

# Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien

Von stud. jur. Christian Walz, Münster\*

## I. Einführung und Gang der Darstellung

Gesetzesanwendung ohne Gesetzesauslegung ist nicht möglich. Deshalb müssen dem Studenten die klassischen Auslegungskriterien vertraut sein. Dabei führt die Anwendung derselben zu erheblichen Problemen: Welches Kriterium ist ausschlaggebend, wenn z.B. die Entstehungsgeschichte in die eine, die Systematik oder der Regelungszweck aber in die andere Richtung weist? Im Studium wird nicht selten der Ratschlag erteilt, im Zweifel der teleologischen Auslegung zu folgen. Eine Begründung wird dabei oft vorenthalten.<sup>1</sup>

Um über das Gewicht und Rangverhältnis einzelner Auslegungskriterien aber Aussagen treffen zu können, muss der Rechtsanwender Stellung im Streit über das Auslegungsziel bezogen haben: Soll durch die Auslegung der Wille des Gesetzgebers oder der objektive Sinngehalt des Gesetzes ermittelt werden? Erst dann ist es möglich, die Vorzugswürdigkeit der einzelnen Auslegungskriterien nach deren Eignung, dieses Auslegungsziel zu fördern, abzustufen und auf diese Weise eine Rangfolge festzusetzen.

Der Beitrag führt in die bis heute ungelösten Grundlagenthemen ein, die sich um das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien ranken. In der klassischen Methodik gelten sie als „Kardinalprobleme“<sup>2</sup>. Der Student darf sich davon nicht abschrecken lassen. Eine Auslegung ist nur so gut wie der dahinter stehende juristische Auslegungsvorgang.<sup>3</sup> Wer das Gesetz überzeugend anwenden, also auslegen will, muss sich deshalb mit den Problemen des Auslegungsvorganges vertraut machen.

Zuerst veranschaulicht ein Fall, den der Bundesgerichtshof entscheiden musste, die Praxisrelevanz dieser Fragen (II.). Danach wird auf das Auslegungsziel eingegangen (III.), um daran anknüpfend eine Rangfolge der Auslegungskriterien vorzuschlagen (IV.). In diesem Zusammenhang wird insbesondere die im Studium überragende Bedeutung des (objektiv-)teleologischen Auslegungskriteriums einer kritischen Würdigung unterzogen (IV. 3.). Der Beitrag schließt mit einigen Hinweisen für die praktische Fallbearbeitung ab (V.).

\* Der Autor ist studentische Hilfskraft an der Professur für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Zivilverfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Münster bei Prof. Dr. Petra Pohlmann. Für die wertvollen Anmerkungen des wissenschaftlichen Mitarbeiters Johannes Holzwarth sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

<sup>1</sup> Z.B. bei Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 303; Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 1998, S. 57; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. 2008, § 9.

<sup>2</sup> Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, 1985, S. 165.

<sup>3</sup> Deckert, JA 1994, 412 (419).

## II. Problemstellung

*Ausgangsfall*<sup>4</sup>: Im Juli 2002 kaufte K von V ein bebautes Grundstück. Im Kaufvertrag garantierte V, dass der Nutzung des bebauten Grundstücks als Bürohaus und Lager keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstünden. Nach Auszug des bisherigen Mieters bemühte sich K um eine erneute Vermietung und fand 2004 D als Interessenten. D und K wollten einen Mietvertrag schließen, in dem K die Nutzung als Bürohaus und Lager garantierte. Das Mietverhältnis sollte im August 2004 beginnen, der Mietzins ab Januar 2005 9.000 € betragen. Es zeigte sich jedoch, dass für die Nutzung des Rückgebäudes als Büroräume keine Baugenehmigung vorlag. Deshalb unterzeichnete K den Mietvertrag nicht. Als V nach Aufforderung des K die Baugenehmigung beschaffte, war D nicht mehr an einem Mietvertrag interessiert. Aus diesem Grunde konnte K das Gebäude erst ab dem 1.1.2005 anderweitig zu einem Mietzins von 7.000 € vermieten. K verlangt Ersatz des Mindererlöses von V. Zu Recht?

Ein solcher Anspruch könnte sich aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 437 Nr. 3 BGB als Schadensersatzanspruch wegen Leistungsverzögerung ergeben. Kaufvertrag und Mangel liegen unproblematisch vor. In der Mangelleistung liegt gleichzeitig die Pflichtverletzung. V hat die Nutzbarkeit des Gebäudes als Bürohaus garantiert, so dass V die Pflichtverletzung gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB verschuldensunabhängig zu vertreten hat. Allerdings hat K den V nicht erfolglos gemahnt und eine Mahnung war auch nicht nach § 286 Abs. 2 BGB entbehrlich.<sup>5</sup> Auch Schadensersatz statt der Leistung scheidet aus, weil K Schadensersatz neben der Leistung begehrt. Damit kommt nur noch ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB in Betracht. Ob ein solcher Nutzungs- oder Betriebsausfallschaden aber nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig ist, ist umstritten.<sup>6</sup>

Der Wortlaut des § 280 Abs. 1 BGB lässt dies offen.<sup>7</sup> Die Begründung des Gesetzesentwurfs stellt jedoch unzweideutig klar, dass ein Nutzungsausfallschaden nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig ist:<sup>8</sup> „Liefert der Verkäufer also beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert

<sup>4</sup> BGH NJW 2009, 2674.

<sup>5</sup> Einige Autoren stehen auf dem Standpunkt, dass in Fällen der vorliegenden Art eine Mahnung nicht erforderlich ist, s. Grigoleit/Riehm, JuS 2004, 745 (747 f.).

<sup>6</sup> Bejahend BGH NJW 2009, 2674; Canaris, ZIP 2003, 321 (326); Medicus, JuS 2003, 521 (528); Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 437 Rn. 36; Otto, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 280 Rn. E 45. Verneinend: Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Anwaltkommentar zum BGB, Bd. 2, Schuldrecht, 2005, § 280 Rn. 62; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, Rn. 575; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, § 2 Rn. 268.

<sup>7</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2675).

<sup>8</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 225.

sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 I RE zu ersetzen.“ Dem schloss sich der BGH in der Entscheidung dieses Falles an.

Hiergegen sprechen aber wiederum gewichtige systematische Argumente: Leistet der Verkäufer überhaupt nicht, haftet er erst nach Mahnung, leistet er mangelhaft, so haftet er nach Ansicht der Gesetzesbegründung für diesen Mangel sofort.<sup>9</sup> Das ist ein schwer zu rechtfertigender Systemwiderspruch. Die Lieferung einer mangelhaften Sache ist zudem eine Verspätung der nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten mangelfreien Leistung. Infolgedessen lässt sich der daraus entstehende Schaden als ein Verzögerungsschaden im Sinne von § 280 Abs. 2 BGB kategorisieren.<sup>10</sup>

Die historische Auslegung führt also zum einen, die systematische zum anderen Ergebnis. Das wirft die methodische Frage auf, in welchem Rangverhältnis die verschiedenen Auslegungskriterien zueinander stehen.

