

# TEIL I: EINFÜHRUNG IN DIE JURISTISCHE METHODENLEHRE

## Einleitung:

### Rechtsanwendung und juristische Methodenlehre

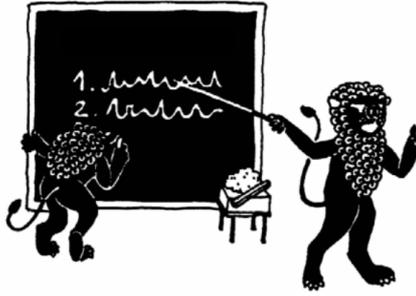
*Rechtsanwendung* meint hier als umfassender Begriff neben der Gesetzesauslegung im engeren Sinne auch die Anwendung sonstiger Rechtsnormen (etwa Richterrecht, Gewohnheitsrecht) sowie die Auslegung von Rechtsgeschäften (etwa privaten oder öffentlich-rechtlichen Verträgen, → 3.1). Die Rechtsanwendung erfordert Antworten auf methodische Grundfragen, nämlich

- welches *Ziel* hat die Rechtsanwendung? (Rechtsanwendung als verfassungsgemäßer, rational kontrollierter und kontrollierbarer Prozeß der Umsetzung generell-abstrakt formulierter Rechtsnormen [die durch die Rechtsquellenlehre definiert sind, → 1.] auf konkrete Streitfälle oder Problemlagen, indem anhand der normativ vorgegebenen Wertungen eine sachgerechte Entscheidung gefunden wird [juristische Subsumtion, → 2.]
- welche *Arbeitsschritte* sind zu bewältigen? (Rechtsanwendung als Subsumtionsvorgang [-> 2.] mit Auslegung der Rechtsnormen und argumentativer Entscheidung zwischen alternativen Lösungsansätzen [juristische Hermeneutik und Rhetorik, → 3.]
- wie wird der zu beurteilende *Sachverhalt* festgestellt? (Sachverhaltsfeststellung als verfahrensrechtliches Beweismittelgewinnungsproblem und ggf. der Beweislastverteilung)
- gibt es eine *einheitliche Methode* der Rechtsanwendung oder bestehen innerhalb der Rechtswissenschaften (Normkomplexe) *verschiedene Methoden*? (Mehrheit der Rechtsanwendungsmethoden, allerdings ohne Methodenbeliebigkeit [z.B. strafrechtliche Sonderregelungen der Unschuldsvermutung mit dem Zweifelsatz "in dubio pro reo", dem Gesetzmäßigkeitsprinzip "nullum crimen, nulla poena sine lege" [-> 3.6] sowie der Selbstbelastungsfreiheit "nemo tenetur se ipsum accusare/prodere"], wobei die Frage nach der Methode keine wissenschaftstheoretische, sondern praktische nach der [letztlich] richterlichen Entscheidungsfindung ist, nicht zuletzt soweit es um die richterliche Rechtsfortbildung [-> 3.5] geht).

Die Frage nach der Methodenwahl ist die nach einer rationalen Kontrolle der Rechtsanwendung, nach deren (wissenschaftlicher) Objektivierbarkeit oder ihrer Abhängigkeit von den jeweiligen sozialen und ökonomischen Umständen (Zeitgeist) bzw. dem Vorverständnis des Rechtsanwenders, letztlich auch nach der Machtverteilung unter den konkurrierenden Gewalten der Legislative und der Judikative. Insofern ist die Methodenfrage eine Verfassungsfrage nach der realen Gewaltentrennung zwischen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und der (gesetzesgebundenen!) Rechtsprechung - und damit nach der "Herrschaft der Gesetze" als Demokratieprinzip oder aristokratisch-oligarchische Richterherrschaft.

Indem die Methodenlehre nachvollziehbar den methodischen Rechtsanwendungsprozeß offenlegt, leistet sie einen Beitrag

- zur *Gewaltenteilung*, da so erkennbar wird, ob die Gesetzesbindung der Rechtsanwender (Art. 20 Abs. 3 GG) und hier insbesondere die Abhängigkeit der Rechtsanwendung von den *gesetzlichen* Wertungen beachtet oder mißachtet wurde,
- zur *Gleichbehandlung* und *Rechtssicherheit*, da die Rechtsanwendung und dabei Rechtsfortbildung allgemein und gleich erfolgen soll,
- zur *Überprüfbarkeit* des Rechts, da erst über die erfolgte Begründung die Entscheidung der Kritik zugänglich wird,
- zur *Selbstkontrolle* und damit Selbsterkenntnis der Rechtsanwender,
- zur *Rechtsstaatlichkeit* und gibt so der Rechtsanwendung ihre "innere Moralität".



## 1. Rechtstheoretische Grundlagen

### 1.1. Die Rechtsnorm

#### a) Der Begriff der Rechtsnorm

Der Begriff der *Norm* kommt aus dem Lateinischen, wo "norma" das Winkelmaß ist und zugleich im übertragenen Sinne die Richtschnur, Norm oder Regel meint. Somit erfolgte von der Herstellung maßgerechter Werkstücke eine Übertragung auf das menschliche Handeln, als dessen Steuerungsinstrument und Prüfungsmaßstab die Norm nun dient.

Formal<sup>1)</sup> lassen sich *Rechtsnormen* definieren als - zumindest mittelbar (dazu s.u. 1.3.a) - hoheitliche Anordnungen, die - anders als etwa ein Vertrag oder Verwaltungsakt - für eine unbestimmte Vielzahl von Personen (Normadressaten) und ohne Rücksicht darauf, ob diese der Norm zugestimmt haben, allgemein verbindliche Regelungen enthalten. Folgt man dieser üblichen Definition, so ergibt sich das Problem der nichtstaatlichen Rechtsnormen, zunächst des Kirchenrechts, sodann des Gewohnheitsrechts, des Tarifrechts, ferner des Völkerrechts (als internationalem Recht) und nicht zuletzt des Richterrechts. Im folgenden wird deshalb mit *Recht* die Summe der geltenden, d.h. vom Gesetzgeber erlassenen und/oder von den Gerichten angewandten Normen gemeint (somit "quid sit iuris" [was sei Recht] statt "quid est ius" [was ist Recht]).

Normtheoretisch läßt sich die Rechtsnorm durch die folgenden drei Grundelemente bestimmen:

- (1) Der Rechtssatz ist eine generell adressierte Norm.
- (2) Der Rechtssatz ist eine bedingte Norm, d.h. er besteht aus einer deskriptiven Beschreibung seiner Anwendungsvoraussetzungen (= Tatbestand) sowie aus einer Sollens- und Verhaltensanforderung (= Rechtsfolge).
- (3) Der Rechtssatz bringt eine Wertung zum Ausdruck.

<sup>1</sup> Wesentlich schwerer ist eine *materiale* Definition des Rechts, denn bei der inhaltlichen Bestimmung der Wesensmerkmale des Rechts ist zu beachten, daß neben den materiellen Rechtsnormen, den sog. *Primärnormen*, stets auch formale Rechtsetzung- (sog. Erkenntnisregeln) und Rechtsdurchsetzungsregeln (sog. Erzwingungsregeln), die sog. *Sekundärnormen*, Bestandteil einer Rechtsordnung sind. Auch sie können für eine (formale) Definition des Rechts herangezogen werden. Doch ist zu beachten, daß eine allein formale Definition oder auch materiale Begründung der Rechtsgeltung, also ein rein legalistisches Prinzip, insofern versagen muß, als das Recht gerade auch durch die Macht, die reale Chance seiner Durchsetzbarkeit, bedingt ist, wie etwa revolutionäre Umstürze oder die sog. *normative Kraft des Faktischen* zeigen.

Als "Wesensmerkmale" des Rechts werden angesehen,

- die Zwangsdurchsetzung durch den Staat (staatliches Gewaltmonopol)
- die Rechtsdurchsetzung im Wege eines förmlichen Verfahren (insbesondere Gerichtsverfahren, aber auch Verwaltungsverfahren; Entscheidungsfindung und -vollstreckung)
- die schriftliche Fixierung des Rechts (wenngleich nicht unbedingt erforderlich),
- die Rechtsetzung in einem besonderen Verfahren als demokratische Legitimation des Rechts und
- die Ausrichtung auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit,
- ferner die Rechtssicherheit als eine Eigenart des Rechts, die aus seiner Erzwingbarkeit und inhaltlichen Fixierung folgt und auch die Möglichkeit umfaßt, daß der einzelne (notfalls zwangsweise) sein Recht durchsetzen kann.

## b) Abgrenzungsfragen: Rechtsnormen, soziale Normen, Moral

Die Rechtsnormen sind verhaltensbestimmende *Sollensnormen* im Gegensatz zu den *Seinsnormen* der Naturwissenschaften, die der Beschreibung der Gesetzmäßigkeiten der Natur dienen.

Die Rechtsnormen sind vor allem abzugrenzen

- zu den *sozialen Normen* der Sozialwissenschaften, die einerseits - aufgrund empirischer Beobachtung - das menschliche Verhalten und andererseits das Wirken dieser Verhaltensweisen für das gesellschaftliche Zusammenleben beschreiben (etwa die Sanktionierung abweichenden Verhaltens im Wege sozialer Kontrolle);
- ferner zu der *Moral* als Inbegriff moralischer Normen, Werturteile und Institutionen - kurz: sittlicher Wertmaßstäbe -, die auf kultureller Erfahrung, Religion oder philosophischer Anschauung gründen und ein Regelsystem für menschliches Verhalten enthalten.

Dabei können Rechts- und Moralnormen auf gemeinsamen Wertvorstellungen (Grundwerten) beruhen. Ein gewisses Minimum verbindlicher, grundsätzlich anerkannter Sozialmoral ist insofern sogar Bedingung des Rechts, dessen Wertmaßstäbe sittlich guten, billigen oder gerechten Handelns es mitbestimmt (und diese Wertmaßstäbe werden ihrerseits durch die Rechtsanwendung gefestigt). Hingegen ist die Forderung nach der "Einheit von Recht und Moral" ein Kennzeichen totalitärer (meist: Unrechts-) Systeme.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen Recht und Moral bestehen in der Gewährleistung der Verbindlichkeit sowie Durchsetzbarkeit des Rechts mittels staatlichen Zwangs, während die Moralnormen - ungeachtet der bestehenden sozialen Kontrolle und Sanktionen - auf der inneren Freiheit zur Einsicht (Moralität) des Handelnden beruhen.

## c) Die Struktur der Rechtsnormen

Die Rechtsnormen sind als Konditionalsätze ausgestaltet bzw. lassen sich zu solchen umformulieren (sog. *Imperativentheorie*), nämlich daß bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestands eine bestimmte Rechtsfolge eingreift ("wenn ... [= Tatbestand], dann ... [= Rechtsfolge]"). Dabei kann man unterscheiden zwischen vollständigen und unvollständigen Rechtsnormen: Während

- die *vollständigen Rechtsnormen* Gebots-, Verbots- oder Erlaubnissätze aufstellen, deren Anwendungsvoraussetzungen sie ebenso umschreiben (= Tatbestand) wie sie das geforderte Verhalten (= Rechtsfolge) bestimmen,
- ergeben die *unvollständigen Rechtsnormen* (z.B. Legaldefinitionen oder Fiktionen) erst im Zusammenwirken mit anderen Rechtssätzen einen rechtlichen Imperativ.

Als Normarten lassen sich unter anderem unterscheiden Gebots-/Verbotsnormen, Ausnahmevorschriften (z.B. Rechtfertigungsgründe), Zweckprogramme (Zielvorgaben), Ermächtigungsnormen, *Legaldefinitionen* (= gesetzliche Begriffserläuterungen [z.B. in §§ 11 StGB, 157 StPO], teilweise als sog. Klammerdefinition [z.B. in § 119a Abs. 2 StPO für die "Legende"], *Fiktionen* (= im Gesetz wird - quasi als gesetzliche Lüge - entgegen der Wirklichkeit eine Tatsache als gegeben bzw. nicht gegeben festgelegt [= fingiert] und so die Anwendung eines sonst nicht eingreifenden Rechtssatzes ermöglicht; meist umschrieben mit "gilt als ...", z.B. in § 1932 Abs. 2 BGB) und Vermutungsregeln.

Im Hinblick auf die gesetzestechnische Ausgestaltung von Rechtsnormen sind vor allem nachfolgende Erscheinungsformen des Rechts bzw. Rechtsbegriffe von Bedeutung:

- **Generalklauseln** sind Rechtsnormen, die - in der Regel unter Verwendung allgemeiner bzw. wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe - nur einen allgemeinen Grundsatz aufstellen, um so die Anwendbarkeit auf eine Vielzahl von Fällen sicherzustellen und dadurch das Recht von einer Vielzahl von Einzelregelungen zu entlasten. Die konkrete Inhaltsbestimmung im Einzelfall bleibt somit letztlich den Gerichten (unter Mithilfe der Rechtswissenschaft) überlassen. Bedeutende Generalklauseln enthalten §§ 138, 826 BGB ("gute Sitten"), §§ 157, 242 BGB ("Treu und Glauben"), die "Rechtswidrigkeitsklausel" in § 240 Abs. 2 StGB oder als Ermächtigungsnormen die polizeilichen Generalklauseln (§§ 1, 3 bw. PolG bzw. sächs. PolG) sowie die Zuständigkeits- und (seit StVÄndG 1999

auch) Befugnisnormen für die Staatsanwaltschaft und Polizei im strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsverfahren (§§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO).

- **Unbestimmte Rechtsbegriffe** sind solche, deren Inhalt nicht durch einen fest umrissenen Tatbestand ausgefüllt wird, sondern bei der Rechtsanwendung auf einen bestimmten Sachverhalt im Einzelfall in tatsächlicher (z.B. Begriff der "Dunkelheit" oder "Nacht") oder rechtlicher Hinsicht (z.B. "berechtignte Interessen", "Gemeinwohl", "verwerflich", "Gefahr im Verzug") einer Fixierung, oft durch Wertausfüllung, bedarf.

Die Gesetzesbindung der Exekutive kann weiter durch das gesetzliche Einräumen von *Ermessen* oder eines *Beurteilungsspielraums* gelockert sein. Die gerichtliche Kontrolle der Exekutive wird hierdurch - anders als bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe - begrenzt, da der Exekutive insoweit das Recht zur Letztentscheidung zukommt:

- **Ermessen** meint dabei, daß bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands die Exekutive auf der Rechtsfolgenseite zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen kann, sei es hinsichtlich des "ob" des Einschreitens (*Entschließungsermessen*, z.B. beim Opportunitätsprinzip) oder der zu treffenden Maßnahme (*Auswahlermessen*, z.B. der Wahl der Eingriffsmaßnahme im Polizeirecht).
- Bei einem **Beurteilungsspielraum** wird hingegen der Exekutive auf der Tatbestandsseite ein Frei- raum gerichtlich nicht überprüfbarer Wertung und Einschätzung eingeräumt (z.B. bei Prüfungs- oder Prognoseentscheidungen).

- **Blankettnormen** sind Rechtsvorschriften, die zwar eine Rechtsfolge festlegen, aber für die nähere Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen auf andere Rechtsquellen (insbesondere Ausführungsvorschriften) Bezug nehmen. (Dabei ist eine entsprechende Ermächtigungsnorm zum Erlaß der blankettausfüllenden Rechtsnorm erforderlich, meist ist sie in der Blankettnorm selbst enthalten.)

Wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes (s.u. 3.6) müssen bei Blankettstrafgesetzen (z.B. §§ 184, 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB; 34 Abs. 4 AWG) die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit schon aus der Blankettnorm selbst ersichtlich sein, während die Detailregelung der (unter Umständen auch untergesetzlichen) blankettausfüllenden Normen vorbehalten bleiben kann; im übrigen müssen für den Betroffenen aufgrund seiner Vertrautheit mit dem in Bezug genommenen Rechtsgebiet die blankettausfüllenden Normen erkennbar sein, wobei nach h.M. für ihn auch eine Informationspflicht besteht. Hierbei sind auch sog. gestufte Blankette sowie dynamische Verweisungen (beachte § 2 Abs. 3 StGB) zulässig. Die blankettausfüllenden Normen sind bei allen dogmatischen Fragen grundsätzlich als Teil der Blankettnorm anzusehen und zu berücksichtigen.

"Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist.  
... Das Recht gilt nicht, *weil* es sich durchzusetzen vermag, sondern es gilt,  
*wenn* es sich wirksam durchzusetzen vermag, *weil* es nur dann Rechtssicherheit zu gewähren vermag"  
*Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 81 f*

"Es gibt also Rechtsgrundsätze die stärker sind als jede rechtliche Satzung,  
so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist."  
*Gustav Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (RNZ v. 12.9.1945, S. 3)*

Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht, | Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,  
Wenn unerträglich wird die Last - greift er | Hinauf getrost in den Himmel  
Und holt herunter seine ewgen Rechte, | Die droben hangen unveräußerlich  
Und unzerbrechlich wie die Sterne selbst - | Der alte Urstand der Natur kehrt wieder,  
Wo Mensch dem Menschen gegenübersteht - | Zum letzten Mittel, wenn kein andres mehr  
Verfangen will, ist ihm das Schwert gegeben - | Der Güter höchstes dürfen wir verteidigen  
Gegen Gewalt - Wir stehn vor unser Land, | Wir stehn vor unsre Weiber, unsre Kinder!  
*Friedrich Schiller, Wilhelm Tell, 2. Aufzug - 2. Szene (Stauffacher)*

## 1.2. Aufgaben und Grenzen des Rechts

Rechtssätze enthalten Wertungen, die im Hinblick auf die angestrebten Zwecke der zugrundegelegten Wertordnung zweckmäßig oder unzweckmäßig, angemessen oder unangemessen, gerecht oder ungerecht, nicht aber objektivierbar wahr oder falsch sein können. Als gesetzliche Wertungen sind sie für alle Adressaten der Rechtsnorm verbindlich. Das sind neben den Bürgern auch die Rechtsanwender in der Verwaltung und den Gerichten sowie - begrenzt - sogar der Gesetzgeber (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG: "Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind Gesetz und Recht gebunden.", siehe auch Art. 79 Abs. 3 GG). Dabei können sich - gerade bei eklatant ungerechten gesetzlichen Wertungen - Konflikte ergeben, die die Frage nach den Zielen des Rechts, nach Recht und Gerechtigkeit bzw. Recht und Unrecht aufwerfen.

### a) Die *Trinomie des Rechts*

Das Recht soll nicht nur den Rechtsfrieden zwischen den Parteien wiederherstellen und ihnen Rechtssicherheit geben, sondern vor allem zweckmäßig und materiell gerecht sein (sog. *Trinomie des Rechts*), dabei können sich - wie die landläufige Unterscheidung von "recht haben und recht bekommen" zeigt - zwischen den erstrebten Zielen der Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit Konflikte ergeben.

- *Rechtssicherheit* meint in erster Linie die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit rechtlicher Gebote und ihrer Anwendung (nicht zuletzt aufgrund inhaltlich eindeutiger und nach Möglichkeit dauerhafter Gesetze sowie einer entsprechend gleichmäßigen Rechtsanwendung durch die Gerichte), daneben aber auch die Effektivität der Rechtsordnung (nämlich daß die Gebote und Verbote der Gemeinschaft auch durchgesetzt, ihnen Geltung verschafft wird), so daß der einzelne auch "sein" Recht bekommt.
- *Zweckmäßigkeit* bedeutet, daß durch das Recht auch die durch es bezweckten Ziele erreicht werden, es insofern praktikabel sowie interessengerecht ist.
- *Gerechtigkeit* "ist diejenige Eigenschaft einer Handlung, eines Handlungsobjekts, einer Norm oder einer Normenordnung, durch die eine gute Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs von Gütern und Lasten bewahrt oder hergestellt wird."<sup>2)</sup>

### b) Recht und Gerechtigkeit

Angesichts der großen Spannweite und Vielfalt älterer wie neuerer normativer Gerechtigkeitstheorien erscheint die Frage nach der Gerechtigkeit kaum rational entscheidbar (verneinend daher der *Wertrela-*

<sup>2</sup> Ralf Dreier, Recht und Gerechtigkeit, in: Funkkolleg Recht, Studienbegleitbrief 2, Weinheim 1982, S. 20.

