

Eine kurze „Einführung in das juristische Denken“

Das juristische Denken, also die juristische Methodik, ist so wenig umfangreich und vom Ansatz her so einfach, dass es gewagt werden kann, dem interessierten Leser eine Kurzfassung zu bieten. Den großen Umfang der Rechtswissenschaft machen die Vielzahl der Lebenssachverhalte, die geregelt werden (müssen), und die mangelnde Gedankenstrenge der juristischen Methodik aus. In den letzten Jahren kommt verstärkt hinzu, dass der Gesetzgeber unbewusst oder bewusst nachlässig in der Konzeption und in der Formulierung von Gesetzen ist oder es gleich der Rechtsprechung überlässt, Detailfragen zu klären.

Damit der Leser einen korrekten Eindruck erhält, habe ich die Darstellung streng an einem Buch eines Rechtswissenschaftlers ausgerichtet. „Einführung in das juristische Denken“ von Karl Engisch schien mir dafür besonders geeignet. Manches mag dem Leser nicht so wichtig, manches mag ihm etwas überbetont erscheinen. Ich habe mich bemüht, bei der (drastischen) Kürzung inhaltlich möglichst wenig zu ändern, um zu zeigen, wie ein Rechtswissenschaftler das Denken in seinem Arbeitsgebiet sieht. Die besonderen Fragen des Strafrechts (das Engisch lehrte) und des öffentlichen Rechts werden weitestgehend fortgelassen. Ergänzungen von mir sind kursiv gedruckt.

Engisch selbst hat das Hauptproblem der Juristerei wohl in dem Satz (aus der römischen Rechtswissenschaft) gesehen, den er dem Buch als Motto vorangestellt hat:

„Die Gesetze zu verstehen bedeutet nicht, sich an ihre Worte zu halten, sondern an ihren Geist“ (Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim et potestatem).¹

Als Praktiker in der Konfrontation mit Richtern und Kollegen möchte ich das dahingehend auslegen, dass viele Juristen – aus Unsicherheit oder aus Bequemlichkeit – am Wortlaut der Gesetze kleben. Sie behandeln juristische Konstruktionen, als ob diese der höchste Maßstab wären, und vergessen, dass diese nur Modelle/Konstruktionen für Interessenabwägungen sind.

Jedes der folgenden Kapitel entspricht einem Kapitel des Buchs von Engisch.

1. Einleitung

Viele Menschen erwarten, dass juristische Gesetze so abgesichert wie Naturgesetze sind. Sie suchen für weite Gebiete des Rechts ein „Naturrecht“, wie es sich ansatzweise in den Grund- und Menschenrechten manifestiert, und werden enttäuscht, dass es das nicht gibt (weil es das nicht geben kann). Bei der juristischen Methodenlehre geht es im Wesentlichen um das Finden des richtigen Rechts im Einzelfall auf der Grundlage der Gesetze; dabei ist logische Korrektheit zu fordern, damit das Ergebnis – aus dem Gesetz abgeleitet – möglichst eindeutig ist.

Logische Korrektheit ist allerdings nur eine notwendige und keine hinreichende Bedingung. Konsistenz und Gedankenstrenge der Argumente müssen das Ergebnis tragen.

2. Über Sinn und Struktur des Rechtssatzes

Recht ist weitestgehend kulturelle Regelung. Dementsprechend kann ein natürlicher Grundsachverhalt, wie z.B. der der ehelichen oder nichtehelichen Abstammung eines Kindes, deswegen unterschiedlich begrifflich eingeordnet werden, weil sich an die jeweilige Einordnung

¹ Die Übersetzung folgt dem Konzept von Engisch, der mehrfach vom „Geist des Gesetzes“ spricht.

unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen. Beispielsweise behandelt der Gesetzgeber innerhalb der Ehe geborene Kinder als vom Vater abstammend, solange das Gegenteil nicht erwiesen ist (*er fingiert etwas, stellt eine Fiktion auf*). Das Gegenteil konnte früher praktisch nur durch Zeugenaussagen bewiesen werden. Heute kann es weitgehend durch erbbiologische Gutachten erwiesen werden. Damit findet eine Annäherung der rechtlichen an die naturgegebene Einordnung statt. Es bleibt aber maßgeblich dabei, dass der Tatbestand nach juristischen Kriterien eingeordnet wird, nicht nach naturwissenschaftlichen. Auch heute wird ein Kind von der Rechtsordnung als ehelich behandelt, solange der Ehemann der Mutter keinen Gerichtsprozess über die Nichtabstammung führt.²

Das Entscheidende sind also die Rechtsfolgen. Rechtssätze knüpfen Folgen an Tatbestände. Zur Vereinfachung der Formulierung von Tatbeständen verwendet das Recht zahlreiche Legaldefinitionen (gesetzliche Definitionen).

In diesem Buch wird statt von „Tatbestand“ (ein strafrechtlicher Begriff) von Anspruchsvoraussetzungen gesprochen [Buch Kapitel 1.2]. – Beispielsweise ist die Zustimmung definitionsgemäß die vorhergehende Einwilligung, die Genehmigung die nachträgliche.

Ein vollständiger Rechtssatz besteht also aus Tatbestand und Rechtsfolge. Die „Rechtsfolge“ ist eine Rechtsfolgeanordnung, was sein soll. Das Recht zielt also auf gewisse Zwecke ab. Wer diesen Zwecken nicht folgt, erleidet Sanktionen. Insoweit unterscheidet sich das Recht von der Technik. Diese lehrt die Mittel zum Zweck und überlässt es der Moral, die Zwecke zu bestimmen. Die Technik ist moralisch indifferent. Sie empfängt ihre moralische Bedeutung letztendlich von der Bewertung der Zwecke, denen sie dient.

Es ist vom Ansatz her plausibel, dass man die Erfüllung eines Tatbestandes für bestimmte Rechtsfolgen als Voraussetzung und damit als Ursache für die Rechtsfolgen ansieht. Der abstrakte Tatbestand des Rechtssatzes gibt zunächst nur die Bedingungen und Umstände an, unter denen allgemein eine Rechtsfolge Platz greift. Wird nun im Einzelfall festgestellt, dass die Bedingungen und Umstände für die Rechtsfolge gegeben sind, so ist damit auch die Aktualität dieser Rechtsfolge festgestellt. Das heißt, dass die Rechtsfolge im Einzelfall eintreten soll.

Der Rechtssatz kann z.B. lauten (§ 69c in Verbindung mit § 97 UrhG): „Der Urheber eines geschützten Werks kann jedem verbieten, sein Werk zu vervielfältigen.“ Es wird festgestellt: A ist Urheber eines Programms. Dieses Programm erfüllt die Anforderungen an ein urheberrechtlich geschütztes Werk. B hat ohne Erlaubnis von A eine Kopie des Programms hergestellt. Rechtsfolge: A kann von B verlangen, diese Kopie zu löschen. – Der Jurist nennt das „Subsumtion“, wovon im Folgenden ausführlich die Rede sein wird.

Man darf diese juristische Kausalität aber nicht übertreiben. Es kann auch „Doppelgründe“ und „Doppelfolgen“ geben. So kommt in Betracht, dass ein Vertrag, der wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, wegen arglistiger Täuschung angefochten werden kann. Der entsprechende Vertrag kann auch zugleich wegen eines Formfehlers nichtig sein.

Die juristische Kausalität hat also nur beschränkt etwas mit der naturwissenschaftlichen Kausalität zu tun. Insbesondere kann jemand die Rechtsfolge an diesen oder an jenen Tatbestand anknüpfen, z.B. in Abhängigkeit davon, welchen er beweisen kann. Dementsprechend kann es zu der konkreten Rechtsfolge, insbesondere durch ein gerichtliches Urteil, kommen, dass ein Vertrag von vornherein unwirksam ist oder aber wegen Anfechtung nachträglich unwirksam geworden ist oder wegen Rücktritts rückabzuwickeln ist.