### III. Das Auslegungsziel

Das Problem der Rangordnung der Auslegungskriterien lässt sich nicht ohne theoretisches Fundament lösen. Wie bereits erwähnt, ist zuerst nach dem Ziel der Auslegung zu fragen. Danach ist es möglich, die Vorzugswürdigkeit verschiedener Auslegungskriterien nach der Eignung, dieses Ziel zu fördern, abzustufen.<sup>11</sup>

Ziel der Auslegung ist es, den Sachgehalt eines Rechtsatzes zu ermitteln. Doch wird seit jeher darum gestritten, ob der Sachgehalt der Norm durch den psychologischen („subjektiven“) Willen des historischen Gesetzgebers oder durch den „objektiven Willen des Gesetzes“, also den dem Gesetz heute innewohnenden normativen Sinn bestimmt wird. Konsequenz der letzteren Auffassung ist es, dass das Gesetz klüger sein kann als der Gesetzgeber. Aber das hieße ja, den Autor eines Textes „besser zu verstehen, als er sich selbst verstand“<sup>12</sup>. Es handelt sich um ein allgemeines Problem der zwischenmenschlichen Kommunikation. So sagt in *Shakespeares* „Der Sturm“<sup>13</sup> Gonzalo: „Ihr habt wahrer gesprochen, als in Eurer Absicht lag“, worauf Sebastian antwortet: „Ihr habt es weiser ausgelegt, als ich von Euch erwartete.“

#### 1. Begriff des Auslegungsziels und Bedeutung für die Fallbearbeitung

Bevor die einzelnen Meinungen näher dargestellt werden, muss deutlich gemacht werden, dass zwei Begriffe zu unter-

scheiden sind: Auslegungsziel und Auslegungsmittel.<sup>14</sup> Die klassischen Auslegungsmethoden (grammatische, systematische, historische und teleologische<sup>15</sup> Auslegung<sup>16</sup>) sind lediglich Mittel, um das Auslegungsziel (Wille des Gesetzgebers oder Wille des Gesetzes) zu erreichen. Deshalb wird in der Fallbearbeitung der Streit um das Auslegungsziel nie offen diskutiert, sondern spielt implizit bei der Anwendung der einzelnen Auslegungskriterien eine Rolle. Das Auslegungsziel hat nicht nur für die (hier noch näher zu erörternde) Rangfolge der Auslegungskriterien Bedeutung. Auch bei der Handhabung der einzelnen Auslegungskriterien spielen die gegensätzlichen Positionen zum Auslegungsziel auf allen Ebenen eine Rolle:<sup>17</sup> Bei der Wortlautauslegung ist zu entscheiden, ob der Wortlaut so, wie ihn der Gesetzgeber verstanden hat, oder so, wie ihn ein unbefangener Leser heute versteht, maßgeblich ist.<sup>18</sup> Ebenso wirft die systematische Auslegung die Frage auf, ob die Bedeutung des systematischen Zusammenhangs, die der Gesetzgeber mit ihr verband, oder diejenige, die sich aus dem Gesetz als solchem ergibt, entscheidend ist.<sup>19</sup> Offenkundig ist der Gegensatz bei der teleologischen Auslegung: Kommt es auf den Zweck des historischen Gesetzgebers oder den objektiven und dem Gesetz immanenten Zweck an?<sup>20</sup> Sogar die historische Auslegung lässt sich subjektiv oder objektiv auffassen:<sup>21</sup> Die Gesetzesmaterialien können nämlich einerseits als Hilfsmittel für die Ermittlung realer Absichten oder als Grundlage objektiv-sinnhafter Konstruktion benutzt werden. Schließlich spielt der Streit über das Auslegungsziel auch im Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung z.B. in Form der Analogie eine wichtige Rolle. Diese setzt nämlich eine planwidrige Lücke voraus.<sup>22</sup> Das wirft die Frage auf, ob für die Beurteilung der Planwidrigkeit einer Lücke die reale Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers oder der objektive Inhalt des Gesetzes ausschlaggebend sind.<sup>23</sup> Die Entscheidung für ein Auslegungsziel ist damit eine wichtige Weichenstellung für die gesamte Methodik.

<sup>14</sup> Auch diese Unterscheidung ist nicht unstrittig, *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 3, 1976, S. 663 f.; *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 97 Fn. 7; *Wank* (Fn. 1), S. 29.

<sup>15</sup> Eigentlich müsste es „telologische“ Auslegung heißen, *Fikentscher* (Fn. 14), Bd. 4, 1977, S. 367 f.

<sup>16</sup> *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 212 ff.

<sup>17</sup> *Engisch* (Fn. 11), S. 125; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, B. III. 2.

<sup>18</sup> *Wank* (Fn. 1), S. 48 f.

<sup>19</sup> *Wank* (Fn. 1), S. 55.

<sup>20</sup> *Wank* (Fn. 1) S. 67.

<sup>21</sup> *Engisch* (Fn. 11), S. 125.

<sup>22</sup> *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 4 Rn. 78 ff.

<sup>23</sup> Dazu *Engisch* (Fn. 11), S. 186 f.; *Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rn. 868 ff.

<sup>9</sup> *Oetker/Maultzsch* (Fn. 6), § 2 Rn 26; *D. Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2010, § 437 Rn. 32.

<sup>10</sup> *Looschelders* (Fn. 6), Rn. 575.

<sup>11</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, S. 105 Fn. 51; *Deckert*, JA 1994, 412 (414); *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 30 f.; *Sosnitza*, JA 2000, 708 (709).

<sup>12</sup> *Kant*, in: Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, Werkausgabe, Bd. 3/4, Kritik der reinen Vernunft, S. 322.

<sup>13</sup> Zit. nach *Engisch* (Fn. 11), S. 109.

## 2. Die Subjektive Theorie

### a) Der historische Wille als Auslegungsziel

Früher herrschte die subjektive Theorie vor.<sup>24</sup> Ihr zufolge bedeutet Auslegung „Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat“, der Rechtsanwender muss stets bestrebt sein, „sich [...] möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hinein-zudenken“<sup>25</sup>. In ihrer strengen Form wird sie (in Deutschland<sup>26</sup>) nicht mehr vertreten.<sup>27</sup> Allerdings findet sich ihr Grundgedanke häufig bei der Argumentation der Gerichte wieder.