*tivismus*: ethische und damit auch Gerechtigkeitsfragen sind hiernach als "letzte" Wertüberzeugungen nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig, über ihre Durchsetzung entscheidet der politische Macht- und Meinungskampf). Gleichwohl bedarf es angesichts der nicht nur ethisch, sondern wohl auch rechtlich gebotenen Auseinandersetzung mit staatlichem Unrecht in der jüngsten deutschen Vergangenheit einer Antwort auf die Frage, ob bzw. inwieweit die totalitären Rechtsordnungen des Nationalsozialismus bzw. SED-Sozialismus als "Recht" anzuerkennen sind. Dabei sind jene Fälle rechtlich unproblematisch, die schon vor der entsprechenden Rechtsordnung, soweit man sie ernst nimmt, als willkürliche Rechtsüberschreitung anzusehen sind - und diese Fälle sind, wie die jüngste deutsche Vergangenheit zeigt, in totalitären Regimen keineswegs selten. Versucht man durch Rechtsvergleichung und Betrachtung der Rechtsgeschichte Kriterien für eine gerechte "Rechts"ordnung zu gewinnen, so gelangte man wohl zu den folgenden (vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn 386):

- (1) Selbstbestimmung als Ausdruck der Menschenwürde und Freiheit des einzelnen,
- (2) Gleichheit im Sinne von Gleichbehandlung, Sachgemäßheit, Verhältnismäßigkeit und Fairneß (oder andersherum: als Abwesenheit von Willkür und ungerechtfertigter Ungleichbehandlung), auch im Sinne einer "billiger" (*aequitas*) Einzelfallentscheidungen fähigen und diese anstrebenden Ordnung,
- (3) ein Mindestmaß an Rechtssicherheit (d.h. Vorhersehbarkeit und Dauerhaftigkeit) und
- (4) Abwägung der sozialen Folgen staatlichen Handelns.

Hier sollen ideengeschichtliche bzw. rechtsphilosophische Ansätze der Begründung der Rechtsgeltung außen vor bleiben. Sie spielen allerdings bei der Abgrenzung von Recht und Unrecht und insbesondere bei der Frage nach unveräußerlichen menschenrechtlichen Standards im internationalen und nationalen Recht (vgl. die Menschenrechte und Grundfreiheiten) durchaus eine Rolle. Da das Natur- bzw. Vernunftrecht heute ohnehin vor allem ein Instrument zur Bewältigung von Ausnahmelagen im Recht ist, kann es hier mit dem Vorstellen der theoretischen Ansätze sein Bewenden haben:

- Die *Naturrechtstheorien* versuchen aus für (vor-)gegeben angenommenen Tatsachen (etwa einer kraft göttlichen Willens bestehenden Ordnung) Werturteile abzuleiten,
- während die *Vernunftrechtstheorien* moralische Urteile rational, d.h. durch Einsatz der menschlichen Vernunft entwickeln und legitimieren wollen.

Definiert man - wie hier geschehen - das Recht als staatlich gesetztes, d.h. *positives Recht* (von lat. *positum* = gesetzt), wird damit die Anerkennung vorstaatlicher oder außergesetzlicher, insofern überpositiver Rechtssätze naturrechtlicher oder vernunftrechtlicher Herleitung (zunächst einmal) verneint. Soweit innerhalb eines solchen positiven Systems gleichwohl ausnahmsweise auf überpositives Recht Bezug genommen, dieses anerkannt wird, wird es über den Erkenntnisvorgang oder das Anerkennungsverfahren allerdings zugleich Teil des positiven Rechts und insofern positiviert.

- Der *rechtswissenschaftliche Positivismus* (oder: Gesetzespositivismus) anerkennt als Recht nur die staatlich gesetzten Rechtssätze. Einzige Rechtsquelle ist für ihn der normsetzende Wille des staatlichen Gesetzgebers, von dem sich die anderen anerkannten Rechtssätze der Exekutive bzw. Judikative ableiten; allein maßgebender Geltungsgrund der Rechtsnormen ist ihr formal verfassungsgemäßes Zustandekommen - einer weiteren, insbesondere "inhaltlichen" Begründung sind sie weder bedürftig noch fähig, da der Gesetzgeber bei der Rechtsetzung nicht an materiale Rechtsgrundsätze, moralische oder ethische Grundwerte als etwaige Kriterien "richtigen" oder "gerechten" Rechts gebunden ist.

Wenn hiernach auch keine "inhaltliche" Kontrolle stattfindet, so kann sich doch bei einem Abweichen von den grundlegenden, allgemein anerkannten Standards der Sozialmoral bzw. Menschenrechte und Grundfreiheiten die - unter Umständen revolutionär rechtfertigend wirkende - moralische Pflicht zur Nichtbeachtung und Auflehnung gegen derartiges "Un-"Recht ergeben. Dies zeigt, daß das Problem staatlichen Macht- oder Rechtsmißbrauchs sich allein mit rechtlichen Mitteln nicht lösen läßt. Bei totalitären Entgleisungen oder ähnlichen grundlegenden Wandlungen des Rechts wird denn auch regelmäßig natur- oder vernunftrechtlichen Überlegungen "entlegitimierende" Bedeutung beigemessen.

### c) Recht und Unrecht

Für den *Rechtspositivismus* (hier im Sinne strikter Trennung von Recht und Moral) stellt sich die Frage der Gerechtigkeit als ein Kriterium des Rechts nicht, stellt er doch die Rechtsqualität eines Normensystems allein anhand formaler, rechtstheoretischer Kriterien fest.<sup>3)</sup> In der deutschen Rechtswissenschaft des letzten Jahrhunderts herrschte zunächst der juristische Positivismus vor, der im Sinne der Rechtssicherheit eine Beachtung auch ungerechten Rechts fordert(e), so etwa auch bei *Gustav Rad-*

---

<sup>3</sup> Siehe hierzu etwa *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 50 f. (→ Materialien).

*bruch*<sup>4</sup>) (1878-1949). Infolge seiner Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Diktatur sprach sich *Radbruch* kurz nach dem Zweiten Weltkrieg allerdings für eine Differenzierung aus, indem er zwar grundsätzlich auch ungerechtes Recht als verbindliches Recht betrachtet, diesem aber im Falle krassen Unrechts die Rechtsgeltung und, wenn Gerechtigkeit im Sinne der gleichen Behandlung Gleichens nicht einmal erstrebt wird, den Charakter des Rechts überhaupt abspricht<sup>5</sup>). Die von ihm geprägte (und später nach ihm benannte) sog. **Radbruchsche Formel** besagt: "Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahingehend zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat."<sup>6</sup>) Dieser Ansatz wurde später von der deutschen höchstgerichtlichen Rechtsprechung bei der rechtlichen Auseinandersetzung mit den beiden deutschen Unrechtsregimen übernommen und ist heute wohl in der Rechtswissenschaft vorherrschend, wenn auch keineswegs unumstritten.

Als Kritiker ist vor allem *Herbert L. A. Hart*<sup>7</sup>) hervorgetreten, der im rechtspositivistischen Sinne für eine strikte Unterscheidung zwischen Rechtspflicht und Moralpflicht eintritt: Danach kann jede beliebige Norm, auch die moralisch verwerflichste, positives Recht und damit rechtlich verbindlich sein. Damit sei aber noch nichts darüber gesagt, ob man ihr auch moralisch Gehorsam schulde. Vielmehr gebe es eine moralische Pflicht, grob ungerechten Gesetzen den Gehorsam zu verweigern - dies ganz im Bewußtsein der Konsequenzen, die im Ungehorsamsfalle zu tragen seien. (Hierdurch werde nebenbei auch das moralische Bewußtsein der Bevölkerung gestärkt, indem der einzelne stets kritisch "außerhalb des offiziellen Systems" das Gehorsamsproblem zu entscheiden habe.)

Dem wird wohl zu Recht entgegengehalten, der fragliche Konflikt zwischen Recht und Moral sei - angesichts der Unabdingbarkeit der Positivierung des Rechts unter heutigen gesellschaftlichen Bedingungen - kein individueller, ausschließlich moralischer Gewissenskonflikt, sondern auch ein allgemeiner und rechtlicher Konflikt.<sup>8</sup>) Im übrigen erscheint zweifelhaft, ob die Differenzierung zwischen Moral und Recht nicht insofern zu einer keineswegs ungefährlichen Infragestellung der Rechtsordnung führen kann, wenn moralisch gerechtfertigtes, aber rechtlich verbotenes Verhalten einfach als gerechtfertigt und somit zum Widerstand berechtigt angesehen wird, ohne daß insoweit die in einer rechtsstaatlich verfaßten Demokratie nur in Ausnahmefällen erreichte Grenze gesetzlichen Unrechts erreicht wäre<sup>9</sup>) (merke: als verfassungswidrig erkannt Recht ist schon systemimmanent kein "Recht").<sup>10</sup>)

Bei der Frage der rechtlichen Bewältigung von gesetzlichem Unrecht, nämlich ob bzw. inwieweit eine ungerechte Rechtsordnung durch nachfolgende oder andere Rechtsordnungen anzuerkennen ist, geht es - zum einen um die Bestimmung möglichst allgemeingültiger Kriterien ungerechten Rechts,

<sup>4</sup> Siehe hierzu etwa *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, § 10, S. 81 ff (→ Materialien).

<sup>5</sup> Somit differenziert Radbruch zwischen einerseits ungerechtem, (nur) unrichtigem Recht (sog. Unerträglichkeitsformel) und andererseits gewolltem gesetzlichem Unrecht als Nichtrecht (sog. Verleugnungsformel). In die Rechtsprechung Eingang gefunden hat der erste Ansatz der Unerträglichkeitsformel, während Radbruch selbst dem zweiten Ansatz im Hinblick auf die nationalsozialistische Rechtsperversion besondere Bedeutung zumaß.

<sup>6</sup> *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 (107); auch abgedruckt in *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, Heidelberg 1999, S. 211 (216).

<sup>7</sup> *Herbert L. A. Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: *ders.*, Recht und Moral. Drei Aufsätze, Göttingen 1971, S. 14 (39 ff).

<sup>8</sup> Vgl. *Ralf Dreier*, Recht und Gerechtigkeit, in: Funkkolleg Recht, Studienbegleitbrief 2 a.a.O., S. 35.

<sup>9</sup> Innerhalb des demokratischen Verfassungsstaates des Grundgesetzes (mit den die Legitimität der Rechtsordnung begründenden Grundelementen des staatlichen Gewaltmonopols, der Gewaltenteilung, eines effektiven Schutzes elementarer Menschenrechte und effektiver demokratischer Mitwirkungsrechte) wurde im Rahmen der sog. Notstandsverfassung auch das *Widerstandsrecht gegen Bestrebungen, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen*, normiert und in Art. 20 Abs. 4 GG verankert. Seine Voraussetzungen umschreibt das Bundesverfassungsgericht wie folgt: "Wenn es angesichts des grundgesetzlichen Systems der gegenseitigen Hemmung und des Gleichgewichts staatlicher Gewalten und des wirksamen Rechtsschutzes gegen Verfassungsverstöße und -verfälschungen von Staatsorganen ein dem Grundgesetz immanentes Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten gibt, so sind an seine Ausübung jedenfalls folgende Anforderungen zu stellen:

(1) Das Widerstandsrecht kann nur im konservierenden Sinne benutzt werden, d.h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung.

(2) Das mit dem Widerstandsrecht bekämpfte Unrecht muß offenkundig sein.

(3) Alle von der Rechtsordnung zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe müssen so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, daß die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist." (*BVerfGE* 5, 85 - KPD-Verbot)

<sup>10</sup> Siehe zum Ganzen *Lothar Kühlen*, Normverletzungen im Recht und in der Moral, in: *Michael Baurmann/Hartmut Kliemt* (Hrsg.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, Freiburg 1990, S. 63, insbesondere S. 86 ff.

- zum anderen um die Frage der Legitimation rückwirkender Verwerfung von Recht im Hinblick auf das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot.

Die Kriterien gesetzlichen Unrechts werden, bereits bei *Radbruch*, vielfach unter Rückgriff auf überstaatliche Rechtsnormen bestimmt, nämlich ob ein Verstoß gegen dem allgemeinen Völkerrecht zuzurechnende internationale Gewährleistungen fundamentaler Menschenrechte und Grundfreiheiten bzw. ein völkerrechtliches Verbrechen (sog. *international crime*) vorliege (vgl. zu letzteren nunmehr Artt. 5-8 des [Rom-]Statuts des internationalen Strafgerichtshofs). Dies hat den Vorteil, nicht auf unbestimmte natur- oder vernunftrechtliche Formeln oder Moralvorstellungen zurückgreifen zu müssen, sondern an Rechtsnormen anknüpfen zu können (mögen diese auch Ausdruck gegenwärtiger natur- oder vernunftrechtlicher Erkenntnis angeborener individueller Rechte bzw. Schranken staatlicher Willkür sein).

Als allgemeine Kriterien oder Basis eines der Freiheit und Gleichheit verpflichteten "Rechts-"Staates sind die Gewährleistung des staatlichen Gewaltmonopols, die Achtung der Gewaltenteilung, die Anerkennung bürgerlicher, politischer und sozialer Rechte, d.h. die Achtung fundamentaler Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie eine demokratisch verfaßte Staatsordnung anzusehen (vgl. auch oben S. 12).

Ein Vorteil des Rechtspositivismus bei der rechtlichen Aufarbeitung staatlichen Unrechts ist dessen stärker realistische Betrachtung und "Ehrlichkeit" (evaluative Offenheit) im Hinblick auf das Erfordernis einer ausdrücklichen, gesetzlich legitimierten Einführung einer rückwirkenden Bestrafung, die wohl überwiegend als an sich zulässig angesehen wird<sup>11</sup>) und dies nach internationalem Recht auch ist (Artt. 15 IPbürgR, 7 EMRK). Dieser Weg ist allerdings nach deutschem Grundrechtsverständnis (Art. 103 Abs. 2 GG, zum deutschen Vorbehalt zu Art. 7 EMRK s.u. S. 30 Fn. 23) durch das weiterreichende, strenge Rückwirkungsverbot des Grundgesetzes verbaut, was wohl einer der tragenden Gründe für die vorherrschende, eher naturrechtliche Argumentation im Sinne der *Radbruchschen Formel* ist.

---

<sup>11</sup> So etwa *Lothar Kuhlen*, a.a.O., S. 95 ff.

### 1.3. Die Rechtsquellen

Am Anfang jeder Rechtsanwendung steht das Aufsuchen der einschlägigen Rechtsnormen innerhalb der Gesamtrechtsordnung des nationalen Rechts (bzw. bei gegebenem Auslandsbezug: der beteiligten nationalen Rechte) und unter Umständen sogar des internationalen Rechts, wobei letzteres auch bereits unmittelbar in das nationale Recht hineinwirken kann (wie dies etwa im deutschen Recht zumindest für die "allgemeinen Regeln des Völkerrechts" nach Art. 25 GG und für das sog. supranationale Recht der Europäischen Gemeinschaften gilt [vgl. Artt. 23, 24 Abs. 1 GG]).

Im deutschen Recht unterscheiden wir folgende großen Normkomplexe:

- das *Öffentliche Recht* mit dem Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht, Finanz- und Steuerrecht, Strafrecht und dem Verfahrensrecht,
- sowie das *Privatrecht* mit dem Bürgerlichen Recht (im engeren Sinn), Handels- und Wirtschaftsrecht (im weiteren Sinn) sowie dem Arbeitsrecht.

Dabei besteht ein Beziehungsgeflecht innerer und äußerer Verknüpfungen zwischen den Normen einer Rechtsordnung, weshalb diese auch als ein *Rechtssystem* bezeichnet werden kann. Nicht zuletzt wegen dieser vielfältigen Verknüpfungen ist bei der Rechtsanwendung im Sinne eines "Schweifens des Blickes" zu verfahren und folgendes zu beachten:

- »(1) Begnügen Sie sich nie mit dem Lesen einer einzelnen Gesetzesvorschrift, auch wenn sie die gewünschte Rechtsfolge anordnet.  
(2) Lesen Sie alle Vorschriften des Regelungsbereiches, in dem die Vorschrift mit der gewünschten Rechtsfolge steht.  
(3) Erinnern Sie sich ferner an alle Vorschriften, die ähnliche Regelungsprobleme betreffen oder konkurrierende Rechtsfolgen anordnen. Versuchen Sie aus dem Vergleich der Vorschriften den speziellen Zweck der anzuwendenden Norm zu erkennen.« (Rüthers, Rechtslehre, Rn 142)

#### a) Die Rechtsquellen des nationalen (deutschen) Rechts

Innerhalb der deutschen Rechtsordnung sind folgende *Normarten* als Rechtsquellen anerkannt:

- (*Förmliche*) *Gesetze*, seien es Verfassungsgesetze des Bundes bzw. der Länder oder sonstige, sog. "einfache" Parlamentsgesetze
- *Rechtsverordnungen* = durch die vollziehende Gewalt (Exekutive) nach Art. 80 Abs. 1 GG aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm erlassene Rechtssätze, deren Inhalt, Zweck und Ausmaß durch die Ermächtigungsnorm bestimmt sein muß
- *Satzungen* = autonome Rechtssätze öffentlich-rechtlicher Körperschaften zur Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben (z.B. der Gemeinden, Universitäten)
- *Verwaltungsvorschriften/-richtlinien* = durch die vollziehende Gewalt erlassene innerbehördliche normkonkretisierende Dienstanweisungen (zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsauslegung und -anwendung durch die Behördenmitarbeiter), sog. Binnenrecht ohne Rechtssatzqualität im engeren Sinn
- *Gewohnheitsrecht* = es wird begründet durch eine einheitliche und dauerhafte Übung (= Rechtspraxis oder Gewohnheit), die von der gemeinsamen Rechtsüberzeugung (= Rechtsgeltungswillen) der Handelnden getragen wird; was Gewohnheitsrecht ist, wird durch die letzten zuständigen Gerichtsinstanzen erkannt, weshalb die Abgrenzung zum sog. Richterrecht Streitig ist
- *Richterrecht* = in höchstrichterlichen oder letztinstanzlichen Entscheidungen verwendete Rechtssätze, ohne gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Geltungsgrund *oder*: durch höchstrichterliche Rechtsprechung begründete (neue) Rechtssätze (die sich regelmäßig zu einer ständigen Rechtsprechung verfestigen); diese Rechtssätze sind mit die Folge der richterlichen Aufgabe, auch in noch nicht oder erst unvollkommen normierten Rechtsbereichen Entscheidungen - und damit Wertungen - zu treffen (insofern: Aufgabe der Rechtsfortbildung als Grundlage des Richterrechts, s.u. 3.5).

Das Richterrecht ist zu unterscheiden von der ausdrücklichen gesetzlichen Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen, die das deutsche Recht (insbesondere zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit) für die folgenden Fälle kennt:

- autoritative Verfassungsauslegung durch das Bundesverfassungsgericht (§ 31 BVerfGG, nach Abs. 2 sogar mit Gesetzeskraft) bzw. durch die Landesverfassungsgerichte;
- sog. Vorabentscheidungsverfahren zur autoritativen Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts (z.B. Art. 234 EGV);
- Entscheidungen aufgrund bestehender Vorlagepflichten bei divergierenden Rechtsauffassungen der Oberlandesgerichte (z.B. § 121 Abs. 2 GVG) bzw. in oder zwischen den Höchstgerichten (Anrufung der Großen Senate bzw. Vereinigten Großen Senate nach § 132 Abs. 2, 3 GVG bzw. des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte nach RsprEinhG);
- Bindung der Untergerichte bei Aufhebung und Zurückverweisung einer Sache (z.B. § 358 Abs. 1 StPO);
- Zulassungszwang für Revisionen bei grundsätzlicher Bedeutung und Divergenzentscheidungen (z.B. § 132 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 VwGO).