² Die Rechtslage hat sich geändert, der Gedankengang von Engisch behält aber seine Allgemeingültigkeit.

3. Die Gewinnung konkreter juristischer Urteile aus dem Rechtssatz, insbesondere das Problem der Subsumtion

Subsumtion ist der Vorgang für den Einzelfall, ein konkretes Urteil zu gewinnen, dass eine Rechtsfolge gilt. Es geht darum zu entscheiden, ob der konkrete Lebenssachverhalt die Voraussetzungen (= die Bedingungen = den Tatbestand) des Rechtssatzes erfüllt. Diese Voraussetzungen sind als juristische Begriffe formuliert, die sich aus einzelnen Tatbestandsmerkmalen zusammensetzen. Jeder Begriff steht für eine Klasse von Fällen. Man kann darüber streiten, was alles unter eine Klasse fällt. Das wird in Kap. 4 behandelt.

Hier soll erst einmal verdeutlicht werden, dass in der Gegenwart festgestellt werden muss, ob die einzelnen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, die meist in der Vergangenheit liegen (auch wenn sie in der Gegenwart liegen, kann es schwierig sein, ihre Erfüllung nachzuweisen). Die unmittelbar erheblichen Tatsachen (Tatbestandsmerkmale) müssen in der Regel durch mittelbar erhebliche Tatsachen, durch Indizien, bewiesen werden. Das lässt nur einen bedingt zuverlässigen Schluss auf die in der Vergangenheit liegenden Ereignisse bzw. Zustände zu [zu Beispielen siehe Buch Kapitel 6.3.6].

Diese Wahrscheinlichkeit muss in einem Strafprozess wesentlich höher als in einem Zivilprozess sein [Buch Kapitel 1.2 (2)].

4. Die Gewinnung abstrakter juristischer Urteile aus den Rechtssätzen. Auslegung und Verstehen der Rechtssätze

Der juristische Obersatz, unter dessen Tatbestand der konkrete Sachverhalt subsumiert wird, findet sich vom Prinzip her im Gesetz. Eine erste Schwierigkeit stellt sich dem Nichtjuristen – manchmal auch dem Juristen – darin, den Obersatz vollständig zu ermitteln. Er kann auf viele Vorschriften verstreut sein.

Im Beispiel in Kap. 2 wurde der Obersatz aus zwei Paragraphen des Urheberrechtsgesetzes gebildet. – Wenn der Praktiker danach fragt, wie etwas rechtlich geregelt ist, fragt er nach dem Obersatz. Zur Aufteilung Auftrag Wesensmerkmale/Anspruchsvoraussetzungen auf mehrere Rechtsvorschriften siehe das Buch, Kapitel 1.2 (1).

Wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung können sich einzelne Bestandteile des Obersatzes aus verschiedenen Gesetzen ergeben, sogar aus solchen, die zu anderen Rechtsgebieten gehören.

Beispiel

Der Umfang des zulässigen Dekompilierens nach § 69e UrhG wird auch durch das Wettbewerbsrecht bestimmt, auch wenn es in § 69e UrhG nicht aufgeführt wird [siehe www.zahrnt.de, Kapitel 4.3.4 (1)].

Ist der Obersatz ermittelt, kann es im Einzelfall einfach sein zu entscheiden, ob der konkrete Sachverhalt die Voraussetzungen abdeckt. Die einzelnen Voraussetzungen können deutlich angeben, auf welche Fallgruppen sie sich erstrecken. Voraussetzungen, die an irgendeiner Stelle im Gesetz definiert sind, werden in ihre Bestandteile zerlegt, sodass die Subsumtion aus lauter Einzelentscheidungen besteht.