*Beispiel:* Zunächst wendet der BGH gegen die Auffassung, die den Nutzungsausfallschaden nur nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB für ersatzfähig hält, ein, dass „das nicht das Verständnis des Gesetzgebers“ sei.<sup>28</sup> Dies ergebe sich aus den Materialien mit „aller Klarheit“<sup>29</sup>. Das gesetzgeberische Anliegen habe „seinen Niederschlag auch in der Systematik des Gesetzes gefunden“<sup>30</sup>. Der BGH gibt damit zu erkennen, dass Ziel seiner Auslegung der gesetzgeberische Wille war, und geht deshalb implizit insoweit von der Vorzugswürdigkeit einer subjektiven Auslegungstheorie aus.<sup>31</sup>

Es stellt sich das praktische Problem, wie der Wille des Gesetzgebers zu ermitteln ist. Darüber müssten eigentlich die Gesetzesmaterialien Auskunft geben. Hier finden sich aber oft nur vereinzelte Äußerungen der Parlamentsmitglieder oder Begründungen zu einem Gesetzesentwurf, die das federführende Ministerium geschrieben hat. Doch können deren Ansichten von der Meinung der beschließenden Parlamentsmehrheit abweichen und dürfen deshalb nicht ohne weiteres mit dem Willen des Gesetzgebers gleichgesetzt werden.<sup>32</sup>

*Beispiel:* In der Entscheidung des Ausgangsfallles nutzt der BGH primär die Begründung im Gesetzesentwurf, um den

gesetzgeberischen Willen zu belegen.<sup>33</sup> Der Gesetzesentwurf stammte von den Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, die damals (14. Bundestag) insgesamt etwa 52 % der Abgeordneten repräsentierten. Somit unterstützte die Mehrheit des Bundestages den Gesetzesentwurf und also auch die in ihm enthaltene Begründung. In einem solchen Fall ist die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens mit der Entwurfsbegründung nahe liegend und gerechtfertigt.<sup>34</sup> Auch in Fällen, in denen der Gesetzesentwurf von keiner Mehrheit im Bundestag stammt, dieser aber explizit keine eigenen Zwecke formuliert, geht die herrschende Meinung davon aus, dass das Parlament sich denjenigen Zweck zu eigen macht, der in der Gesetzesbegründung dargestellt wird (sog. Paktentheorie).<sup>35</sup>

### b) Stellungnahme

Die subjektive Theorie macht vor allem den Gedanken der Gesetzesbindung aus Art. 20 Abs. 3 GG für sich geltend. Die Bindung an das Gesetz meint nämlich sowohl den Gesetztext als auch die ihm zugrunde liegenden Wertungen und Absichten des Gesetzgebers.<sup>36</sup> Sonst würde man der Bedeutung der Gesetzgebung als demokratisches Zentralorgan nicht gerecht.<sup>37</sup>

Andererseits verkennt die subjektive Theorie, dass ein Gesetz in mannigfache Lebenssachverhalte eingreift, die der Gesetzgeber nicht alle übersehen konnte, so dass es an einem realen gesetzgeberischen Willen fehlt.<sup>38</sup> So werden heute die Regeln über die Willenserklärung wie selbstverständlich auf den elektronischen Verkehr im Internet angewandt,<sup>39</sup> ohne dass der Gesetzgeber von 1900 diese Entwicklung vor Augen hatte. Eine konsequent durchgeführte subjektive Auffassung ließe ein Gesetz versteinern.

<sup>24</sup> Vertreten u.a. von: *Beling*, in: Stoll (Hrsg.), Festgabe für Philipp Heck, Max Ruemelin, Arthur Benno Schmidt, 1931, S. 12; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Halbbd. 1, 15. Aufl. 1959/1960, § 54 II; *Hassold*, ZZP 94 (1981), 210; *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 59; *Regelsberger*, Pandekten, Bd. 1, 1893, S. 143; *von Savigny* (Fn. 16), S. 213.

<sup>25</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1963, § 21.

<sup>26</sup> In den Vereinigten Staaten ist die streng subjektive Theorie herrschend, s. *Fikentscher* (Fn. 14), S. 665 mit Fn. 67.

<sup>27</sup> *Wank* (Fn. 1), S. 32.

<sup>28</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2675 a.E.).

<sup>29</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2675 f.).

<sup>30</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2676).

<sup>31</sup> Allerdings ist der zweite Teil seiner Argumentation stark objektiv-teleologisch und damit von einer objektiven Auslegungstheorie geprägt, s. BGH NJW 2009, 2674 (2676).

<sup>32</sup> *Puppe* (Fn. 17), S. 78; *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (576); *Wank* (Fn. 1), S. 31; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, § 4 II. c).

<sup>33</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2675 f.).

<sup>34</sup> *Looschelders/Roth* (Fn. 11), S. 47 f. bezeichnen zutreffend den Willen des Gesetzgebers als der im Gesetzgebungsorgan zur Herrschaft gelangte Wille.

<sup>35</sup> *Engisch* (Fn. 11), S. 122; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 211 ff.

<sup>36</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 317; *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (575); *Wank* (Fn. 1), S. 29.

<sup>37</sup> *Engisch* (Fn. 11), S. 121 f.; *Larenz* (Fn. 36), S. 318.

<sup>38</sup> *Herzberg*, JuS 2005, 1 (4); *Larenz* (Fn. 36), S. 317.

<sup>39</sup> *Heinrichs*, in: Palandt (Fn. 6), Einf. V. § 116 Rn. 1 m.w.N.

### 3. Die Objektive Theorie

#### a) Der Wille des Gesetzes als Auslegungsziel

Heutzutage ist die objektive Theorie wohl<sup>40</sup> vorherrschend.<sup>41</sup> Sie geht davon aus, dass mit dem Akt der Gesetzgebung das Gesetz sich verselbstständigt und sich in ein objektives Dasein erhebt. Dadurch kann das Gesetz im Laufe der Zeit Bedeutungen annehmen, an die sein Urheber nicht dachte. Die objektive Theorie orientiert sich an dem Sinn, welchen ein typischer, sorgfältiger Normadressat unter den heutigen Umständen der gesetzlichen Regel entnehmen kann und muss.<sup>42</sup> Dabei wird dem „objektiven Zweck“ des Gesetzes eine bedeutende Rolle zuerkannt.<sup>43</sup>

Beispiel: In der Entscheidung des Ausgangsfall es argumentiert der BGH, dass das „Normkonzept des Gesetzgebers schließlich durch teleologische Erwägungen“ untermauert werde. Der BGH stellt im Folgenden maßgeblich darauf ab, dass der Käufer den Mangel erst bemerkt, wenn sich ein mangelbedingter Nutzungsausfall nicht abwenden lasse. Deshalb entspreche es der Interessenlage am besten, dass der Schaden bereits nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig ist und nicht noch eine Mahnung voraussetze, die dann meistens zu spät wäre<sup>44</sup>. Der BGH löst sich damit in seiner Argumentation von den gesetzgeberischen Vorstellungen und stellt auf allgemeine Interessen- und Gerechtigkeits Erwägungen ab. Er folgt damit einem objektiv-theoretischen Auslegungsziel.