Ungeachtet ihres privatrechtlichen Ursprungs zählen auch die (aufgrund hoheitlicher Anerkennung als Rechtsnormen einzuordnenden) Tarifverträge (vgl. § 4 Abs. 1 TVG; zumindest soweit nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt) und die Betriebsvereinbarungen (§ 77 BetrVG) sowie die staatlich konzessionierten "Allgemeinen Vertragsbedingungen" (str.; z.B. Allgemeine Beförderungsbedingungen) als *sonstige Rechtsnormen* zu den Rechtsquellen.

Zu den Rechtsquellen im weiteren Sinne sind auch die folgenden *Rechtsakte* als nichtnormative Erscheinungsformen des Rechts zu zählen, nämlich als

- *Rechtshandlungsformen der Exekutive*: öffentlich-rechtliche Verträge (§ 54 VwVfG), Verwaltungsakte und Allgemeinverfügungen (§ 35 VwVfG) sowie Pläne (str., meist formal als Rechtsnorm ergehend; z.B. Flächennutzungsplan);
- *Rechtshandlungsformen der Judikative*: (Gerichts-) Urteile und Beschlüsse (tw. auch normverwerfender Art, so z.B. bei Normenkontrollen untergesetzlichen Landesrechts nach § 47 VwGO)
- und als *Rechtshandlungsformen Privater*: Verträge, Satzungen privat-rechtlicher Körperschaften (z.B. Vereinsatzung) und sonstige Rechtsgeschäfte.

Hingegen ist das sog. *Juristenrecht* (= Rechtslehre, Literatur) richtigerweise keine Rechtsquelle, sondern allenfalls eine Rechtserkenntnis- oder Hilfsquelle, auch wenn der Gesetzgeber gelegentlich die Klärung einer offenen Rechtsfrage ausdrücklich der Rechtsprechung und (!) Rechtslehre überläßt.

#### **b) Die Rechtsquellen des Völkerrechts** (vgl. Art. 38 IGH-Statut)

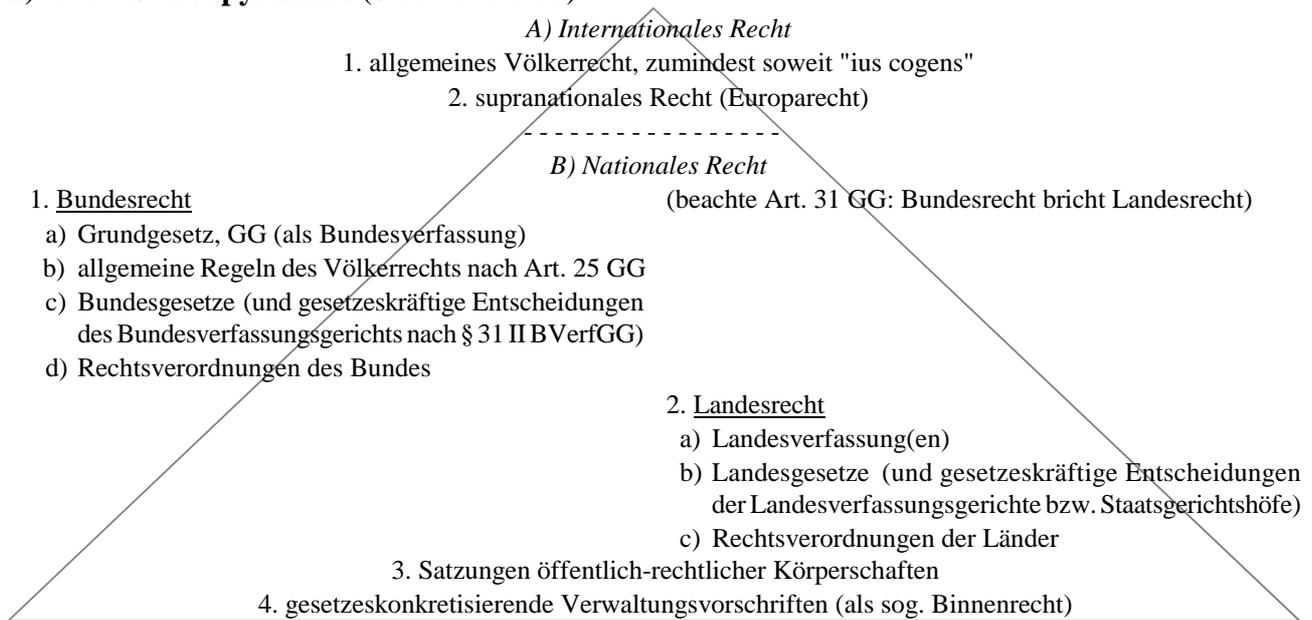
- Völkerrechtliche Verträge (vgl. hierzu die sog. Wiener Vertragsrechtskonventionen)
- Völkergewohnheitsrecht
- Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts
- Rechtserkenntnisquellen (sog. Hilfsquellen), nämlich:
  - Richterliche Entscheidungen
  - Völkerrechtslehre
  - Resolutionen von Staatenkonferenzen und internationalen Organisationen (sog. *soft-law*)
- Rechtsetzung durch internationale Organisationen

#### **c) Die Rechtsquellen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften** (sog. Europarecht i.e.S.)

- Primäres Gemeinschaftsrecht:
  - Gründungsverträge (EGV, EAGV; EGKSV)
  - Protokolle zu den Verträgen
  - Allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts (z.B. der gemeinschaftliche Standard der Grundrechte)
- Völkerrechtliche Abkommen der Gemeinschaften und allgemeine Regeln des Völkerrechts
- Sekundäres Gemeinschaftsrecht (siehe hierzu Art. 249 EGV n.F. = Art. 189 EWGV):
  - Verordnungen (allgemein bindend)
    - "Grundverordnungen" des Rats
    - Durchführungsverordnungen der Kommission (vgl. Artt. 202, 211 EGV n.F. = Artt. 145, 155 EWGV)
  - Richtlinien (grds. nur die Mitgliedstaaten bindend)
    - siehe auch sog. Rahmenbeschlüsse nach Art. 34 Abs. 2 Satz 2 lit. b EUV (im Rahmen der PJZS)
  - Entscheidungen (für die Adressaten verbindlich)
  - Empfehlungen und Stellungnahmen (unverbindlich)

## 1.4. Die Hierarchie der Rechtsnormen

### a) Die Normenpyramide (Stufenbaulehre)



Aus dem Stufenbau der Normen folgt, daß rangniederes Recht, welches ranghöherem Recht widerspricht, rechtsunwirksam ist (*lex superior derogat legi inferiori*); soweit das rangniedere Recht in seiner Entstehung von ranghöherem Recht abhängt, ergibt sich dies auch daraus, daß es dann nicht mehr von seiner Ermächtigungsnorm gedeckt ist.

### b) Konkurrenzregeln

Die Rechtsordnung ist nicht zuletzt angesichts der Vielgestaltigkeit der Rechtsquellen (Normen) und deren unterschiedlicher Entstehungszeit keineswegs in sich widerspruchsfrei. Zur Lösung der mitunter zwischen einzelnen, sich widersprechenden Rechtsnormen bestehenden Normkonflikte haben sich nachfolgende Konkurrenzregeln herausgebildet, nämlich

- der Vorrang des höherstehenden vor dem rangniederen Recht (*lex superior derogat legi inferiori*),
- der Vorrang der spezielleren vor der allgemeineren Norm (*lex specialis derogat legi generali*)
- und der Vorrang der jüngeren vor älteren Gesetzen (zeitliche Gesetzeskonkurrenz: *lex posterior derogat legi priori*).

Daneben gilt - begrenzt - der Grundsatz der "Einheit und Widerspruchsfreiheit des Rechts bzw. der Rechtsordnung" (vgl. dazu unten 3.2.b). Er dient der Herstellung einer harmonisierenden Interpretation unter Berücksichtigung aller vorhandenen Wertungsmaßstäbe.

Hingewiesen sei hier noch auf den Sonderfall der sog. *Grundrechtskollision*, in dem die Grundrechtsausübung eines Grundrechtsträgers auf Kosten der Grundrechtsausübung eines anderen Grundrechtsträgers geht: Angesichts der fehlenden Hierarchie der Grundrechte (von der - zunehmend umstrittenen - Sonderstellung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG einmal abgesehen) bedarf es einer Lösung dieses Konfliktfalls. Sie erfolgt nach h.M. im Wege einer situationsabhängigen Güterabwägung, nämlich welchem Grundrecht im konkreten Fall der Vorrang gebührt. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist dabei nicht die völlige Verdrängung eines der beiden miteinander kollidierenden Grundrechte, sondern der Versuch, die Gegensätze durch Herstellung einer sog. *harmonischen Konkordanz* (Konrad Hesse) schonend auszugleichen; läßt sich dies nicht erreichen, so ist unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat (vgl. BVerfGE 35, 202 [225] - Lebach I).



## 2. Subsumtionstechnik

### a) Die Subsumtion als juristischer Syllogismus

Die Anwendung von Rechtsnormen auf einen bestimmten Sachverhalt bezeichnet man als *Subsumtion*, (was Einordnung des Sachverhalts [als "Untersatz"] unter die Norm [als "Obersatz"] bedeutet). Der Sachverhalt wird unter einen Tatbestand (etwa ein Delikt) subsumiert, indem in einem mehrstufigen logischen Schlußverfahren (sog. *Syllogismus* im Sinne der Syllogistik des *Aristoteles*) geprüft wird, ob die einzelnen Tatumstände des Sachverhalts die gesetzlichen Begriffsmerkmale der Norm erfüllen, so daß die gesetzlichen Rechtsfolgen auf den Sachverhalt anwendbar sind.

Mit der Subsumtion erfolgt zugleich eine Bewertung dieses Sachverhalts anhand der Maßstäbe des gesetzlichen Tatbestands (und teilweise auch im Hinblick auf dessen Rechtsfolge). Dazu sind die konkretisierten Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers als "Zweck" der Norm im Wege der Auslegung (s.u. 3.) zu ermitteln.

### b) Das Subsumtionsschema

Der *Subsumtionsvorgang* im engeren Sinne erfolgt seiner logischen Abfolge nach in vier Schritten, die sich beschreiben lassen als

- (1) Aufwerfen der *Subsumtionsfrage* (sie wird im Rahmen der Methodik der Fallbearbeitung auch als "Obersatz" [im weiteren Sinne, besser wäre: Einleitungssatz] bezeichnet, wobei dieser stets aus der Gegenüberstellung von dem zu beurteilenden Sachverhalt[sausschnitt] und der zu prüfenden Rechtsnorm zu bilden ist),
- (2) Erarbeiten der *Definition* der anzuwendenden Rechtsnorm,
- (3) eigentliche *Subsumtion* (= Anwendung der Rechtsnorm [Obersatz im engeren Sinne] auf den Sachverhalt [Untersatz]) und
- (4) Formulieren des *Ergebnisses* (auch als *Schlußsatz* bezeichnet).

Eine schulmäßige Subsumtion sähe dann etwa wie folgt aus:

- "Bilden Max und Moritz eine Bande i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB?"  
[= Formulieren der Fallfrage (Subsumtionsfrage), wobei dem zu prüfenden Tatbestandsmerkmal der zu beurteilende Sachverhaltsausschnitt zugeordnet wird]
- "Eine Bande ist ein auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung beruhender, auf eine gewisse Dauer zur Begehung mehrerer selbständiger, im einzelnen noch unbestimmter Taten angelegter Zusammenschluß mehrerer Personen. Streitig ist dabei, ob es hierfür dreier Personen bedarf oder bereits ein Zusammenschluß von zwei Personen ausreicht. ... Daher ist der Rechtsprechung zuzustimmen, daß erst drei Personen eine Bande bilden können."  
[= Aufstellen der juristischen Definition des zu prüfenden Tatbestandsmerkmals]
- "Max und Moritz taten sich zwar zusammen, um gemeinsam wiederholt zu stehlen. Da sie aber nur zu zweit sind, ... "  
[= Vergleich der abstrakten juristischen Definition (Obersatz) mit dem konkreten Sachverhaltsausschnitt (Untersatz)]
- "... bilden Max und Moritz keine Bande."  
[= Festhalten des hierbei gewonnenen Subsumtionsergebnisses (= Schlußsatz)]

### c) Die Subsumtion als Problem der Sachverhaltsbewertung beim Finden der richtigen Definition

Der Subsumtionsvorgang erschöpft sich nicht in einem einfachen Vergleichen von Sachverhalt und Rechtsnorm, sondern ist vielmehr gekennzeichnet durch ein ständiges "Hin- und Herwandern des Blicks" (*Karl Engisch*) zwischen Sachverhalt und Rechtssatz, bis die passende(n) Norm(en) und Definition(en) gefunden sind. Die Rechtsanwendung besteht neben dem tatsächlichen wie rechtlichen Erfassen und Gliedern des Sachverhalts (also der in der Praxis bedeutsamen "Arbeit am Sachverhalt") vor allem in dem (bei der juristischen Ausbildung im Vordergrund stehenden) Erarbeiten der juristischen Definitionen der einzelnen Tatbestandsmerkmale während der Subsumtion, damit die Definitionen auf den konkreten Sachverhalt "passen" und die Subsumtionsfrage durch den bloßen Vergleich von Ober- und Untersatz entschieden werden kann. Hierzu muß regelmäßig der dem gesetzlichen Tatbestand entnommene Rechtsbegriff ausgelegt werden (s.u. 3.). Dieser Prozeß der Annäherung und Entwicklung der Definition bzw. Lösung ist (mehr oder weniger ausführlich) auch für den Adressaten eines Rechtsgutachtens oder einer Entscheidung nachvollziehbar darzulegen.

Die Einzelschritte der Rechtsanwendung (oder Subsumtion im weiteren Sinne) sind somit

- (1) die Sachverhaltsfeststellung,
- (2) das Aufsuchen der maßgeblichen Rechtsnorm(en),
- (3) die eigentliche Subsumtion des Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen (auch unter Berücksichtigung der Gesamtrechtsordnung) und
- (4) der Ausspruch der Rechtsfolge(n) als Ergebnis des Gesamtsubsumtionsvorgangs.

### d) Rechtsanwendung als strukturiertes Denken

Am Beginn einer Falllösung steht stets die Suche des einschlägigen Rechtssatzes, und zwar nicht von dessen Tatbestand, sondern von der nach der Aufgabenstellung gefragten Rechtsfolge her. (Dies gilt auch, wenn ein Sachverhalt allgemein rechtlich zu bewerten und dazu die passenden Rechtsnormen zu finden sind, denn diese sind von ihrer Rechtsfolge und erst dann von ihrem Tatbestand her herauszusuchen.) Erst wenn jener Rechtssatz gefunden ist, dessen Rechtsfolge die Ausgangsfrage beantwortet, kann somit der Einleitungssatz formuliert und mit der Subsumtion begonnen werden.

Nun greift die Rechtsfolge aber nur dann ein - d.h. der Rechtssatz ist anwendbar -, wenn *alle* für die Rechtsfolge *notwendigen* Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Da meist mehrere Tatbestandsmerkmale zu prüfen sind, ist der Prüfungsablauf hierzu zu strukturieren. Hinzu kommt, daß viele Tatbestandsmerkmale ihrerseits über die Rechtsfolgen anderer Normen definiert werden, deren Tatbestandsvoraussetzungen dann wiederum zu prüfen sind. Für die Falllösung sind also regelmäßig mehrere Subsumtionsvorgänge nebeneinander bzw. ineinander verschachtelt erforderlich. Der Lösungsweg besteht somit aus einem aufeinander bezogenen Normengerüst ineinander greifender Rechtssätze. Das heißt, die Rechtsanwendung erfordert strukturiertes Denken. Bei der Falllösung ist deshalb besonders auf ein dogmatisch und normativ sauberes, korrekt strukturiertes und in sich logisch schlüssiges Vorgehen zu achten, kurz: der Aufbau muß "stimmen"!

Der Lösungsweg ist dann "richtig", wenn er die gesetzlichen Rechtsstrukturen und Normbeziehungen zutreffend abbildet, wobei auch der Sachlogik und den allgemeinen dogmatischen Lehren eine wichtige Bedeutung zukommt. Bei einem falschen Ansatz wird bei folgerichtigem Vorgehen meist auch das Ergebnis "falsch" sein, der Weg dorthin kann aber in sich richtig sein, was bei der Bewertung durchaus positiv berücksichtigt werden kann. Und weil die Begründung fast wichtiger als das Ergebnis ist, führt das auf einem falschen Weg erreichte, aber zufällig "richtige" Ergebnis regelmäßig gleichwohl zu einer negativen Bewertung.

"Einen Text verstehen, das setzt voraus, die Frage oder die Lage zu verstehen, auf die der Text eine Antwort war."

Bernd Rütters, Rechtstheorie, 1999, Rn 787

"Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter!"

Johann Wolfgang von Goethe, Zahme Xenien II

"Die Auslegung ist also das Ergebnis - ihres Ergebnisses, das Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht, die sogenannten Auslegungsmittel dienen in der Wahrheit nur dazu, nachträglich aus dem Text zu begründen, was in schöpferischer Ergänzung des Textes bereits gefunden war, und wie diese schöpferische Ergänzung auch lauten mag, immer steht das eine oder das andere Auslegungsmittel, der Schluß aus der Ähnlichkeit oder der Umkehrschluß zu ihrer Begründung bereit."

Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7./8. Aufl. 1929, S. 129

### 3. Gesetzesauslegung (Hermeneutik) und juristische Argumentation (Rhetorik)

#### 3.1. Grundlagen

##### a) Auslegungsbedürftigkeit der Rechtsbegriffe und -sätze

Bereits wegen der Sprachgebundenheit des Rechts bedürfen Rechtsnormen der *Auslegung*, um so ihren Sinngehalt bestimmen zu können. Denn Begriffe sind oft mehrdeutig oder unbestimmt und selbst gleiche Begriffe können im jeweiligen Normkontext Bedeutungsunterschiede aufweisen, ganz abgesehen davon, daß zwischen dem Entstehungs- und dem Anwendungszeitpunkt ein Bedeutungswandel erfolgt sein kann. Hinzu kommt, daß auch die Vielgestaltigkeit der - im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes oft nicht vorhersehbaren - Lebenssachverhalte, die zu beurteilen und hierzu unter einen Gesetzestatbestand zu subsumieren sind, dessen Auslegung erfordert. Dies gilt für *normative* (= wertende) wie für *deskriptive* (= beschreibende) Merkmale (z.B. für den normativen Begriff der "Beleidigung", aber auch für den deskriptiven Begriff "Mensch" im Hinblick auf den Beginn und das Ende des Lebens).

