehrsbehörde handeln. (Man stelle sich vor, dass sie sich jedes Mal einen anderen Hut aufsetzt.)

Beamten (§ 21 VwVfG), zur Anhörung von Beteiligten (§ 28 VwVfG), zur Begründung von Verwaltungsakten (§ 39 VwVfG). Werden diese Vorschriften nicht eingehalten, ist eine darauf beruhende behördliche Entscheidung **eigentlich rechtswidrig**,² das heißt: man könnte sie vor dem Verwaltungsgericht anfechten, und das Gericht könnte die Entscheidung aufheben („kassieren“).

„Anfechten“ ist tatsächlich der korrekte Ausdruck, die entsprechende Klage heißt sogar Anfechtungsklage, geregelt in § 42 Abs. 1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung). Das gleiche gilt für den Ausdruck „aufheben“: Das Gericht hebt den Verwaltungsakt auf, „soweit er rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist“ (§ 113 Abs. 1 VwGO).

Nebenbei für Nicht-Juristen: Was ein Verwaltungsakt „ist“, definiert § 35 VwVfG – das ist eine sehr wichtige Vorschrift.³

4 Diese **Rechtsfolge** wird nun allerdings recht großzügig zu Gunsten der Behörden **korrigiert** (Hervorhebungen J.L.).

§ 45 VwVfG (1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird;
5. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

Im Klartext: Fehler der Verwaltungsbehörden, die im Verfahren auftreten, bleiben ungesühnt bzw. können unter tätiger Mithilfe der Verwaltungsgerichte bis zum Abschluss der Berufungsinstanz (!) ausgebügelt werden. Methodisch kann der Gesetzgeber das natürlich so machen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit (*rule of law*) ist es allerdings bedenklich.⁴

5 Das Gleiche gilt für eine weitere Heilungsvorschrift⁵ – sie ist vor allem für die Beurteilung von Verwaltungsakten von Bedeutung, bei denen der Behörde ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum (dazu § 15b Rn. 29–34, § 15a Rn. 70–75) zusteht:

§ 46 VwVfG Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfah-

2 Nicht ganz unstrittig, aber eigentlich die einzig vertretbare Meinung, siehe *Jens-Peter Schneider*, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider, Verwaltungsrecht, Stand August 2022 (beck-online), § 45 Rn. 7–9.

3 Wortlaut: „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“ Satz 2 regelt dann noch einen Sonderfall.

4 Siehe zum Beispiel *Michael Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage, München 2023, § 45 Rn. 103–106.

5 *Kyrrill-Alexander Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2021, § 46 Rn. 9; eher abwiegelnd *Jens-Peter Schneider*, in: Schoch/Schneider (Fn. 2), § 46 Rn. 7 f.; kritisch zu beiden Vorschriften, allerdings sehr knapp: *Dirk Ehlers*, Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung, in: Die Verwaltung (Verw) 1998, S. 53 f.

ren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.

II. Die Fehlerfolgenlehre im Bauplanungsrecht

Ein weiteres Beispiel für Fehlertoleranz gegenüber der öffentlichen Verwaltung ist die sogenannte Planerhaltung im Bauplanungsrecht, geregelt in §§ 214 bis 216 BauGB (Baugesetzbuch).

6

Nebenbei: Dass das Baugesetzbuch „Baugesetzbuch“ heißt und nicht mehr wie früher (und treffender⁶) „Bundesbaugesetz“, ist ein unschönes Beispiel für die Lösung eines politischen Problems auf leicht unseriöse rechtliche Art. Bundeskanzler Helmut Kohl hatte im Jahr 1983 angekündigt, das unübersichtliche Baurecht – es verteilt sich auf Bundes- und Landesrecht – zu vereinfachen („Bundesbaubuch“). Nach diesem Versprechen stellte sich heraus, dass einer solchen Reform die einschlägigen Kompetenznormen des Grundgesetzes entgegenstanden (der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz nur für das „Bodenrecht“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, der Rest bleibt bei den Ländern, Art. 70 Abs. 1 GG).⁷ Folglich hat man immerhin den Namen geändert.

1. Der bodenrechtliche und bodenpolitische Rahmen

In der Sache geht es in groben Zügen⁸ darum: Die Gemeinden (dazu zählen auch die Städte) haben die Aufgabe, auf ihrem Gemeindegebiet für eine politisch sinnvolle Nutzung des vorhandenen Raumes („Boden“) zu sorgen. Zu diesem Zweck haben sie sogenannte **Bauleitpläne** aufzustellen (§ 1 Abs. 2 und 3 BauGB) – einen ersten für das gesamte Gemeindegebiet, den sog. Flächennutzungsplan (§§ 5 ff. BauGB), sodann einzelne Bebauungspläne für einzelne Gebiete (§§ 8 ff. BauGB). Für beide Pläne gibt es eine Reihe von Vorschriften, u.a. die, dass die Bebauungspläne (die Praxis sagt:

7

6 Denn: Für das Bauplanungsrecht (= Gegenstand des Baugesetzbuches) hat der *Bund* die Gesetzgebungskompetenz, für das Bauordnungsrecht (= Abwehr von Gefahren, die von baulichen Anlagen ausgehen oder ihnen drohen können) sind die Länder zuständig.

7 Durchaus humorig die kurze Darstellung von *Michael Krautzberger*, Battis/Krautzberger/Löhr – Baugesetzbuch, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C.H. Beck, München 2007, S. 1037–1050 (1043 f.), zitiert nach https://www.beck-elibrary.de/10.17104/9783406731181-1037.pdf?download_full_pdf=1<26.02.2023>. – Krautzberger war über Jahrzehnte einer der zuständigen Referenten im Bundesbauministerium; er berichtet von einem erbitterten Streit um die Kompetenz hinsichtlich des Gebotes an den Eigentümer, sein Grundstück mit einer Hausnummer zu versehen (immer noch § 126 Abs. 3 BauGB); Helmut Schmidt habe übrigens von der Materie auch keine Ahnung gehabt. – Die zitierte Passage findet sich auch bei *Michael Krautzberger*, 50 Jahre Städtebaurecht des Bundes, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2010, 729 (731).

8 Einzelheiten in den gängigen Lehrbüchern, etwa bei *Ulrich Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2022; *Stefan Muckel/Markus Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl., München 2020; *Jens Kersten*, Öffentliches Baurecht, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, München 2018, S. 427–626; *Joachim Lege*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, S. 200–258; in der 5. Aufl., Baden-Baden 2023, S. 166–236, fortgeführt von *Sabine Schlacke/Joachim Lege*.

B-Pläne) aus dem Flächennutzungsplan (F-Plan) zu „entwickeln“ sind (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Als allgemeinste Vorschrift findet man schließlich das sog. Abwägungsgebot, es lautet (Hervorhebung J.L.):

§ 1 Abs. 7 BauGB Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander **gerecht abzuwägen**.

- 8 Was bedeutet dies? Und vor allem: Wie weit dürfen die Verwaltungsgerichte überprüfen, ob das, was die Gemeinde sich politisch gedacht hat, auch „gerecht“ ist? Immerhin sollen die Städte und Gemeinden die Städteplanung betreiben, nicht etwa ein paar Richter.

Siehe zu Beurteilungs- und Ermessensspielräumen schon § 15a Rn. 70–75 und § 15b Rn. 29–34. Zur Abwägung schon § 15b Rn. 52–62, § 18 Rn. 79–96.

2. Die sogenannte Abwägungsfehlerlehre (klassisch)

- 9 Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat diese Frage nach der gerechten Abwägung in zwei grundlegenden Entscheidungen wie folgt beantwortet. Leicht begründet⁹: Grundsätzlich hat die Gemeinde eine planerische Gestaltungsfreiheit, die gerichtlich nur eingeschränkt zu überprüfen ist.

Praktisch bedeutet dies: Die **Rechtsfolge**, dass der Bauleitplan ungültig und damit **unwirksam** ist (vgl. § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung), darf **nicht schon dann** verhängt werden, wenn die Richter eine andere Planung für „noch gerechter“ gehalten hätten. Sie darf nur verhängt werden, wenn die Gemeinde bei der Planung Fehler begangen hat, die das Ganze ungerecht erscheinen lassen.

- 10 Insofern hat das BVerwG nun ein Quartett von **Abwägungsfehlern** skizziert, das sich sehr schnell als herrschende Meinung durchgesetzt hat¹⁰ (in Klammern die Stichworte, die ihnen von der akademischen Rechtswissenschaft gegeben wurden¹¹):

- Eine Abwägung hat überhaupt nicht stattgefunden (Abwägungsausfall).
- In die Abwägung wurden nicht alle Belange eingestellt, die nach Sachlage in sie eingestellt werden mussten (Abwägungsdefizit).
- Einzelne der eingestellten Belange wurden als solche fehlerhaft gewichtet (Abwägungsfehleinschätzung).
- Der Ausgleich zwischen allen Belangen wurde „in einer Weise vorgenommen ..., die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht“ (Abwägungsdisproportionalität).

9 Die ursprüngliche Formulierung in BVerwGE 34, 301 (309) – Überschuldeter Landwirt (1969) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]) – weicht von deren allgemein akzeptierter Rezeption geringfügig ab: Die *Abwägungsfehleinschätzung* bezieht sich im Urtext nur auf private Belange, die *Abwägungsdisproportionalität* nur auf die öffentlichen.

10 BVerwGE 34, 301 (309) – Überschuldeter Landwirt (1969); zu den gerichtsinternen und -externen Hintergründen überaus lesenswert Jörg Berkemann, Das „Abwägungsmodell“ des BVerwG (BVerwGE 34, 301 [1969]) – Entstehungsgeschichte und Legendenbildungen, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2013, 1280–1292.

11 Werner Hoppe, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG), in: Baurecht (BauR) 1970, 15–18 (17).

Dies ist, wie Lübke-Wolff einmal gesagt hat, schon sehr arg „intensional überdeterminiert“, also vom Begriffsinhalt her (§ 15a Rn. 5) überladen. Das BVerwG hat dem freilich noch eins draufgesetzt: Diese Fehler könnten sowohl im Abwägungsvorgang als auch im Abwägungsergebnis auftreten – mit Ausnahme des Abwägungsausfalls, den gebe es selbstverständlich nur beim Vorgang.¹² Im Ergebnis also: sieben mögliche Abwägungsfehler.