Viele Anhänger der objektiven Theorie machen geltend, dass auf ihrer Seite auch das BVerfG stehe.<sup>45</sup> Das sieht zwar auch das BVerfG so.<sup>46</sup> Rechtstatsächlich orientiert sich das BVerfG in vielen Fällen aber maßgeblich am Willen des Gesetzgebers und gibt dem historischen Moment oft so das entscheidende Gewicht.<sup>47</sup> Es ist also wohl richtiger zu sagen, dass „[w]er in den Entscheidungsbänden des BVerfG Antwort auf die Frage sucht, welche der herkömmlichen Ausle-

gungslehren er wann anwenden soll, [...] am Ende verwirrter [ist] als zu Beginn.“<sup>48</sup>

#### b) Stellungnahme

Der praktische Vorteil der objektiven Theorie ist, dass nur sie die notwendige Anpassungsfähigkeit und Flexibilität eines Gesetzes gewährleistet.<sup>49</sup>

Wenn die objektive Theorie jedoch behauptet, den Willen des Gesetzes zu ermitteln, ist das trügerisch. Bei der praktischen Anwendung eines Gesetzes können nur zwei Regelungswillen realisiert werden: Entweder der des Gesetzgebers oder der des Rechtsanwenders.<sup>50</sup> Löst der Rechtsanwender sich also von den gesetzgeberischen Vorstellungen, ist der „Wille des Gesetzes“ nichts anderes als eine Eigenwertung des Rechtsanwenders; nicht „Auslegung“, sondern „Einlegung“<sup>51</sup>. Die objektive Theorie ist deshalb eigentlich subjektiv, indem sie Einfallstore für Weltanschauungen und rechtspolitische Ansichten unter dem Schein der Objektivität bietet.<sup>52</sup> Mit den Worten *Goethes*<sup>53</sup>: „Was Ihr den Geist der Zeiten heißt, / das ist im Grund der Herren eigner Geist, / in dem die Zeiten sich bespiegeln.“

### 4. Die überzeugende Differenzierung nach dem Alter des Gesetzes (subjektiv-geltungszeitlich Auslegungstheorie)

In ihren strengen Formen scheitern sowohl die objektive als auch die subjektive Theorie. Denn bei konsequenter Anwendung würden sie selbst die sichersten und unbestrittensten Umstände zu nur schwer zu bewältigenden Problemen machen. Beiden Theorien liegt aber eine „Teilwahrheit“<sup>54</sup> zugrunde. Das zeigen folgende Überlegungen:<sup>55</sup>

In § 433 Abs. 1 BGB spricht das Gesetz von Verkäufer und Käufer. Vom Standpunkt einer rein objektiven Theorie, die nur vom Gesetzestext ausgeht, bestünde die ernsthafte Schwierigkeit, ob denn diese Regel auch für die Verkäuferin oder die Käuferin gelte. Dass die Vorschrift völlig bedenkenlos auf Verkäuferin und Käuferin angewendet wird, hängt damit zusammen, dass man weiß, dass der Gesetzgeber es so gemeint hat.

§ 929 S. 1 BGB regelt, wie Eigentum an beweglichen Sachen übertragen wird. Gilt diese Vorschrift auch, wenn eine Studentin das Eigentum an ihrem Apple iPad an ihren Kommilitonen übertragen will? Vom Standpunkt einer strikt subjektiven Theorie ist die Begründung dafür umständlich: Der Gesetzgeber von 1900 hat seine reale Regelungsabsicht si-

<sup>40</sup> Welche Theorie herrscht, hält *Fikentscher* (Fn. 14), S. 666, für schwer feststellbar.

<sup>41</sup> Vertreten u.a. von: *Weber*, in: *Baumann/Weber/ Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 9 Rn. 76; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 33. Aufl. 2009, § 4 Rn. 13; *Ryffel*, Rechts- und Staatsphilosophie, 1969, S. 387; *Schenke*, AöR 103 (1978), 580; *Schlink*, Der Staat, 1980, S. 101; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 57; *Wolff/Bachoff/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 28 Rn. 60.

<sup>42</sup> *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 428.

<sup>43</sup> *Looschelders/Roth* (Fn. 11), S. 38

<sup>44</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2676).

<sup>45</sup> *Bleckmann*, JuS 2002, 942 (943); *Köhler* (Fn. 41), § 4 Rn. 13; *Sosnitzka*, JA 2000, 708. Zur (ebenfalls nicht eindeutigen) Rspr. des BGH s. *Fikentscher* (Fn. 14), S. 666 ff.

<sup>46</sup> BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130) st. Rspr.

<sup>47</sup> *Christensen/Kudlich*, Theorie des richterlichen Begründens, 2001, S. 39; *Säcker*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, Teilbd. 1, 5. Aufl. 2006, Einl. Rn. 166; *Rüthers* (Fn. 23), Rn. 800; s. z.B. BVerfGE 2, 266 (276); 88, 40 (56); 102, 176 (185).

<sup>48</sup> *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, 1995, S. 214.

<sup>49</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 138.

<sup>50</sup> *Rüthers* (Fn. 23), Rn. 719.

<sup>51</sup> *Rüthers* (Fn. 23), Rn. 797.

<sup>52</sup> *Rüthers* (Fn. 23), Rn. 808, 814; *Säcker* (Fn. 47), Einl. Rn. 71; *Wank* (Fn. 1), S. 35.

<sup>53</sup> *Goethe*, Faust, Der Tragödie Erster Teil, Erste Szene, Nacht, Dialog zw. Faust und Wagner, Vers 577 ff.

<sup>54</sup> *Larenz* (Fn. 36), S. 316.

<sup>55</sup> Nach *Bydlinski* (Fn. 42), S. 435.

cherlich nicht auf Apple-Produkte erstreckt. Dass wir § 929 S. 1 BGB dennoch auf die Übertragung von Eigentum an iPads anwenden, liegt am abstrakt gefassten „objektiven“ Gesetzestext.

Es gilt deshalb, die Vorzüge beider Theorien miteinander zu verbinden. Das ist durch eine (hier sog.) subjektiv-geltungszeitliche Auslegungstheorie möglich.

#### a) Das „junge“ Gesetz

Solange ein Gesetz noch nicht lange in Kraft ist, gibt es keinen Grund, über den gesetzgeberischen Willen hinwegzugehen.<sup>56</sup> Wenn Art. 97 Abs. 1 GG vorschreibt, dass der Richter dem Gesetze unterworfen ist, kann das nicht bedeuten, dass der Richter einem Gesetz unterworfen ist, so wie er es sich selbst ausmalt.<sup>57</sup> Dann hinge die Bindung an das Gesetz ja von den Gebundenen ab. Damit ist klar, dass das Gesetz nur in der Bedeutung, die dem Willen des Gesetzgebers entspricht, Auslegungsziel sein kann. In ähnlicher Weise hat dies auch das BVerfG formuliert:<sup>58</sup>

„Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offen lassen.“

#### b) Das „alte“ Gesetz

Haben sich seit Erlass des Gesetzes jedoch wesentliche Umstände tatsächlicher oder rechtlicher Art, die für den historischen Gesetzgeber gleichsam die Geschäftsgrundlage der gesetzlichen Regelung waren, geändert, kann die Auslegung daran nicht vorbeigehen. Damit dann aber nicht Eigenwertungen des Rechtsanwenders in den Vordergrund treten, darf nicht nach dem sog. „Willen des Gesetzes“ gesucht werden. Vielmehr ist der Gesetzesbindung dadurch zu genügen, dass bei Änderung tatsächlicher Verhältnisse der ursprüngliche Wille mit Blick auf die gewandelten Umstände fortgeschrieben wird,<sup>59</sup> im Übrigen sich die Auslegung an den Wertungen des heutigen Gesetzgebers orientiert.<sup>60</sup> Das rechtfertigt sich daraus, dass die Legitimitätsgrundlage des heute bestehenden Rechts nicht in der Vergangenheit, sondern in der Gegenwart liegt, dass die Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG primär gegenüber dem heutigen Gesetzgeber besteht.<sup>61</sup> Einprägsam ist die Formulierung von *Hobbes*:<sup>62</sup>

„Gesetzgeber ist nicht der, durch dessen Autorität das Gesetz zuerst gemacht wurde, sondern der, durch dessen Autorität es fortführt, Gesetz zu sein.“

Dabei hat der Rechtsanwender den Wandel der Umstände zu belegen.