Hatte man zu Beginn der Kodifikationsbestrebungen in der Zeit der Aufklärung noch angenommen, die Lebenswirklichkeit nahezu umfassend und abschließend, häufig mittels einer umfangreichen Kasuistik rechtlich erfassen zu können, so zeigte sich alsbald, daß die Gesetze nicht nur ihrem vermeintlich eindeutigen Wortlaut nach auf einen Fall *anzuwenden*, sondern hierzu *auszulegen* waren - dazu erachtete man den Richter nach damaligem Gewaltenteilungsverständnis aber zunächst gar nicht für befugt.<sup>12</sup> Die in frühen Kodifikationen (vgl. etwa § 46 ff der Einleitung zum *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* von 1794 und §§ 6-8 des österreichischen *Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches* v. 1.6. 1811) enthaltenen Handreichungen zur Gesetzesauslegung sind denn auch vor dem Hintergrund landesherrlichen Mißtrauens gegenüber einer den gesetzgeberischen Willen durch Auslegung "verfälschenden" Justiz (und Rechtswissenschaft) zu sehen.<sup>13</sup> Heute wird solch eine "Eindeutigkeitsregel" (auch: *sens-clair-doctrine* oder *plain-meaning-rule*), wonach eine (klar und eindeutig formulierte) Gesetzesnorm keiner Auslegung zugänglich sei, als unhaltbar abgelehnt, nicht zuletzt da Sprache niemals dauerhaft eindeutig sein kann. Denn ihr Aussagegehalt kann sich mit dem Wandel des Umfelds verändern und muß zudem auch im Kontext anderer, später ergangener oder höherrangiger Normen gesehen werden, von Redaktionsversehen und möglichen Wertungswidersprüchen einmal ganz abgesehen<sup>14</sup>.

In diesem Zusammenhang sei auch daran erinnert, daß der juristische Sprachgebrauch von dem normalen Alltagssprachgebrauch abweichen kann, wie etwa bei den Begriffen "Eigentum" und "Besitz".

Bestehen verschiedene Auslegungsmöglichkeiten, was häufig der Fall ist - und hier sind auch die in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten mit einzubeziehen -, so muß der Rechtsanwender sich mit diesen auseinandersetzen und sich, soweit ergebnisrelevant (sog. *Relevanzprüfung*), argumentativ für eine von ihnen entscheiden. Angesichts des oft zwischen der Rechtsprechung und Lehre oder auch innerhalb derselben gegebenen Meinungsstreits über die "richtige" Auslegung erübrigt der Blick in einen Gesetzeskommentar oder ein Lehrbuch somit nicht die eigene Arbeit am Gesetz.

<sup>12</sup> Vgl. *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu* (1689-1755; Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, Kap. 6): "Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi." [Die Richter sind nichts anderes als der Mund, der die Worte des Gesetzes verkündet.], und *Cesare Beccaria* (1738-1794; Dei delitti e delle pene, 1764): "Nicht einmal die Befugnis, das Strafgesetz auszulegen, kann bei den Strafrichtern beruhen, und zwar aus dem Grunde, weil sie nicht Gesetzgeber sind."

<sup>13</sup> Das Publikationspatent v. 19.10.1813 zum Bayerischen Strafgesetzbuch, erlegte gar "allen Staatsdienern und Privatgelehrten" ein Kommentierungsverbot auf und beschränkte die Richter auf die Benutzung der "amtlichen Anmerkungen".

<sup>14</sup> Siehe hierzu die Beispiele bei *Bernd Rütters*, Rechtstheorie, 1999, Rn 732.

## b) Auslegung in "denkendem [Gesetzes-]Gehorsam"

Bei der Gesetzesauslegung ist primär der Regelungszweck des Gesetzgebers herauszufinden und in "denkendem Gehorsam" (*Philipp Heck*) zu verwirklichen. Um den Rechtssatz zu verstehen, muß daher die regelungsbedürftige Sachlage verstanden und die gesetzlichen Wertungen müssen richtig erfaßt werden:

"Was wollten die Normsetzer mit der Rechtsnorm bewirken? Welchen Lebenssachverhalt wollten sie und mit welchem Gestaltungsziel regeln?"

Dabei ist zu berücksichtigen, daß sich seit Erlaß der Norm einerseits die sozialen, ökonomischen und technologischen Fakten und Strukturen und andererseits die gesellschaftlichen Wertvorstellungen oder auch normativen Grundwertungen - etwa infolge Verfassungs- oder Rechtswandels - verändert haben können:

"Was bedeutet die anzuwendende Norm heute im Anwendungszeitpunkt, besonders im Hinblick auf mögliche Veränderungen in den genannten Bereichen?"

Soweit es an gesetzlichen Wertungen fehlt, tritt praktisch an deren Stelle eine eigene, letztlich richterliche Wertung zur Lückenschließung, mag auch zur (Selbst-)Rechtfertigung auf die "Rechtsidee", "Natur der Sache", "objektive Vernunft", "sachlogische Struktur", "Typenreihe", den "Willen des Gesetzes", die "Gerechtigkeit" oder gar das "Naturrecht" zurückgegriffen werden. Die Maßgeblichkeit des Normzwecks sollte dann durch die Ziele der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, der Verwirklichung von Gerechtigkeit sowie der Interessenbefriedigung ergänzt werden.

Vor diesem Hintergrund wird teilweise zwischen dem Auslegungsziel, als welches allein der Normzweck anerkannt wird (quasi das Ergebnis teleologischer Auslegung), und den *Mitteln* der Auslegung unterschieden, nämlich der grammatischen, systematischen und historischen Auslegung. Erforderlich ist dies allerdings nicht, zumal gerade im Strafrecht die auslegungsbegrenzende Funktion des Wortlauts zu berücksichtigen ist, im übrigen kann die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung Auslegungsgrenzen ziehen.

## c) Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Auslegung von Gesetzen und Rechtsgeschäften

Während für Rechtsgeschäfte besondere gesetzliche Auslegungsregeln bestehen (vgl. für Willenserklärungen und Verträge §§ 133, 157 BGB), fehlen entsprechende Regelungen für die Gesetzesauslegung. Trotz mancher Gemeinsamkeiten, vor allem dem Bestreben, das wirklich Gewollte zu ermitteln und insofern nicht am Buchstaben festzukleben (vgl. die Regel "*falsa demonstratio non nocet*" [= eine Falschbezeichnung schadet nicht]), so unterscheidet sich die Auslegung von Gesetzen und Rechtsgeschäften doch schon vom zu berücksichtigenden Adressatenkreis her: hier das allgemeine Gesetz, dort die Willenserklärungen der Handelnden. Dabei kann bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen allein der Wille des Erklärenden maßgeblich (und die Erklärung insofern nur ein Hilfsmittel) sein, während bei empfangsbedürftigen Erklärungen, insbesondere Verträgen, die Auslegung aus dem Empfängerhorizont maßgeblich ist, also die Frage, wie ein verständiger, sorgfältig wahrnehmender Adressat die an ihn gerichtete Erklärung verstehen durfte. Demgegenüber kann der an alle gerichtete Rechtssatz nicht unterschiedliche Verständnishorizonte berücksichtigen, wenn er eine einheitliche, gleichbleibende Regelung erreichen will.

## d) Exkurs: Symbolische Gesetzgebung

Hingewiesen sei noch auf die Problematik sog. *symbolischer Gesetzgebung*. Darunter zu verstehen sind vor allem politisch motivierte Gesetzesänderungen, denen letztlich mehr eine deklaratorische oder formale, denn materielle Bedeutung zukommt, da die bestehende materielle Rechtslage durch sie der Sache nach eigentlich nicht geändert wird oder werden soll. Zuweilen führt ein derartiger (überflüssiger) Eingriff in das Normgefüge aber zu erheblichen Auslegungs- und auch dogmatischen Problemen.

Als Beispiel sei § 90a BGB angeführt, wonach Tiere (zumindest zivilrechtlich) keine Sachen sind, allerdings wie solche behandelt werden sollen, was im Strafrecht hinsichtlich der Qualifizierung von Tieren als Sachen zu Verunsicherungen führte. Unklar sind auch die Auswirkungen der neuen Formulierung "Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung" in § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB auf die (weitere) Anerkennung eines elterlichen Züchtigungsrechts im Strafrecht.<sup>15)</sup>

<sup>15)</sup> Zu den Tieren im Strafrecht siehe *Wilfried Küper*, JZ 1993, 435; *Eva Graul*, JuS 2000, 215; zum elterlichen Züchtigungsrecht siehe *Kühl* in: *Karl Lackner/Kristian Kühl*, StGB, 24. Aufl., München 2001, § 223 Rn 11; *Walter Kargl*, NJ 2003, 57.



### 3.2. Die klassischen Auslegungsmethoden

Im Anschluß an die von *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861) entwickelte klassische Methodenlehre unterscheidet man heute die grammatische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegung.

*Savigny* hatte in Anknüpfung an die Methoden des klassischen römischen Rechts wie des italienischen Rechts des Mittelalters vier verschiedene, einander gleichwertige "Auslegungselemente" herausgearbeitet, nämlich das grammatische ("Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze"), das logische ("Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältnis, in welchem die einzelnen Teile zueinander stehen"), das historische ("die Bezogenheit des Gesetzes auf den Rechtszustand, wie er zur Zeit des Erlasses des Gesetzes hinsichtlich der konkreten Materie, die durch das Gesetz geregelt wird, besteht") und das systematische Element der Auslegung ("den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft").

#### a) Die grammatische bzw. grammatikalische Auslegung

Die *grammatische* (bzw. *grammatikalische*) *Auslegung* versucht den Gesetzessinn ausgehend von dem *natürlichen Wortsinn* nach dem allgemeinen wie auch nach dem besonderen juristischen Sprachgebrauch zu erschließen.

Nach der *Andeutungstheorie* sollen bei unklarem bzw. mehrdeutigem Wortlaut einer Norm nur solche Auslegungsergebnisse zulässig sein, die im Wortlaut einen - wenn auch unvollkommenen - Ausdruck gefunden haben, insofern in der Norm "angedeutet" sind. Dem entgegen steht die heute vorherrschende Auffassung (vgl. *BVerfGE* 34, 269 [287]: "der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden"), die anstelle des Buchstabengehorsams den "denkenden Gehorsam" des Rechtsanwenders setzt, wobei allerdings im Strafrecht aufgrund des Gesetzlichkeitsprinzips die Schranke des "*möglichen Wortsinns*" als äußerste Auslegungsgrenze zu beachten ist und somit die Wortlautauslegung am Anfang, aber auch am Ende jeder Gesetzesauslegung steht.

**Beispiel:** Nach *BGHSt* 1, 1 umfaßte der Begriff der "Waffe" in § 223a StGB a.F. (vgl. nun § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F.) nach dem allgemeinen Sprachgebrauch mittlerweile neben mechanisch wirkenden Mitteln auch chemisch wirkende Mittel wie z.B. Salzsäure. Seit dem 6. StrRG kommt insofern allerdings auch eine Einordnung der chemisch wirkenden Mittel als "Gifte" im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB n.F. in Betracht.<sup>16)</sup>

Abstellend auf die möglichen, verschieden weiten Wortbedeutungen unterscheidet man

- die *restriktive Auslegung* (als einschränkende Auslegung auf den Vorstellungskern des Ausdrucks)
- und die *extensive Auslegung* (als ausdehnende Auslegung unter Miteinbeziehung des Randbereichs einer Norm).

Ob eine restriktive oder extensive Auslegung geboten ist, ergibt sich im Strafrecht etwa aus dem angestrebten Rechtsgüter- bzw. Opferschutz (wobei allerdings zu beachten ist, daß der Strafrechtsschutz nur ein fragmentarischer und das Strafrecht *ultima ratio* ist).

Das Problem der Wortlautauslegung besteht im Feststellen des zutreffenden Wortverständnisses und hierbei der Abgrenzung von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung. Aus der Gesetzesbindung folgt, daß zunächst der Wortsinn im Entstehungszeitpunkt zu ergründen ist, wobei im Zweifel die fachspezifische der umgangssprachlichen Bedeutung vorzuziehen ist.

<sup>16)</sup> Siehe hierzu *Johannes Wessels/Michael Hettinger*, Strafrecht BT 1, 27. Aufl., Heidelberg 2003, Rn 263, 276; *Schroeder* in: *Reinhard Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald*, Strafrecht BT, Tbd. 1, 9. Aufl., Heidelberg 2003, § 9 Rn 15. - Zur Einbeziehung der geladenen Schreckschußpistole in den Waffenbegriff der §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a; 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB n.F. siehe *BGH*, Urt. v. 4.2.2003 - GSSSt 2/02 = *NJW* 2003, 1677; hier wurde allerdings vor allem teleologisch (erhebliche Gefährlichkeit beim Naheinsatz) und systematisch (insoweit erweiterter Waffenbegriff des § 1 Abs. 2 Nr. 1 WaffG [i.V.m. Anl. 1 Abschn. 1 Unterabschn. 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 und Nr. 2.7] n.F.) argumentiert.

## b) Die systematische Auslegung

Die *systematische Auslegung* leitet den Sinn der Norm aus dem Systemzusammenhang ab, sei es aus der Gesamtregelung der betroffenen Norm oder aus dem Regelungszusammenhang mit anderen Rechtssätzen der Kodifikation oder Gesamtrechtsordnung (etwa indem geprüft wird, ob der Begriff einheitlich verwendet wird). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, daß keine Rechtsnorm für sich alleine steht, sondern im speziellen wie allgemeinen Regelungskontext zu sehen ist und alle Rechtssätze ein einheitliches System der Rechtsordnung bilden sollen (insofern soll der *Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* gelten). Neben die "äußere" oder formale Einheit, tritt hierbei die "innere" oder Wertungseinheit, wie sie nach h.M. etwa durch die "objektive Wertordnung des Grundgesetzes" (s.u. 3.4) verkörpert wird (st. Rspr. seit *BVerfGE* 1, 14 [32 f]; insbesondere 7, 198 [205 ff] - Lüth).

Beispiel: Das Merkmal des "Sich-Verschaffens" in § 259 StGB setzt, wie das gesetzliche Beispiel des "Ankaufens" zeigt, einen einverständlichen (derivativen) Erwerb vom Vortäter voraus.

Die systematische Auslegung kann ausgehen von

- der Gesamtregelung der betroffenen Norm (auch als logische Auslegung bezeichnet),
- dem Regelungszusammenhang (auch als systematische Auslegung im engeren Sinne bezeichnet),
- dem Grundsatz der "Einheit und Widerspruchsfreiheit des Rechts bzw. der Rechtsordnung", wobei allerdings auch auf die teilweise Uneinheitlichkeit der Rechtsterminologie zu achten ist<sup>17</sup>;

zu ihr zählen zudem

- die Konkurrenzregeln *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori* sowie *lex superior derogat legi inferiori* (s.o. 1.4.b).

## c) Die historische Auslegung

Die *historische Auslegung* fragt nach den Motiven, Wertmaßstäben und Normzwecken, die für den Erlaß der Norm maßgebend waren und so den ursprünglichen Gebotsinhalt festlegten. Sie zieht zur Deutung der Norm den allgemeinen geschichtlichen Zusammenhang, in dem das Gesetz steht, und seine besondere Entstehungsgeschichte heran, über die insbesondere die Gesetzesmaterialien Aufschluß geben. Man unterscheidet

- die sog. *subjektiv-historische Methode*, nach der der Wille des historischen Gesetzgebers maßgeblich ist,
- und die sog. *objektiv-historische Methode*, die auf das damalige Regelungsumfeld und den Regulationsanlaß bzw. das Regelungsziel abstellt (und damit der *subjektiv-teleologischen* Auslegungsmethode entspricht).

Nach herrschender Ansicht soll nur der von dem Gesetzgeber erkennbar verfolgte Regelungszweck, der zumindest andeutungsweise in der Norm zum Ausdruck kommt, verbindlich sein (vgl. auch die sog. *Andeutungstheorie* - fraglich).

Angesichts oftmals veränderter Zeitumstände erfordert die historische Auslegung neben der Auseinandersetzung mit den rechtspolitischen Absichten und Steuerungszielen des Gesetzgebers (also den hinter der Normsetzung stehenden Motiven, die sich im Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt haben) auch jene mit dem historisch-gesellschaftlichen ("Erforschung der kausalen Interessensfaktoren" [*Ph. Heck*]) und dem geistes- sowie dogmengeschichtlichen Kontext (hierbei ist auch auf einen veränderten Sprachgebrauch zu achten). Steht hiernach der historische Normzweck fest, so ist zu überprüfen, ob er auch im Anwendungszeitraum noch verbindlich ist. Insofern gilt: je jünger ein Gesetz ist, um so größere Bedeutung kommt der historischen Auslegung zu (zumal sie dann mit der teleologischen Auslegung übereinstimmende Ergebnisse liefern sollte).

<sup>17</sup> So können die gleichen Begriffen in verschiedenen Normbereichen durchaus verschiedene Bedeutungen haben, siehe etwa den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts (§ 276 Abs. 2 BGB n.F.) und subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff des Strafrechts; den Beginn des "Menschen" im Zivilrecht (§ 1 BGB: mit "Vollendung der Geburt"), Strafrecht (arg. § 217 StGB a.F. "in der Geburt": ab den Eröffnungswenhen) und Verfassungsrecht; den Begriff der "Nacht(zeit)" in § 292 Abs. 2 StGB (von der Abend- bis zur Morgendämmerung), § 19 Abs. 1 Nr. 4 BJagdG (1½ Stunden nach Sonnenuntergang bis 1½ Stunden vor Sonnenaufgang) und in § 104 Abs. 3 StPO (= § 188 Abs. 1 ZPO: 1.4.-30.9.: 21-4 Uhr, 1.10.-31.3.: 21-6 Uhr).

#### d) Die teleologische Auslegung

Die *teleologische Auslegung* ermittelt den heutigen Sinn und Zweck der Norm (im Strafrecht etwa, indem sie vornehmlich auf das durch die Norm geschützte Rechtsgut abstellt und auch kriminalpolitische Erwägungen miteinbezieht).

Beispiel: Für die §§ 244 Abs. 1 Nr. 2 und 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. war streitig, ob sie auch eine Scheinwaffe erfassen. Die h.L. verneinte dies, weil es an der für die Strafschärfung erforderlichen objektiven Gefährlichkeit fehle. Die Rechtsprechung hingegen stellte auf den bei dem Opfer erweckten Eindruck der Gefährlichkeit ab. Nach anderer Ansicht reichte bei § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. eine Scheinwaffe wegen des hierdurch begründeten zusätzlichen (strafschärfenden) Nötigungselements aus, nicht aber bei § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F., da dort das Nötigungselement bereits im Raub als Grundtatbestand enthalten ist. Seit dem 6. StrRG werden in §§ 244, 250 StGB n.F. die Scheinwaffen als "sonstige [d.h. ungefährliche] Werkzeuge oder Mittel" jeweils von Abs. 1 Nr. 1 lit. b erfaßt. Auslegungsprobleme ergeben sich angesichts der Neufassung allerdings hinsichtlich der zu einer Verletzung gänzlich ungeeigneten, nur infolge täuschenden Einsatzes als Drohungsmittel einsetzbaren ungefährlichen Gegenstände (z.B. Lippenpflegestift, s. *BGH*, NJW 1996, 2663 - Labello), die bisher von der Rechtsprechung aus dem Tatbestand herausgenommen wurden (der Gesetzgeber wollte allerdings dieser teleologischen Tatbestandsrestriktion nicht entgegenreten).

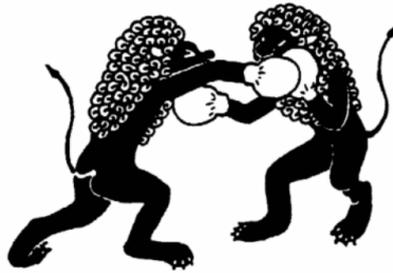
Soweit zwischen der "*subjektiven*" und der "*objektiven*" Auslegung(*stheorie*) unterschieden wird, geht es darum, ob zur Feststellung des Normzwecks entscheidend auf den subjektiven Regelungswillen des Gesetzgebers (im Sinne der historischen Gebots- und Normzweckforschung) abzustellen ist, oder ob - losgelöst vom historischen Kontext - auf den mit Erlaß der Norm sich verselbständigenden, (vermeintlich) objektivierten "Willen des Gesetzes" (in Wahrheit aber Willen des Rechtsanwenders) abzustellen sei. Die Bezeichnung als "objektive" Auslegung kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese ebensowenig objektiv ist wie andere Auslegungsmethoden, im Gegenteil öffnet sie mittels der "magischen Kraft des Zauberesens 'Rechtsidee'" (*Karl Engisch*) die Auslegung ausdrücklich für den subjektiven Willensakt des Rechtsanwenders und verwischt die notwendige Grenzziehung zwischen Gesetzesauslegung und richterlicher Normsetzung.