11

Besonders bemerkenswert: Diese Ausdifferenzierung wäre in den beiden konkreten Fällen gar nicht nötig gewesen. Im ersten Fall hatte die Gemeinde einem insolvent gewordenen Bauern ein paar Äcker „vergoldet“, indem sie diese als Bauland ausgewiesen hatte. Im zweiten Fall – bekannt unter dem Namen „Floatglas“ oder auch „Flachglas“ – hatte der Bürgermeister der Stadt Gelsenkirchen den Ansiedlungswunsch eines Industrieunternehmens intensiv vorverhandelt und sodann in großer Eile im Stadtrat durchgedrückt. Beide Fälle rochen, kurz gesagt, nach Korruption.¹³ Hätte das nicht gereicht, um die Abwägung als „ungerecht“ zu qualifizieren? (Ich nenne das immer die Dicker-Hund-Theorie.¹⁴)

Zum rechtsästhetischen Verbot des Überflüssigen¹⁵ siehe unten § 34 Rn. 54.

3. Die Fehlerfolgenlehre („Planerhaltung“), klassisch

Wie auch immer, die in dieser Art entwickelte Abwägungsfehlerlehre war offenbar ein so dichtes Netz, dass allzu viele Bauleitpläne darin hängen blieben. Deshalb begann bereits das BVerwG selbst damit, die Fehlerfolgen zu relativieren, also einige dieser Fehler für unbeachtlich zu erklären, um das **Ergebnis** – Unwirksamkeit des Bauleitplans – zu vermeiden.

12

Der Gesetzgeber zog dann nach, zuerst in § 155a und § 155b BBauG (Bundesbaugesetz¹⁶), sodann in den §§ 214–216 BauGB (Baugesetzbuch), wo sich die sogenannte „Planerhaltung“ bis heute findet. Kernvorschrift war dabei § 214 Abs. 3 BauGB, er lautete bis 2004 (Hervorhebungen J.L.):

§ 214 Abs. 3 BauGB a.F. [alte Fassung] Für die Abwägung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bauleitplan maßgebend. Mängel im Abwägungsvorgang sind **nur erheblich**, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

12 BVerwGE 45, 309 (320) – Flachglas (1974); instruktiv dazu *Helmuth Schulze-Fielitz*, Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: Juristische Ausbildung (JURA) 1992, 201.

13 Leider hat das BVerwG in früheren Zeiten die Gründe seiner Entscheidungen nur auszugsweise mitgeteilt („Aus den Gründen“) und dabei den Schwerpunkt auf seine neuesten abstrakten Formeln gelegt. Seit man mit Hilfe der Datenbank *juris* Zugriff auf den Volltext hat, erfährt man endlich, was im Fall „Floatglas“ konkret gelaufen ist.

14 *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre“? Aufräumarbeit und stille Verschiebungen im Bauplanungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (364 und durchgehend).

15 Man denke auch an das sogenannte Ockhamsche Rasiermesser (*Occams razor*): Man solle nicht mehr Begriffe verwenden als nötig (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*). Ausnahmsweise sei insofern ein Verweis auf wikipedia erlaubt: William of Ockham (1288–1347) selbst hat das Prinzip nie so formuliert, die bekannte Fassung stammt vom deutschen Philosophen Johannes Clauberg (1622–1665).

16 Warum das BBauG in BauGB umbenannt wurde: siehe oben Rn. 6.

- 13 Das ist, wenn man so will, eine saubere **Korrektur der Rechtsfolge**.

Vor allem aber gilt im Umkehrschluss: Fehler im Abwägungsergebnis sind immer beachtlich. Und zwar alle drei.

4. Neues Gesetz, totale Verwirrung

Vorwarnung: Der folgende Abschnitt wird dem Leser reichlich Geduld abverlangen.¹⁷ Wer es eilig hat, mag sofort zum nächsten Abschnitt springen (unter 5) oder gar gleich zum Ende der Geschichte (unter 7). – Ich bin versucht zu sagen: form follows junk (dem junk der Gesetzgebung).

- 14 Nichtsdestoweniger durfte man durchaus der Meinung sein, dass bei der Bauleitplanung immer noch viel zu viele Formfehler („**Vorgang**“) ungesühnt blieben. Eigentlich war dies auch die europarechtliche Sicht, deshalb wurde im Europarechtsanpassungsgesetz Bau von 2004 (EAG Bau) eine neue Vorschrift geschaffen, die das **Verfahren** stärken sollte:

§ 2 Abs. 3 BauGB n.F. [neue Fassung] Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten.

Offen blieb dabei allerdings, ob (1) „Verfahren“ dasselbe meinte wie „Vorgang“,¹⁸ ob man (2) wirklich ernsthaft eine schärfere Sanktionierung von Fehlern erreichen wollte und was schließlich (3) aus der herkömmlichen Abwägungsfehlerlehre werden sollte. Klar ist wohl nur: Der Gesetzgeber wusste es selbst nicht. Zwar heißt es jetzt einerseits, dass Fehler im **Verfahren** nur bei einigem Gewicht beachtlich sein sollten (Hervorhebung J.L.):

§ 214 Abs. 1 BauGB n.F. Eine Verletzung von **Verfahrens-** und Formvorschriften dieses Gesetzbuchs ist für die Rechtswirksamkeit des Flächennutzungsplans und der Satzungen nach diesem Gesetzbuch [solche Satzungen sind vor allem die Bebauungspläne] nur beachtlich, wenn 1. entgegen § 2 Absatz 3 die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und wenn der Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist; (...)

¹⁷ Siehe auch die Darstellungen bei *Schlacke/Lege*, Baurecht (Fn. 8), Rn. 46–50, 63a, bzw. *Lege*, Baurecht (Fn. 8), Rn. 42–46, 59.

¹⁸ Selbst die Richter des Bundesverwaltungsgerichts bringen beides gelegentlich durcheinander. So heißt es bei *Stephan Gatz*, in: jurisPR-BVerwG 17/2008 Anm. 3, unter D (Hervorhebungen J.L.): „Das Urteil hat keine Auswirkungen auf die Praxis, weil § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB die Beachtlichkeit von Mängeln im Abwägungsvorgang (!) im Vergleich zu § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB a.F. nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig macht.“ In § 214 Abs. 1 Satz 1 heißt es hingegen, s.o. im Text: „Verletzung von **Verfahrens-** und Formvorschriften“. – Nebenbei: In „juris-PR BVerwG“ (juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht) kommentieren die Richter des Bundesverwaltungsgerichts, und zwar ausschließlich sie, ihre Rechtsprechung noch einmal „für die Praxis“. Das ist, gelinde gesagt, sehr merkwürdig: Was Richter zu sagen haben, müssen sie in ihrem Urteil sagen, für eine darüber hinausgehende Kommentierung haben sie kein Mandat. Das wäre gerade so, als würde der Pastor nach der Predigt erklären, was davon ernst zu nehmen war und was nicht.

Andererseits sollte wohl doch die alte Abwägungsfehlerlehre weiterhin Bestand haben,¹⁹ 15
die eben nicht von „Verfahren“, sondern von „**Vorgang**“ spricht – siehe insoweit den
letzten Halbsatz der folgenden Vorschrift (Hervorhebung J.L.):

§ 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB n.F. Mängel, die Gegenstand der Regelung in § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1
sind [siehe oben], können nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden; im Übrigen
sind Mängel im Abwägungs**vorgang** nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Ergebnis
von Einfluss gewesen sind.“

Kurz und gut: Es herrschte **totale Verwirrung**. Das einzige, dessen man sicher sein 16
konnte: Mängel im *Ergebnis* der Abwägung sind stets – und zeitlich unbegrenzt –
beachtlich.

Aber gehören dazu auch, wie nach der klassischen Lehre (s.o. Rn. 10), Abwägungsde-
fizit und Abwägungsfehleinschätzung? Oder hat der neue § 2 Abs. 3 BauGB sie
gewissermaßen in das Verfahren abgeschoben, und es bleibt beim (Abwägungs-)
Ergebnis nur noch die Abwägungsdisproportionalität übrig? So wohl die inzwischen
herrschende Meinung (siehe auch unten 7)?

5. Die pragmatische Lösung: Klarheit von der Rechtsfolge her

Die Rechtsprechung war angesichts dieser verpfuschten Gesetzeslage wirklich nicht 17
zu beneiden, ebenso die akademische Rechtswissenschaft. Wie sollte man diese in-
tensionale²⁰ Hypertrophie in ein widerspruchsfreies System bringen? Und in welche
Kategorie von Fehler soll man es, nur als Beispiel, in einem konkreten Fall einordnen,
wenn die Belange des Naturschutzes nicht ausreichend berücksichtigt wurden?²¹ Ist
dies „nur“ ein eventuell unbeachtlicher Verfahrensfehler? Oder ist es doch ein Fehler
„im Ergebnis“, der stets erheblich ist, d.h. den Bauleitplan ungültig macht?

Was macht man also methodisch? Man gewinnt **Klarheit**, indem man das Problem 18
von der **Rechtsfolge** her aufzäumt. (Schon Savigny hat das so gemacht, § 19 Rn. 3–16.)
Dann gibt es – jenseits der vielen Fehlerschubladen – nur drei Möglichkeiten:

- Erstens: Der Fehler ist gänzlich *unbeachtlich*. Dies ist etwa der Fall, wenn es – bis-
lang nicht erwähnt – an einem Planaufstellungsbeschluss (§ 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB)
fehlt.

Diese Vorschrift wird in § 214 BauGB nämlich nicht genannt.

- Zweitens: Der Fehler ist *nur beachtlich*, wenn er „offensichtlich und auf das Ergebnis
von Einfluss war“; zudem *wird er unbeachtlich* – das hatten wir noch nicht erwähnt
–, wenn man ihn nicht innerhalb eines Jahres rügt.

Dazu gehören neben den genannten Verstößen gegen § 2 Abs. 3 BauGB auch etwa
Fehler bei der Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung.

¹⁹ So Werner Hoppe, in: Werner Hoppe/Christian Bönker/Susan Grotefels, Öffentliches Baurecht,
3. Aufl., München 2004, § 5 Rn. 3.

²⁰ Zu Intension (Begriffsinhalt) und Extension (Begriffsumfang) oben § 9 Rn. 2 und § 15a Rn. 5.

²¹ Allgemein zur Schwierigkeit, hier richtig zu gewichten: BVerfGE 149, 407 – Rotmilan (2018)
(Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

- Drittens: Der Fehler ist *immer beachtlich*, und es gibt auch keine Rügefrist („**Ewigkeitsfehler**“²²).

19 Dazu gehören jedenfalls alle Fehler im *Ergebnis* der Abwägung (arg. e § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB) ...

... was sich nach inzwischen wohl h.M. (herrschender Meinung) mit der „Abwägungsdisproportionalität“ deckt.