*Beispiele:* A und B schließen einen Vertrag über die Erbringung von Telefonsex. 1998 hielt die h.M. einen solchen Vertrag wegen Sittenwidrigkeit für nichtig, 138 Abs. 1 BGB.<sup>63</sup> Nach Erlass des Prostitutionsgesetzes<sup>64</sup> kann jedoch sogar bei der herkömmlichen Prostitution eine wirksame Entgeltforderung begründet werden. Dieser Wertung des modernen Gesetzgebers entspricht es, dass heute Telefonsexverträge nicht mehr als sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB erachtet werden.<sup>65</sup> Ein wesentlicher rechtlicher Umstand hat sich seit Erlass des § 138 Abs. 1 BGB damit geändert und rechtfertigte die Rechtsprechungsänderung.

Im bewusstlosen Zustand wird der Frau A von dem Arzt B ohne ihr Wissen ein fremdes, bereits befruchtetes Ei eingepflanzt. Da A einen Schwangerschaftsabbruch ablehnt und das Kind infolgedessen austrägt, verlangt sie von B Ersatz wegen der Unterhaltsbelastung durch das Kind. Sicher hat der BGB-Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes nicht die haftungsrechtliche Behandlung der Fortpflanzungsmedizin bedacht. Der Wille des historischen Gesetzgebers, nach den §§ 249 ff. BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB bei erlittenem Unrecht einen Ausgleich erlangen zu können, ist jedoch mit Blick auf die tatsächlichen gewandelten Verhältnisse solchermaßen fortzuschreiben, dass auch die Fortpflanzungsmedizin einem effizienten Haftungsrecht unterliegt, so dass ein Schadensersatz wegen Unterhaltsbelastung nach § 823 Abs. 1 BGB zuzubilligen ist.<sup>66</sup>

#### 5. Zwischenergebnis

Das Ziel einer Auslegung ist also der Wille des Gesetzgebers, sofern das Gesetz ein „junges“ ist. Haben sich seit Erlass des Gesetzes aber tatsächliche Verhältnisse wesentlich geändert, ist Ziel der Auslegung ein fortgeschriebener Wille des historischen Gesetzgebers. Haben sich rechtliche Wertungen gewandelt, ist der Wille des heutigen Gesetzgebers Auslegungsziel.

#### IV. Die Rangfolge der Auslegungskriterien

Nachdem man sich Klarheit über das Auslegungsziel verschafft hat, ist es möglich, die Auslegungskriterien in eine Rangfolge zu bringen. Dabei ist bei aller Streitigkeit zu beachten, dass hinsichtlich eines wichtigen Punktes Einigkeit besteht: Der Rechtsanwender ist nicht befugt, unter den Auslegungsmethoden im Einzelfall einfache jene auszuwählen, die für die Begründung eines in seinen Augen angemessenen Ergebnisses am besten ist.<sup>67</sup>

Dem scheint der BGH in vielen Fällen nicht zu folgen, indem er mit Blick auf ein bestimmtes Ergebnis einem Auslegungskriterium den Vorzug gibt:<sup>68</sup> So ist es vorgekommen,

<sup>56</sup> Wank (Fn. 1), S. 34 f.

<sup>57</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 52 f.; Wank (Fn. 1), S. 29.

<sup>58</sup> BVerfGE 54, 54; 277, 297.

<sup>59</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 64 m.w.N.

<sup>60</sup> Wank (Fn. 1), S. 32, 35.

<sup>61</sup> Wank (Fn. 1), S. 32; a.A. Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 62.

<sup>62</sup> Zit. nach Kaufmann, Jura 1992, 346 (350).

<sup>63</sup> BGH NJW 1998, 2895 (2896).

<sup>64</sup> Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, S. 3983.

<sup>65</sup> BGH NJW 2008, 140 (141) m.w.N.

<sup>66</sup> BGH NJW 1994, 788 (792).

<sup>67</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 192 m.w.N.

<sup>68</sup> Zu den folgenden Beispielen: Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 125 f.

dass in der gleichen Materie (Preisbindung) der *Kartellsenat* des BGH ohne jede Rücksicht auf den gesetzgeberischen Willen entscheidet, während ein anderer *Senat* sich strikt an diesen hält.<sup>69</sup> Bei der Frage, ob ein Landwirtschaftsbetrieb ein Gewerbebetrieb sei, argumentiert er mit dem Wortlaut des Gesetzes, wie die Verkehrsanschauung ihn versteht,<sup>70</sup> während bei der Frage der Parteifähigkeit der Gewerkschaften der Teleologie überragende Bedeutung zugestanden wird.<sup>71</sup> In einem anderen Fall ist es dann die Systemstellung der Norm, die ausschlaggebend sein soll.<sup>72</sup> Das ist nicht gerade im Sinne der Rechtssicherheit: „Die Gerichte argumentieren je nach Anlaß ganz unterschiedlich.“<sup>73</sup>

Für den Rang eines Auslegungskriteriums ist seine Eignung, das für richtig befundene Auslegungsziel zu erreichen, entscheidend. Schließt man sich der obigen Differenzierung an, ist also auch hier zwischen „jungen“ und „alten“ Gesetzen zu unterscheiden. Unabhängig vom Alter des Gesetzes haben jedoch einige Auslegungskriterien stets Vorrang vor den anderen, die zuerst in die Betrachtung einzubeziehen sind.

### 1. Stets vorrangige Auslegungskriterien

Nach h.M. bildet der Wortlaut die äußerste Grenze der Auslegung.<sup>74</sup> Denn was außerhalb seines Wortlautes liegt, lässt sich nicht als Inhalt des Gesetzes begreifen und somit auch nicht durch Auslegung ermitteln.<sup>75</sup>

*Beispiel:* § 3 Abs. 1 Nr. 6 des Preußischen Gesetzes betreffend den Forstdiebstahl (PrFDG) vom 15.4.1878 bestrafte es, wenn „zum Zwecke des Forstdiebstahls ein bespanntes Fuhrwerk, ein Kahn oder ein Lastthier mitgebracht ist“. Fallen darunter auch Kraftfahrzeuge? Der historische Gesetzgeber wollte damit sämtliche Transportmittel erfassen, mit denen größere Mengen Diebesgut fortgeschafft werden können. Schreibt man diesen gesetzgeberischen Willen in die heutige Zeit fort, so fallen unter § 3 Abs. 1 Nr. 6 PrFDG auch Kraftfahrzeuge. Deshalb hielt der BGH auch diese Vorschrift für anwendbar.<sup>76</sup> Der BGH hätte dies jedoch nicht als ein Auslegungsergebnis, sondern angesichts des klaren Wortlautes (Kraftfahrzeuge sind keine „bespannten Fuhrwerke“) nur als (wegen Art. 103 Abs. 2 GG unzulässige) Rechtsfortbildung darstellen dürfen.