Das Bundesverfassungsgericht stellt auf die objektive Auslegung ab, folgt in der Praxis aber wohl doch der subjektiven Auslegungstheorie, indem es dem historischen Argument bei der Gesetzesauslegung ein bedeutendes, oft entscheidendes Gewicht beimißt. Durch das formale Bekenntnis zur objektiven Auslegungstheorie sichert es sich allerdings einen größeren rechtspolitischen Handlungsspielraum, da es sich so einen weiten Spielraum zur Durchsetzung eigener richterlicher Wertungen eröffnet. Indem es sich dabei den Mantel vermeintlicher Auslegung umhängt, braucht es sich nicht offen zur normsetzenden richterlichen Rechtsfortbildung zu bekennen und erspart sich entsprechenden Begründungsaufwand.

*BVerfGE* 11, 126 (130): "Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundätzen ermittelten Auslegung [= Wortlaut und Sinnzusammenhang der Vorschrift] bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können." Der historische Wille des Gesetzgebers kann "nur insoweit berücksichtigt werden, als er im Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat."

Die teleologische Auslegung liefert zwei bedeutende Argumentationsmuster einengender oder erweiternder Auslegung: die *teleologische Reduktion* (= Restriktion) und die *teleologische Extension*.

- Bei der *teleologischen Reduktion* wird der gesetzliche Regelungsbereich als zu weit empfunden und deshalb - entgegen dem Wortlaut - allgemein oder für Ausnahmefälle auf jene Fälle eingegrenzt, die er vom Normzweck her erfassen soll (und damit werden jene Lebenssachverhalte ausgegrenzt, die nach dem Normzweck nicht erfaßt sein sollen).
- Umgekehrt wird bei der *teleologischen Extension* der Normtatbestand als zu eng empfunden und daher auf weitere Lebenssachverhalte ausgeweitet; insofern handelt es sich um einen Unterfall der Gesetzesanalogie.



### 3.3. Juristische Argumentation: Die klassischen Schlußformen der juristischen Logik

#### a) Analogieschluß (*argumentum a simile*)

*Analogie* nennt man die entsprechende Anwendung einer Rechtsnorm auf einen von dem Gesetz nicht erfaßten, ähnlichen Fall. Durch den *Analogieschluß* (*argumentum a simile*) wird somit eine Regelungslücke (s.u. 3.4.b) geschlossen, indem bei im wesentlichen ähnlich gelagerten Sachverhalten auf den unregelmäßigten Sachverhalt eine für einen anderen Sachverhalt bestehende und verallgemeinerungsfähige Regelung entsprechend angewandt wird.

Voraussetzungen einer analogen oder entsprechenden Anwendung sind:

- (1) das Bestehen einer planwidrigen primären (anfänglichen) oder sekundären (nachträglichen) Gesetzeslücke,
- (2) eine auf einen vergleichbaren Fall anwendbare Rechtsnorm und
- (3) deren Analogiefähigkeit.

Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist zunächst durch Auslegung zu ermitteln.

Beispiel: Nach h.M. findet die Regelung des § 35 Abs. 2 StGB auf alle Fälle eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes analoge Anwendung, da bei unvermeidbarer, irriger Annahme einer Entschuldigungslage der Motivationsdruck den Schuldvorwurf generell entfallen läßt.

- Bei der **Gesetzesanalogie** wird der analog angewandte Rechtssatz einer bestimmten anderen Rechtsnorm entnommen,
- bei der **Rechtsanalogie** wird er aus verschiedenen, untereinander tatbestandlich ähnlichen Rechtsnormen abgeleitet (so wurden ursprünglich z.B. die Rechtsfiguren der positiven Forderungsverletzung und des Verschuldens bei Vertragsschluß begründet).

Der Analogieschluß ist im Strafrecht teilweise, nämlich zu Ungunsten des Täters (also zur Straf begründung oder Strafschärfung), verboten, § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG (s.u. 3.6.).

#### b) Der Umkehrschluß (*argumentum e contrario*)

Der *Umkehrschluß* (*argumentum e contrario*) ist - als Gegenstück zum Analogieschluß - der Schluß von der Regelung eines geregelten Falles auf die umgekehrte Regelung des nicht geregelten Falles. Der Umkehrschluß wird dann als zwingend angesehen, wenn die Voraussetzungen des geregelten Falles nicht nur hinreichende, sondern notwendige Bedingungen der Rechtsfolge sind, bei ihrem Nichtvorliegen also die Rechtsfolge auch nicht in analoger Anwendung eingreifen soll. Es handelt sich dann um Fälle sog. "beredeten" oder "qualifizierten" Schweigens des Gesetzes.

Beispiel: Nach h.M. findet § 35 Abs. 2 StGB aber nicht auf den Irrtum über den rechtlichen Umfang eines Entschuldigungsgrundes Anwendung, da § 35 Abs. 2 StGB nur den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des Notstandes für beachtlich erklärt.

**c) Der Größenschluß (auch: Erst-recht-Schluß, *argumentum a fortiori*)**

Der - dem Analogieschluß verwandte - *Größenschluß* (*argumentum a maiore ad minus*) ist der Schluß vom Größeren auf das Geringere (auch als *Erst-recht-Schluß*, *argumentum a fortiori* bezeichnet).

Beispiel: Da die vorsätzliche Beihilfe zur Selbsttötung (mangels ausdrücklicher Regelung und somit fehlender strafbarer Haupttat) straflos ist, muß erst recht auch die fahrlässige Förderung der Selbsttötung straflos sein (h.M.).

Auch der umgekehrte Schluß vom Geringeren auf das Größere (*argumentum a minore ad maius*) ist möglich.

Beispiel: Verbietet eine Prüfungsordnung bereits das Mitführen unerlaubter Hilfsmittel und sanktioniert dies mit dem Ergebnis "nicht bestanden", so gilt dies erst recht für den Gebrauch solcher Hilfsmittel.

**d) Der Schluß zum Absurden (*argumentum ad absurdum*)**

Mit dem *Schluß zum Absurden* (*argumentum ad absurdum*) wird aus der offensichtlichen Unrichtigkeit des Ergebnisses die Unrichtigkeit des Ausgangssatzes abgeleitet.

Beispiel: Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB im sog. Nötigungsnotstand wird von der h.M. abgelehnt, da dann eine Gegenwehr des Angegriffenen ausgeschlossen wäre, was unhaltbar erscheint.

### 3.4. Einzelfragen der Normanwendung

#### a) Die normerhaltende Auslegung

Aus der Hierarchie der Rechtsnormen (Stufenbaulehre) folgt nicht nur, daß rangniedere Normen, die ranghöheren widersprechen, rechtsunwirksam sind, sondern auch, daß Normen niedriger Rangstufe soweit möglich so auszulegen sind, daß sie solchen höherer Rangstufen nicht widersprechen. Kommen nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte mehrere Bedeutungen in Betracht, so sind jene auszuscheiden, die nicht im Einklang mit der höheren Norm stehen bzw. es ist jene vorzuziehen, die deren Wertentscheidungen besser entspricht. Es geht somit einerseits um die maximale Verwirklichung der Wertmaßstäbe der höherrangigen Norm und andererseits um die Geltungserhaltung der entsprechenden Norm.

Die wichtigsten Fallgruppen normerhaltender Auslegung sind die folgenden:

- Nach der sog. **verfassungskonformen Auslegung** ist jene Auslegung vorzuziehen, die am besten den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht; zugleich soll jedoch die Regelungsabsicht des Gesetzgebers so weitgehend aufrechterhalten werden, wie dies nach den Maßstäben der Verfassung möglich ist (*BVerfGE* 8, 210 [221]; 9, 194 [200]). Sie scheidet dort aus, wo sie mit dem Wortlaut und klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde; die entsprechende Norm ist dann verfassungswidrig und nichtig (*BVerfGE* 18, 97 [111]; 35, 263 [280]); bei nachkonstitutionellen Gesetzen haben die Fachgerichte dann nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht die Rechtsfrage zur Entscheidung vorzulegen).

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, daß nach h.M. die Verfassung eine "objektive Wertordnung" begründet (*BVerfGE* 7, 198 [205] - Lüth), die quasi die gesamte Rechtsordnung überwölbt. Den grundlegenden Wertentscheidungen der Verfassung, vor allem den Staatszielbestimmungen und den Grundrechten kommt insofern hinsichtlich der gesamten Rechtsordnung eine *Ausstrahlungs- und Gestaltungswirkung* zu. Hieraus ergibt sich auch die Begründung der sog. *mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*, d.h. die Geltung und Einwirkung der verfassungsrechtlichen Wertmaßstäbe auch in den und auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten (nämlich über die Interpretation der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe sowie über die Berücksichtigung der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes bei der Auslegung des sog. einfachen Rechts).

- Die sog. **gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung** und hier insbesondere die sog. **richtlinienkonforme Auslegung** sichern die europarechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts:
  - Die **gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung** dient zum einen der Berücksichtigung der Wertungen des Primärrechts bei der Auslegung des Sekundärrechts und zum anderen der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts angesichts des Anwendungsvorrangs der supranationalen Normen des europäischen Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht (auch gegenüber dem Verfassungsrecht, str.).
  - So soll mit der sog. **richtlinienkonformen Auslegung** eine Anwendung des nationalen Rechts in Übereinstimmung mit entsprechenden europarechtlichen *Richtlinien* gewährleistet werden, und zwar nicht erst nach deren - unter Umständen mangelhaften - Umsetzung in das nationale Recht, sondern - soweit möglich - auch schon zuvor, jedenfalls nach Verstreichen der Umsetzungsfrist. (Die *Richtlinien* der Europäischen Gemeinschaften [s.o. 1.3.c] entfalten grundsätzlich innerstaatlich keine unmittelbare Wirkung gegenüber den Rechtsunterworfenen, sondern binden nur die Mitgliedstaaten, denen sie die Anpassung des nationalen Rechts an die in der Richtlinie vorgegebenen Ziele binnen bestimmter Umsetzungsfristen gebieten, s. Art. 249 EGV n.F. = Art. 189 EWGV).
- Entsprechend dient die sog. **völkerrechtskonforme** oder **völkerrechtsfreundliche Auslegung** der Wahrung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland, auch soweit diese keine (unmittelbare) innerstaatliche Wirkung entfalten und nur "staatengerichtet" sind; dadurch soll nicht zuletzt eine internationale Verantwortlichkeit des Staates vermieden werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß nach Art. 25 GG die "allgemeinen Regeln des Völkerrechts" (also das Völkergewohnheitsrecht und die Allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, s.o. 1.3.b) innerstaatlich unmittelbar gelten und (zumindest, str.) den einfachen Gesetzen vorgehen.

## b) Die Lückenschließung

Die gängige (und wie sich zeigen wird ungenaue) Definition der *Gesetzeslücke* als "planwidrige Unvollständigkeit der Gesetzesordnung gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung", wirft die Frage nach den Bewertungskriterien der Lückenfeststellung und nach den maßgeblichen Wertungen bei der Lückenschließung auf.

Wie oben bereits gezeigt, hatten zu Beginn des Kodifikationszeitalters die Gesetzgeber das Lückenproblem bereits erkannt und - neben den Interpretationsverboten - auch entsprechende Anzeigepflichten in ihre Kodifikationen bzw. Publikationspatente aufgenommen, die allerdings alsbald wieder aufgehoben wurden.

- Man unterscheidet *primäre* (= anfängliche) und *sekundäre* (= nachträgliche) *Lücken* sowie zwischen
- *planwidrigen* oder *unbewußten Lücken* (so waren die positive Forderungsverletzung und das Verschulden bei Vertragsschluß ursprünglich beide im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt) und
  - *planvollen* oder *bewußten Lücken*, wobei hier zu beachten ist,
    - ob der Gesetzgeber ihre Schließung bewußt der Wissenschaft und Praxis überlassen (quasi überantwortet) hat, da er die erkannten regelungsbedürftigen Interessenlagen und Fallgruppen (noch) nicht selbst regeln wollte (so etwa im Strafrecht die Frage der Strafbarkeit des sog. Erlaubnistatbestandsirrtums) oder
    - ob er den Sachverhalt deshalb ungeregelt ließ, weil er insofern in Abgrenzung zu ähnlichen Sachverhalten gerade keine entsprechende Regelung, sondern eine andere treffen wollte; in Fällen derart "beredten Schweigens" scheidet mangels einer Rechtslücke eine Lückenschließung aus.

Im weiteren Sinne können auch die Generalklauseln und weitgefaßten unbestimmten Rechtsbegriffe als geplante Lücken angesehen werden, die kraft dieser "Delegationsnormen" (*Ph. Heck*) durch den Richter zu schließen sind.

Teilweise werden die erkannten Rechtslücken nach ihren Erscheinungsarten unterschieden, wobei dieser begrifflichen Differenzierung allerdings keine weitergehende (materiellrechtliche) Bedeutung zukommt:

- Als sog. *Formulierungslücken* werden offenkundige Lücken bezeichnet.
- Ihnen stehen sog. *Wertungslücken* gegenüber, die erst aufgrund teleologischer Auslegung als Lücken erkannt werden.
- *Normlücken* betreffen einzelne unvollständige oder unklare Rechtsnormen. Ein Anwendungsfall stellt die "Ausnahmelücke" oder "teleologische Lücke" (regelmäßig eine sog. Wertungslücke) dar, wenn ein Ausnahmefall nicht als solcher erfaßt wird, sondern ebenfalls - sinnwidrig - der Grundregel unterfällt.
- *Gesetzeslücken* betreffen nach dem Wertungsplan des Gesetzgebers fehlende Gesetzesregelungen.
- *Kollisionslücken* entstehen durch einander sich widersprechende, aber nicht gegenseitig ausschließende Regelungen in einem Gesetz, so daß ein Sachverhalt unter zwei Normen mit gegensätzlichen Rechtsfolgen subsumiert werden kann.
- *Rechts- oder Gebietslücken* umschreiben das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für einen gesamten Lebenssachverhalt, der nach den Erfordernissen des Rechtsverkehrs und den Erwartungen der Rechtsgemeinschaft geregelt sein muß (z.B. nach Ablauf der Übergangsfrist des Art. 117 Abs. 1 GG am 31.3.1953 das dem Gleichberechtigungsgrundsatz widersprechende Recht [das Gleichberechtigungsrecht wurde erst am 18.6.1957 geregelt], heute noch weitgehend das Arbeitskampfrecht).

Die *Lückenschließung* erfolgt häufig im Wege des Analogieschlusses, der teleologischen Reduktion oder auch des typisierenden Fallvergleichs (d.h. durch die Bildung von Fallgruppen bzw. Typenreihen ähnlicher oder gleicher Interessenlagen mit entsprechend angenäherten normativen Beurteilungsmaßstäben). Wenig tauglich ist hingegen ein Abstellen auf die "Natur der Sache"<sup>18)</sup> bzw. das "Wesen" einer Rechtsfigur oder Einrichtung als Argumentationsansatz. Denn mangels Bestimmtheit der verwendeten Begriffe erweisen sich diese Ansätze zur Lückenschließung ungeachtet ihrer "wissenschaftlichen" Begründungsmuster als Scheinargumente - und als mögliche, verdeckte Einfallstore einer "unbegrenzten Auslegung" oder eines "Umdenkens der Begriffe".

Als eine treffliche Anleitung zur Rechtsanwendung und Lückenschließung kann Art. 1 des Schweizer Zivilgesetzbuches angesehen werden. Dort heißt es: "Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz kein Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

<sup>18)</sup> Im Anschluß an *Heinrich Dernburg* wird die "Natur der Sache" meist wie folgt umschrieben: "Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an der positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist." (Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1902, S. 84).

### 3.5. Gesetzesbindung und (richterliche) Rechtsfortbildung

Die Bindung an Gesetz und Recht nach Artt. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG erfaßt alle Rechtsanwender, neben der Exekutive also auch die Judikative. Entsprechend den Grundsätzen der Demokratie, der Gewaltenteilung, der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen und der Rechtssicherheit sind die Gerichte daher keineswegs frei in ihrer Rechtsprechung, sondern an die gesetzlichen Bewertungsmaßstäbe (Recht als gesetzliche Interessenbewertung) gebunden, zudem sind sie wie die Verwaltung einem Begründungszwang unterworfen, um so die Kontrollierbarkeit und Kritisierbarkeit ihrer Entscheidungen sicherzustellen.

Allerdings kommt den Gerichten auch die Aufgabe der *richterlichen Rechtsfortbildung* zu<sup>19)</sup>, also die Befugnis zur Schaffung von Rechtssätzen bei Bestehen einer primären oder sekundären Regelungslücke, indem das Gericht diese "nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundiert allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft" ausfüllt (vgl. *BVerfGE* 9, 338 [349]). Denn die Gerichte haben auch über jene ihnen unterbreitete Sachverhalte zu entscheiden, die sich als nicht geregelt erweisen, anderenfalls sie sich dem Vorwurf verfassungswidriger Rechts- oder Justizverweigerung<sup>20)</sup> aussetzen.

Das Recht zur Rechtsfortbildung wird jedoch im Strafrecht durch das *Gesetzlichkeitsprinzip* (s.u. 3.6) beschränkt, das bei fehlender Strafnorm eine Bestrafung ausschließt und zum Freispruch zwingt, mag die Tat auch strafwürdig erscheinen.

Die Gerichte trifft

- neben der Aufgabe der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen auf die zu entscheidenden Rechtsfälle, hierunter fallen auch die Fälle der Behebung von Formulierungsfehlern und Redaktionsversehen,
- auch die Aufgabe der Feststellung und Schließung von Gesetzeslücken durch Rechtsneubildung bzw. ***Rechtsfortbildung praeter legem*** (= neben dem Gesetz, also Gesetzesergänzend)
- und ausnahmsweise sogar der *Gesetzesberichtigung* oder ***Rechtsfortbildung contra legem*** (= gegen das Gesetz, somit ein Fall der Gesetzesabweichung oder gar Gehorsamsverweigerung), etwa durch das Schließen von Anschauungslücken (also bei nicht erkannten bzw. damals noch nicht erkennbaren Gesetzeslücken), bei verkannten bzw. veränderten Regelungsbedürfnissen, bei gescheiterten Regelungszielen der Gesetzgebung (beachte den Grundsatz *cessante rationae legis, cessat lex ipsa* [= mit Wegfall des Normzwecks entfällt auch die Norm selbst]) oder bei grundlegend gewandelten Lebenssachverhalten und Wertvorstellungen. Eine solche Gesetzeskorrektur ist (nur) dann zulässig, wenn
  - (1) die Tatsachengrundlagen sich maßgeblich geändert haben, die Regelungsziele der Gesetzgebung weggefallen sind oder die geltenden Wertvorstellungen grundlegend andere geworden sind,
  - (2) *und* davon auszugehen ist, daß der Gesetzgeber bei Anschauung der konkreten, von ihm zu beurteilenden veränderten Interessenlage aufgrund der geltenden Rechtsgrundsätze und verbindlichen Regelungsziele eine abweichende Regelung treffen würde,
  - (3) *wobei* eine Abwägung vorzunehmen ist zwischen einerseits dem Rechtssicherheitsinteresse der Betroffenen und andererseits den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, der Zweckmäßigkeit und den Gerechtigkeitsvorstellungen.