Ein Ewigkeitsfehler ist es gemäß § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB a.F. auch, wenn der Bebauungsplan nicht aus dem Flächennutzungsplan „entwickelt“ worden war (s.o. unter 1) – dies allerdings nur, wenn „hierbei die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt worden ist“.

Ein klarer Ewigkeitsfehler ist es schließlich, wenn der Bebauungsplan nicht so bezeichnet wird, dass man unschwer erkennt, um welches Gebiet es geht („Hinweiszweck“), siehe § 214 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.

Und dann gibt es auch noch den § 1 Abs. 3 BauGB (dazu sogleich).

6. § 1 Abs. 3 BauGB und die Windkraft: ein neuer Joker?

Weitere Vorwarnung: Dieser Abschnitt behandelt einen Seitenweg der Rechtsprechung, der höchst aufwendig war und methodologisch höchst aufschlussreich (weil vom Ergebnis her gedacht und gemacht) – mittlerweile aber überholt, weil der Gesetzgeber die Dinge nun ganz anders geregelt hat. Der eilige Leser mag den Abschnitt daher überspringen.

- 20 Man wird sagen können: Angesichts des begrifflichen Wirrwarrs auf der Tatbestandsseite des § 1 Abs. 7 BauGB („gerechte Abwägung“) dürfte die Rechtsprechung bei der Zuordnung eines Rechtsfehlers zu dieser oder jener Fehlerkategorie letztlich immer **vom Ergebnis her** entschieden haben: Wollen wir, von der **Rechtsfolge** her, dass der Fehler stets beachtlich ist (also ohne an der weiteren Frage zu laborieren, ob er „offensichtlich und auf das Ergebnis von Einfluss war“)? Oder wollen wir, dass es ein Fehler „ist“, über den wir mit Hilfe dieser zusätzlichen Voraussetzungen hinwegsehen können? Im zweiten Fall bietet es sich an, den Fehler dem § 2 Abs. 3 BauGB zuzuschlagen.²³
- 21 Im ersten Fall ist zunächst § 1 Abs. 7 BauGB die richtige Adresse – Verstoß gegen das Gebot gerechter Abwägung; aber dann muss man schon einiges auffahren, um einen „dicken Hund“ bejagen zu können. Methodisch höchst interessant ist deshalb (weil eindeutig vom Ergebnis her gedacht): Vor einigen Jahren hat das BVerwG in einem sehr speziellen Bereich eine weitere Vorschrift herangezogen, die erst auf den zweiten Blick passt (wenn überhaupt). Gemeint ist (in seiner alten Fassung²⁴, Hervorhebung J.L.)

22 Bezeichnung von Jörg Berkemann, „Ewigkeitsfehler“ im Bebauungsplan – eine Typologie, in: juris – Die Monatszeitschrift (jM) 2015, 470–478.

23 BVerwGE 131, 100 – „Kwartier Latäng“ in Köln (2008).

24 In der neuen Fassung ist der Punkt am Satzende durch ein Semikolon ersetzt worden, und es heißt dann weiter: „die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen.“ Das ist doch eine Selbstverständlichkeit! Ich fühle mich veräppelt!

§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB a.F. Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung **erforderlich** ist.

Diese Vorschrift zur sogenannten **Planerforderlichkeit** hatte lange Zeit nur dazu gedient, die sozusagen *ganz* dicken Hunde in einem ersten Filter auszusortieren – etwa eine reine Verhinderungsplanung.²⁵

Beispiel: Die Gemeinde weist Grundstücke, auf denen ein Investor zulässigerweise Wohnheime für Flüchtlinge errichten will, als Friedhof aus, obwohl der bereits bestehende Friedhof nur zu 60 Prozent ausgelastet ist.²⁶

Eine ähnliche Verhinderungsplanung hatten vor einigen Jahren nun viele Gemeinden vorgenommen, indem sie in ihrem **Flächennutzungsplan** Flächen für die **Windkraft** ausgewiesen hatten, die dafür objektiv ungeeignet waren. Der Sinn des Ganzen ergab sich aus **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB**,²⁷ gemäß dem die Gemeinde sinngemäß sagen konnte: Bitte die Windkraftanlage nicht dort bauen, wo ihr wollt (und wo es geeignet ist), sondern dort, wo wir sie hingepflanzt haben (und wo es dafür nicht taugt). Dies verstieß nach Ansicht des BVerwG gegen § 1 Abs. 3 BauGB: Eine Planung, die sich „als nicht vollzugsfähig erweist, weil ihr auf unabsehbare Zeit unüberwindbare rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen“, kann nicht „erforderlich“ sein.²⁸ Kurz: Mit Hilfe des § 1 Abs. 3 BauGB konnten aus einer Gesamtplanung (im F-Plan) einzelne Bereiche „von vornherein“ herausgepickt und für unwirksam erklärt werden.

Dies wurde in weiteren Entscheidungen noch ausgebaut. Die Gemeinde sei angesichts der Privilegierung der Windkraft im sogenannten Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) wegen **§ 1 Abs. 3 BauGB** verpflichtet, in ihrem Flächennutzungsplan sogenannte „harte **Tabuzonen**“ zu benennen, in denen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen die Nutzung der Windkraft ausscheidet. In weiteren Schritten habe sie sodann „weiche Tabuzonen“ festzulegen, in denen nach dem Willen der Gemeinde Windkraft „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“, und schließlich aus den verbleibenden „**Potenzialflächen**“ die eigentlichen „**Konzentrationsflächen**“ gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB auszuwählen. Am Ende sollte es dann ein Abwägungsfehler im Sinn des **§ 1 Abs. 7 BauGB** sein, wenn sich die Gemeinde des Unterschiedes zwischen harten und weichen Tabuzonen nicht bewusst gewesen war.²⁹ Auf diese Weise wurde § 1 Abs. 3 BauGB gewissermaßen zu einem Belangverstärker innerhalb der Abwägung.

Und insofern in gewisser Weise zweckentfremdet.³⁰ Eigentlich ist § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB nach Tatbestand und Rechtsfolge wie folgt aufgebaut: „Immer wenn und nur wenn es städtebaulich erforderlich ist (Tatbestand), hat die Gemeinde einen Bauleitplan aufzustellen (Rechtsfolge)“. Das ist eine Art Türöffner oder auch Start-

²⁵ Bezeichnung von Berkemann, „Ewigkeitsfehler“, in: jM 2015, 470 (470–474).

²⁶ Beispiel nach Andrea Edenharter, Skript Öffentliches Baurecht, FernUni Hagen 2023, S. 115.

²⁷ Wortlaut: „Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nummer 2 bis 6 [die Windkraft ist Nr. 5] in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“

²⁸ BVerwGE 117, 287 (289) - Landschaftsschutzverordnung „Homert“ (2002); im konkreten Fall wurde dies allerdings verneint!

²⁹ BVerwGE 145, 231 (232–235, Rn. 10–14) – Windpark Wernitz (2012).

³⁰ Ausführlicher Lege, „Abwägungsfehlerlehre“, in: DÖV 2015, 361 (370 ff.).

schuss für einen Hindernislauf, bei dem ganz am Ende das Abwägungsergebnis steht. In der Abwägung selbst hat die Norm eigentlich nichts zu suchen.³¹

Im Gesetz (also dem BauGB) **stand** von all diesen „Zonen“ und „Flächen“ übrigens **nichts**.

- 25 Daher wird man dieser Rechtsprechung nicht absprechen können, dass sie jedenfalls sehr kreativ war. Bedenklich ist allerdings, dass sie mit der geschilderten abstrakten Regelsetzung (wie und in welcher Reihenfolge sind die „Zonen“ und „Flächen“ festzusetzen?) weit über das hinausging, was Aufgabe der Rechtsprechung ist: nämlich die Entscheidung von Einzelfällen. Es hätte, mit anderen Worten, ein hierzu legitimierter „Gesetzgeber“ handeln müssen, in diesem Fall etwa: der Bundesbauminister im Wege einer Rechtsverordnung (zu deren Erlass er hätte ermächtigt werden müssen). Die Rechtsprechung hat offenbar gemeint, an seiner Stelle eine bestimmte Energiepolitik gegen widerspenstige Gemeinden durchsetzen zu müssen.

Rechtsverordnungen sind „Gesetze im materiellen Sinn“, wenn und weil sie abstrakt generelle Regeln enthalten (§ 14 Rn. 36, 38–39).

- 26 Umso bitterer ist, dass diese Bemühungen mittlerweile zu einem Kapitel Rechtsgeschichte geworden sind. Seit dem 1. Februar 2023 gelten in Gestalt des **§ 249 BauGB n.F.** sehr detaillierte „Sonderregelungen für Windenergieanlagen an Land“ (so die amtliche Überschrift).³²

Sie setzen zunächst einmal – im Weg einer Geltungslösung (§ 27 Rn. 29–35, 39) – den § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für den Bereich der Windkraft außer Kraft – was der Tabuzonen-Rechtsprechung natürlich die Grundlage entzieht. Sodann regelt er auf der Grundlage eines Windenergieflächenbedarfsgesetzes vom 20. Juli 2022 minutiös, nämlich sowohl bundeseinheitlich als auch zugeschnitten auf die einzelnen Bundesländer, unter welchen Voraussetzungen Windkraftanlagen zulässig sind. Das ist weitgehend hochtechnisch und für Nicht-Experten kaum nachvollziehbar. Leicht verständlich ist lediglich § 249 Abs. 9 Satz 2 BauGB: Der rechtlich zu fordernde Mindestabstand zwischen Windrad und Wohnbebauung darf in jedem Land höchstens 1000 Meter betragen.

- 27 **Methodologisch** lässt sich immerhin auch für die Zukunft als **Tipp** festhalten: Wenn man vom Ergebnis her **eine Art Joker** braucht, um eine Planung an krassen Einzelaspekten scheitern zu lassen, greife man zu § 1 Abs. 3 BauGB.

In diesem Sinn hätte man übrigens schon die Mutter des Planungsrechts, also den Fall „Überschuldeter Landwirt“,³³ entscheiden können. Für die „städtebauliche Entwicklung und Ordnung“ ist es nicht „erforderlich“, privates Land zu wertvollem Bauland aufzuwerten.

31 In der Entscheidung BVerwGE 109, 246 (249 f.) – Sportgelände/Tennisplatz (1999) –, auf die im Hinblick auf § 1 Abs. 3 BauGB letztlich Bezug genommen wird, ging es gerade nicht um städtebauliche Erforderlichkeit, sondern darum, dass die Anlage gegen zwingendes (Immissionsschutz-) Recht verstoßen hätte. Das ist aber kein Problem des § 1 Abs. 3 BauGB, sondern die erste Station der materiellrechtlichen Prüfung des Bauleitplans.