Häufig ist aber die Abgrenzung, was alles unter die Fallgruppe gehört, nicht eindeutig. Der Obersatz/das Gesetz muss dann ausgelegt werden. Die Juristen haben dazu im Wesentlichen vier Auslegungsmethoden entwickelt:

Ausgangspunkt ist die **Auslegung nach dem Wortsinn**: Bei den einzelnen Begriffen ist nach deren Wortsinn zu fragen. Es kann einen üblichen Wortsinn geben. Der Wortsinn kann aber auch unscharf sein.

Beispiele

Was ist z.B. das „Vervielfältigungsstück“ eines Programms, von dem im Urheberrecht für Programme wiederholt gesprochen wird? Siehe dazu Buch, Kapitel 4.3.4 (1) und Kapitel 6.1 (3).

Bei unbestimmten Rechtsbegriffen ist die Unschärfe bereits in dem Begriff eingebaut [siehe Kap. 6 und vgl. Buch Kapitel 1.1.3].

Die **systematische Auslegung** fragt nach der Stellung des Rechtssatzes innerhalb des Gesetzes und innerhalb der Rechtsordnung.

Der Gesetzgeber hätte z.B. die EU-Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen in der Weise in deutsches Recht umsetzen können, dass er die einzelnen Vorgaben der Richtlinie jeweils dort eingefügt hätte, wo die entsprechenden Themen im Urheberrechtsgesetz bereits geregelt waren (Vervielfältigen, Verbreiten, Weitergabe eines erworbenen Vervielfältigungsstücks). Er hat hingegen die Vorgaben in einem eigenen Abschnitt umgesetzt. Das heißt, dass der Gesetzgeber Programme zum einen zwar als Werke, die wie Sprachwerke zu schützen sind, eingeordnet hat (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG), dass er aber andererseits einen eigenen Abschnitt gebildet hat, weil es letztlich doch um eine eigene Werkart geht. Rechtsprechung und Literatur haben die systematische Auslegung aber systematisch beiseite geschoben [vgl. Buch Kapitel 4.3 am Anfang].

Die **historische Auslegung** „kramt“ in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes [siehe Kap. 5 ergänzend].

Dieses Kramen ergibt hinsichtlich des Schutzes von Programmen, dass diese im einleitenden Abschnitt des UrhG (§ 2 Abs. 1 Nr. 1) als Sprachwerke eingeordnet werden mussten, um sie innerhalb des Systems weltweiter Schutzabkommen schützen zu können. Man kann daraus ableiten, dass es sich nur um eine formale Unterstellung unter Sprachwerke handelt, sodass der eigentliche Wille des Gesetzgebers darin zum Ausdruck kommt, dass er die Vorgaben der Richtlinie in einem eigenen Abschnitt zusammengefasst hat. Die Bildung eines eigenen Abschnitts weist darauf hin, offene Fragen des Urheberrechts an Programmen eher aufgrund von deren Natur als durch Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des Urheberrechts zu beantworten. Man kann aber auch entgegengesetzt argumentieren, nämlich dass der Gesetzgeber es sich ohne nachzudenken nur einfach gemacht habe, indem er die Richtlinie insgesamt an einer Stelle im Gesetz umgesetzt hat; dann enthält die Bildung eines eigenen Abschnitts keinen Ansatz dafür, Software nach ihren Besonderheiten zu behandeln (für die Entscheidung solcher Fragen werden in Kap.5 weitere Argumente herangezogen).

Die **teleologische Auslegung** stellt auf den Zweck der Vorschrift (manchmal auch auf den Endzweck/das Ziel) ab.

