IN DIESEM KAPITEL

Ordnung schaffen durch Regeln

Ordnung in den Regeln

Ordnung in Sachverhalt und Fragestellung

Ordnung bei der Anwendung der Regeln

Ordnung in den Argumenten

Kapitel 1
Methodisch Fälle lösen

COPYRIGHTED MATERIAL

Vielleicht haben Sie sich schon einmal gefragt: Was tun Juristen eigentlich den ganzen Tag? (Wenn Sie Jura studieren, haben Sie sich das hoffentlich schon *vor* dem Studium gefragt!) Die Antwort klingt simpel: Sie lösen juristische Fälle. Das heißt: Sie beantworten *Rechtsfragen*, die sich vor dem Hintergrund eines bestimmten *Sachverhalts* stellen. Die Antwort soll natürlich nach Möglichkeit richtig sein oder – juristisch ausgedrückt – der *Rechtslage* entsprechen. Von der Art und Weise, wie Sie vorgehen müssen, um eine solche Antwort zu finden, handelt dieses Buch. Dieses Kapitel gibt Ihnen darüber einen ganz groben ersten Überblick.

Regeln sorgen für Ordnung

Wenn irgendwo Ordnung herrschen soll, braucht es dazu Regeln. Wenn Sie Ihre Kaffeelöffel nicht jedes Mal suchen wollen, wann immer Sie einen brauchen, stellen Sie dazu eine Regel auf. »Kaffeelöffel gehören in die obere linke Schublade rechts neben dem Herd!« Wenn viele Menschen miteinander zusammenleben wollen, muss eine bestimmte Ordnung herrschen. Dazu gibt es Regeln. Die bilden die Rechtsordnung. Rechtsordnungen gibt es schon sehr, sehr lange, vermutlich seit Menschen in größeren Gruppen zusammenleben. Sogar aufgeschrieben haben Menschen diese Regeln schon sehr lange. Wenn Sie einmal nach Paris kommen, können Sie sich im Louvre eine schwarze Stele ansehen, die den *Codex Hammurapi* enthält, ein geschriebenes Gesetzbuch aus dem 18. vorchristlichen Jahrhundert.

Wie diese Regeln aussehen

Regeln, die als Recht daherkommen, heißen *Rechtsnormen*. Sie sagen uns zweierlei:

- ✔ was wir tun oder lassen sollen;
- ✔ was es für Folgen haben soll, wenn wir uns nicht daran halten.

Die Zehn Gebote sind darum keine Rechtsnormen. Sie sagen uns nämlich *nur*, was wir tun oder lassen sollen. Was geschieht, wenn wir uns nicht daran halten, müssen sie uns nicht sagen, denn es sind *religiöse* Gebote. Wenn Sie sie brechen, geht das nur Gott und Sie etwas an. Es sind *kategorische* Imperative. Das fünfte Gebot sagt nur: »Lass das Töten sein!«

Rechtsnormen dagegen nennen uns die Folgen, die es hat, wenn wir gegen sie verstoßen. § 212 Abs. 1 StGB sagt uns daher: »Lass das Töten sein, sonst kommst du ins Gefängnis!« Rechtsnormen sind also *hypothetische* Imperative. § 212 Abs. 1 StGB befiehlt: »*Wenn* einer einen anderen tötet, *dann* sollt ihr ihn zu einer Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren verurteilen!«

Alle vollständigen Rechtsnormen sind daher Konditionalsätze. Sie sagen, was es für eine Folge haben soll, wenn etwas getan wird oder geschehen ist. Dieses Etwas heißt *Tatbestand*. Das, was geschehen soll, heißt *abstrakte Rechtsfolge*. Mehr darüber finden Sie in Kapitel 2.

Wie man diese Regeln anwendet

Wer einem Juristen eine Rechtsfrage stellt, will über *Rechtsfolgen* informiert werden. Er sagt Ihnen, was passiert ist, und Sie sollen ihm sagen, was das für Konsequenzen hat. Römische Juristen haben darum gesagt: »Da mihi facta, dabo tibi ius!« (Gib mir die Fakten, dann gebe ich dir das Recht!) Das funktioniert so:

Chantal sagt: »Ich habe gestern den Kevin erschlagen, als er mir blöd kam! Was kann mir da passieren?«

Sie überlegen nun: »Erfüllt das den Tatbestand einer Norm?« Da denken Sie natürlich an § 212 Abs. 1 StGB. Dann prüfen Sie, ob der *Sachverhalt*, der Ihnen bekannt ist, zum *Tatbestand* der Norm passt. Diese Prüfung heißt *Subsumtion*. Dass Kevin ein anderer Mensch ist und dass das Erschlagen eine Form des Tötens ist, ist klar. Wenn Sie nun noch feststellen, dass Chantal keine Mörderin ist, ist die Subsumtion gelungen. (Den Teil überspringen wir jetzt, sonst ist das kein einfaches Beispiel mehr.)