32 Ausführlich dazu *Martin Kment*, Eine neue Ära beim Ausbau von Windenergieanlagen. Das aktuelle Wind-an-Land-Gesetzespaket, in: NVwZ 2022, 1153–1159.

33 BVerwGE 34, 301 – Überschuldeter Landwirt (1969).

7. Zum heutigen Stand der „Abwägungsfehlerlehre“

Wir hatten eingangs gesagt: Manchmal korrigiert der Gesetzgeber selbst die Rechtsfolgen, die sich eigentlich aus dem Gesetz ergeben. Wir haben nun gesehen, dass diese Korrektur gelegentlich in einer Weise erfolgt, die den „Gesetzesanwender“ vor höchst subtile Probleme stellt – hier vor allem in Gestalt von § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB. Die juristische Dogmatik muss in diesen Fällen am Ende ein wenig gewalttätig vorgehen³⁴ und glätten, was dem Gesetzgeber misslungen ist. In dieser Weise ist mittlerweile als Prüfschema für Bauleitpläne im Groben das folgende anerkannt (jedenfalls gut vertretbar):

1. Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB)
2. Einhaltung zwingender Vorschriften
Beispiele etwa: Natur- und Denkmalschutz (wir haben dies bislang ausgeklammert)
3. Gerechte Abwägung
 - a) Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB (mit der Rechtsfolge § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB)?
Hier zu prüfen: Abwägungsausfall, -defizit und -fehleinschätzung
 - b) Verstoß gegen § 1 Abs. 7 BauGB (Gebot der gerechten Abwägung)?
Hier (nur noch) zu prüfen: Abwägungsdisproportionalität

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich dies zwar nicht, und es ist mit dem Gesetz auch nur zu vereinbaren, wenn man dessen Feinheiten und Unstimmigkeiten ignoriert. Aber es ist „vom Ergebnis her“ jedenfalls praktikabel.

Zur Bedeutung der juristischen „Schemata“ siehe schon § 23.

III. Resümee

Das Thema „Ergebniskorrektur durch den Gesetzgeber“ liegt ein wenig quer zu dem Grundsystem der NJML (Neuen Juristischen Methodenlehre). Von der Idee her setzt eben der Gesetzgeber die allgemeinen, d.h. abstrakt-generellen **Regeln** – oder wie die Juristen sagen: er schafft die Gesetze „im materiellen Sinn“. Die übrigen Staatsgewalten – Exekutive (Verwaltung und Regierung) und Rechtsprechung – sind daran gebunden, und Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG enthält sogar ein Verbot des Einzelfallgesetzes, das freilich nach herrschender Meinung (h.M.) nicht sehr weit reicht.³⁵

Die Korrektur eines **Ergebnisses**, das sich aus dem Gesetz ergibt, im einzelnen **Fall** ist daher typischerweise eine Sache der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt. Eine solche Korrektur vom Ergebnis her sollte zudem die große Ausnahme sein und

34 *Kment*, Neue Ära, in: NVwZ 2022, 1153 (1159), spricht von einem „Gordischen Knoten“, der allerdings im Kontext seines Themas nicht von der Rechtsprechung, sondern vom Gesetzgeber durchgeschlagen worden sei. – Vom Gordischen Knoten handelt eine Geschichte aus der griechischen Antike. Es war eine Verknötung von Seilen, aufbewahrt in der Stadt Gordion, und das Orakel sagte: Wer sie auflösen kann, wird die Herrschaft über (Klein-) Asien erringen. Alexander der Große (356–323 v. Chr.) soll den Knoten dann mit dem Schwert durchgeschlagen haben, und er hat jedenfalls unbezweifelt das Perserreich bis zum Indus erobert.

35 Ausführlich dazu *Joachim Lege*, Verbot des Einzelfallgesetzes, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg etc. 2009, § 66 (S. 439–492).

allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Gesetzgebung schändlich versagt (Herrenreiter und Soraya), wenn eine staatliche Sanktion untragbar erscheint (Türkischer Onkel) oder wenn das Recht sich durch seine Anwendung selbst in Frage stellen würde (Wunsiedel, sehr umstritten).

- 31 Demgegenüber erweckt die Korrektur eines gesetzlich vorgeschriebenen Ergebnisses durch den **Gesetzgeber selbst** eher zwiespältige Gefühle (man versetze sich in einen Rechtsunterworfenen). Warum gibt es strenge Regeln, wenn ihre Nichteinhaltung keine Konsequenzen hat (§§ 45, 46 VwVfG)? Und sollte man nicht einfach gute und klare Gesetze machen, statt einer verquasten Rechtsprechung ungeschickt hinterherzuhinken (§ 214 BauGB)?

Natürlich ist mir klar, dass es nicht einfach ist, gute Gesetze zu machen. Deshalb sage ich nur mit Vorsicht und durchaus in Anerkennung der vielen „Sachzwänge“, denen sich die Ministerialbürokratie – das Arbeitstier der Gesetzgebung – gegenüber sieht: Vieles ist ganz einfach „schlecht gemacht“.

§ 29 Verdeckte Korrektur des Ergebnisses

Wir kommen zum Abschluss des Dritten Teils der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) in diesem § 29, überschrieben mit „Verdeckte Korrektur des Ergebnisses“, zu einem Phänomen, das die Kernthesen der NJML nochmals verdeutlichen soll. Diese Kernthesen lassen sich ungefähr so zusammenfassen:

1. Die juristische Methode (es gibt nur eine) besteht aus Logik, Logik und Logik.

Nämlich: aus der deduktiven (zwingenden) Logik des Justizsyllogismus, der induktiven (einordnenden) Logik der Subsumtion und der abduktiven (kreativen) Logik neuer Ideen – alles zusammengefasst zum Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS).

2. Diese drei Arten der Logik hängen in einer jeden rechtlichen Entscheidung untrennbar miteinander zusammen.

Es wird also nicht etwa zunächst „schöpferisch“ eine neue Lösung oder ein neuer „Maßstab“ gefunden, unter den sodann in schlichtem Gesetzesgehorsam subsumiert wird.

3. Ganz ebenso hängen die drei sozusagen Aggregatzustände¹ dieser rechtlichen *working logic* untrennbar miteinander zusammen: Rechtsbegriffe, Rechtssätze (logisch genauer: Rechtsaussagen) und die Schlussfolgerung (der Syllogismus) vom Tatbestand auf die Rechtsfolge.

Ein Rechtsbegriff ist, pointiert gesagt, das, was aus ihm folgt.

4. Eine darüber hinausgehende „Werterkenntnis“, eine Erkenntnis also, die außerhalb der Logik stünde, gibt es nicht.

Insbesondere sind die „willenhaften Elemente“, die in jeder (!) Entscheidung eine Rolle spielen, nichts anderes als Prädikate: Ja, das *soll so sein* (und deshalb will ich es). Oder auch umgekehrt.

Zu Ironie und Pathos siehe § 30 II, zu Willens- und Erkenntnistypen schon § 8 Rn. 8 mit Fn. 11, auch § 35 Rn. 15 mit Fn. 23.

5. Auch in der dritten² logischen Trias – Regel (Rechtssatz), Fall und Ergebnis – hängen alle drei Elemente untrennbar zusammen. Und *entscheidend* ist – als sozusagen letzter *logischer* Grund – immer das **Ergebnis**. Das Ergebnis müssen wir „tragen“ können.

Dass die Billigung des Ergebnisses keine Frage des reinen Willens ist („Dezisionismus“), auch nicht eine Frage der Ethik („Werterkenntnis“), sondern eine Frage der juristischen **Ästhetik**, dazu sogleich der Vierte Teil der NJML.

Wir wollen hier und jetzt nun illustrieren, wie sehr dieses – logisch-schlussfolgernde – Denkhandeln „vom Ergebnis her“ sich gerade dort zeigt, wo es sich zu verbergen sucht: bei einer verdeckten Korrektur des Ergebnisses, also bei der Verhinderung einer

¹ In der allgemeinen Logik lautet die (erste) Trias „Begriff – Aussage („Urteil“) – Schluss“, siehe oben § 5.

² Die zweite Trias: Deduktion – Induktion – Abduktion (oben § 6).

Rechtsfolge, die man aus welchen Gründen auch immer „nicht will“, obwohl sie sich nach dem bisherigen Stand des rechtlichen Wissens geradezu alternativlos aufdrängt.

I. Die Interpretation „contra legem“

- 3 Wir haben vorhin in § 27 Rn. 10 gesagt, dass es eine „Auslegung“ *contra legem*, also gegen den Gesetzeswortlaut, im streng semantischen Sinn nicht geben kann: Wenn der Wortlaut die Grenze der Auslegung ist – in Abgrenzung zur Rechtsfortbildung –, dann ist alles, was jenseits dieser Grenze liegt, eben nicht mehr „Auslegung“. Aber wir müssen nicht über Worte streiten.

Semantik ist, um es kurz zu wiederholen, die Lehre von der *Bedeutung* von Zeichen. Der Begriff stammt aus der Semiotik (Lehre von den Zeichen) und wird dort ergänzt durch die Syntaktik (Lehre vom Zusammenhang der Zeichen untereinander) und Pragmatik (Lehre vom Gebrauch der Zeichen).³

Stattdessen lassen sich in der Sache zwei mehr oder weniger anerkannte Fälle der **Interpretation contra legem** feststellen.⁴ Der erste wird bis heute gern mit der lateinischen Formel umschrieben: *cessante ratione legis cessat lex ipsa* – auf Deutsch: Wenn der Grund (lateinisch *ratio*) des Gesetzes wegfällt, fällt auch das Gesetz selbst weg.⁵

Beispiel: Ein Landesgesetz von 1961 schrieb vor, dass Freiflächen gärtnerisch zu gestalten und von Unkraut freizuhalten sind. Nach heutiger Erkenntnis gibt es kein „Unkraut“, es ist sogar erwünscht, statt steriler Rasenflächen Wildkräuter wachsen zu lassen.⁶

Letztlich ist dies nichts anderes als die materiell-rechtliche Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, klassischer Fall dazu: Infolge einer erheblichen Geldentwertung („Währungsverfall“) müssen Geldschulden angepasst werden.⁷ Oder man denke an das „Funktionsloswerden“ von Bebauungsplänen.⁸

3 Die Trias geht zurück auf *Charles W. Morris*, *Foundations of the Theory of Signs*, Chicago 1938, deutsch Grundlagen der Zeichentheorie. Ästhetik der Zeichentheorie, Frankfurt a.M. 1988, S. 23–25.

4 Ausführlich dazu – und dann auch noch zur richtlinienkonformen Auslegung im Recht der Europäischen Union – *Bernd Mertens*, Rechtsfortbildung contra legem in Geschichte und Gegenwart, in: Carsten Bäcker (Hrsg.), *Methoden des Rechts. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2024 in Bayreuth*, Stuttgart 2025, S. 213–229.