Es gibt viele Beispiele dafür, dass der Wortlaut einer gesetzlichen Vorschrift oder einer vertraglichen Regelung den Gedanken zeigt, der nicht richtig ausgedrückt worden ist: Beispielsweise drückt § 69e UrhG zum Dekompilieren nicht das aus, was die Vorschrift bezweckt. Sie will sowohl verträgliche (kompatible) als auch austauschbare andere Programme behandeln, verwendet aber nur den Begriff „interoperabel“ [siehe www.zahrnt.de, Kapitel 4.3.4 (1)]. – In einem Überlassungs- und Pflegevertrag heißt es: „Die Pflegevergütung für das erste Jahr ist in der Überlassungsvergütung enthalten. Danach beträgt die jährliche Pflegepauschale 15 % des dann gültigen Listenpreises.“ Das ist nach dem Wortlaut des Vertrags der Listenpreis zu Beginn des zweiten Jahres für alle weiteren Jahre. Gemeint ist: „des jeweils bei deren Fälligkeit gültigen Listenpreises.“

Das Problem dieser Auslegungsmethode ist, dass es viele Zwecke geben kann. Insbesondere wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung sind u.U. auch Zwecke zu berücksichtigen, die sich aus anderen Gesetzen ergeben.

Beispiel

Nach § 25 UrhG hat der (angestellte) Programmentwickler dem Wortlaut nach den Anspruch darauf, eine Kopie der von ihm erstellten Programme zur persönlichen Verfügung zu haben [vgl. Buch Kapitel

4.3.4 (1)]. § 17 UWG über die Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen kann entscheidend dagegen sprechen.

Die Auslegungsmethoden gelten prinzipiell auch für vertragliche Regelungen; dabei beziehen sie sich aber nur auf die erste Stufe des Schemas, wie festzustellen ist, welche Rechte und Pflichten sich aus einem Vertrag ergeben [vgl. Buch Kapitel 1.3].

Die Rangfolge der vier Auslegungsmethoden ist strittig. Jede hat ihre Berechtigung. Deswegen werden die Methoden vielfach kombiniert angewendet. Die teleologische Auslegung wird als die vornehmste angesehen. Sie mag insbesondere helfen, wenn man anhand der anderen Methoden keine überzeugende Lösung findet. Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Abgrenzung insgesamt im Wesentlichen durch die anderen Methoden erfolgt.

Festzuhalten ist, dass Richter zum Teil andersherum vorgehen: Sie wenden diejenigen Methoden an, die im Einzelfall geeignet sind, das von ihnen rechtsgefühlsmäßig als richtig empfundene Ergebnis zu begründen.

5. Auslegung und Verstehen der Rechtssätze, Fortsetzung: Gesetzgeber oder Gesetz?

Was soll die historische Auslegung ermitteln: Den Willen des historischen Gesetzgebers oder den „objektiv gültigen Sinn des Rechtssatzes“, der „entwicklungsfähig [ist] wie alles, was am ‘objektiven’ Geist teilhat?“ Man spricht von subjektiver bzw. objektiver Theorie.

In Kap. 4 ist als Beispiel zur historischen Auslegung angeführt worden, dass der Gesetzgeber das Urheberrecht an Programmen in einem eigenen Abschnitt zusammengefasst hat. Nach subjektiver Theorie müsste man zu dem Ergebnis kommen, dass der Gesetzgeber das vor allem aus Bequemlichkeit getan hat: Die Umsetzung der EG-Richtlinie interessierte ihn nicht besonders; er war mit der Umsetzung auch bereits erheblich in Verzug. Die Zusammenfassung drückt also keinen Gestaltungswillen aus. Nach der objektiven Theorie drückt diese Zusammenfassung aus, dass es sich hier eigentlich um eine eigene Werkart handelt, die relativ unabhängig von den allgemeinen Vorschriften des Urheberrechts behandelt werden sollte. Denn vom Ansatz her geht es nicht um den Kernbereich des Urheberrechts; man kann sogar gute Gründe vorbringen, dass das Urheberrecht nicht richtig passt.