Dann folgt Schritt 2: Sie stellen fest, dass die von § 212 Abs. 1 StGB angeordnete abstrakte Rechtsfolge eingreift. Chantal soll mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft werden.

Das ist aber nur die *abstrakte Rechtsfolge*, die das Gesetz anordnet. Daraus müssen Sie nun noch die *konkrete Folge* ableiten, die das für Chantal hat (und die deren Frage beantwortet). Das nennt sich dann *Rechtsfolgenkonkretisierung*. Das ist hier ziemlich einfach. Sie können dann gleich die Antwort geben:

»Wenn das herauskommt, stecken sie dich für mindestens fünf Jahre in den Knast!«

Damit haben Sie dann Chantals Rechtsfrage beantwortet und den Fall gelöst. In Kapitel 3 können Sie das noch wesentlich genauer nachlesen.

Die Regeln und ihre Ordnung

Wenn Sie Ihre Kaffeelöffel finden wollen, brauchen Sie in der Küche Ordnung. Wenn Sie die Rechtsnorm finden wollen, die Ihren Fall löst, brauchen Sie unter den Rechtsnormen Ordnung. Diese Ordnung nennt sich *Rechtsordnung*. Der Teil der Methodenlehre, der sich hiermit beschäftigt, nennt sich *Rechtsquellenlehre*.

Woher die Regeln kommen

Wasser fließt aus der Quelle. Rechtsnormen fließen aus einer *Rechtsquelle*. Was da nicht herkommt, ist auch keine Rechtsnorm. Rechtsquellen gibt es nur zwei. Dementsprechend gibt es auch nur zwei Sorten von Recht:

- ✔ **Geschriebenes Recht:** Das ist das Recht, das von einem dafür zuständigen Staatsorgan erlassen wird. Dazu muss es schriftlich niedergelegt sein. Deshalb nennen wir es auch das *positive Recht* (vom lateinischen *ponere* = setzen, stellen, legen). Das Wort »Gesetz« ist auch hiervon abgeleitet.
- ✔ **Ungeschriebenes Recht:** Das ist das Recht, das einfach durch langjährige Übung entsteht. Damit daraus Recht wird, muss die Übung allgemeiner Konsens sein und es muss ihr die Überzeugung zugrunde liegen, dass es sich nicht bloß um eine freiwillige Übung handelt, sondern dass sie rechtlich geboten ist. Weil das nicht von heute auf morgen geht, sondern voraussetzt, dass es den Leuten zur Gewohnheit geworden ist, sich solche Regeln als Recht zu denken, nennen wir das auch *Gewohnheitsrecht*.

Die Fähigkeit, Rechtsnormen zu erlassen, gehört zur staatlichen Souveränität. Alles Recht ist daher erst einmal *staatliches Recht*. Staaten können sich aber auch durch Verträge verpflichten, bestimmte Regeln anzuerkennen. Das ist dann *zwischenstaatliches Recht*. Schließlich können Staaten sich auch noch darauf verständigen, Teile ihrer Gesetzgebungskompetenz an überstaatliche Institutionen abzugeben. So entsteht *überstaatliches Recht*, wie zum Beispiel die Verordnungen der Europäischen Union.

Mehr zur Rechtsquellenlehre finden Sie in Kapitel 4.

Welche Regel Sie nehmen dürfen

Bevor Sie eine Norm anwenden, müssen Sie prüfen, ob sie überhaupt für Ihren Fall gedacht ist. Dazu müssen Sie ihren *Geltungs-* und ihren *Anwendungsbereich* prüfen. Der kann in drei Ebenen eingeschränkt sein:

- ✔ **Räumlich:** Gilt die Norm für diesen Staat/dieses Bundesland?
- ✔ **Zeitlich:** Wann ist sie in, wann außer Kraft getreten? Gibt es eine Übergangsvorschrift, die ihre Anwendbarkeit nach dem Außerkrafttreten regelt?
- ✔ **Sachlich:** Ist die Norm für Fälle dieser Art gedacht?

Eine Norm, die gegen *höherrangiges Recht* verstößt, gilt überhaupt nicht, denn dieses hat *Geltungsvorrang*. Aber auch wenn mehrere Normen gleichrangig sind, kann eine von ihnen *Anwendungsvorrang* vor der anderen genießen. Dann gelten zwar beide, aber nur eine ist auf Ihren Fall anwendbar.

Geltungsvorrang haben:

- ✔ Verfassungsrecht vor Gesetzesrecht
- ✔ Gesetze vor Rechtsverordnungen
- ✔ staatliches Recht vor dem von Selbstverwaltungskörperschaften (Satzungen)
- ✔ Bundesrecht vor Landesrecht
- ✔ europäische Verträge (»Primärrecht«) vor europäischen Verordnungen und Richtlinien (»Sekundärrecht«)

Anwendungsvorrang haben speziellere vor allgemeineren Regelungen.