5 *Wolfgang Löwer*, *Cessante ratione legis cessat ipsa lex. Wandlung einer gemeinrechtlichen Auslegungsregel zum Verfassungsgebot?*, Berlin etc. 1989 (ein Vortrag, auch rechtsvergleichend). Der Grundsatz galt unumstritten aber nur im Hinblick auf das rezipierte römische Recht, s. *Mertens* (Fn. 4), S. 215 f.

6 *Dieter Schmalz*, *Methodenlehre für das juristische Studium*, 3. Aufl., Baden-Baden 1992, Rn. 350.

7 BGHZ 90, 227 – Erhöhung eines im Jahr 1951 vereinbarten Erbbauzinses (1984) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite).

8 *Sabine Schlacke/Joachim Lege*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), *Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern*, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, Rn. 64: In einem Wohngebiet wurde statt – wie zugelassen – zweigeschossig ausschließlich eingeschossig gebaut („Bungalow-Siedlung“). Hier wäre es rechtsmissbräuchlich, einem Einzelnen zu erlauben, ein zweites Stockwerk aufzusetzen (mit Aussicht in die Nachbargärten).

Als zweiter Fall der Interpretation *contra legem* wird seit jeher akzeptiert, ein Gesetz aus Gründen der „Billigkeit“ (*aequitas*, „Einzelfallgerechtigkeit“)⁹ im Einzelfall nicht anzuwenden.¹⁰ Insofern muss man allerdings fordern, dass dies offen geschieht.

Der Grund ist **logischer** Natur: Ein Begriff oder ein Satz darf nicht zugleich sein **Gegenteil** bedeuten. Andernfalls folgt aus ihm, was man will (*ex contradictione quodlibet*).¹¹

4

Der Satz „A ist nicht Non-A“ ist, wie oben dargestellt, der zweite der drei logischen Grundsätze (§ 5 Rn. 89).

1. Nochmals der Herrenreiter-Fall: „nur“ heißt auch „nicht nur“

Blickt man unter diesem Aspekt noch einmal zurück auf den Fall „Herrenreiter“¹² (ausführlich § 27 I), dann zeigt sich, dass der Bundesgerichtshof (BGH) – ohne es offenzulegen – schon in diesem ersten Fall ganz eindeutig gegen den Gesetzeswortlaut entschieden hat, denn § 253 BGB a.F. (Bürgerliches Gesetzbuch alte Fassung) hatte ganz klar formuliert: Schadensersatz für einen erlittenen immateriellen Schaden gibt es **nur** in den gesetzlich bestimmten Fällen. Das ist, mit anderen Worten, ein **Analogieverbot**.

5

Ganz ebenso wie in § 1 StGB (Strafgesetzbuch, Hervorhebung J.L.): „Eine Tat kann **nur** bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

Über dieses Verbot hat sich der BGH mit seiner – ohnehin gewagten – Analogie zu § 847 BGB („Freiheitsberaubung „im Geistigen“) stillschweigend hinweggesetzt. Kurz, es handelt sich um eine verdeckte Korrektur des Ergebnisses: Schadensersatz gibt es **nicht nur** in den gesetzlich bestimmten Fällen.

Sondern auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹³

2. Auslandseinsätze der Bundeswehr: „ausdrücklich“ heißt auch „implizit“

Auf diese „Auslegung“ *contra legem* hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einem anderen Fall noch eins draufgesetzt, man kann geradezu von einem doppelten *contra legem* sprechen.

6

9 Zur Billigkeit (*epieikeia*) bei Aristoteles schon § 11 Rn. 38 (dort auch die Mahnung zur Vorsicht mit der Terminologie, weil „billig“ nach heutigem Sprachgebrauch „minderwertig“ bedeuten kann).

10 Auch hierzu *Mertens* (Fn. 4) mit Hinweis u.a. auf die ablehnende Ansicht Kants (S. 220).

11 Ein Beispiel dazu unten § 34 Rn. 24 – Enteignungsbegriff.

12 BGHZ 26, 349 – Herrenreiter (1958).

13 Zum Sachverhalt: Ein pharmazeutisches Unternehmen hatte bei seiner Plakatwerbung für ein Potenzmittel ein Foto des Klägers ohne dessen Einwilligung verwendet.

a) Der Fall und das Problem

- 7 In diesem Fall ging es um die Frage, ob Auslandseinsätze der Bundeswehr – die bereits stattgefunden hatten – mit dem Grundgesetz in Einklang standen.¹⁴ Zwei dieser Einsätze erfolgten im Jahr 1992 unter einem Mandat des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen im Rahmen der NATO – der erste, um mit der Marine das Embargo zu überwachen, das gegen die Föderative Republik Jugoslawien verhängt worden war; der zweite, um mit der Luftwaffe (AWACS-Fernaufklärer) ein Flugverbot im Luftraum von Bosnien-Herzegowina durchzusetzen. Der dritte Einsatz war ein „Blauhelm-Einsatz“ in Somalia, konkret: die Entsendung eines Nachschub- und Transportbataillons der Bundeswehr im Rahmen der UN-Friedenstruppen.
- 8 Gemäß dem Grundgesetz waren diese Einsätze an den folgenden Vorschriften zu messen (Hervorhebungen J.L.):

Art. 87a Abs. 2 GG Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte **nur** eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es **ausdrücklich** zulässt.

Art. 24 Abs. 2 GG Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern.

b) Die Korrektur des Ergebnisses

- 9 Logisch betrachtet, hätte daraus der Schluss gezogen werden müssen¹⁵ (wir beschränken uns auf den Fall der UN-Friedensmissionen und stellen ihn dar als Vollständigen Juristischen Syllogismus – VJS –, siehe § 8):

Syllogismus Nr. 1

Regel ./ **Nur** wenn das Grundgesetz es **ausdrücklich** vorsieht (Art. 87a Abs. 2 GG), darf die Bundeswehr auch zu Nicht-Verteidigungszwecken eingesetzt werden (Regel).

Fall ./ Das GG lässt Einsätze im Rahmen von UN-Friedensmissionen **nicht ausdrücklich** zu.

Denn: Art. 24 Abs. 2 GG spricht nur von der „Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit“.

Dies ist keine „ausdrückliche“ Zulassung.

Resultat ./ Also darf die Bundeswehr bei UN-Friedensmissionen **nicht eingesetzt** werden.

- 10 Praktisch hätte man daraus dann den weiteren Schluss ziehen müssen: Wir müssen das Grundgesetz ändern (was ohnehin ständig geschieht), also dem Art. 24 Abs. 2 GG einen Satz 2 anfügen (im Folgenden *kursiv* gesetzt):

Art. 24 Abs. 2 GG [ergänzt] Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen

14 BVerfGE 90, 286 – Out-of-area-Einsätze der Bundeswehr (1994) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

15 So bereits Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 442.

den Völkern der Welt herbeiführen und sichern. Die Streitkräfte des Bundes (Art. 87a) können im Rahmen dieses Systems eingesetzt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat dies nicht für nötig erachtet, sondern – offenbar per Abduktion, also einer Kombination zweier Syllogismen¹⁶ – den folgenden VJS konstruiert:

11

Syllogismus Nr. 2

Regel Nr. 1 ./.. **Nur** wenn das Grundgesetz UN-Einsätze **ausdrücklich** zulässt (Art. 87a Abs. 2 GG), darf die Bundeswehr hierfür eingesetzt werden.

Regel Nr. 2 ./.. „Ausdrücklich“ ist die Zulassung schon dann, wenn eine Vorschrift den Einsatz **implizit** voraussetzt.

Fall Nr. 2 ./.. Art. 24 Abs. 2 GG setzt UN-Einsätze **implizit** voraus, denn die UN sind ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit.

Resultat zu Regel Nr. 2, zugleich Fall zur Regel Nr. 1 ./.. Das Grundgesetz lässt in Art. 24 Abs. 2 GG UN-Einsätze **ausdrücklich** zu.

Resultat zu Regel Nr. 1 ./.. Also **darf** die Bundeswehr bei UN-Friedensmissionen **eingesetzt** werden.

Oder besser gesagt: Das Bundesverfassungsgericht hat es gerade **nicht so** konstruiert. Der logische Widerspruch „ausdrücklich = auch implizit, also nicht-ausdrücklich“ wäre sonst allzu offensichtlich gewesen.

Stattdessen wurde die Korrektur des Ergebnisses, das sich aus dem VJS Nr. 1 ergeben hätte, **verdeckt** begründet, und dies reichlich knapp¹⁷:

12

„Die mannigfachen Meinungsverschiedenheiten darüber, wie in diesem Zusammenhang [sc. des Art. 87a Abs. 2 GG] die Begriffe der ‚Verteidigung‘ und des ‚Einsatzes‘ auszulegen sind, und ob Art. 87a Abs. 2 GG als eine Vorschrift zu verstehen ist, die nur den Einsatz der Streitkräfte ‚nach innen‘ regeln will, bedürfen in den vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung. Denn wie immer dies zu beantworten sein mag, **jedenfalls** wird durch Art. 87a GG der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit, dem die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 24 Abs. 2 GG beigetreten ist, nicht ausgeschlossen.“¹⁸

Methodologisch betrachtet, ist dies eine vorhin so bezeichnete **Geltungslösung** (siehe § 27 Rn. 29–35, 39, Stichwort „Wunsiedel“): Im Verhältnis zu Art. 24 Abs. 2 GG *gilt* Art. 87a Abs. 2 GG *nicht*.

Aber warum nicht? Das BVerfG bringt zwei Argumente. Das erste widerspricht einer methodologischen Regel, die sonst allgemein anerkannt ist, nämlich der Regel *lex posterior derogat legi priori* (das spätere Gesetz geht dem früheren vor, s.o. § 18 Rn. 47–49). Ganz konträr dazu heißt es hier: Der Art. 24 Abs. 2 GG sei „von Beginn an Bestandteil des Grundgesetzes“¹⁹ gewesen, Art. 87a GG sei erst später hinzugekommen (nämlich

13

¹⁶ Genauer dazu *Lege*, Pragmatismus (Fn. 15), S. 456 f. – Allgemein zur Abduktion als dem Zusammenschluss von Schlüssen oben § 6 III.

¹⁷ Die Begründung umfasst drei (!) von 351 Absätzen.

¹⁸ BVerfGE 90, 286 (355 f.) - Out-of-area-Einsätze der Bundeswehr (1994).