Schließlich ergeben sich aus der Normenhierarchie allgemeine Regeln des Vorranges einzelner Auslegungskriterien. Die Bindung der Gerichte an die Verfassung fordert, dass von mehreren in Betracht kommenden Auslegungen die mit den

Wertungen der Verfassung im Einklang stehende Auslegung den Vorrang vor jeder anderen, nicht mit der Verfassung zu vereinbarenden hat.<sup>77</sup>

*Beispiele:* Nach § 14 Abs. 1 VersG müssen öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel 48 Stunden vor ihrer Bekanntgabe bei der zuständigen Behörde angemeldet werden. Dies würde jedoch dazu führen, dass Eilversammlungen, die nicht rechtzeitig angemeldet werden können, aus diesem Grunde stets unzulässig wären. Das wäre mit Art. 8 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Deshalb ist § 14 Abs. 1 VersG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass sich die Anmeldefrist entsprechend verkürzt.<sup>78</sup>

Aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB lässt sich nicht mit Sicherheit entnehmen, ob der Vermieter die Anbringung einer Parabolantenne dulden muss. Bedenkt man, dass damit eine u.U. erhebliche Einwirkung auf die Substanz der Mietsache verbunden ist, würde man dies wohl eher verneinen. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB muss jedoch im Lichte des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG betrachtet werden, der allen Bürgern ein Informationsrecht verbürgt. Deshalb führt die verfassungskonforme Auslegung dazu, dass der Vermieter die Anbringung gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB dulden muss.<sup>79</sup>

Ebenso hat Unionsrecht Vorrang vor nationalem Recht, selbst wenn es sich um Verfassungsrecht handelt.<sup>80</sup> Deshalb ist von mehreren möglichen Auslegungsergebnissen denjenigen der Vorzug gebührt, die mit Unionsrecht vereinbar sind.<sup>81</sup> Die gemeinschaftskonforme Auslegung hat sogar Vorrang vor der verfassungskonformen.<sup>82</sup> Die Auslegung der Verfassung und des Europarechts selbst erfolgt dabei wiederum nach eigenen Regeln.<sup>83</sup>

### 2. Das „junge“ und „alte“ Gesetz

Beim „jungen“ Gesetz soll die Bedeutung der Norm nach dem Willen des historischen Gesetzgebers ermittelt werden. Stuft man die Auslegungskriterien nach ihrer Eignung ab, dieses Ziel zu fördern, ergibt sich folgende Stufenfolge (zur

<sup>69</sup> BGHZ 28, 209; 46, 74.

<sup>70</sup> BGHZ 33, 321.

<sup>71</sup> BGHZ 42, 210.

<sup>72</sup> BVerfGE 18, 122 (116).

<sup>73</sup> Kaufmann, Jura 992, 297 (300).

<sup>74</sup> BVerfGE 71, 108 (115); Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 67 m.w.N.; Treder (Fn. 1), S. 50; krit. Christensen/Kudlich (Fn. 47), S. 375 ff.; Herzberg, JuS 2005, 1 (2 ff.); Schlehofer, JuS 1992, 572 (574 f.); Wank (Fn. 1), S. 44.

<sup>75</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 67.

<sup>76</sup> BGHSt 10, 375 (Ferien[Zivil]Senat!).

<sup>77</sup> BVerfGE 8, 28 (34); 59, 360 (387); Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 67; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rn. 103; Sosnitza, JA 2000, 708 (710).

<sup>78</sup> BVerfGE 85, 69 (74 ff.); s. aber auch das Sondervotum BVerfGE 85, 69 (79 ff.): Kein Raum für verfassungskonforme Auslegung, da nicht von Wortlaut gedeckt.

<sup>79</sup> BVerfGE 90, 27; BGH NJW 2006, 1062.

<sup>80</sup> St. Rspr. des EuGH seit EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa / E.N.E.L.) = Slg. 1964, 1251 (1269 ff.); vgl. dazu und zu den Vorbehalten des Bundesverfassungsgerichts Herdegen, Europarecht, 12. Aufl. 2010, § 10 Rn. 1 ff.

<sup>81</sup> EuGH Slg. 1993, I-3777 („Hubbard“); Larenz/Wolf (Fn. 22), § 4 Rn 72 ff.; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, Rn. 428b; Sosnitza, JA 2000, 708 (710).

<sup>82</sup> Larenz/Wolf (Fn. 22), § 4 Rn. 72; Sosnitza, JA 2000, 708 (710).

<sup>83</sup> Dazu Deckert, Jura 1994, 412 (418 f.).

Stellung der teleologischen Auslegung s. sogleich unter IV. 3.):

- I. Stufe: Wortlautauslegung
- II. Stufe: Gemeinschaftskonforme Auslegung
- III. Stufe: Verfassungskonforme Auslegung
- IV. Stufe: Historische (und auch subjektiv-teleologische) Auslegung
- V. Stufe: Systematische Auslegung

Stellt der Rechtsanwender fest, dass sich tatsächliche Umstände geändert haben, ist der so ermittelte historische Wille sinngemäß auf die geänderten Verhältnisse anzuwenden. Haben die nachfolgenden Gesetzgeber die rechtlichen Wertungen seit Gesetzeserlass wesentlich geändert, ist die moderne gesetzgeberische Vorstellung der Auslegung zugrunde-zulegen. Für diesen Fall empfiehlt sich folgende Vorgehensweise:

- I. Schritt: Auslegung wie oben, um den historischen gesetzgeberischen Willen zu ermitteln.
- II. Schritt: Feststellung, dass sich seit Gesetzeserlass die rechtlichen Wertungen wesentlich gewandelt haben; dabei ist in systematischer Zusammenschau ein Augenmerk auf die Sachgehalte derjenigen Normen zu legen, die einen gleichen oder ähnlichen Lebenssachverhalt zum Regelungsgegenstand haben.
- III. Schritt: Modifizierung des Auslegungsergebnis aus dem I. Schritt im Sinne des Ergebnisses des II. Schrittes.