Einzelheiten zum Geltungs- und Anwendungsbereich lesen Sie in Kapitel 5.

Was für Regeln es gibt

Wie jede *vollständige* Rechtsnorm aussieht, steht schon weiter vorn in diesem Kapitel. Sie sagt: »Wenn [Tatbestand], dann [Rechtsfolge].« Das Gesetz ist aber außerdem voll von *unvollständigen* Rechtsnormen. Keine von ihnen gibt selbst irgendeine Antwort auf Ihre Rechtsfrage. Sie sind aber Hilfsmittel auf dem Weg zur Antwort. An solchen Hilfsnormen gibt es:

- ✔ **Definitionsnormen:** Sie legen fest, wie Begriffe, die in einer Rechtsnorm vorkommen, verstanden werden sollen.
- ✔ **Gegennormen:** Sie legen fest, wann eine anderswo angeordnete Rechtsfolge ausnahmsweise *nicht* eintreten soll.
- ✔ **Verweisungsnormen:** Sie verweisen Sie ganz oder teilweise auf eine andere Norm und ersparen sich dadurch eigene Anordnungen. Es gibt sie in mehreren Varianten, denn es kann auf den *Tatbestand* einer anderen Norm, auf die dort angeordnete *abstrakte Rechtsfolge* oder auch auf die *ganze Norm* verwiesen werden. Dabei kann deren Anwendung angeordnet werden, obwohl ihr Anwendungsbereich eigentlich nicht eröffnet ist, oder auch deren »entsprechende« Anwendung, wozu Sie sie erst noch umformulieren müssen.
- ✔ **Ausfüllungsnormen:** Sie *konkretisieren* eine anderswo schon angeordnete Rechtsfolge oder *ergänzen* sie um eine weitere.

Näheres über all diese Arten von Hilfsnormen finden Sie in Kapitel 6.

Wie die Regeln ineinandergreifen

Wenn Sie eine Rechtsfrage beantworten wollen, müssen Sie also eine Norm finden, die die Antwort bereithält. Da die Rechtsfrage sich – meistens – auf *konkrete Rechtsfolgen* bezieht, brauchen Sie eine Norm, die genau diese Rechtsfolgen anordnet. Jede Norm, die das tut, ist eine taugliche *Antwortnorm*.

Die Frage beantworten Sie nun, indem Sie den Sachverhalt unter die Antwortnorm *subsumieren*. Dabei müssen Sie Schritt für Schritt jedes einzelne Tatbestandsmerkmal der Antwortnorm darauf untersuchen, ob es durch den Sachverhalt ausgefüllt wird. Hierbei werden Sie öfter auf einen Begriff stoßen, unter den Sie nichts direkt subsumieren können, weil er das Ergebnis einer rechtlichen Wertung ist. Das nennt sich ein *normatives Tatbestandsmerkmal*. Ist diese rechtliche Wertung das Ergebnis der Anwendung einer anderen Norm, so ist das ein bestimmter Rechtsbegriff. Er wirft eine Vorfrage auf, die Sie nunmehr zuerst beantworten müssen. Dazu brauchen Sie eine *Vor-Antwortnorm*.

Paula ist ein Brief ins Haus geflattert, in dem es heißt: »Gratuliere, Sie haben einen Mercedes gewonnen!« Paula hat allerdings bei gar keinem Preisausschreiben mitgemacht. Sie will nun wissen, ob sie von dem Absender, einer Firma Shortlife Ltd., tatsächlich den Mercedes verlangen kann.

Als Antwortnorm kommt hier § 661a BGB infrage: Zu den Tatbestandsmerkmalen gehört, dass die Firma Shortlife Ltd. Unternehmerin und Paula Verbraucherin sein muss. Beides sind *bestimmte Rechtsbegriffe*. Bevor Sie Paulas Rechtsfrage beantworten können, müssen Sie daher zwei *Vorfragen* beantworten, nämlich:

1. Ist Paula Verbraucherin? Die Vor-Antwortnorm, die Sie dafür prüfen, ist § 13 BGB.

2. Ist Shortlife Ltd. Unternehmerin? Die Vor-Antwortnorm, die Sie dafür prüfen, ist § 14 BGB.

Nachdem Sie die Vorfrage beantwortet haben, kehren Sie zur Prüfung Ihrer Antwortnorm zurück. Freilich kann auch die Vor-Antwortnorm wieder einen bestimmten Rechtsbegriff enthalten, der Sie zwingt, nun erst noch eine *Vor-Vorfrage* zu beantworten, für die Sie erst eine Vor-Vor-Antwortnorm suchen müssen, und so weiter.