¹⁹ BVerfGE 90, 286 (356) - Out-of-area-Einsätze (1994).

nach – der damals sehr umstrittenen – Gründung der Bundeswehr im Jahr 1955,²⁰ Stichwort „Wiederbewaffnung“²¹). Und Art. 24 Abs. 2 GG habe schon immer vorausgesetzt – dies das zweite Argument²² –, dass zu einem „System kollektiver Sicherheit“ auch der Einsatz von Militär gehört:

„Ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit stützt sich regelmäßig [!] auch auf Streitkräfte, die dazu beitragen, den Auftrag des Systems zu erfüllen, und als ultima ratio gegen einen Friedensstörer eingesetzt werden können. Die Mitgliedstaaten müssen daher grundsätzlich [!] bereit sein, der Sicherheitsorganisation zur Wahrung oder Wiederherstellung des Friedens auch militärische Mittel zur Verfügung zu stellen.“²³

- 14 Ist doch klar, oder nicht – Dummerle? Art. 24 Abs. 2 GG biete daher

„die verfassungsrechtliche Grundlage für die Übernahme der mit der Zugehörigkeit zu einem solchen System typischerweise verbundenen Aufgaben und damit auch für eine Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems stattfinden.“²⁴

- 15 Ja, aber so steht es nicht „ausdrücklich“ im Grundgesetz. Und im Grundgesetz haben nun einmal alle Vorschriften, die früheren und die späteren, den gleichen Geltungsrang.

Ich schreibe bei Texten von Studenten oder Doktoranden häufig an den Rand: „Ich weiß ja, was Sie meinen. Aber das steht so nicht da.“

Im Übrigen: Bei Gründung der Bundesrepublik hat man vermutlich wenig daran gedacht, „den Auftrag des Systems“ mit *eigenem* Militär „zu erfüllen“. Vielmehr war die Bundesrepublik nach dem Krieg ein besetztes Land, das froh war, wenn es vom Militär der Westmächte geschützt wurde. Dies spricht dafür, dass man bei Entstehung des Grundgesetzes weder an die „Regel“ noch an den „Grundsatz“ (s.o.) eigener militärischer Beteiligung gedacht hat, geschweige denn an Auslandseinsätze. Und nach Gründung der Bundeswehr – immer noch unter dem Vorbehalt der Alliierten²⁵ – durfte man als Rechtsunterworfener und Wehrpflichtiger doch wohl davon ausgehen, dass die Formulierung „außer zur Verteidigung“ in Art. 87a Abs. 2 GG

20 Um Missverständnisse zu vermeiden: Unmittelbar nach Gründung der Bundeswehr umfasste Art. 87a GG nur einen einzigen Absatz, er lautete im Jahr 1956: „Die zahlenmäßige Stärke der vom Bunde zur Verteidigung aufgestellten Streitkräfte und die Grundzüge ihrer Organisation müssen sich aus dem Haushaltsplan ergeben“ (BGBl. – Bundesgesetzblatt – I, S. 112). Der heutige Art. 87 a GG mit seinem Absatz 2 entstammt der sogenannten Notstandverfassung des Jahres 1968 (BGBl. I, S. 711).

Nebenbei: Dies könnte ein Argument dafür sein, dass Art. 87a Abs. 2 GG nur den Einsatz der Bundeswehr ‚nach innen‘ regeln wollte. Allerdings hatte man offenbar auch im Verhältnis ‚nach außen‘ nur an den ‚Verteidigungsfall‘ gedacht: Explizit geregelt wurde, wer ihn feststellt (Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates, Art. 115a Abs. 1 GG; zuvor Art. 59a GG). Wer den (NATO-) „Bündnisfall“ festzustellen hätte, dazu herrschte ein sehr deutliches Schweigen, und an UN-Blauhelm-Einsätze war noch gar nicht zu denken (BRD und DDR wurden erst 1973 in die UNO aufgenommen). – Mehr dazu auch gleich Rn. 16 f.

21 Ausführliche Dokumentation: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, 3 Bände, München 1952–1958.

22 Ihm und der Qualifizierung von NATO und UN als Systemen kollektiver Sicherheit widmet das Gericht 33 Absätze.

23 BVerfGE 90, 286 (345) – Out-of-area-Einsätze (1994).

24 BVerfGE 90, 286 (345) – Out-of-area-Einsätze (1994).

25 Er wurde erst mit dem Zwei-plus-vier-Vertrag von 1991 aufgehoben.

ernst und abschließend gemeint war. Ich bin jedenfalls in meinem Wehrdienst nicht darüber informiert worden, dass man mit Out-of-area-Einsätzen rechnen müsse.²⁶

c) Die Ergänzung des neuen Ergebnisses

Noch weniger stand freilich im Grundgesetz,²⁷ was das BVerfG zusätzlich aus ihm herausgelesen hat, nämlich: dass der Bundestag diesen Auslandseinsätzen zuvor zustimmen müsse.²⁸ Diesen konstitutiven Parlamentsvorbehalt leitet das Gericht vielmehr induktiv (man kann auch sagen: in einer Gesamtanalogie, § 16 Rn. 12–20) aus verschiedenen Einzelvorschriften ab (Hervorhebung J.L.):

„Die hiernach in den Vorschriften des Grundgesetzes auf dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition seit 1918 zum Ausdruck kommende Entscheidung für eine umfassende parlamentarische Kontrolle der Streitkräfte läßt ein der Wehrverfassung zugrundeliegendes *Prinzip* erkennen, nach dem der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages unterliegt.“²⁹

Auf den ersten Blick ist dies methodisch so unbedenklich wie die Ableitung der positiven Vertragsverletzung aus einzelnen Vorschriften über Leistungsstörungen (§ 16 Rn. 13–15). Auf den zweiten Blick verstößt es jedoch gegen Art. 79 Abs. 1 GG: „Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt.“ Denn **in der Sache** ist es eine **Verfassungsänderung**, wenn hier – vom Ergebnis her – eine neue Regel erfunden wird, die so nicht im Grundgesetz steht (im Folgenden kursiv gesetzt):

Art. 24 Abs. 2 GG [nochmals ergänzt] Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern. Die Streitkräfte des Bundes (Art. 87a) können im Rahmen dieses Systems eingesetzt werden. *Der Einsatz bedarf der vorherigen Zustimmung des Bundestages.*

Zur Abgrenzung von Verfassungsänderung und Verfassungsinterpretation bereits § 15c Rn. 46–52, 53–65.

d) Die wahren Gründe – und Gefahren für das Recht in the long run

Natürlich wird dem BVerfG all dies bewusst gewesen sein. Dass es dennoch so entschieden hat, wie es entschieden hat – meines Erachtens jenseits der Grenze des *rechtl.* Vertretbaren (zu dieser Kategorie § 33 II) –, dürfte einen ganz einfachen *politischen* Grund gehabt haben:

26 Nebenbei: Für die „Verteidigung am Hindukusch“ – also in Afghanistan – wurden keine Wehrpflichtigen herangezogen, wohl aber vorher in Jugoslawien, allerdings nur, wenn sie in den Auslandseinsatz eingewilligt hatten, so DER SPIEGEL am 12.01.2002 (<https://www.spiegel.de/spiegel/vorab/a-176821.html> <21.02.2023>). – Ein berühmter Ausspruch des damaligen Bundesverteidigungsministers Peter Struck (SPD) im Jahr 2002 hatte gelautet, die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland werde „auch am Hindukusch verteidigt“. (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-des-bundesministers-der-verteidigung-dr-peter-struck--784328> <27.02.2023>).

27 Zur Bedeutung dieses Schweigens für die Interpretation des Art. 87a Abs. 2 GG siehe Fn. 20.

28 BVerfGE 90, 286 (381) - Out-of-area-Einsätze (1994).

29 BVerfGE 90, 286 (387, auch 383) - Out-of-area-Einsätze (1994).

Für die eigentlich erforderlichen Verfassungsänderungen wäre eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat erforderlich gewesen (Art. 79 Abs. 2 GG), und es erscheint sehr fraglich, ob man diese Mehrheit damals zustandegebracht hätte. Die Bundesrepublik war ein stark friedensbewegtes Land, zudem war die Bedrohung aus dem Osten nach dem Untergang der Sowjetunion (1991) und dem Beitritt der DDR-Länder zur Bundesrepublik (1990) weggefallen. Es hätte gewiss in der Öffentlichkeit starken Widerstand gegen einen „Freibrief“ für NATO-Einsätze der Bundeswehr gegeben, und einige Parteien hätten sich diesem Widerstand wohl angeschlossen. Da musste dann eben das BVerfG die Sache retten, nach dem Motto: Problem? Welches Problem?

- 19 Es spricht manches dafür, diese Entscheidung für *politisch* richtig zu halten – in der damaligen Situation. Nichtsdestoweniger halte ich sie für *rechtlich* falsch, weil nicht-vertretbar begründet.³⁰ Aus diesem Grund ist sie dann aber auch wieder *politisch* gefährlich: Eine Verfassung, als politische Grundordnung des Gemeinwesens (oder auch „Staates“), hat vor allem eine Klarstellungsfunktion.³¹ Wenn daher das, was „dem Grundgesetz ... zu entnehmen“ ist,³² so nicht im Grundgesetz steht, dann dürfte dies *in the long run* Misstrauen hervorrufen: Juristen sind halt Rechtsverdrehler – und das Recht ist am Ende eine Farce.³³

II. Begriffliche Haarspalterei

- 20 Der Vorwurf der Rechtsverdreherei ist natürlich nicht neu, und schon im 19. Jahrhundert hat sich der bedeutende Zivilrechtler Rudolf von Jhering (1818–1892) über die juristische „Haarspaltemaschine“ lustig gemacht.³⁴ Wir wollen im Folgenden kurz zwei Beispiele betrachten, wie man mit dieser Maschine ein unerwünschtes Ergebnis korrigieren kann, ohne diese Korrektur „vom Ergebnis her“ als eine solche offenzulegen. Beide Beispiele betreffen den Umgang mit Gegnern der Verfassung und des Staats.

1. „verfassungswidrig“ – „verfassungsfeindlich“: Radikalenerlass

- 21 In den 1960er und 1970er Jahren hatte es in der Bundesrepublik eine starke radikal-linke Szene gegeben. Sie lehnte die „FDGO“ der Bundesrepublik (freiheitliche demokratische Grundordnung) ab und bevorzugte eine kommunistische Ordnung, wobei es allerdings innerhalb der linken Szene große Differenzen gab, etwa zwischen

30 Die Kommentarliteratur vermeidet eine intensive Auseinandersetzung und versteht ganz praktisch den Begriff „Verteidigung“ weit. Distanziert immerhin *Martin Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 18. Aufl., München 2024, Art. 87a Rn. 13: „Darüber hinaus sieht die Rspr. [Rechtsprechung] in Art. 24 Abs. 2 eine eigenständige, dem Verfassungsvorbehalt des Abs. 2 nicht unterliegende Einsatzermächtigung für eine Verwendung der Streitkräfte zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln der UNO und der NATO als Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit ... stattfinden.“

31 *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, 1053–1064 (1058, 1061 f.).