Sie ist als Akt "richterlicher Widerstandes" nach dem Grundgesetz ferner insoweit unzulässig, als hierfür das Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG vorgesehen ist.<sup>21)</sup>

Beispiele für richterliche Gesetzeskorrektur: Anerkennung der *clausula rebus sic stantibus* (= Wegfall der Geschäftsgrundlage), Anwendung von Regelungen über den rechtsfähigen Verein auch auf den nichtrechtsfähigen Verein entgegen § 54 BGB, Zuerkennung eines Schadensersatz-/Schmerzensgeldanspruchs bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen<sup>22)</sup> entgegen §§ 253, 847 Abs. 1 BGB a.F. (vgl. nun § 253 Abs. 1, 2 BGB n.F.; das Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.7.2002 soll trotz Nichtberücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht bei der Einfügung des § 253 Abs. 2 BGB n.F. deren Fortgeltung nicht entgegenstehen, so BT-Drs. 14/7752, S. 49, 55).

<sup>19)</sup> Vgl. *BVerfGE* 34, 269 [286 ff] - Soraya.

<sup>20)</sup> Vgl. Art. 4 des französischen Code Civil von 1804: "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." (= Ein Richter, der unter dem Vorwand einer fehlenden, absonderlichen oder unzureichenden gesetzlichen Regelung ein Urteil verweigert, macht sich einer Justizverweigerung schuldig und kann insofern belangt werden.)

<sup>21)</sup> Normverwerfungsbefugnisse der einfachen Gerichte bestehen nur bei vorkonstitutionellem Recht (zur Frage der Einordnung als vorkonstitutionelles Recht siehe *Dieter Leipold*, NJW 2003, 2657; *Rüthers*, Rechtstheorie, a.a.O., Rn 764 m. Fn 689) und im Rahmen des Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO; im übrigen besteht ein verfassungsrechtliches Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bei allen nachkonstitutionellen Gesetzen im Wege der abstrakten [Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 u. 2a GG] oder der konkreten [Art. 100 GG] Normenkontrolle.

<sup>22)</sup> St. Rspr. seit *BGHZ* 26, 349 - Herrenreiter; *BGH*, NJW 1965, 685 - Soraya; *BGHZ* 39, 124 - Fernsehansagerin.

### 3.6. Exkurs: Das Gesetzlichkeitsprinzip

#### a) Bedeutung und Entstehung des Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Artt. 103 II GG, 7 EMRK<sup>23</sup>)

Die Vorschrift des § 1 StGB ("Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde") normiert in wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 103 Abs. 2 GG den Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz; sog. *Gesetzlichkeitsprinzip*). Dieses Grundprinzip des geltenden deutschen Strafrechts gilt für den Straftatbestand sowie die Strafdrohung und begründet die *Garantiefunktion des Strafrechts*.

Der lateinische Satz "nulla poena sine lege" wurde von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833) zu Beginn des 19. Jahrhunderts ausgehend von dessen *Theorie des psychologischen Zwangs* geprägt<sup>24</sup>. Nach dieser soll der sinnliche Antrieb zur Tat dadurch aufgehoben werden, daß jeder wisse, auf seine Tat werde unausbleiblich ein Übel folgen, welches größer ist als seine Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur Tat entspringt. Dieser psychologische Zwang setze eine der Rechtsverletzung vorhergehende gesetzliche Strafdrohung (wie auch nachfolgende Vollstreckung des angedrohten Übels) voraus<sup>25</sup>, weshalb *Feuerbach* den ausnahmslos geltenden strafrechtlichen Grundsatz "Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (Nulla poena sine lege)" aufstellte<sup>26</sup>. *Franz von Liszt* (1851-1919) bezeichnete das Strafrecht als die "*Magna Charta des Verbrechens*", da kriminalpolitische Absicht und strafrichterlicher Wille aufgrund der Garantiefunktion des Strafrechts am Gesetz ihre Grenze finden.

#### b) Die vier Garantiefunktionen des Strafrechts

Die einzelnen Ausprägungen (Garantien) des *nullum-crimen-Satzes* sind folgende:

- *Nullum crimen sine lege scripta*, das sog. **Schriftlichkeitsprinzip**, d.h. das Strafrecht ist (grundsätzlich) auf die geschriebenen, von den zuständigen Gesetzgebungsorganen erlassenen Gesetze beschränkt. Dabei sind sog. *Blankettstrafgesetze* (s.o. 1.1.c), die für den Straftatbestand auf ein anderes Gesetz verweisen, zulässig. Ausgeschlossen ist demnach strafbegründendes oder strafschärfendes Gewohnheitsrecht, wobei umstritten ist, ob hiervon auch entsprechende dogmatische Lehren zum Allgemeinen Teil erfaßt werden (ablehnend wohl die herrschende Lehre; nach *BGHSt* 42, 235 [241] gilt das Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung auch im Allgemeinen Teil; die hier meist als Beispiel für Gewohnheitsrecht angeführte Rechtsfigur der *actio libera in causa* hat der Bundesgerichtshof mittlerweile für die Straßenverkehrsdelikte verworfen [*BGHSt* 42, 325], ansonsten aber aufrechterhalten [*BGH*, JR 1997, 391; *NStZ* 1999, 448; 2000, 584]). Strafbarkeitseinschränkendes oder -ausschließendes Gewohnheitsrecht hingegen ist erlaubt, so etwa die gewohnheitsrechtliche Derogation (Beseitigung) von Strafgesetzen, die Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe (z.B. rechtfertigende Einwilligung, Züchtigungsrecht, Pflichtenkollision, übergesetzlicher entschuldigender Notstand).
- *Nullum crimen sine lege certa*, das sog. **Bestimmtheitsgebot**, d.h. das bei Strafe verbotene Verhalten und die jeweils angedrohte Strafe müssen bestimmt beschrieben werden. Demnach sind die Straftatbestände möglichst genau unter Vermeidung dehnbare Begriffe zu fassen, eindeutige Rechtsfolgen anzudrohen sowie die Spannbreite der Strafraumen auf ein überschaubares Maß zu begrenzen. Die

<sup>23</sup> "Art. 7 EMRK. (1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, daß jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war." Die Bundesrepublik Deutschland hat Art. 7 Abs. 2 unter dem Vorbehalt ratifiziert, daß er nur in den Grenzen von Art. 103 Abs. 2 GG angewendet wird.

<sup>24</sup> Der menschenrechtliche Gedanke des Gesetzlichkeitsprinzips findet sich allerdings etwa bereits in der *Bill of Rights von Virginia* v. 12.6.1776 (Art. 8), der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 26.8.1789 (Art. 8), im österreichischen *Allgemeinen Gesetzbuch über Verbrechen* von Joseph II. von 1787 (sog. *Josephina*; §§ 1, 13) und dem *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* von 1794 (Teil II, 20. Titel, § 9).

<sup>25</sup> Heute sind als tragende Säulen des Gesetzlichkeitsprinzips die Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit der Person (im klassischen Sinne), das Gewaltenteilungsprinzip, der Präventionsgedanke (generelle Erkennbarkeit der Strafbarkeit) sowie das Schuldprinzip (Möglichkeit individueller Erkennbarkeit als Voraussetzung des Schuldprinzips) zu nennen.

<sup>26</sup> *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, §§ 17, 18, 24 (ab der 3. Aufl. §§ 12-14, 20).

Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und von Generalklauseln wird hierdurch ebenso wenig von vornherein ausgeschlossen wie die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale (neben solchen rein deskriptiver Natur), soweit ihnen durch Auslegung oder aufgrund gefestigter (höchst-richterlicher) Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für einen bestimmten Anwendungsbe- reich gegeben ist.

- *Nullum crimen sine lege stricta*, das sog. **Analogieverbot**, d.h. eine analoge Anwendung strafrechtlicher Normen zur Begründung der Strafbarkeit oder Strafe ist unzulässig. Die Grenze zwischen erlaubter Auslegung und verbotener Analogie wird durch den "möglichen Wortsinn" gezogen. Das Analogieverbot gilt grundsätzlich für alle Strafbarkeitsvoraussetzungen (unrechts- und schuldbe- gründende Merkmale, persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, objektive Be- dingungen der Strafbarkeit) und alle Sanktionen, aber nicht für die Prozeßvoraussetzungen. Strittig ist, ob es nur für die Tatbestände des Besonderen Teils oder auch für die Regelungen des Allgemei- nen Teils gilt (bejahend *BGHSt* 42, 158 [161], str. insbesondere zur Einschränkung von Erlaubnis- und Privilegierungsgründen).

Eine Analogie zugunsten des Täters (*in bonam partem*) ist erlaubt (etwa bei Strafmilderungs-, Straf- aufhebungs- und Strafausschließungsgründen).

- *Nullum crimen sine lege praevia*, das sog. **Rückwirkungsverbot** (vgl. § 2 StGB), d.h. eine Rückwir- kung von Strafbarkeit und Strafe [nicht der Maßregeln der Besserung und Sicherung, § 2 Abs. 6 StGB] zum Nachteil des Täters ist unzulässig. Erfaßt wird nur die rückwirkende Änderung des Ge- setzes, nach h.M. aber nicht die Anwendung einer geänderten richterlichen Auslegung auf vor dem Rechtsprechungswandel liegende Sachverhalte (*BGHSt* 21, 157; *BVerfG*, *NStZ* 1990, 537).

Neben dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot besteht der allgemeine rechtsstaatliche Grundsatz des **Vertrauensschutzes**, der ansonsten die Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung von Gesetzen regelt: Dabei wird zwischen *echter Rückwirkung* (d.h. ein Gesetz greift nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände ein; sie ist grundsätzlich unzulässig) und *unechter Rückwirkung* (d.h. es wird ein Tatbestand geregelt, der zwar vor Gesetzesverkündung begonnen wurde, aber noch nicht vollständig abgeschlossen war; sie ist regelmäßig zulässig) unterschieden. Im Falle einer rückwirkenden Regelung sind regelmäßig aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angemessene Übergangsregelungen zu treffen. Da die Änderung der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung keine Änderung des Gesetzes darstellt gelten nach h.M. die Regeln über den Schutz des Vertrauens nicht unmittelbar, doch können auch insofern Aspekte des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen sein.

Der nullum-crimen-Satz gilt nach h.M. nicht für prozeßrechtliche Vorschriften des Strafrechts (z.B. Strafantragserfordernis, Verjährungsvorschriften; *BGHSt* 6, 155; *BVerfGE* 25, 269 - str.). Dort greift nur das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG) als allge- meiner Rechtsgrundsatz ein, der u.a. auch Gebote der Bestimmtheit, der Rechtssicherheit und des Ver- trauensschutzes umfaßt.

## TEIL II: EINFÜHRUNG IN DIE FALLBEARBEITUNG

### 4. Das juristische Gutachten

#### a) Warum überhaupt Rechtsgutachten?

In der juristischen Ausbildung werden in den Übungsarbeiten meist Fallösungen und hierzu Rechtsgutachten verlangt. Dies ist kein Zeichen von Praxisferne, sondern gerade Ausdruck der Praxisbezogenheit der juristischen Ausbildung. Denn jeder Rechtsanwender, auch der Richter, muß, bevor er (s)eine Entscheidung trifft, den zu beurteilenden Sachverhalt erst einmal gedanklich "durchprüfen", d.h. auf seine tatsächlichen und rechtlichen Probleme abklopfen. Hierbei bedient er sich der durch die Dogmatik als Orientierungshilfe zur Verfügung gestellten Aufbauschemata sowie methodisch des Rechtsgutachtens, da dies der einfachste, sicherste und schnellste Weg zur Lösung ist. Je nach Kenntnisstand sowie erlangter Routine erfolgt diese gutachtliche Prüfung und dabei Abwägung gegebener alternativer Lösungsansätze rein gedanklich oder aber schriftlich in Form eines mehr oder weniger ausführlichen Gutachtens (Lösungsskizze). Da selbst vermeintlich einfache Fälle durchaus schwierige Rechtsfragen aufwerfen (und letztlich sogar ein anderes als das zunächst gedachte Ergebnis bedingen) können, sollte der Sachverhalt stets sorgfältig anhand des Gesetzestextes geprüft und dieser dabei Merkmal für Merkmal durchgegangen werden.

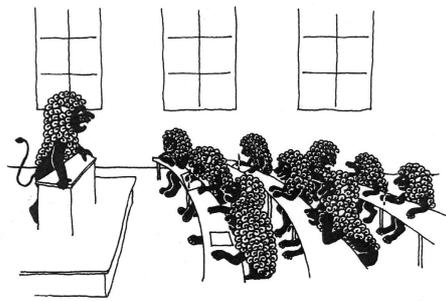
Selbstverständlich setzt sich ein Rechtsanwender, wenn er sich einmal für eine von mehreren möglichen Auslegungen oder Theorien begründet entschieden hat, nicht jedesmal wieder eingehend mit allen Lösungsansätzen auseinander, aber er muß dies einmal getan haben und - zumindest im Rahmen seiner Fortbildung - seine gewählten Lösungsansätze immer wieder (selbst)kritisch hinterfragen, zuweilen sogar ändern. Auch in der Praxis wird der Rechtsanwender, wenn er seine Entscheidung nach außen zu vertreten, nämlich gegenüber jemanden zu begründen hat, sich näher mit den möglichen Gegenargumenten aus der Literatur und Rechtsprechung befassen müssen, um den Adressaten seiner Entscheidung überzeugen, dessen gegenteilige Rechtsansichten entkräften zu können. Selbst die in der Praxis etwa für die Strafverfolgungs- oder Verwaltungsbehörden - zumindest faktisch - bestehende Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung oder an Verwaltungsrichtlinien befreit hiervon nicht völlig. Denn die Rechtsprechung kann sich ändern (gerade der eigene Fall kann hierzu den notwendigen Anlaß geben), und etwaige Verwaltungsrichtlinien können die Bindung an das höherrangige Recht, insbesondere an die Gesetze, schon gar nicht aufheben (unter Umständen ist der handelnde Beamte dann zur Remonstration verpflichtet). Weil das Recht sich nicht nur mittels der Gesetzgebung, sondern auch der Rechtsanwendung weiter entwickelt und neuen oder veränderten Lebenssachverhalten anpaßt, muß es immer wieder im konkreten Fall neu erkannt werden. Und hierfür stellt die juristische Methodik nicht nur die juristische Hermeneutik (= Auslegung) und Rhetorik (= Argumentation), sondern auch die Gutachtentechnik zur Verfügung.

#### b) Gutachten- und Urteilsstil

Kennzeichen des sog. *Gutachtenstils* ist das Aufwerfen von Fragen oder Hypothesen, die anschließend beantwortet bzw. untersucht werden. Das Gutachten wird daher - gedanklich oder ausdrücklich - im Konditional oder Konjunktiv formuliert, es führt den Leser ausgehend von der Aufgabenstellung durch den Fall und seine Probleme bis hin zu der Lösung, die so vor ihm nach und nach entwickelt wird.

Anders der sog. *Urteilsstil*, mit dem ein eingangs festgesetztes Ergebnis anschließend begründet wird. Das Urteil besteht daher der Sache nach aus "denn-", "nämlich-" und "weil-Sätzen". Wenn auch das Urteil, wie jede Entscheidung, eine vollständige Begründung liefern und sich angemessen mit den verschiedenen Rechtsstandpunkten auseinandersetzen muß, so ist der Richter doch etwas freier, da er letztlich nur *eine* tragfähige (!) Begründung für seine Entscheidung geben muß (und hierbei unter Umständen auch Rechtsfragen offen lassen darf). Hingegen erfordert das Gutachten eine umfassende Erörterung des Falls, in ihm sind *alle* ernsthaft in Betracht kommenden Tatbestände bzw. Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlagen zu prüfen.

Das Gutachten ist somit Voraussetzung für das Urteil, denn nur wer einen Sachverhalt von vorne nach hinten durchdacht hat, kann eine Entscheidung treffen und begründen. Dabei ist das urteilsvorbereitende Gutachten übrigens regelmäßig sogar komplizierter als das übliche Fallgutachten, da der Richter noch die Beweissituation und Beweislastverteilung berücksichtigen muß, weshalb etwa das Zivilrecht noch eine besondere sog. Relationstechnik kennt.



## 5. Die Fallbearbeitung: die Schritte zur Falllösung

Bei jeder Fallbearbeitung - das gilt, wie oben gezeigt, für das Erstellen eines Rechtsgutachtens wie für das Verfassen einer Entscheidung (z.B. eines Verwaltungsakts oder auch Urteils) - lassen sich die folgenden Arbeitsphasen unterscheiden:

- die *Einstiegsphase* mit dem Erfassen der Aufgabenstellung (wonach ist gefragt?) und des Sachverhalts (was ist geschehen?),
- die *Sammel- und Ordnungsphase* mit den gedanklichen Vorüberlegungen zur Falllösung (welche Tatbestände kommen in Betracht und welche Probleme stecken in dem Fall?),
- der *Gliederungsphase* mit dem Ausarbeiten einer aussagekräftigen Lösungsskizze bzw. Gliederung (wie sieht der Lösungsweg aus und wo liegen die Problemschwerpunkte?),
- der *Schreibphase* mit der Niederschrift, also dem anhand der Lösungsskizze erfolgenden Ausformulieren der schriftlichen Lösung
- und der *Schlußphase* mit dem Durchlesen der Arbeit und letzten (kleinen) Korrekturen.

Mag die Bearbeitungszeit in Klausuren dem Bearbeiter auch oft zu knapp bemessen erscheinen, so reicht sie doch (ausgehend von einem durchschnittlichen Kenntnisstand [= Fachwissen und Problembewußtsein] und der allgemeinen fachlichen Eignung [= Denkvermögen bzw. Befähigung zur Transferleistung]) regelmäßig aus, wenn man die Schwerpunkte zutreffend setzt und vor allem sich die Zeit richtig einteilt, insbesondere nicht gerade drauflos schreibt. Natürlich benötigt man nicht nur Zeit zum Überlegen und Erarbeiten der Lösung, sondern auch zum Schreiben. Aber man kann ruhiger und flüssiger schreiben, wenn man dabei nicht erst noch die Lösung entwickeln muß und kein klares Ziel bzw. keinen als richtig erkannten Lösungsweg vor Augen hat. Verfolgte Irrwege erweisen sich bei einer voreiligen Niederschrift als kostspieliger an Zeit und Nerven denn beim Gliedern, muß doch das mühsam Ausformulierte verworfen und eine neue Lösung zu Papier gebracht werden (von den nicht selten so entstehenden - und übersehenen - Widersprüchen in der Arbeit einmal ganz abgesehen). Im übrigen kann, falls die Zeit doch nicht ausreichen sollte, eine vorhandene aussagekräftige Gliederung notfalls mit abgeben und aufgrund eines entsprechenden Vermerks des Bearbeiters in die Bewertung (positiv) miteinbezogen werden, während sonst der Bearbeiter am Ende der Bearbeitungszeit inhaltlich häufig viel weniger in seinen Händen hält. In Klausuren können (bei 120 bis 150 Minuten Bearbeitungszeit) auf die Einstiegsphase ruhig 10 bis 15 Minuten verwendet und für die Sammel- und Ordnungs- sowie die Gliederungsphase insgesamt zumindest weitere 20 bis 30 Minuten eingeplant werden, so daß - je nach der zur Verfügung stehenden Zeit, der Problemdichte des Falls und dem persönlichen Schreibtempo - etwa zwei Drittel (maximal drei Viertel, mindestens aber die Hälfte) der Bearbeitungszeit für die Niederschrift zur Verfügung steht (bei einer fünfstündigen Klausur kann selbst im Strafrecht, wo regelmäßig viel zu schreiben ist, wenigstens gut eine Stunde überlegt und gegliedert werden), denn auch hier gilt: Erst denken - dann handeln!