Bei jedem Ergebnis müssen Sie außerdem Ausschau nach eventuellen *Gegennormen* halten, die Ihnen das Ergebnis wieder aus der Hand schlagen. Das gilt nicht nur für das aus der Antwortnorm folgende Ergebnis, sondern auch für jedes Ergebnis, das die Beantwortung einer *Vorfrage* ergeben hat.

Und dann vergessen Sie nicht, dass auch *Gegennormen* nur Normen sind, die wiederum bestimmte Rechtsbegriffe enthalten können, sodass auch ihre Prüfung *Vorfragen* aufwerfen kann. Schließlich gibt es gelegentlich auch noch *Gegen-Gegennormen*, die Ihnen das Ergebnis noch einmal umdrehen!

Das alles verlangt strikt logisches Denken und einen guten Überblick darüber, was für eine Norm Sie gerade warum prüfen! Wenn Sie diesen Überblick behalten, ist das die halbe Miete auf dem Weg zur perfekten juristischen Falllösung. Mehr dazu finden Sie in Kapitel 7.

Sachverhalt und Fragestellung

Eine Rechtsfrage können Sie erst beantworten, wenn Sie wissen, wie sie lautet, und wenn Sie wissen, welchen Sachverhalt Sie unter die Normen subsumieren sollen, die Sie brauchen, um sie zu beantworten.

Was ist passiert?

Das mag jetzt merkwürdig klingen, aber: Das ist größtenteils unwichtig. Warum? Na, weil Sie ja nicht dabei waren und daher sowieso nie sicher *wissen* können, was passiert ist. Sie müssen nur wissen, wovon Sie *annehmen* sollen, dass es passiert ist. Der Sachverhalt, den Sie unter Ihre Normen subsumieren, setzt sich zusammen aus:

- ✔ Tatsachen, von denen Sie aus Rechtsgründen ausgehen müssen, weil das Gesetz das in Rechtsnormen so anordnet. Solche Normen heißen *Fiktionen* und *unwiderlegbare Vermutungen*.
- ✔ Wenn vor Gericht der *Beibringungsgrundsatz* gilt, müssen Sie außerdem alle Tatsachen als richtig annehmen, die zwischen den Parteien unstreitig sind. Das ist vor allem im Zivilprozess so. Dort wird nach der *prozessualen Wahrheit* gesucht. Gilt dagegen der *Untersuchungsgrundsatz*, heißt das, dass Sie alles hinterfragen müssen. Nur weil es keiner bestreitet, ist es noch lange nicht wahr. Das ist vor allem im Strafprozess so. Dort wird nach der *materiellen Wahrheit* gesucht.
- ✔ Sie müssen als richtig annehmen, was bewiesen ist. Allerdings ist der *juristische Beweis* kein naturwissenschaftlicher Beweis. Er ist erbracht, wenn die Lebenserfahrung Ihnen sagt, dass es keinen vernünftigen Grund gibt, daran zu zweifeln, dass etwas so ist, wie es scheint. If it looks like a duck, walks like a duck and quacks like a duck – it's a duck!
- ✔ Sie müssen all das als richtig annehmen, wofür eine *Vermutung* spricht. Vermutungen sind allerdings widerlegbar. Sie dürfen auf sie nur zurückgreifen, wenn nicht das Gegenteil feststeht (nämlich weil es seinerseits bewiesen oder – wo der Beibringungsgrundsatz gilt – unstreitig ist).

Nun kann es aber immer noch sein, dass Ihnen Tatsachen fehlen! Dann haben Sie zwei Möglichkeiten:

1. **Alternative Prüfung:** Sie nehmen erst das eine, dann das andere als richtig an und zeigen, dass es für das *Endergebnis* darauf nicht ankommt. Dann haben Sie gezeigt, dass die offene Tatsache zwar nicht für die Begründung, wohl aber für die endgültige Antwort auf die Fallfrage irrelevant ist.
2. **Feststellungslast:** Geht auch das nicht, müssen Sie klären, wer das Risiko dafür trägt, dass eine Tatsache nicht festgestellt werden kann.

Es gibt eine Regel zur Feststellungs- oder auch Beweislast, die jeder kennt. Das ist die im Strafrecht geltende Regel »In dubio pro reo« (Im Zweifel für den Angeklagten). Das Risiko, dass sich etwas nicht aufklären lässt, soll niemals der Angeklagte tragen. Schließlich soll er ja nicht dafür bestraft werden, dass er *möglicherweise* etwas Böses getan hat.

Mehr zu all dem finden Sie in Kapitel 8 und Kapitel 10.

Wer will was von wem und wieso?