### 3. Rang des objektiv-teleologischen Auslegungskriteriums

Bisher wurde der Rang der teleologischen Auslegung außer Betracht gelassen. Die mit ihr spezifisch verbundenen Probleme sollen jetzt erörtert werden. Die Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes (objektiv-teleologische Auslegung) wird oftmals als die Krone der Auslegung bezeichnet:<sup>84</sup> „Erst mit dem Eindringen in die zweckrationale Welt des Normensystems wird die Jurisprudenz auf [den jungen Juristen] jene Anziehungskraft ausüben, die das Studium von einer lästigen Lernform zur Freude am gestaltenden Umgang mit Normen verwandelt.“<sup>85</sup> Genauso hält der BGH die teleologische Auslegung für das entscheidende Kriterium: „Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Sinn und Zweck.“<sup>86</sup>

Unter ihrer Flagge wird ein ganzer Strauß verschiedener Argumente zusammengefasst:<sup>87</sup> Natur der Sache, allgemeingültige Rechtsprinzipien, der Gleichheitssatz, Effizienz, allgemeine Gerechtigkeitserwägungen, ethische Grundsätze, gesellschaftliche Wertungen etc. Sie gilt deshalb als „Ein-

bruchstelle für rationale Argumente jeder Art“<sup>88</sup>. Dass die objektiv-teleologische Auslegung so hohes Ansehen genießt, liegt wohl daran, dass sie dem Juristen die größte Freiheit bietet.<sup>89</sup> Die Gefahr, dass der Rechtsanwender dabei sein eigenes Rechtsgefühl umsetzt und sich so an die Stelle des Gesetzgebers setzt, ist augenfällig.<sup>90</sup> So wirkt die Berufung auf die ratio legis auch häufig mehr oder wenig beliebig.

*Beispiel:* Bei § 950 Abs. 1 BGB ist es streitig, ob es einen Hersteller kraft Parteiwillens gibt. Eine Ansicht bejaht das mit der Begründung, dass § 950 BGB den Zweck habe, den Konflikt zwischen dem Erhaltungsinteresse des Stoffeigentümers und dem Erwerbsinteresse des Verarbeiters zu lösen; dieser Konflikt entstehe aber erst gar nicht bei Vorliegen einer vertraglichen Regelung, so dass § 950 Abs. 1 BGB dann nicht anwendbar sei.<sup>91</sup> Ebenso gut könnte man aber auch argumentieren, dass der Zweck des § 950 Abs. 1 BGB darin besteht, den Geschäftsverkehr in seinem Vertrauen darauf, dass die hergestellte Sache dem Verarbeiter gehört, und in seinem Interesse an Rechtsklarheit zu schützen.<sup>92</sup> Welcher Normzweck soll ausschlaggebend sein? Aus dem bloßen Normtext lässt sich allenfalls der Zweck entnehmen, dem Hersteller das Eigentum an von ihm hergestellten Sachen zuzuweisen. Das ist jedoch eine Banalität und führt nur zum Normtext zurück.

Das Problem der teleologischen Auslegung ist ihre Zirkelschlüssigkeit: Welchen genauen Sinn und Zweck eine Norm hat, kann man erst wissen, wenn man den Sachgehalt der Norm kennt. Der Zweck einer Norm ist also das Ergebnis der Auslegung und kann deshalb nicht gleichzeitig ihr Mittel sein.<sup>93</sup> Die teleologische Auslegung ist damit in Wahrheit keine Sinnerkenntnis, sondern Sinngebung des Rechtsanwenders.<sup>94</sup>

*Beispiele:* Besonders deutlich ist das im Strafrecht, wo häufig zuerst das Rechtsgut und in dessen Lichte dann die Bedeutung der Norm bestimmt wird. So wird in den Lehrbüchern gelehrt, dass bei der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) das Rechtsgut streitig sei. Von der Stellungnahme in diesem Streit wird dann abhängig gemacht, ob derjenige tatbestandsmäßig handelt, der ein Opfer einsperrt, das die Einsper- rung gar nicht bemerkt.<sup>95</sup> Dem Tatbestand wird zunächst ein

<sup>88</sup> Schwintowski, JA-Sonderausgabe Erfolgreich lernen 1992, 54 (56).

<sup>89</sup> Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 114.

<sup>90</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 195.

<sup>91</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 53 Rn. 15.

<sup>92</sup> Wieling, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 II 4.

<sup>93</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 40; Rütters (Fn. 23), Rn. 725; Schlehofer, JuS 1992, 572 (576).

<sup>94</sup> Schlehofer, JuS 1992, 572 (576).

<sup>95</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 22 Rn. 2 ff.; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 370 f.

<sup>84</sup> Vgl. die Nachweise bei: Christensen/Kudlich (Fn. 47), S. 375 Fn. 394; Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 195 Fn. 10; Treder (Fn. 1), S. 57.

<sup>85</sup> Diederichsen/Wagner, Die BGB-Klausur, 9. Aufl. 1998, S. 172.

<sup>86</sup> BGHZ 17, 276.

<sup>87</sup> Deckert, JA 1994, 412 (416).

Sinn gegeben, um dann ein Auslegungsproblem diesem Sinn entsprechend zu lösen. Richtigerweise ist umgekehrt vorzugehen: Es darf nicht vom Sinn auf ein Auslegungsergebnis, sondern es muss von der Auslegung auf den Sinn geschlossen werden.

Unter dem Gesichtspunkt der Bindungswirkung der Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG ist eine solche Sinngebung problematisch. Andererseits ist der Gesetzgeber sich durchaus bewusst, dass eine noch so präzise Gesetzesformulierung nicht alle Auslegungsspielräume beseitigt. Außerdem lässt der Gesetzgeber zuweilen bewusst Fragen offen und überlässt ihre Beantwortung der Praxis und Wissenschaft. Aus diesem Grunde kann der Richter als vom Gesetzgeber ermächtigt angesehen werden, auf objektiv-teleologische Auslegungskriterien zurückzugreifen, wenn nach allen Regeln der Kunst kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann.<sup>96</sup> Das ergibt sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Verbot der Entscheidungsverweigerung.<sup>97</sup>

Der Wert eines teleologischen Arguments hängt dann davon ab, woraus der „Zweck des Gesetzes“ abgeleitet wird.<sup>98</sup> Das Argument ist umso stärker, je näher es sich am Normtext orientiert.<sup>99</sup>

*Beispiele:* So können die in der Präambel des GG genannten Grundentscheidungen und Zweckbestimmungen in Zweifelsfällen bei der Auslegung von Verfassungsbestimmungen und einfachen Rechts berücksichtigt werden.<sup>100</sup> Bei europäischen Rechtsakten sind den Normen häufig Erwägungsgründe vorangestellt, die gleichermaßen fruchtbar gemacht werden können. Entsprechendes gilt für einleitende Vorschriften, die den Zweck des Gesetzes ausdrücklich bestimmen (z.B. § 1 BImSchG<sup>101</sup>).