32 Siehe BVerfGE 90, 286 (383) – Out-of-area-Einsätze (1995): „Für den militärischen Einsatz von Streitkräften ist dem Grundgesetz das Prinzip eines konstitutiven Parlamentsvorbehalts zu entnehmen.“

33 Französisch *farce* bedeutet wörtlich: Posse, Schmierenkommödie, Schelmstück.

34 *Rudolf von Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), 13. Aufl., Leipzig 1924, Nachdruck Darmstadt 1992, S. 257.

denen, die zur Lenin-geprägten Sowjetunion, und jenen, die zum China unter Mao Tse-Tung neigten.³⁵ Seit 1968 gab es mit der DKP (Deutsche Kommunistische Partei) auch wieder eine Partei im Sinn von § 2 Parteiengesetz (PartG), die diese Richtung vertrat (in der leninistischen Variante). Zwölf Jahre zuvor war die damalige KPD (Kommunistische Partei Deutschlands) vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) für verfassungswidrig erklärt und aufgelöst worden.³⁶ Ein solches „Parteiverbot“ kann gemäß Art. 21 Abs. 2 und Abs. 4 GG nur das BVerfG verhängen – man nennt dies auch das Parteienprivileg.

Die hauptsächliche Folge dieses Privilegs ist, dass bis zu der – konstitutiven – Feststellung des **BVerfG**, dass eine Partei „**verfassungswidrig**“ ist (Art. 21 Abs. 2 GG), die Partei in ihrer Tätigkeit nicht behindert werden darf (etwa durch Versammlungsverbote) –, und es darf auch weder die Mitgliedschaft in der Partei noch die Tätigkeit für sie jemandem zum Nachteil gereichen.³⁷ So weit die Theorie. 22

In der Praxis stellte sich nun freilich ein doppeltes Problem: Ein erneutes Verbotverfahren, jetzt gegen die DKP,³⁸ hätte in den wilden 1968er und 1970er Jahren – ich übertreibe nur wenig – bürgerkriegähnliche Zustände befürchten lassen (es war auch die Zeit der RAF – Rote Armee Fraktion – von Andreas Baader und Ulrike Meinhof). Zudem war die linksradikale Szene nicht nur in Parteien organisiert, sondern auch, zum Teil geradezu programmatisch, als „außerparlamentarische Opposition“ (APO; bekanntestes Mitglied: Rudi Dutschke). 23

Wie man mit dieser Szene umgehen sollte, war politisch heikel. Besonders heikel wurde es dann, wenn vermutete Staatsfeinde in den „Staatsdienst“ aufgenommen werden wollten – etwa als Lehrer oder als Rechtsreferendar. Durfte „der Staat“³⁹ ihnen dies verwehren, wenn die Verfassungswidrigkeit ihrer Partei noch nicht festgestellt war? Man behalf sich damit, dass man eine subtile Unterscheidung traf zwischen der Verfassungswidrigkeit einer Partei (oder sonstigen politischen Gruppierung), die das BVerfG feststellt, und ihrer bloßen Verfassungsfeindlichkeit, die auch von anderen Instanzen festgestellt werden kann. Die Mitgliedschaft in einer solchen Partei oder Gruppierung konnte dann als ein Indiz für die Verfassungsfeindlichkeit des Bewerbers gewertet werden – und diese verhinderte letztlich seine Aufnahme in den öffentlichen Dienst.⁴⁰ (Nebenbei: Ob es sich um ein Beamtenverhältnis oder Arbeits- oder Angestelltenver- 24

35 Persifliert im Monty-Python-Film „The Life of Brian“ (1979): Schärfster Gegner der Volksfront von Judäa ist die Jüdische Volksfront (<https://www.youtube.com/watch?v=bpAUROoJR4Q> <21.02.2023>).

36 BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot (1956). – Wichtig ist in diesem Kontext zudem die Entscheidung zum Verbot der SRP (Sozialistischen Reichspartei) – einer Partei, die sich als Nachfolgeorganisation der NSDAP verstand –, in den ersten Jahren der Bundesrepublik: BVerfGE 2, 1 – SRP-Verbot (1952).

37 BVerfGE 12, 296 (305 ff.) – Gesellschaft für Deutsch-Sowjetische Freundschaft (GDSF) (1961): Keine Strafbarkeit eines Funktionärs der KPD vor deren Verbot.

38 Ich erinnere mich an ein Konzert des Liedermachers Hannes Wader im Audimax der Bielefelder Universität. Er war gerade, weil er gründlich nachgedacht hatte, der DKP beigetreten und empfahl beides auch seinem Publikum.

39 Im weiten Sinn; also nicht nur Bund und Länder (= Staaten im engeren Sinn, d.h. versehen mit unmittelbarer – autochthoner – Hoheitsgewalt), sondern auch Städte, Gemeinden, Universitäten etc. (= Bestandteile des Staates im weiteren Sinn, d.h. sie leiten ihre Hoheitsgewalt vom „Staat i.e.S.“ ab).

40 BVerfGE 39, 334 (359 f und Leitsatz 8) – Radikalenerlass/Extremistenbeschluss (1975).

hältnisses im öffentlichen Dienst handelte, durfte eigentlich keine Rolle spielen.⁴¹⁾ Das BVerfG hat diese Praxis einstimmig gebilligt, es gibt allerdings drei Sondervoten, die in der Begründung abweichen, eines auch sehr kritisch im Hinblick auf Art. 21 GG.⁴²⁾

Die Einzelheiten, obwohl sehr hübsch,⁴³⁾ können in unserem methodologischen Zusammenhang außer Betracht bleiben. Umso mehr verdient Beachtung, dass viele Jahre später (1995) der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Fall Dorothea Vogt – eine Lehrerin, die Mitglied der DKP gewesen war⁴⁴⁾ – in dieser Praxis einen Verstoß gegen Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention – EMRK – (Freiheit der Meinungsäußerung) erkannte. Allerdings gab es acht Richter, die dissentierten, und zwar auch im Ergebnis.⁴⁵⁾

- 25 Für die Methodologie wollen wir nur festhalten: Man kann, um ein unerwünschtes Ergebnis zu verhindern, begriffliche Unterscheidungen einführen, die haarspalterisch erscheinen. Was, bitte schön, ist der praktische Unterschied von „verfassungswidrig“ und „verfassungsfeindlich“? Beide wollen den Staat oder jedenfalls die „FDGO“⁴⁶⁾ abschaffen.

2. „darauf ausgehen“ – „darauf ausgerichtet sein“: NPD-Verbotsverfahren 2017

- 26 Die Kunst der Differenzierung, um ein Ergebnis zu manipulieren, hat das BVerfG schließlich vervollkommen in der – nun den Rechtsextremismus betreffenden – zweiten Entscheidung zum Verbot der NPD (Nationaldemokratische Partei Deutschlands).⁴⁷⁾ Auch hier fand sich die Regel, nach der zu entscheiden war, in Art. 21 Abs. 2 GG. Er sei, weil es um Wortklauberei geht, nun auch im Wortlaut zitiert (Hervorhebung J.L.):

Art. 21 Abs. 2 GG Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger **darauf ausgehen**, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig.

41 BVerfGE 39, 334 (355 f.) – Radikalenerlass (1975). Nichtsdestoweniger wird in derselben Entscheidung gefordert, dass für Rechtsreferendare auch eine Beschäftigung in einem Angestelltenverhältnis ermöglicht werden müsse.

42 BVerfGE 39, 334 (359 f und Leitsatz 8) – Radikalenerlass (1975); das sehr lesenswerte Sondervotum des Richters *Hans Rupp* findet man auf S. 380–385.

43 Der Beschwerdeführer war Mitglied der Roten Zelle Jura an der Universität Kiel. Nachdem er in Schleswig-Holstein abgelehnt worden war, hatte man ihn im roten Bremen, damals berüchtigt für seine kritische Version der Einphasigen Juristenausbildung, als Referendar angenommen.

44 Interview mit ihr am 20.01.2022: <https://www.youtube.com/watch?v=SHNTXVldK7g> <18.02.2023>.

45 EGMR, Urt. v. 26.09.1993 - 7/1994/454/535 -, in: Europäische Grundrechtszeitschrift (EuGRZ) 1995, 590 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 375.

46 Nebenbei: Das Kürzel „FDGO“ stammt aus der linken Szene und war ursprünglich leicht hämisch gemeint; vgl. auch das Lied von *Franz Josef Degenhardt*, Befragung eines Kriegsdienstverweigerers, 1972, mit dem berühmten Refrain: „Hier darf jeeeder machen was er will – im Rahmen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, versteht sich.“

47 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren II (2017); die erste Entscheidung hatte das Verfahren eingestellt, weil sich der Verfassungsschutz unerlaubter Mittel bedient hatte (V-Leute als Mitglieder des Bundes- oder Landesvorstandes der Partei): BVerfGE 107, 339 (365) – NPD-Verbotsverfahren I (2003).

a) Die Korrektur des Ergebnisses

Das BVerfG hatte, um es kurz zu machen (die Entscheidung umfasst genau 350 Seiten mit 1010 Randnummern), nach überaus umfangreicher Beweisaufnahme keine Zweifel daran, dass die NPD und die ihr nahestehenden Organisationen zum Ziel haben, die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen („verfassungsfeindliche Ziele“, Rn. 846, 861). 27

Die „FDGO“ wird vom Gericht dabei wunderbar ausgemalt – vor allem Menschenwürde und Demokratie, auch Rechtsstaatsprinzip –, und dies wird sodann mit dem Programm der NPD und Äußerungen ihrer Funktionäre kontrastiert. In ihnen zeigen sich sehr eindeutig u.a. Antisemitismus (Rn. 740 ff.) und Hass auf die „Demokratie der BRD“ (Rn. 794).