Die richtige Antwort können Sie nicht geben, ohne die richtige Frage zu kennen. Wenn Sie »Per Anhalter durch die Galaxis« von Douglas Adams gelesen haben, wissen Sie ja, dass die Antwort auf die Frage aller Fragen »42!« ist. Sie wissen auch, dass niemand damit etwas anfangen kann, weil die Frage gar nicht bekannt ist.

Wenn Sie eines Tages Rechtsanwalt sind, werden Sie schnell feststellen, dass die Leute durchaus nicht dazu neigen, Ihnen klare Fragen zu stellen. Das ist der Grund dafür, dass das auch Prüfer im Staatsexamen manchmal nicht tun.

Sie können aber aus einer Sachverhaltsschilderung die Rechtsfragen, die sich stellen können, mit einem simplen Trick selbst herausfinden. Sie fragen sich nämlich:

1. Wer ist mit der Situation unzufrieden?
2. Was wird der mit der Situation Unzufriedene haben (oder sonst erreichen) wollen?
3. Von wem wird er es haben wollen?
4. Warum wird er es haben wollen?

Dann nähern Sie sich der *Rechtsfrage*, die der Fall aufwirft, auch wenn niemand sie explizit gestellt hat. Sie glauben das nicht? Doch, das können Sie auch:

Johannes fährt mit seinem Fahrrad gemütlich pfeifend die Straße entlang. Leider sieht er die kleine Emily zu spät, die gerade dabei ist, die Straße zu überqueren, und fährt sie an. Emily hat eine Platzwunde am Knie. Johannes' Fahrrad hat einen Achter im Vorderrad.

Nun versuchen Sie es:

1. **Wer ist mit der Situation unzufrieden?** Johannes, weil sein Fahrrad kaputt ist. Emily, weil sie verletzt ist. (Natürlich kommt es hier eigentlich mehr darauf an, ob Emilys Eltern unzufrieden sind, denn sie kann ja noch nichts selbst entscheiden.)

2. **Was wird der mit der Situation Unzufriedene haben wollen?** Johannes ein repariertes Fahrrad. Emily ein Schmerzensgeld.

3. **Von wem wird er es haben wollen?** Johannes von Emilys Eltern. Emily von Johannes.

4. **Warum wird er es haben wollen?** Johannes, weil Emilys Eltern nicht aufgepasst haben. Emily, weil Johannes nicht aufgepasst hat.

Und schon ist recht klar, wie die Fallfragen lauten und welche Antwortnormen Sie in Erwägung ziehen werden, nämlich:

1. Kann Johannes von Emilys Eltern Ersatz für die Reparatur seines Fahrrads verlangen?

2. Kann Emily von Johannes ein Schmerzensgeld verlangen?

Die Antwortnormen suchen Sie unter den in §§ 823 ff. BGB geregelten unerlaubten Handlungen. Wenn Sie das noch etwas genauer wissen wollen, lesen Sie Kapitel 9.

Die Methoden der Rechtsanwendung

Der zweite Teil der Methodenlehre nennt sich *Rechtsanwendungslehre*. Sie unterscheidet zwei Gruppen von Methoden:

- ✔ **Methoden der Gesetzesanwendung:** solche, mit denen die bestehenden Rechtsnormen angewendet werden, wozu man den Text auslegen muss
- ✔ **Methoden der Rechtsfortbildung:** solche, mit denen die bestehenden Rechtsnormen um zusätzliche Rechtssätze erweitert werden

Was heißt das eigentlich? Auslegung von Gesetzen

Gesetze enthalten Begriffe. Da der Gesetzgeber mit ihnen keinen ganz bestimmten Fall lösen will, sondern ein Instrument zur Lösung einer Vielzahl von ihm noch gar nicht bekannten Fällen schaffen möchte, wird er für das Gesetz immer eine mehr oder weniger *abstrakte Formulierung* wählen. Die Formulierung im Gesetz lässt daher meistens einen Spielraum für die *Auslegung* der gewählten Begriffe.

Dass Gesetzestexte auslegungsbedürftig sein *können*, ist keine sehr neue Erkenntnis. Das war Juristen schon immer klar. Früher hat man Gesetze allerdings oft eingeteilt in »klare« Stellen, die man nicht auslegen darf, und »dunkle«, bei

denen man nicht darum herumkommt. Erst der Hermeneutik des 19. Jahrhunderts verdanken wir die Erkenntnis, dass es so etwas wie »klare Texte« gar nicht gibt. *Jeder* Begriff in einer Rechtsnorm kann der Auslegung bedürfen. Das liegt daran, dass so gut wie jeder Begriff einen *Begriffskern* hat, der keinen Zweifel darüber zulässt, dass etwas von ihm erfasst wird. Daneben hat er aber einen *Begriffsrand*, in dem es Interpretationssache ist, ob er etwas erfasst oder nicht. Was jenseits dieses Randes liegt, erfasst er dagegen wieder definitiv nicht.