Beispiel

Für die Softwareanbieter scheint das Verbot, dass der Kunde das Standardprogramm nicht weitergeben darf, sehr wichtig zu sein. Wenn die Überlassung eines Standardprogramms einen herkömmlichen Lizenzvertrag im Sinne der §§ 31 ff. UrhG beinhaltet, ist das Nutzungsrecht nur mit Zustimmung des Lizenzgebers übertragbar. Ein Weitergabeverbot in AGB wäre dann wirksam. Nimmt man hingegen an, dass der Kunde ein „Vervielfältigungsstück“ erwirbt, aufgrund dessen er das Programm benutzen darf, darf er das Vervielfältigungsstück und damit das Recht zum Benutzen des Programms weiterveräußern. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass ursprünglich zwei Vertragstypen in der EG-Richtlinie geregelt werden sollten, nämlich Kauf und Lizenz, dass diese aber zu einem Vertragstyp zusammengefasst worden sind. Das legt nahe, dass es nur einen Typ geben soll. Nach der grammatikalischen und der systematischen Methode wäre das ein kaufartiger Typ; er hätte im Hinblick auf den Programmschutz Elemente eines Dauerschuldverhältnisses. – Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung im Jahr 2014 zum Handel mit Gebrauchsoftware stark auf die Entstehungsgeschichte abgestellt [siehe. Buch Kapitel 4.3.3. (5)].

In gewissem Umfang ist die objektive Theorie unverzichtbar: Gesetze müssen auch auf neue Sachverhalte angewendet werden, die der Gesetzgeber nicht kannte.

Beispiele

- (1) Der Europäische Gerichtshof musste sich in seiner Entscheidung im Jahr 2014 zum Handel mit Gebrauchsoftware mit dem Downloading auseinandersetzen, woran in der Richtlinie von 1991 überhaupt nicht gedacht worden ist und wohl auch kaum hätte gedacht werden können.
- (2) Es gibt verschiedene Theorien, wie der Erwerb von Standardprogrammen oder die Vollpflege rechtlich einzuordnen sind.

Neue Gesetze zeigen den Willen des Gesetzgebers im Sinne seiner Einstellung, die auch bei der Auslegung älterer Gesetze zu berücksichtigen ist. Auf den ursprünglichen Gesetzgeber kann es also nicht ausschließlich ankommen.

Beispiele

- (1) Wenn der Gesetzgeber z.B. zahlreiche Vorschriften zur Verringerung von Lärm erlässt, wirkt das auch darauf zurück, wie viel Lärm ein Nachbar gemäß Nachbarrecht hinnehmen muss.
- (2) Früher konnten Rechtsanwälte ihr Honorar gegenüber auswärtigen Mandanten an ihrem Sitz als dem Erfüllungsort einklagen. Nachdem der Gesetzgeber andere Vorschriften über den Gerichtsstand im Interesse des Schuldners abgeändert hatte, war der BGH der Auffassung, dass der Erfüllungsort auch in diesem Vertragsverhältnis nunmehr am Sitz des Schuldners sei (Beschluss X AR-Z 91/03 vom 11.11.2003).

Die objektive Theorie stellt weiterhin die kritische Frage, wer denn in einer parlamentarischen Demokratie überhaupt der historische Gesetzgeber sei, dessen Willen festgestellt werden könne. Schließlich würden die Gesetze im Wesentlichen von der Ministerialbürokratie formuliert werden. Das mache es teilweise unmöglich, den Willen des Gesetzgebers in Bezug auf einzelne gesetzliche Vorschriften überhaupt festzustellen. Die subjektive Theorie hält dem entgegen, dass die Gesetzesentwürfe typischerweise eine ausführliche Begründung haben würden, die sich das Parlament ggf. unausgesprochen zu eigen mache.

In der Rechtswirklichkeit gewinnt die objektive Theorie dadurch an Boden, dass die Richterschaft sich als Dritte Gewalt versteht. Ihr Selbstverständnis geht dahin, mehr zu tun, als nur den Willen des historischen Gesetzgebers minutiös anzuwenden.

Und der Gesetzgeber wünscht das zunehmend, insbesondere dadurch, dass er Lücken lässt [Kap. 7 (1)].

Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Methoden ist nicht endgültig entschieden. Ausgangspunkt ist der Wille des historischen Gesetzgebers. Wenn dieser nicht feststellbar ist, muss der vernünftige Sinn gesucht werden.