### (1) Aufgabenstellung erfassen: *Wonach ist gefragt?*

Bei dem gutachtlichen Lösen eines Falles ist stets von der Aufgabenstellung auszugehen, denn nur die aufgeworfenen Fragen - und keine anderen - sind so exakt wie möglich zu beantworten. Deshalb sollte gleich der erste Blick des Bearbeiters dem Bearbeitervermerk (Fallaufgabe) gelten, um von Anfang an eine falsche Weichenstellung zu vermeiden. Zudem kann aus der Aufgabenstellung häufig zugleich die erste Subsumtionsfrage abgeleitet werden. Nur wenn allgemein nach der Rechtslage bzw. (im Zivilrecht) den Ansprüchen oder (im Strafrecht) der Strafbarkeit<sup>27)</sup> der (d.h. aller) Beteiligten gefragt ist,

<sup>27)</sup> Zur Strafbarkeit von Personen, nach der nicht gefragt ist, ist nur insoweit Stellung zu nehmen, als diese für die weitere Falllösung vorgreiflich ist (z.B. aus Akzessorietätsgründen oder inzidente Prüfung des Vorliegens eines rechtswidrigen Angriffs bei der Notwehr); dasselbe gilt für die Strafbarkeit Verstorbener, die grundsätzlich nicht zu prüfen ist.

muß sich der Bearbeiter selbst die maßgeblichen Fallfragen herausarbeiten (und dazu zunächst einen Überblick über den Sachverhalt und dessen rechtliche Einordnung verschaffen).

Die fehlende nähere Bezeichnung handelnder Personen durch Namen oder Buchstaben ist nicht unbedingt ein Zeichen dafür, daß diese für die Falllösung irrelevant sind, mag dies auch meist so sein. Bei mehreren Beteiligten wird die Prüfungsabfolge zudem keineswegs durch die alphabetische Reihenfolge ihrer Namen oder die Abfolge ihrer Erwähnung im Text bzw. in der Aufgabenstellung vorgegeben, doch kann letztere insofern einen Aufbauhinweis enthalten. Bauen mehrere Fragen aufeinander auf oder wird sonst dezidiert nach etwas gefragt, so sollte man sich tunlichst hieran orientieren.

## **(2) Sachverhalt erfassen: Was hat sich zugetragen?**

Der zweite Arbeitsschritt dient dem Erfassen des Sachverhalts durch dessen (mindestens zweimaliges) genaues Lesen, um sich so alle fallrelevanten Details einzuprägen und deren Zusammenhänge zu erkennen. Hierbei sind auch innere Vorstellungen und mitgeteilte Einlassungen (liegen Irrtümer vor?) der Beteiligten sowie Datenangaben (greifen Fristen?) zu beachten. Bei umfangreichen Sachverhalten mit einer Vielzahl von Beteiligten oder Ereignissen ist die Anfertigung eines Zeitablaufplans bzw. einer Skizze anzuraten, auch damit einem keine Personenverwechslungen unterlaufen.

Bei dem Sich-Erarbeiten des Sachverhalts ist zu vermeiden, daß dieser zu bekannten Rechtsproblemen, Entscheidungen oder Fällen hin "verbogen" wird. Denn mit solch einer "Sachverhaltsquetsche" setzt sich der Bearbeiter nicht nur in Widerspruch zu dem mitgeteilten Sachverhalt, sondern erweist sich auch für das juristische Arbeiten als ungeeignet, kommt doch in der Praxis der Arbeit am Sachverhalt gegenüber der Lösung von Rechtsfragen meist eine viel größere Bedeutung zu. Nützlich ist es, sich beim (zweiten) Durchlesen am Rand des Sachverhalts oder besser auf einem gesonderten Blatt die Probleme des bzw. die rechtlichen Gedanken zum Fall zu notieren, denn häufig erweisen sich die spontanen Gedanken als die richtigen, werden später aber vergessen oder nicht mehr richtig untergebracht.

In aller Regel enthält ein Sachverhalt keine für die Lösung irrelevanten Umstände. Jedoch kann er in dem einen oder anderen Punkt lückenhaft sein. Kommt es bei der Lösung auf bestimmte, nicht ausdrücklich mitgeteilte Umstände für die rechtliche Beurteilung an, so ist die Lücke zunächst nach der allgemeinen Lebenserfahrung unter Heranziehung aller Anhaltspunkte des Sachverhalts auszufüllen (sog. *Sachverhaltsergänzung*), unter Umständen ist die vorgenommene Ergänzung des Sachverhalts auch in der Niederschrift knapp festzuhalten. Ist eine solche Lückenschließung nicht möglich, sind die denkbaren Geschehensvarianten alternativ zu untersuchen (sog. *Alternativgutachten*).<sup>28)</sup>

So "tödlich" es sein kann, sich in Widerspruch zu dem mitgeteilten Sachverhalt zu setzen, so unklug ist es, diesen in einer Klausur bewertend (z.B. als "wenig lebensnah", "vollkommen praxisfern", "unzureichend") zu kommentieren. Der vorgegebene Sachverhalt ist so, wie er mitgeteilt wird, hinzunehmen. Er ist vor allem durch die vom Aufgabengesteller herausgesuchten Fallprobleme - die meist einem praktischen Fall entnommen sind - und dem Bemühen um eine knappe Schilderung bedingt. Abgesehen davon, daß ein mehrseitiger Sachverhalt oder vollständiger Aktenauszug selten im Interesse des Bearbeiters liegt, so kann selbst eine längere Falldarstellung die Lebenswirklichkeit regelmäßig nur verkürzt wiedergeben. Übrigens verdeutlicht Vorstehendes nur, wie wichtig in der Praxis eine gute aktenmäßige Aufarbeitung des Sachverhalts ist, denn auch dort ist zuweilen allein aufgrund der Aktenlage zu entscheiden.

## **(3) Lösungsskizze erstellen: Wie sieht der Lösungsweg aus, wo liegen die Problemschwerpunkte?**

Der nächste, dritte Arbeitsschritt gilt dem Erstellen einer Lösungsskizze. Solch eine gedankliche Vorprüfung und rechtliche Durchdringung des Sachverhalts ist nicht nur bei der vergleichsweise offenen Fallfrage nach der Rechtslage, sondern für jede Falllösung unabdingbar. Bei der klausurmäßigen Aufarbeitung ist deshalb zunächst ein Gliederungsgerüst zu erstellen, in dem nun nach und nach der Lösungsweg skizziert wird und vor allem die Problemschwerpunkte sowie -lösungen festgehalten werden. (Bekanntlich zählt bei der Bewertung einer Klausur weniger das Ergebnis, denn der dorthin beschrittene Weg und hierbei die zutreffende Gewichtung der Fallprobleme sowie die Argumentation.) Eine gute Gliederung hilft, sich die Bearbeitungszeit richtig einzuteilen und ein aufgeregtes Niederschreiben der Falllösung mit zeitraubenden Irrwegen sowie unschönen Durchstreichungen zu vermeiden.

---

<sup>28)</sup> Beachte, bei strafrechtlichen Gutachten darf der straf(verfahrens)rechtliche Grundsatz "*in dubio pro reo*" nur angewendet und damit die für den Angeklagten günstigere Möglichkeit zugrunde gelegt werden, wenn nach der Aufgabe feststeht, daß der Tathergang nicht genau geklärt werden kann (Situation der Hauptverhandlung nach Abschluß der richterlichen Beweisaufnahme) und kein Fall der Wahlfeststellung oder der Postpendenz vorliegt.

Die gedankliche Vorprüfung des Falls beginnt mit dem Aufgliedern des Sachverhalts im Hinblick auf das anzufertigende Gutachten. Bei dem Aufbau des Gutachtens sind neben etwaigen zwingenden Aufbaueregeln auch die Zweckmäßigkeitsregeln zu beachten (unter Umständen erfordert der Fall sogar ein Abweichen von üblichen Aufbaumustern). Sodann werden alle in Betracht kommenden Tatbestände (Anspruchsnormen, Ermächtigungsgrundlagen, Delikte etc.) im Gesetz aufgesucht und zumindest kurz angeprüft, um keinen einschlägigen Tatbestand zu übersehen. Scheiden hiernach einige Tatbestände ganz offensichtlich und problemlos aus und gibt es keinen vernünftigen Grund für deren Prüfung, so werden sie nicht in die Niederschrift übernommen. Die verbleibenden Tatbestände werden nun aufbaumäßig zutreffend zueinander in Beziehung gesetzt, sodann wird der Fall im einzelnen näher durchgeprüft und der Lösungsweg stichwortartig festgehalten. Zu beachten ist schon hier, daß eine (nähere) Auseinandersetzung mit streitigen Rechtsfragen nur dann erfolgen darf - aber auch muß -, wenn sie für den Fall von Bedeutung sind (sog. Relevanzprüfung, s.u.). Die Gliederung darf sich übrigens nicht mit der bloßen Wiedergabe von Schemata begnügen, sondern muß die einzelnen Prüfungsschritte konkret fallbezogen nachzeichnen; bei den Fallproblemen kann dabei der Meinungsstand mit Argumenten pro und contra als Erinnerungsposten bezeichnet werden, jedenfalls sollte die eigene Entscheidung festgehalten werden.

Bei dem Erarbeiten der Lösung ist auf Abweichungen des Falls von dem "Normalfall" und - fast noch mehr - auf Abweichungen von den dem Bearbeiter bekannten Fällen zu achten, um nicht vorschnell Fallprobleme zu übersehen bzw. in eine falsche Richtung zu laufen. Auch sollten etwaige in dem Sachverhalt (z.B. durch die Verwendung bestimmter Standardformulierungen) oder in der Aufgabenstellung bzw. einem Bearbeitervermerk (z.B. bei aufeinander aufbauenden Fallfragen mit Ergebnisunterstellungen) versteckt enthaltene Lösungshinweise erkannt werden. Ferner sollte am Ende der Gliederungsphase nochmals überprüft werden, ob alle lösungsrelevanten Details des Sachverhalts verwertet und alle anfangs notierten Gedanken in der Lösung berücksichtigt oder (berechtigt) verworfen wurden.

Können eine Reihe von Details und/oder der sich aufdrängenden Probleme in der eigenen Lösung nicht "untergebracht" werden, so sollte dies stutzig machen. Es ist dann zu überlegen, ob und wo man sich deren Verwerten etwa durch eine Fehlentscheidung, eine Sachverhaltsergänzung oder durch eine verfolgte Mindermeinung verbaut hat und ob deshalb nicht ein anderer Lösungsweg, ein Alternativgutachten (s.o.) bzw. ein Hilfsgutachten angezeigt wäre, um so diese Punkte in der Lösung noch berücksichtigen zu können. Vor allem wenn man sich an einem Punkt gegen eine gefestigte Rechtsprechung oder herrschende Meinung entscheidet und so schon früh oder problemunfreundlich aus dem Fall "aussteigt", sollte man ausnahmsweise (auch ungefragt) ein *Hilfsgutachten* verfassen, um den Fall hilfsweise (mit dem insofern besser passenden Lösungsweg) weiter verfolgen zu können; zumindest sollte man aber an geeigneter Stelle vorhandenes Problembewußtsein durch das "Aufblitzenlassen von Wissen" (s.u.) aufzeigen. Ansonsten gilt, daß ein einmal eingeschlagener Lösungsweg konsequent weiter zu verfolgen ist und daß grundsätzlich keine Lösungsalternativen angeboten werden dürfen - man hat sich zu entscheiden.

Gewarnt sei in diesem Zusammenhang noch vor dem beliebten, arbeitsvereinfachenden "Totschlagen" von Problemen und insofern sehr "ergebnisbezogenen" problemfeindlichen Vorgehen, wenn dadurch - gemessen an dem Anspruch und Umfang der Arbeit bzw. der Bearbeitungszeit - kaum genügend einschlägiges Fachwissen präsentiert werden kann. Das ist nicht unbedingt die beste Klausurtaktik. Ohnehin sollten taktische Überlegungen nicht im Vordergrund stehen.

#### **(4) Niederschrift: Was ist bei der Subsumtion bzw. Formulierung zu beachten?**

Erst jetzt erfolgt die Niederschrift als vierter Arbeitsschritt. Hierbei sind auch die vorgegebenen Formalien (s.u. 6.) zu beachten. Zu warnen ist hier vor einem rein mechanischen Abklappern irgendwelcher Prüfungsschemata (vgl. S. 98 ff), die ohnehin nur eine Arbeitshilfe darstellen: in der Niederschrift ist nur auf die im konkreten Fall einschlägigen Punkte des Schemas einzugehen. Die schriftliche Ausarbeitung muß eine ordentliche Subsumtion des Sachverhalts unter die einzelnen Tatbestände enthalten, wobei der Auslegung der gesetzlichen Merkmale und der argumentativen Auseinandersetzung mit den in der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Meinungen besondere Bedeutung zukommt. Hierbei empfiehlt es sich nicht, eine problematische Tatbestandsvoraussetzung sogleich unter Zuhilfenahme einer besonders ausgefeilten Definition des Gesetzesmerkmals zu bejahen oder abzulehnen, vielmehr sollte diese Definition ausgehend vom Normalfall erst erarbeitet werden.

Entsprechend den gesetzten inhaltlichen Schwerpunkten (und damit Fallproblemen) ist bei der Niederschrift der Gutachten-, verkürzte Gutachtenstil bzw. der gemischte Gutachten- und Urteilstils (auch

als "Direktsubsumtion" des Sachverhalts unter den Tatbestand bezeichnet) zu verwenden, unter Umständen reicht sogar eine bloße urteilsstilähnliche Feststellung. Bei den zentralen Auslegungsproblemen sind die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten nebst den zugehörigen Argumenten möglichst kurz und prägnant darzustellen, nach einer kritischen Stellungnahme ist eine eigene (begründete) Entscheidung zu treffen. Es genügt nicht, sich ohne Begründung einer fremden Meinung schlicht anzuschließen; ein bloßes Berufen auf andere Autoritäten ist unzulässig. Auf eine Begründung kann allenfalls bei längst ausgetragenen oder praktisch folgenlosen Meinungsstreitigkeiten sowie bei sonst heute ganz vorherrschenden Meinungen oder einhellig anerkannten Rechtsfiguren bzw. -konstruktionen verzichtet werden.

Ein Beachten der vier Subsumtionsschritte (s.o. 2.) ist zwar für einen geordneten Gedankengang und in sich logischen Aufbau der Fallbearbeitung unumgänglich. Bei der Niederschrift der Subsumtion sind jedoch zur Erzielung einer flüssigen Darstellung Vereinfachungen gegenüber einem vollständigen, rein schematischen "schulmäßigen" Aufführen der einzelnen Subsumtionsschritte angebracht. So können etwa einzelne Subsumtionsschritte (insbesondere der gängigen Schemata, etwa zur Grundrechtsprüfung oder zum Deliktsaufbau) in der Gliederung aufgehen und offensichtlich gegebene Merkmale kurz festgestellt werden. Derartige Vereinfachungen verbieten sich aber bei den eigentlichen Problemen eines Falles. Dort ist neben der geordneten Darstellung des Subsumtionsvorgangs die Auslegung und die Darlegung sowie begründete Entscheidung des Meinungsstreits besonders wichtig. Denn für die Beurteilung einer Arbeit ist nicht das (angesichts meist verschiedener vertretbarer Auslegungsmöglichkeiten mehr oder weniger zufällig mit der Musterlösung übereinstimmende) Ergebnis, sondern der Weg dorthin maßgebend. Einer breiten, womöglich mehrfachen Nacherzählung bzw. Wiederholung des Sachverhalts oder des Gesetzeswortlauts bedarf es im Gutachten übrigens regelmäßig nicht, denn beides darf bei dem Leser durchaus als bekannt vorausgesetzt werden. Der Sachverhalt und das Gesetz sind nur insoweit anzuführen, als dies für das (leichtere) Nachvollziehen des Lösungswegs unabdingbar ist.

Eine Auseinandersetzung mit den streitigen Rechtsfragen darf einerseits nur, muß aber andererseits immer dann erfolgen, wenn sie für den Fall von Bedeutung ist (sog. *Relevanzprüfung*). Allerdings kann in einem Gutachten ein Streitpunkt auch ausnahmsweise einmal ausdrücklich offengelassen und insofern "übersprungen" werden, wenn ein nachfolgender Prüfungspunkt tatsächlich unzweifelhaft und rechtlich unstreitig nicht gegeben ist und deshalb ohnehin zu einem Verneinen des Tatbestands führt. Allerdings dürfen so nur wenige Prüfungspunkte übersprungen werden (regelmäßig scheidet also im Strafrecht ein "Weitsprung" vom objektiven Tatbestand in die Schuld aus). Keinesfalls sollte hierbei aber ein Problem völlig übergangen werden, vielmehr der Streit nebst den unterschiedlichen Lösungsansätzen zumindest kurz angesprochen (und natürlich auch das "Springen" deutlich gemacht) werden.

Zuweilen kann es angebracht sein, auf im konkreten Fall nicht relevante, aber zum Problemkontext gehörende Streitigkeiten kurz hinzuweisen und so vorhandenes Wissen "aufblitzen" zu lassen. Doch sollte dies zurückhaltend geschehen, denn überflüssige Ausführungen können schaden, da sie von der Lösung wegführen.

Der eingeschlagene Lösungsweg muß für den Leser stets klar erkennbar und lückenlos nachvollziehbar sein, also vor ihm - in sich schlüssig - entwickelt werden. Dabei muß und darf der gewählte Aufbau (etwa wenn in der Literatur alternative dogmatische Ansätze und damit Prüfungsabfolgen vertreten werden) nicht begründet werden, denn auch insofern spricht das Gutachten für sich. Nicht nur hier sind abstrakte Vorbemerkungen zu vermeiden, vielmehr sind - soweit erforderlich - alle Probleme jeweils an der aufbaumäßig richtigen Stelle zu erörtern.

Bei der Niederschrift sind zumindest die Hauptprüfungsstufen durch Überschriften zu kennzeichnen, ansonsten ist der Text angemessen durch Absätze, Gliederungspunkte oder Spiegelstriche zu untergliedern (jedoch erfordert nicht jeder Satz, jeder Gedanke oder jede Meinung einen eigenen Absatz). Die angewandten Normen sind jeweils genau zu zitieren (also nach Artikel/Paragraph, Absatz, Satz, ggf. Halbsatz, Nummer, Buchstabe, Variante etc.). Ferner sind rechtliche Fachausdrücke stets zutreffend entsprechend ihrer spezifischen Bedeutung zu verwenden. Nicht zuletzt sollte sich die Ausarbeitung durch einen guten sprachlichen Stil auszeichnen, vor allem verständlich sein (einfache, kurze Sätze, deren Sinn sich dem Leser sofort erschließt). Fremdwörter sollten vermieden werden, wenn man sich einfacher und klarer in deutscher Sprache ausdrücken kann.

Am Ende der Niederschrift sollte die Arbeit nochmals durchgelesen und insbesondere auf etwaige Personenverwechslungen, Auslassungen als auch auf eine korrekte Rechtschreibung und Zeichensetzung geachtet werden.

## 6. Die Formalien einer juristischen Arbeit

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die formalen *Grundanforderungen* rechtswissenschaftlichen Arbeitens, nicht zuletzt weil regelmäßig die einzelnen Dozenten, Fachbereiche oder Hochschulen die formalen Anforderungen an die bei ihnen anzufertigenden juristischen Arbeiten regeln, die gemäß der "lex-specialis-Regel" diesen allgemeinen Hinweisen vorgehen. Wenngleich die Formalien juristischen Arbeitens insofern, aber auch in der Fachliteratur, bestens und zahlreich dokumentiert sind, wird bedauerlicherweise durch die Studierenden doch mindestens ebenso häufig gegen sie verstoßen und damit bereits aus rein formalen Gründen eine Abwertung der eigenen Arbeiten in Kauf genommen. Dies müßte eigentlich nicht sein. Zuweilen wird auch nicht beachtet, daß innerhalb der verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen sich durchaus verschiedene Standards wissenschaftlichen Arbeitens herausgebildet haben, weshalb es z.B. nicht angehen kann, unbeschadet der Zitiergewohnheiten der Natur-, Geistes- oder anderer Sozialwissenschaften zu übernehmen. Die juristische Fachkultur ist hier durchaus eine eigenständige und in ihren Anforderungen recht anspruchsvoll.