Auslegen heißt bei der Falllösung: zeigen, dass ein im Gesetz enthaltener Begriff eine bestimmte Bedeutung hat, die den zu prüfenden Sachverhalt erfasst (oder eben nicht).

Um etwas zu zeigen, müssen Sie *argumentieren*. Die Argumente, die Sie zur Auslegung des Gesetzes verwenden dürfen, bezeichnet man als *Auslegungsmethoden*. Es gibt davon genau vier:

1. **grammatikalische Auslegung:** anhand des Wortlauts
2. **systematische Auslegung:** anhand des Kontexts, des Zusammenspiels mit anderen Normen
3. **teleologische Auslegung:** anhand des Ziels, das der Gesetzgeber mit der Norm verfolgt
4. **historische Auslegung:** anhand der Vorgeschichte und der Entstehungsgeschichte der Norm

Was das im Einzelnen heißt, lesen Sie in Kapitel 11.

Jede Auslegung hat aber eine *Grenze*, die vom Wortlaut der Norm gezogen wird. Dieser bestimmt den Auslegungsspielraum.

Nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird ein Dieb besonders streng bestraft, wenn er als Mitglied einer »Bande« handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat. Was das Gesetz nicht sagt ist: Wie viele Menschen müssen sich dazu verbunden haben, damit sie eine »Bande« bilden können?

Dabei ist die äußere und innere Grenze des Wortlauts: Ein Einzelner *kann* keine Bande sein. Drei Leute reichen *jedenfalls* dafür aus. Dazwischen liegt der Begriffsrand des Wortes »Bande«. Ob es tatsächlich drei sein müssen oder ob auch zwei schon ausreichen, ist Auslegungsfrage, die die Rechtsprechung tatsächlich im Lauf der Zeit verschieden beantwortet hat. Früher reichten ihr zwei (BGHSt 23, 239). Heute verlangt sie drei (BGHSt 46, 321).

Was nicht im Gesetz steht? Fortbildung des Rechts

Die Methoden der Rechtsfortbildung lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

- ✔ **Methoden der Gesetzesergänzung:** Sie fügen den vorhandenen Rechtsnormen eine Regel hinzu, die das Gesetz enthalten müsste, aber nicht enthält. Sie stopfen also ein *Loch* in der Rechtsordnung.
- ✔ **Methoden der Gesetzeskorrektur:** Sie ändern die vorhandenen Rechtsnormen, wenn sie so, wie sie im Gesetz stehen, nicht angewendet werden sollten. Sie beseitigen also einen *Fehler* in der Rechtsordnung.

Mit beidem ist große Zurückhaltung geboten, denn es ist ja der *Gesetzgeber*, der entscheidet, welche Regeln er aufstellen will, nicht die Rechtsanwender. Das zur Demokratie gehörende Prinzip der Gewaltenteilung verbietet es anderen Staatsgewalten, selbst Gesetzgeber zu spielen. Deshalb sind die Fälle, in denen Rechtsfortbildung ausnahmsweise erlaubt ist, auf einige wenige Situationen beschränkt.

Wann und womit Sie das Gesetz ergänzen dürfen

Ergänzen dürfen Sie das Gesetz, wenn es eine *planwidrige Lücke* enthält. Die erkennen Sie daran, dass keine Rechtsnorm Ihren Fall erfasst und der Schluss, dass dann auch keine Rechtsfolge eintritt, zu einem Ergebnis führt, das

- ✔ denklogisch nicht möglich ist,
- ✔ in einen Wertungswiderspruch führt oder
- ✔ dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck zuwiderläuft.

Sie müssen außerdem feststellen können, dass der Gesetzgeber dies nicht etwa genau so haben wollte.

Es gibt drei Methoden, um eine solche planwidrige Lücke zu schließen. Sie sind in genau dieser Reihenfolge in Erwägung zu ziehen:

1. **Gesetzesanalogie:** Sie wenden eine Norm an, die einen *ähnlichen* Sachverhalt regelt, und formulieren sie so um, dass sie nun *Ihre* Rechtsfrage nach denselben Prinzipien löst.
2. **Rechtsanalogie:** Sie suchen nach einem *allgemeinen Prinzip*, das den Regelungsgrund für viele Rechtsnormen bildet und aus dem sich *nach dem Muster* dieser Normen eine Regel für die Lösung auch *Ihrer* Rechtsfrage formulieren lässt.
3. **Freie Rechtsfortbildung:** Sie wenden eine Regel an, die Sie für den konkreten Fall erst entwickeln.

Wann und wie Sie das Gesetz korrigieren dürfen

Auch der Gesetzgeber irrt sich gelegentlich einfach:

Wo er sich offensichtlich nur verschrieben hat, dürfen Sie das immer korrigieren und das Gesetz so lesen, wie der Gesetzgeber es eigentlich formulieren wollte. Das nennt sich *kleine berichtigende Auslegung*.