Schwach sind hingegen teleologische Argumente, die auf allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen und rechtspolitischen Vorstellungen beruhen.<sup>102</sup> Mögen sie noch so sinnvoll sein, sie sind stets verdächtig, lediglich das Rechtsempfinden des Rechtsanwenders umzusetzen.<sup>103</sup>

*Beispiel:* Im Ausgangsfall begründet der BGH seine Entscheidung, dass der Nutzungsausfallschaden unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig sei, mit der teleologischen Erwägung, dass das Vorliegen eines Mangels häufig erst nach Auftreten des Schadens vom Gläubiger bemerkt werde, der Gläubiger also besonders schutzbedürftig sei und es deshalb der Interessenlage besser gerecht werde,

keinen Verzug für den Schadenersatz zu verlangen.<sup>104</sup> Wieso aber gerade diese Interessenbewertung dem Zweck des Gesetzes entspricht, erläutert der BGH nicht. Aber darauf kommt es an. Denn genauso gut könnte man ja argumentieren, dass auch dem Verkäufer in der Regel der Mangel und damit das Fehlen einer vollständigen Erfüllung seiner Pflicht verborgen bleibt, so dass es dem Zweck des Leistungsstörungenrechts, dem Schuldner zur Abwendung von Sekundäransprüchen eine letzte Chance einzuräumen, mehr entspricht, eine Mahnung zu verlangen.<sup>105</sup>

Nach alledem ergibt sich die folgende Rangfolge der Auslegungskriterien:

- I. Stufe: Wortlautauslegung
- II. Stufe: Gemeinschaftskonforme Auslegung
- III. Stufe: Verfassungskonforme Auslegung
- IV. Stufe: Historische (und auch subjektiv-teleologische) Auslegung
- V. Stufe: Systematische Auslegung
- VI. Stufe: Teleologische Auslegung
  1. Normtextnahe teleologische Auslegung
  2. Normtextferne teleologische Auslegung

#### 5. Keine feste Rangordnung

Die Rangfolge der Auslegungskriterien gilt nur für Fälle, in denen das jeweilig vorrangige Auslegungskriterium eindeutige Argumente liefert.<sup>106</sup> Der Prozess der Auslegung verläuft zwar in einer Stufenfolge. Auf die nächste Stufe ist nur insoweit zurückzugreifen, wie die vorige Stufe kein eindeutiges Ergebnis zulässt. Da jedoch die einzelnen Auslegungsergebnisse mehr oder weniger unsicher sein können, kann abstrakt nicht angegeben werden, welches Auslegungskriterium im konkreten Fall ausschlaggebend ist.<sup>107</sup> Eine allgemeingültig feste Rangordnung besteht damit nicht.<sup>108</sup>

So hat die systematische Auslegung abstrakt zwar Vorrang vor der teleologischen. Jedoch ist es möglich, dass die systematische Auslegung zu einem unsicheren Ergebnis führt, so dass ein Zurückgreifen auf teleologische Argumente unumgänglich ist.<sup>109</sup> Kommen jedoch sowohl systematische als auch teleologische zu jeweils eindeutigen, einander widersprechenden Ergebnissen, hat die systematische Auslegung Vorrang.

<sup>96</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 65 f.; Schlehofer, JuS 1992, 572 (577).

<sup>97</sup> Koch/Rüßmann (Fn. 35), S. 181.

<sup>98</sup> Kudlich/Christensen, JA 2004, 74 (82).

<sup>99</sup> Kudlich/Christensen, JA 2004, 74 (82).

<sup>100</sup> BVerwGE 11, 9 (13); Huber, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Präambel Rn 12.

<sup>101</sup> Jarass, BImSchG, Kommentar, 8. Aufl. 2010, § 1 Rn. 1.

<sup>102</sup> Kudlich/Christensen, JA 2004, 74 (82 f.).

<sup>103</sup> Christensen/Kudlich (Fn. 47), S. 379.

<sup>104</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2676).

<sup>105</sup> Oechsler, NJW 2004, 1828; Oetker/Maultzsch (Fn. 6), § 2 Rn. 270.

<sup>106</sup> Bydlinski (Fn. 42), S. 556.

<sup>107</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 194.

<sup>108</sup> Bydlinski (Fn. 42), S. 553 ff.; Fikentscher (Fn. 14), S. 684 m.w.N.; Larenz (Fn. 36), S. 345; Zippelius (Fn. 32), § 10 VI.

<sup>109</sup> Christensen/Kudlich (Fn. 47), S. 378.



## V. Abschließende Hinweise für die praktische Fallbearbeitung

1. Der Streit um das Auslegungsziel wird offen nicht in der Fallbearbeitung diskutiert, sondern spielt bei der Anwendung der Auslegungsmethoden implizit eine wichtige Rolle.<sup>110</sup> Deshalb sind in der Fallbearbeitung Ausführungen zum Auslegungsziel unüblich (anders in einer Klausur in der Methodenlehre), unabhängig davon muss der Interpret aber in einer Vorüberlegung Stellung zu dem Streit bezogen haben.<sup>111</sup> Da die Auslegungskriterien von Subjektivisten und Objektivisten unterschiedlich gewertet und angewandt werden, muss der Interpret vorab wissen, welche Meinung er zugrunde legt (s.o. III. 1.).<sup>112</sup>

2. Das Rangfolgenproblem tritt meistens erst in aller Deutlichkeit auf, wenn der historische gesetzgeberische Wille klar ist, aber gute grammatische oder systematische Argumente für die Gegenauffassung sprechen.<sup>113</sup> Deshalb wird es einem in Klausuren in der Regel nicht begegnen; gibt der Klausurensteller jedoch Hinweise auf die Gesetzgebungsgeschichte z.B. durch Abdruck von Gesetzesmaterialien, ist es wahrscheinlich, dass ein solches Rangfolgenproblem bei rechtlicher Beurteilung des Sachverhaltes auftritt. Schließlich wird in Hausarbeiten und Seminararbeiten verlangt, dass Studenten auch die Erkenntnisse aus der Entstehungsgeschichte zu dem von ihnen behandelten Gesetz heranziehen.<sup>114</sup> Entsprechend wahrscheinlicher ist es, dass man auf ein Rangfolgenproblem stößt.

3. Die Auslegung sollte nicht einfach abgebrochen werden, wenn eine Stufe ein (scheinbar) eindeutiges Auslegungsergebnis liefert. Um Unsicherheiten zu minimieren, sollte der Fallbearbeiter zur Kontrolle auf der nächsten Stufe fortfahren, diese Ergebnisse aber in der Regel ablehnen, wenn sie dem auf der vorrangigen Stufe widersprechen.<sup>115</sup>

4. Entgegen vieler anders lautender Belehrungen sollte die teleologische Auslegung besonders zurückhaltend angewandt werden. Der Student muss sich der Probleme, die sie mit sich bringt, bewusst sein. Es ist in der Regel wenig überzeugend, einfach einen Normzweck festzustellen, um in seinem Sinne dann die Norm auszulegen. Ein teleologisches Argument kann erst überzeugen, wenn genau dargelegt wird, weshalb die Norm gerade den zugrunde gelegten Zweck haben soll.

5. Schließlich darf bei alledem nicht vergessen werden, dass Rechtsanwendung sich nicht in Auslegung erschöpft. Vielmehr besteht noch die Möglichkeit der Rechtsfortbildung.<sup>116</sup>

---

<sup>110</sup> Wank (Fn. 1), S. 29.

<sup>111</sup> Wank (Fn. 1), S. 73.

<sup>112</sup> Wank (Fn. 1), S. 35.

<sup>113</sup> Bydlinski (Fn. 42), S. 429.

<sup>114</sup> Wank (Fn. 1), S. 63.

<sup>115</sup> Looschelders/Roth (Fn. 11), S. 196 f.

<sup>116</sup> Larenz (Fn. 36), S. 366 ff.