### a) Die äußere Gestaltung

Für die *äußere Gestaltung* der Arbeit sind meist Regelungen vorgegeben. Grundsätzlich untergliedert sich die Arbeit in ein Titelblatt (mit den Angaben zur Arbeit und zum Verfasser), ggf. das Aufgabenblatt und die Ausarbeitung, bei wissenschaftlichen Arbeiten (u.a. Haus-, Seminar-, Diplomarbeiten) sind letzterer noch eine Gliederung (s.u.) und ein Literaturverzeichnis (s.u.) sowie unter Umständen ein Abkürzungsverzeichnis voranzustellen. Die Ausarbeitung sollte einen hinreichend breiten Korrekturrand (etwa 6 cm) aufweisen (am besten am rechten Blattrand), und die Seiten sind durchzunummerieren sowie fest miteinander zu verbinden (auch bei Haus- und Seminararbeiten reicht hierzu ein Schnellhefter oder eine Klemmappe vollkommen aus). Bei wissenschaftlichen Arbeiten, die regelmäßig mittels eines Computers (bzw. mit einer Schreibmaschine) zu erstellen sind, wird für die Ausarbeitung ein anderthalbzeiliger Zeilenabstand sowie eine "normale" Schriftgröße von 12 Punkten (12 pt = 10 cpi) im Text gefordert, die Fußnoten können engzeilig und mit kleinerer Schrifttype (10 pt = 12 cpi) geschrieben werden. Alle Übungsarbeiten (außer Examina) sind eigenhändig zu unterschreiben und ggf. mit einer in der Ausbildungs- und Prüfungsordnung vorgeschriebenen Versicherung zu versehen.

### b) Die Gliederung

Die einer wissenschaftlichen Arbeit vorangestellte Gliederung verfolgt denselben Zweck wie die Lösungsskizze während der Gliederungsphase: sie soll den Aufbau und Gedankengang der Arbeit sowie die gesetzten Problemschwerpunkte auf einen Blick deutlich machen. Entsprechend sollen die einzelnen Gliederungspunkte den wesentlichen Inhalt des jeweiligen Abschnitts oder Unterabschnitts schlagwortartig kennzeichnen, ohne zugleich *Inhaltsangabe* zu sein. Anders als bei Seminararbeiten oder wissenschaftlichen Monographien (etwa Diplomarbeiten, Dissertations- oder Habilitationsschriften), in deren *Inhaltsverzeichnis* sämtliche mit einer Überschrift versehene Gliederungsabschnitte der Arbeit aufgeführt werden (und das zugleich die Funktion eines - regelmäßig fehlenden - Sachverzeichnisses übernimmt), verzeichnet die *Inhaltsübersicht* einer Hausarbeit nur die wichtigsten Gliederungsabschnitte vollständig, die weiteren Untergliederungspunkte nur, soweit sie zum schnellen Erfassen der von dem Bearbeiter gesetzten Fallschwerpunkte bzw. dargestellten Fallprobleme erforderlich sind (dabei werden niedrige Gliederungsebenen - abweichend von der Untergliederung in der Arbeit - in der *Inhaltsübersicht* häufig nicht als solche, sondern nur auszugsweise bzw. zusammengefaßt unter Verwendung eines Spiegelstrichs ["-"] und mit knapper Problembezeichnung aufscheinen).

Eine zu ausführliche Gliederung ist bei Hausarbeiten ebenso zu vermeiden wie eine allzu kurze, kaum mehr aussagefähige Übersicht oder die bloße, sich ständig wiederholende Wiedergabe der Aufbaustufen eines Prüfungsschemas. Mehr als vier Gliederungsstufen werden in der Inhaltsübersicht selten erforderlich sein. Dabei ist die sorgfältige, möglichst knappe und präzise Formulierung der Gliederungspunkte nicht zuletzt zur Selbstkontrolle wichtig.

Als Reihenfolge der Untergliederung hat sich in den Rechtswissenschaften anstelle des numerischen Systems (1., 1.1., 1.2., 1.2.1. ...) folgendes Buchstaben-Zahlen-Schema eingebürgert: A. I. 1. a) aa) α) (1). Abweichend von dem üblichen Gliederungsschema können in einer Hausarbeit oder Klausur die geprüften Delikte oder Anspruchs- bzw. Ermächtigungsgrundlagen (sie liegen meist auf der Ebene der arabischen Nummern) auch von Anfang an fortlaufend durchnummeriert werden (s.u.), dies erleichtert in der Arbeit das Verweisen nach oben. Die einmal gewählte Anordnung muß logisch durchgehalten werden: jedem Buchstaben und jeder Zahl muß eine Gegenposition entsprechen (wer a) sagt, muß auch b) sagen); gibt es nur einen Untergliederungspunkt, so genügt die Einfügung eines Absatzes oder Spiegelstriches. Es ist darauf zu achten, daß gleichwertige Aufbaustufen gliederungstechnisch auch auf derselben Ebene stehen (so im Strafrecht etwa Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, während der objektive und der subjektive Tatbestand eine Gliederungsebene unter dem Tatbestand angesiedelt sind.)

Zur Gliederung gehört schließlich die Angabe der Seiten, auf denen die jeweiligen Gliederungspunkte in der Ausarbeitung behandelt werden.

In der Ausarbeitung spiegelt sich die vorangestellte Gliederung (Gliederungsbuchstabe und -zahl sowie Abschnittsüberschrift) wider, sie kann hier - wie gezeigt - durchaus noch weitergeführt werden. Der Text der Ausarbeitung selbst wird auch bei detaillierter Untergliederung übrigens nicht nach rechts eingerückt; der linke Rand bleibt vielmehr stets gleich breit.

Beispiel für eine "strenge" Gliederung:

A) <i>Erster Handlungsabschnitt: Wegfahren mit dem Fahrrad</i> .....	1
<u>Strafbarkeit des V</u> .....	1
1. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB .....	1
a) Tatbestand: gelockerter Gewahrsam des H .....	1
b) Rechtswidrigkeit, Schuld .....	2
2. Gebrauchsanmaßung, § 248b Abs. 1 StGB .....	2
B) <i>Zweiter Handlungsabschnitt: Verkaufsverhandlungen mit K</i> .....	3
I. <u>Strafbarkeit des V</u> .....	3
1. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 (1. Fall) StGB .....	3
a) Tatbestand: Wiederholbarkeit der Zueignung .....	3
b) Rechtswidrigkeit, Schuld .....	5
2. Betrug zum Nachteil des K, § 263 Abs. 1 StGB .....	6
- fehlende Vollendung (Leistung Zug um Zug) .....	6
3. Versuchter Betrug zum Nachteil des K, §§ 22, 263 Abs. 1, 2 StGB .....	6
a) Tatentschluß: Eingehungsbetrug .....	6
b) unmittelbares Ansetzen .....	7
c) Rechtswidrigkeit, Schuld .....	7
d) Rücktritt: fehlgeschlagener Versuch .....	7
II. <u>Strafbarkeit des K</u> .....	8
...	

Beispiel für eine "freiere" Gliederung:

A) <i>Erster Handlungsabschnitt: Wegfahren mit dem Fahrrad</i> .....	1
<u>Strafbarkeit des V</u> .....	1
1. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB .....	1
- gelockerter Gewahrsam des H .....	1
2. Gebrauchsanmaßung, § 248b Abs. 1 StGB .....	2
B) <i>Zweiter Handlungsabschnitt: Verkaufsverhandlungen mit K</i> .....	3
I. <u>Strafbarkeit des V</u> .....	3
3. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 (1. Fall) StGB .....	3
- Wiederholbarkeit der Zueignung nach neuem Recht .....	3
4. Betrug zum Nachteil des K, § 263 Abs. 1 StGB .....	6
- fehlende Vollendung bei Leistung Zug um Zug .....	6
5. Versuchter Betrug zum Nachteil des K, §§ 22, 263 Abs. 1, 2 StGB .....	6
- Eingehungsbetrug .....	6
- Problem des unmittelbaren Ansetzens .....	7
- Rücktrittsausschluß da fehlgeschlagener Versuch .....	7
II. <u>Strafbarkeit des K</u> .....	8
...	

### c) Das Literaturverzeichnis

Das Literaturverzeichnis soll vollständigen Aufschluß geben über die in der Ausarbeitung zitierte Literatur. Hierzu sind alle Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften (Monographien), Aufsätze - auch Festschriftbeiträge -, Urteilsanmerkungen, Dissertationen usw. genau aufzuführen. Dagegen werden Entscheidungen bzw. Entscheidungssammlungen, Gesetzessammlungen und Gesetzesmaterialien nicht ins Literaturverzeichnis aufgenommen. Übrigens sind (Repetitoriums-, Lern- oder Vorlesungs-) Skripten grundsätzlich nicht zitierfähig.

Während bei Festschriften oder anderen Sammelwerken (nur) die jeweils zitierten Beiträge unter ihrem jeweiligen Verfasser angeführt werden, werden bei einem Gemeinschaftswerk mehrerer Autoren (z.B. bei einem Kommentar) die jeweiligen Bearbeiter nicht (zusätzlich) einzeln in das Literaturverzeichnis aufgenommen. Im übrigen wird bei mehreren Herausgebern (insbesondere bei mehr als drei Herausgebern) und teilweise auch bei einem Autorenkollektiv häufig nur der erstgenannte (Haupt-) Herausgeber/Autor angeführt und auf die weiteren durch "u.a." hingewiesen.

Das Literaturverzeichnis ist, nach Verfassernamen geordnet, durchgehend alphabetisch zu führen. Eine weitergehende Aufgliederung nach Gattungen (Lehrbücher, Kommentare usw.) empfiehlt sich nicht, da sie dem Leser die Übersicht erschwert (und den Verfasser mit unnützer Arbeit belastet).

Bei jeder im Literaturverzeichnis angeführten Veröffentlichung sind anzugeben:

- Zuname und Vorname des/der Autors/Autoren bzw. Herausgebers/Herausgeber (nicht aufzunehmen sind akademische oder sonstige Titel)
- genauer Titel der Schrift, des Aufsatzes, Festschriftbeitrages usw., dabei genügt die Angabe des Haupttitels (Untertitel, Generaltitel einer Festschrift sowie Angaben über die Schriftenreihe, in der ein Werk erschienen ist, sind entbehrlich)
- bei Büchern die Auflage, der Erscheinungsort und das Erscheinungsjahr (entbehrlich ist die Angabe des Verlages),
- bei Aufsätzen usw. die genaue Fundstelle in der jeweiligen Zeitschrift oder Festschrift.

Bei Zeitschriften sind die üblichen Abkürzungen zu verwenden und die Zitiergepflogenheiten zu beachten: Manche Zeitschriften werden nur nach Jahrgang und Seite angeführt (z.B. NJW, JZ, NSStZ), bei anderen hat es sich eingebürgert, außerdem die Bandzahl zu nennen (z.B. ZStW), einige werden nur nach der Bandzahl zitiert (z.B. GA bis 1953). Im übrigen ist jedoch auf Einheitlichkeit zu achten.

Da Lehrbücher und Monographien abgekürzt zitiert werden, sollte die gewählte Abkürzung bereits im Literaturverzeichnis durch einen Zusatz (zit. ...) kenntlich gemacht werden.

#### Beispiele:

- *Küper, Wilfried*: Über das "zeitliche Verhältnis" der Hehlerei zur Vortat, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Wilfried Küper* u. *Jürgen Welp*, Heidelberg 1993, 467 (zit. *Küper*, Stree-Wessels-FS)
- *ders.*: Strafrecht Besonderer Teil, 5. Aufl., Heidelberg 2002 (zit. *Küper*, BT)
- *Leipziger Kommentar*: StGB. Leipziger Kommentar, 10. Aufl., hrsg. v. *Hans-Heinrich Jescheck* u.a., Berlin 1978-1989; 11. Aufl., hrsg. v. *Burkhard Jähnke* u.a., Berlin 1992 ff. (zit. LK<sup>10</sup>- bzw. LK<sup>11</sup>-Bearbeiter)
- *Petersen-Thrö, Ulf/Robrecht, Michael P.*: Polizeirecht. Fälle und Lösungen, 2. Aufl., Baden-Baden 2004 (zit. *Petersen-Thrö/Robrecht*, PolizeiR)
- *Schönberger, Gritt*: Zur justitiellen Handhabung der Voraussetzungen der Unterbringung gemäß §§ 63, 66 StGB. Eine kasuistische Untersuchung, Berlin 2002 (zit.: *Schönberger*, Unterbringung)
- *dies.*: Anmerkung zu LG Berlin, Beschl. v. 20.4.1998 - 509 Qs 15/98, in: NSStZ 1999, 103
- *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 1997 (zit. *Schönke/Schröder-Bearbeiter*)
- *Wessels, Johannes/Beulke, Werner*: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 33. Aufl., Heidelberg 2003 (zit. *Wessels/Beulke*, AT)
- *Wilhelm, Jens Ph.*: Das überklebte Wahlplakat, JuS 1996, 424
- *ders.*: Foltern - verboten, erlaubt oder gar geboten?, Die Polizei 2003, 198

### d) Die Literaturhinweise (Fußnoten)

Soweit in der Arbeit fremde Gedanken wiedergegeben oder sonst verwertet werden, sind diese auch als solche durch die Angabe der Fundstelle zu belegen. Dem dienen die Literaturhinweise. Die Literaturhinweise weisen daher die gesamte in der Ausarbeitung tatsächlich verwertete Literatur nach, aber auch nur

diese. Was nicht selbst gelesen und verwertet wurde, darf nicht als Belegstelle angeführt (und ins Literaturverzeichnis aufgenommen) werden. Vor der unüberprüften Übernahme von fremden Literaturhinweisen (sog. Blindzitate) kann nur gewarnt werden, denn nicht selten sind die Nachweise falsch, sei es, daß die Fundstelle falsch angegeben oder der Text von dem anderen Autor gar mißverstanden wurde.

Vermeiden Sie übrigens in der Ausarbeitung wörtliche Zitate (diese stehen in Anführungszeichen), und formulieren Sie eigenständig bzw. gebrauchen Sie die indirekte Rede. Wörtliche Zitate sollten nur verwendet werden, wenn ansonsten spezifische Aussageinhalte verlorengehen.

Literaturhinweise gehören stets in die Fußnoten. Es wirkt unübersichtlich, wenn sie in Klammern im Text stehen. (Soweit Autoren im Text genannt werden - und dies sollte auf die wenigen Fälle beschränkt werden, wo eine Ansicht durch einen Autor maßgebend geprägt wurde oder allein von ihm vertreten wird - kann der Autorenname zur besseren Übersichtlichkeit wie in den Fußnoten oder im Literaturverzeichnis durch Kursivschrift etc. hervorgehoben werden.) Die zum Text gehörenden Fußnoten müssen jeweils auf derselben Seite stehen (sonst sind es Endnoten). Sie werden entweder seitenweise (das erleichtert das nachträgliche Einfügen von Fußnoten und Auswechseln einzelner Seiten) oder fortlaufend numeriert (das erleichtert das Verweisen auf vorangehende Fußnoten). Da das Literaturverzeichnis die vom Bearbeiter verwendeten Schriften vollständig ausweist, werden sie in den Fußnoten üblicherweise abgekürzt - also nicht mit vollem Titel - zitiert.

Im einzelnen hat sich folgende **Zitierweise** eingebürgert:

- Kommentare werden nach Paragraphen und Anmerkungen bzw. Randnummern zitiert (z.B. *Preisendanz*, § 242 Anm. V.6; *Tröndle/Fischer*, § 212 Rn 3). Bei Kommentaren, die von mehreren Autoren verfaßt sind, ist auch der jeweilige Bearbeiter anzugeben (z.B. *Kühl* in: *Lackner/Kühl*, § 243 Rn 3; *LK-Hirsch* [10. Aufl.], § 223 Rn 6; *Schönke/Schröder-Eser*, § 212 Rn 2; *SK-StPO-Rogall*, § 81a Rn 7).
- Während Monographien nur nach Seiten zitiert werden, sollten bei Lehrbüchern neben der Seite auch die (meist über mehrere Auflagen beibehaltenen) Gliederungspunkte (Paragraphen, Kapitel, Abschnitte ...) angegeben werden (z.B. *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 IV.5, S. 630). Soweit Lehrbücher mit Randnummern versehen sind, genügt deren Angabe, bei kapitelweiser Numerierung unter Voranstellung der Kapitelnummer (z.B. *Krey*, BT 1, Rn 323; *Jakobs*, AT, 4/6; *Roxin*, AT, § 12 Rn 43). Auf den Titel des Lehrbuchs oder der Monographie ist hinzuweisen, zweckmäßigerweise in Kurzform (z.B. *Roxin*, Täterschaft, 458; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 200).
- Bei Zeitschriftenaufsätzen, Festschriftbeiträgen und Urteilsanmerkungen genügt es, den Autorennamen und die Fundstelle in der jeweiligen Zeitschrift oder Festschrift anzugeben. Der Titel des Aufsatzes wird in der Fußnote nicht genannt. Es ist jeweils die Seite zu zitieren, auf der sich die einschlägigen Ausführungen befinden, und nicht nur die Anfangsseite des Aufsatzes, doch sollte auch diese angegeben werden (z.B. *Engisch*, Gallas-FS [1973], S. 163 [165]). Bei Festschriftbeiträgen ist zumindest dann das Erscheinungsjahr zu vermerken, wenn dem Geehrten mehrere Festschriften gewidmet sind. Auf die Unterscheidung zwischen einer Festschrift und einer Gedächtnisschrift sollte geachtet werden (etwa *Armin-Kaufmann-GedSchr.* [1989]).
- Bei Gerichtsentscheidungen muß stets - soweit abweichend - neben der Bezugsstelle auch die Anfangsseite der Entscheidung genannt werden, z.B. *BGHSt* 14, 386 (388); *LG Karlsruhe*, *NStZ* 1993, 543. Wenngleich im Hinblick auf Datenbankrecherchen empfehlenswert, konnte es sich noch nicht durchsetzen, bei Gerichtsentscheidungen stets auch die näheren Urteilsangaben (Entscheidungsart, Entscheidungsdatum und Aktenzeichen) mitzuteilen, z.B. *AG Weinheim*, *Beschl. v. 24.5.1995 - 5 Ls 31/94 - AK 46/94 = NStZ* 1996, 203. - Soweit Entscheidungen in der amtlichen Sammlung veröffentlicht wurden, sollten sie hiernach zitiert werden (gelegentlich ist aber der Abdruck in einer Zeitschrift ausführlicher).  
Bei mehreren Autoren gleichen Nachnamens (etwa *Armin Kaufmann*, *Arthur Kaufmann*, *Hilde Kaufmann*) ist stets der Vorname (zumindest abgekürzt) mit anzugeben.

Wird mehrfach auf denselben Autor oder dieselbe Entscheidung verwiesen, dann sollte das beliebte "a.a.O." (= am angegebenen Ort) nur verwendet werden, wenn das gemeinte Zitat aus einer der unmittelbar vorhergehenden Fußnoten zweifelsfrei und ohne langes Suchen ersichtlich ist. Ansonsten sollte auf die entsprechende Fußnote verwiesen werden, z.B. s.o. Fn 20.