Wo er sich zwar nicht verschrieben, aber doch offensichtlich in dem vertan hat, was er damit erreichen wollte, dürfen Sie auch das korrigieren und das Gesetz so lesen, als hätte der Gesetzgeber geschrieben, was er hätte schreiben sollen. Das nennt sich *große berichtigende Auslegung*. Entscheidend ist, dass der Fehler tatsächlich offensichtlich ist, also jedem ohne großes Nachdenken sofort auffällt.

Schließlich dürfen Sie eine Norm, die der Gesetzgeber weiter formuliert hat, als zur Erreichung ihres Zwecks erforderlich ist, *teleologisch reduzieren*, nämlich wenn sie einen Fall erfasst, den sie nicht mehr erfassen muss, um all ihre Zwecke zu erreichen. Das setzt allerdings voraus, dass der Gesetzgeber nicht genau das *wollte*, nämlich – vorsichtshalber – auch ein paar Fälle erfassen, die er gar nicht erfassen muss, um seine Ziele zu erreichen.

Alles Weitere zu den Methoden der Rechtsfortbildung finden Sie in Kapitel 12.

Ausfüllen statt auslegen: Der unbestimmte Rechtsbegriff

Manche Gesetze enthalten einen Begriff, der bewusst so unbestimmt gehalten ist, dass man durch Auslegung allein nicht feststellen kann, ob er auf den Sachverhalt zutrifft. Dazu muss man vielmehr eine *Wertung* anhand der *Umstände des Einzelfalls* vornehmen. Ein solcher Begriff heißt *unbestimmter Rechtsbegriff*.

So regelt zum Beispiel § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB, dass man von einem Vertrag nicht wegen einer Pflichtverletzung des anderen Teils zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung *unerheblich* ist.

Was im Einzelfall unerheblich ist, lässt sich nicht bestimmen, ohne die konkreten Umstände des Einzelfalls gegeneinander abzuwägen: Was war insgesamt vertraglich geschuldet? Welche Folgen hat die Pflichtverletzung für den Gläubiger?

Bei unbestimmten Rechtsbegriffen genügt es daher nicht, sie erst auszulegen und dann den Sachverhalt unter sie zu subsumieren, sondern man muss sie *ausfüllen*, wozu der Sachverhalt bereits als Hilfsmittel benötigt wird.

Das Abwägen aller Umstände des Einzelfalls kann Ihnen aber auch erspart bleiben:

1. **Beispiele und Regelbeispiele:** Das Gesetz kann Normen enthalten, in denen wichtige Hinweise für das Ausfüllen enthalten sind. Das geschieht in Form von Beispielen dafür, wann er *jedenfalls* erfüllt ist oder wann er *in der Regel* erfüllt ist. Das stellt Weichen.

2. **Fallgruppen:** Wenn der unbestimmte Rechtsbegriff schon lange im Gesetz steht, hat sich oft eine allgemeine Übung herauskristallisiert, in welchen typischen Fallkonstellationen er für erfüllt gehalten wird. Solche anerkannten Fallgruppen dürfen Sie wie gesetzliche Beispiele anwenden – nur dass sie eben nicht im Gesetz stehen. Die Fallgruppenbildung wird daher gelegentlich auch zu den Methoden der Rechtsfortbildung gerechnet.

Wenn Sie mehr über das Ausfüllen unbestimmter Rechtsbegriffe wissen wollen, lesen Sie Kapitel 13.

Die Antwort und Ihre Begründung

Wenn Sie eine Antwort geben, soll sie natürlich richtig sein. Zumindest muss es Ihnen gelingen, den Fragesteller davon zu überzeugen, zumal wenn es Ihr Prüfer ist. Damit Ihre Antwort auf die Fallfrage überzeugend ist, müssen Sie Ihre Lösung auch überzeugend darstellen. Dafür gilt: Nur was *logisch* ist, überzeugt.

Immer schön logisch …

Logik *bei der Subsumtionstechnik* heißt: Stellen Sie die Verbindung zwischen dem abstrakten Begriff des Tatbestands der Norm und dem Sachverhalt über so viele Zwischenschritte her, bis das Ergebnis *evident* ist. Jeder Zwischenschritt ist eine *Definition*. Auch eine *Teildefinition* reicht völlig, wenn sie den Sachverhalt erfasst, den Sie subsumieren möchten.

Definieren, bis Evidenz erreicht ist

Die Definitionen müssen ihrerseits *evident* richtig sein. Das sind sie, wenn

- ✔ Sie sie als Legaldefinitionen direkt dem Gesetz entnehmen können,
- ✔ sie selbsterklärend sind,

- ✔ Sie sie mit den anerkannten Auslegungsmethoden gewonnen haben oder
- ✔ es sich um in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannte Definitionen handelt.