§ 69a UrhG enthält ein Beispiel dafür, dass es unverzichtbar sein kann, den Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln. Nur dieser beantwortet die Frage, warum in § 69a UrhG die Voraussetzungen für den Urheberrechtsschutz an Programmen vom Wortlaut her praktisch wie bereits in § 2 UrhG formuliert wiederholt werden [Buch Kapitel 4.3.1 (3)]: Derselbe Wortlaut soll hier einen anderen Sinn haben.

Außerdem muss der Sinn mit der Gesamtentwicklung der Rechtsordnung fortgeschrieben werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in einem Beschluss vom 16.02.2006 (2 BvR 951/04 und 2 BvR 1087/04 ausgeführt: „Allerdings müssen die [das Gesetz] anwendenden und auslegenden Gerichte auch berücksichtigen, dass [dieses Gesetz] – wie andere Gesetze auch – einem Alterungsprozess unterworfen sei. Das [Gesetz] stehe in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauung, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern könne. Die Gerichte hätten vor diesem Hintergrund zu prüfen, ob das Gesetz für alle Fälle, auf die seine Regelung abziele, eine gerechte Lösung bereit halte.“

Bei beiden Theorien geht es um eine gewisse Korrektur des Sinns gegenüber dem Wortlaut. Es wird von „extensiver“ bzw. von „restriktiver“ Auslegung gesprochen. Für die subjektive Theorie versteht sich dieses Begriffspaar ganz einfach: Wenn der Wortlaut enger als der Wille des historischen

Gesetzgebers ist, muss der Wortlaut extensiv ausgelegt werden; wenn der Wortlaut gegenüber dem Willen zu weit ist, muss der Wortlaut restriktiv ausgelegt werden. – Für die objektive Theorie geht es bei diesem Begriffspaar um zwei Fragen, nämlich erst einmal um die Frage der extensiven oder restriktiven Auslegung des Wortlautes und sodann um die Frage des weiten oder engen Anwendungsbereichs der Vorschrift.

Beispiel

Der Erwerber eines Vervielfältigungsstückes darf dieses benutzen und auch weiterveräußern, wenn es durch Veräußerung seitens des Rechtsinhabers an ihn gelangt ist. Was gilt, wenn der Auftragnehmer das Programm über Telekommunikation überspielt hat? Hat er ein Vervielfältigungsstück geliefert, hat er sogar ein Vervielfältigungsstück durch Veräußerung in den Verkehr gebracht? Wer das bejaht, muss den Wortlaut extensiv auslegen. Er bewirkt damit zugleich einen weiten Anwendungsbereich für das Recht zur Weitergabe [Buch Kapitel 4.3.3 (5)].

6. Juristenrecht: Unbestimmte Rechtsbegriffe, normative Begriffe, Generalklauseln, freies Ermessen

Das folgende Thema ist in Buch Kapitel 1.1.3 bereits angesprochen.

In der Zeit der Aufklärung gab es die Forderung, dass Gesetze so genau gefasst werden sollten, dass absolute Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bestehen würden. Die richterliche Gesetzesanwendung sollte wie ein logischer Automat funktionieren. Die Juristen haben dieses Ideal im 19. Jahrhundert aufgegeben, um dem, der Gesetze vollzieht, die Entscheidungsfreiheit zu geben, die erforderlich ist, um das Leben in seiner Vielgestaltigkeit und Unabsehbarkeit zu meistern. Diese Auflockerung der Bindung der Gerichte und Verwaltungsbehörden an das Gesetz begegnet uns heute in den verschiedenen Formen gesetzlicher Ausdrucksweise, wie sie in der Überschrift genannt worden sind.

Unbestimmte Rechtsbegriffe: Sie haben einen Begriffskern und einen Begriffshof, wie z.B. Dunkelheit, Lärm oder Gefahr. Der Begriffshof erlaubt eine gewisse selbstständige Entscheidung.