Allerdings hat dies dem BVerfG nicht genügt, um zu dem Urteil zu kommen, dass die NPD im Sinn des Art. 21 Abs. 2 GG **„darauf ausgeht“**, die FDGO zu beseitigen. Erforderlich für ein Darauf-Ausgehen sei vielmehr, „dass konkrete Anhaltspunkte von Gewicht bestehen, die einen **Erfolg** der mit der Verbreitung des verfassungswidrigen [sic!] Gedankenguts der Partei verbundenen Handlungsaufforderung *möglich erscheinen* lassen“ (Rn. 589, Hervorhebung J.L.). Dies wird sodann für den Fall der NPD verneint (Rn. 896 ff.). Insbesondere habe es die NPD nicht vermocht, eine „Atmosphäre der Angst“ oder der Bedrohung zu erzeugen, „die geeignet ist, die freie und gleichberechtigte Beteiligung aller am Prozess der politischen Willensbildung nachhaltig zu beeinträchtigen“ (Rn. 588, 977 ff.). Zwar wird ohne Weiteres zugegeben, dass Gewaltanwendung und Bedrohung seitens der NPD und ihrer Anhänger durchaus vorkommen. 28

So wird festgestellt, dass „insgesamt zwölf rechtskräftige Verurteilungen von Mitgliedern und Anhängern der Antragsgegnerin wegen Gewaltdelikten mit politischen Bezügen“ vorliegen (Rn. 973) und dass Drohkulissen aufgebaut wurden (z.B. Rn. 1004 f.). 29

Doch handle es sich dabei

„um meist [!] zufällig zustande gekommene Einzeltaten, die in der Gesamtschau noch nicht als Ausdruck einer der Antragsgegnerin zurechenbaren Grundtendenz zur Durchsetzung ihrer politischen Ziele mit Gewalt oder der Drohung mit Gewalt und einer damit verbundenen Schaffung einer Atmosphäre der Angst angesehen werden können“ (Rn. 1003).

Und dies reiche für ein **„Darauf Ausgehen“** nicht aus (so dass die NPD im **Ergebnis** nicht verboten wurde). Was aber war es dann? Wie soll man es nennen?

b) Die Ergänzung des neuen Ergebnisses

Das BVerfG hat diese Frage nicht selbst beantwortet. Es hat allerdings dem – verfassungsändernden – Gesetzgeber mehr als nahegelegt, hierfür ein geeignetes Wort zu finden und daran bestimmte Rechtsfolgen zu knüpfen. Das Parteiverbot, so der Kontext, sei ein derart scharfes und zudem zweischneidiges⁴⁸ Schwert, dass man die Parteien, die noch nicht gefährlich genug sind, besser mit anderen Mitteln bekämpft. Originalton: 30

⁴⁸ Worin diese Zweischneidigkeit besteht, führt das BVerfG allerdings nicht aus. Gemeint wohl: Das Verbot einer radikalen Partei führt zu einer weiteren Radikalisierung im Untergrund.

„Eine Modifizierung dieses Regelungskonzepts, etwa hinsichtlich der Schaffung von Möglichkeiten gesonderter Sanktionierung im Fall der Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG unterhalb der Schwelle des Parteiverbots, ist dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten“ (Rn. 527).

- 31 Im Klartext (und man darf wohl davon ausgehen., dass dies informell kommuniziert wurde): Man könnte solchen nur „verfassungsfeindlichen“ Parteien den Geldhahn zudrehen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat dies dankbar aufgegriffen, so dass es nun in einem neuen Absatz 3 des Art. 21 GG heißt (Hervorhebung J.L.):

Art. 21 Abs. 3 GG Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger **darauf ausgerichtet** sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen.⁴⁹

- 32 Kurz, die höchst subtile Unterscheidung lautet jetzt: „Darauf Ausgehen“ versus „Darauf Ausgerichtet Sein“, und an sie wird eine mehr als empfindliche Sanktion geknüpft. Die Neufassung des Art. 21 GG erscheint dadurch als eine leicht perfide Umgehung der alten Fassung, die „von Beginn an Bestandteil des Grundgesetzes“⁵⁰ gewesen war (siehe dazu auch oben unter I).

Als NPD-Anhänger hätte ich mich zugleich veräppelt und bestätigt gefühlt.

c) Der wahre Grund und die mögliche Gefahr

- 33 Aber ich weiß auch, und zwar wie viele andere – es ist ein vom BVerfG selbst offengelegtes Geheimnis –, was der wahre Grund der Entscheidung war: Das BVerfG wollte vermeiden, dass die NPD nach einem Parteiverbot vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zieht und dort möglicherweise gewinnt.

Siehe daher in der Entscheidung des BVerfG ausführlich die Randnummern 617–626 zu dessen – des EGMR – Rechtsprechung und über die Vereinbarkeit des BVerfG-Maßstabs mit ihr.

- 34 Es mag sein, dass insoweit wirklich eine Gefahr bestand – vielleicht auch für Parteien in anderen Staaten. Nichtsdestoweniger dürfte das jetzt in dieser Weise begründete Nicht-Verbot der NPD ebenfalls riskant sein: Wenn man eine Partei erst verbieten darf, wenn sie gefährlich genug ist, könnte es zu spät sein.

Und in der Zeit bis zu diesem Verbot hat die verfassungsfeindliche Partei einen Freibrief für ein bisschen Terror („meist zufällig zustande gekommene Einzeltaten“ ...⁵¹).

- 35 Eine gewisse Gefahr sehe ich aber auch für das Recht und die Jurisprudenz. Es dürfte den meisten so gehen, dass man die Argumentation des BVerfG als einen leicht zu durchschauenden **Trick** wahrnimmt. Verhindert werden sollte eine „rechtliche Realfolge“ (vgl. § 26 Rn. 3), nämlich ein Verfahren vor dem EGMR, und zwar durch Manipulation der Rechtsfolge, die auf der Hand lag (Feststellung der Verfassungswidrigkeit, § 46 Abs. 1 BVerfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz –). Dabei wurde allerdings

49 Der Vollständigkeit halber: Auch darüber hat das BVerfG zu entscheiden (Art. 21 Abs. 4 GG n.F. [neue Fassung]).

50 So wie im Fall BVerfGE 90, 286 (356) - Out-of-area-Einsätze (1994).

51 BVerfGE 144, 20 (366 Rn. 1003) – NPD-Verbotsverfahren II (2017).

der Wortlaut des Grundgesetzes in einer Weise **strapaziert**, die dem Durchschnittsbenutzer der deutschen Sprache so gewaltsam erscheinen dürfte, dass ich sie rechtlich für nicht mehr vertretbar halte („darauf ausgehen“ liege nicht schon dann vor, wenn man darauf ausgeht, sondern erst, wenn man damit Erfolg haben könnte). So etwas untergräbt in *the long run* das Vertrauen in das Recht.

Um vorzugreifen (s.u. § 33): Ich neige sehr dazu, die NPD-Entscheidung als **rechtlich misslungen** zu qualifizieren. Ob sie *politisch* gelungen ist, ist eine andere Frage. Wenn man an den Satz „Wehret den Anfängen“ denkt, kann man Zweifel haben.

III. Resümee und Überleitung zum Vierten Teil

Wir hatten diesen letzten, etwas heiklen Paragraphen des Dritten Teils mit einem Rückblick auf die logischen Kernthesen der Neuen Juristischen Methodenlehre begonnen („Logik, Logik, Logik“). Er dürfte nun, und zwar gerade am Beispiel der verdeckten Ergebnismanipulation, diese Thesen bestätigt haben.

36

Erstens ist das, was am Ende einen Rechtsfall entscheidet, immer das gewünschte *Ergebnis*. Auf dieses Ergebnis hin werden die Regel und der Fall konstruiert (These 5). Dabei ist die *Begriffsbildung* – also etwa die Definition des Begriffs „darauf ausgehen“ – gleichsam die Spitze einer Pyramide, von der aus man via Rechtsaussagen⁵² und Konklusionen auf den Boden des Ergebnisses gelangt (These 3). Letztlich handelt es sich um ein Geflecht von Syllogismen (These 1), das die (induktive) Subsumtion des Falls unter die Regel mit einem daraus (deduktiv) folgenden Ergebnis verknüpft – und wenn dies nicht passt, muss man sich (abduktiv) etwas Neues einfallen lassen.⁵³

Daraus folgt zweitens: In der Juristischen Methode geht nicht etwa das Schöpferische der Logik voran (These 2), und erst recht nicht leitet uns eine spezifische Werterkenntnis (These 4). Vielmehr probieren wir⁵⁴ je nach Schwierigkeit des Falls mehr oder weniger gewagt eine Reihe von teils alten, teils neuen syllogistischen Lösungsmodellen

37

52 Zur Terminologie: Die **Rechtsaussagen** können abstrakt generell sein („Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist zu bestrafen“), aber auch konkret individuell („A hat den X heimtückisch getötet“, „A ist zu bestrafen“). Hingegen versteht man unter einem **Rechtssatz** üblicherweise nur jene abstrakt-generellen Aussagen. Das ist nicht ganz präzise (denn auch die konkret-individuellen Aussagen werden in einem Satz ausgedrückt), die NJML wird es aber kaum ändern können; siehe auch § 14 Rn. 13, § 15b Rn. 1f. und schon § 5 II Rn. 25. – Besonders gelungen nach wie vor die Formulierung von *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Band 4 (1988), Spalten 751-760 (757): „satzhaft formulierbare normative Aussagen“ (wiederabgedruckt in: *Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94).

53 Wunderbare Formulierung: Es ist „eine Art in sich zurückschwingende Induktion“, so *Alexander Hollerbach*, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ in der Festschrift für Carl Schmitt, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR) 85 (1960), 241–270 (255); wiederabgedruckt in: *Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, 107–133 (120). – Eindrücklich zum Kontext dieses berühmten Aufsatzes *Anna-Bettina Kaiser*, *Alexander Hollerbach – Staatsrechtslehrer und Hesse-Schüler*, in: Urs Kindhäuser/Stephan Kirste/Joachim Lege/Gerhard Robbers (Hrsg.), *Das Menschliche im Recht. Gedächtnisschrift für Alexander Hollerbach*, Tübingen 2024, S. 47–53.

54 Für eine etwas vagare Konzeption von experimentierender Rechtsgewinnung siehe *Reinhold Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., München 2011, § 11 III und öfter; siehe auch *Reinhold Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München 2021, § 12 I c.

aus, um eine möglichst schlüssige, folgerichtige, kurz: logische Lösung für ein rechtliches Problem zu finden – die freilich stets in Konkurrenz mit anderen steht.

- 38 Ob und in welchem Sinn eine Lösung dann „richtig“ ist, dieser Frage wollen wir uns nun im Vierten Teil zuwenden. Dabei ist es ganz passend, dass wir mit Beispielen geendet haben, in denen Gerichte für so manchen Betrachter die sprachliche **Schmerzgrenze** überschritten haben. Dies könnte ein Hinweis darauf sein, dass die letzten Kriterien rechtlicher und juristischer Richtigkeit im Bereich der **Wahrnehmung** liegen, anders gewendet: im Bereich der **Ästhetik**.