Lisa wirft einen Eichenschrank mit voller Absicht um, als Laura vorbeigeht. Die liegt nun verletzt am Boden. Weswegen hat Lisa sich strafbar gemacht?

Natürlich ist das Körperverletzung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB. Das ist schon fast so evident, dass Sie sich die Subsumtion unter die einzelnen Tatbestandsmerkmale (andere Person – körperlich misshandelt – Vorsatz) sparen können. In einer Prüfung sollten Sie das dennoch zuordnen.

Dann aber überlegen Sie, ob Lisa vielleicht auch den Strafschärfungstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt hat. Dazu müssen Sie entscheiden, ob der Schrank eine »Waffe« oder ein »anderes gefährliches Werkzeug« ist.

Eine Waffe ist er natürlich nicht. Das ist evident. Aber was ist ein »gefährliches Werkzeug«? Da können Sie – wie so oft im Strafrecht – auf eine *allgemein anerkannte Definition* zurückgreifen: ein fester Gegenstand, der als Mittel zur Herbeiführung einer Körperverletzung eingesetzt, nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.

Nun geht es Schritt für Schritt weiter: Ist ein Eichenschrank ein fester Gegenstand? Fester geht's kaum! Ist er so beschaffen, dass er erhebliche Körperverletzungen herbeiführen kann, wenn man ihn umwirft? Na klar, dazu reicht allemal sein Gewicht.

Schon ist Evidenz erreicht und Sie können Lisa sagen, dass sie mit einer Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und zehn Jahren rechnen muss.

Was nicht logisch ist

Nicht mehr logisch ist Ihre Argumentationskette, wenn Ihnen dabei Denkfehler unterlaufen. Das ist der Fall, wenn Sie

- ✔ **Begriffe vertauschen:** Das gleiche *Wort* ist nicht immer derselbe *Begriff*.
- ✔ **sich widersprechen:** Wenn Sie etwas für wahr erklärt haben, können Sie es nicht später für falsch erklären.
- ✔ **die dritte Möglichkeit übersehen:** Dass Paul nicht Nein gesagt hat, heißt noch nicht, dass er Ja gesagt hat. Er kann auch gar nichts gesagt haben.

- ✔ **etwas unzureichend begründen:** Nämlich gar nicht, mit sich selbst, in einem Zirkelschluss oder unter Auslassung eines notwendigen Zwischenschritts.

Zu all diesen logischen Fehlern, die Sie nicht machen sollten, können Sie mehr in Kapitel 14 nachlesen.

Immer schön der Reihe nach ...

Die Reihenfolge, in der Sie etwas abhandeln, soll dafür sorgen, dass Sie selbst nichts vergessen und dass Ihr Zuhörer oder Leser Ihnen folgen kann. Das geht am besten, wenn Sie dabei ein bestimmtes Strukturprinzip einhalten. Davon kennt die Rechtswissenschaft zwei:

- ✔ **Urteilsaufbau:** Der Urteilsaufbau fängt mit dem Ergebnis an und begründet es dann Schritt für Schritt, bis zu dem Punkt, an dem die Prüfung eigentlich angefangen hat.

- ✔ **Gutachtenaufbau:** Der Gutachtenaufbau stellt die Prüfung so dar, wie sie auch ablaufen soll: Sie werfen in der *Einleitung* jedes Prüfungsabschnitts eine Frage auf, dann folgt die *Untersuchung*, wie die Frage zu beantworten ist, und am Ende steht das *Ergebnis*.

Für die *Reihenfolge*, in der Sie mehrere Normen, mehrere Zweipersonenverhältnisse, mehrere Tatbestandsmerkmale derselben Norm, mehrere Einzelposten bei den möglichen Rechtsfolgen und so weiter prüfen, gilt eine simple Regel: Sie muss der *Logik* gehorchen und möglichst *praktikabel* sein.

Logik geht vor!

Was Sie zuerst *wissen* müssen, müssen Sie auch zuerst *prüfen*. Es ist unlogisch, sich darüber Gedanken zu machen, wodurch die Pflicht aus einem Vertrag verletzt worden ist, noch ehe man festgestellt hat, dass es überhaupt einen wirksamen Vertrag gab und welche Pflichten er begründet hat.

Die Regeln der Praktikabilität lauten:

- ✔ Alles, was es Ihnen erspart, Ihre Prüfung zu *verschachteln*, ist gut.

- ✔ Was *näher* liegt, soll man sich ansehen, bevor man sich ansieht, was *ferner* liegt.

- ✔ Wenn manches einfach und manches schwierig ist: Beschäftigen Sie sich mit dem *Einfachen zuerst*.

Alles, was Sie sonst noch über den Aufbau Ihrer Lösung wissen müssen, finden Sie in Kapitel 15.