Beispiel

Ist ein Standardprogramm als „Sache“ einzuordnen, sodass die Anwendung von Kaufrecht geboten ist? *Zur Antwort siehe Kap. 6.1 (3).*

Normative Begriffe: Bereits deskriptive Begriffe haben, wenn sie in einem Gesetz verwendet werden, einen gewissen normativen Charakter, sodass sie eine eigentümliche Bedeutung haben können, die sie von der entsprechenden biologischen oder physikalischen abhebt.

Beispiel

Das „Vervielfältigungsstück“ eines Standardprogramms.

Es gibt sodann zahlreiche Begriffe, die nur aus der Rechtsordnung heraus zu verstehen sind, z.B. Vertrag oder Ehe. Diese Begriffe können ziemlich konkret sein, z.B. „minderjährig“; sie können aber auch unbestimmt sein, z.B. „unverzüglich“, „angemessen“, „zumutbar“.

Normative Begriffe im engeren Sinne = wertausfüllungsbedürftige Begriffe: Diese bedürfen stets einer Wertung, damit im Einzelfall entschieden werden kann, ob der Begriff erfüllt ist oder nicht. Hier geht es um Begriffe wie die guten Sitten im Wettbewerb, gegen die nicht verstoßen werden darf. Der Richter darf diese Bewertung allerdings nicht nach seiner Auffassung vornehmen, sondern muss sie nach der der betroffenen Verkehrskreise unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze vornehmen.

Hier liegt eine wesentliche Ursache für die Unzufriedenheit der Praktiker mit der Rechtsprechung: Mangels Kenntnissen der Bewertung durch die Betroffenen entscheiden Richter, die nicht im Wirtschaftsleben stehen, häufig nach ihrer Lebenserfahrung unter Rückgriff auf allgemeine rechtliche Erwägungen.

Generalklauseln: Sie ergeben sich aus der Gesetzgebungstechnik, die Tatbestandsmerkmale eines Rechtssatzes allgemein sehr weit zu fassen. Den Gegensatz dazu bilden kasuistische Regelungen. Beide Gesetzgebungstechniken können auch miteinander kombiniert werden, z.B. durch „exemplifizierende Regelungen“ wie: „Der Vertrag kann aus wichtigem Grund gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn ...“.

Beispiel

Wann endet die vertragliche Pflicht, Know-how geheim zu halten? Die Generalklausel nach § 242 BGB lässt die Geheimhaltungspflicht enden, wenn Treu und Glauben nicht mehr für die Geheimhaltung sprechen. In IT-Verträgen war es längere Zeit üblich, drei Fälle kasuistisch aufzuführen, nämlich

- wenn der Inhaber des Know-hows dieses allgemein bekannt macht,
- wenn der Verpflichtete das Know-how bereits kennt oder
- wenn der Verpflichtete es von einem Dritten erhält, der es seinerseits legal erworben hat.

In den letzten Jahren sind diese Aufzählungen bis auf sieben Einzelfälle erweitert worden. Beispielsweise soll die Pflicht auch erlöschen, wenn der Verpflichtete das Know-how unabhängig entwickelt. Da sich aber auch noch die achte oder neunte Fallgruppe ergeben kann, macht es Sinn, eine Generalklausel voranzustellen, also eine „exemplifizierende Regelung“ zu treffen.

Freies Ermessen: Verwaltungsbeamte und manchmal auch Richter müssen beim Gesetzesvollzug im Interesse der Praktikabilität ihrer Entscheidung eine gewisse Entscheidungsfreiheit haben. Rechtslogisch heißt das, dass die persönliche Überzeugung, insbesondere die Wertung, des zur Entscheidung Berufenen den Ausschlag dafür geben soll, welche von mehreren sich innerhalb eines „Spielraums“ anbietenden Alternativen richtig ist. Es kann sich also ergeben, dass zwei gegensätzliche Entscheidungen beide richtig sind, ohne dass ein logischer Widerspruch vorliegt. Rechtlich kommt es darauf an, ob die Entscheidung vertretbar ist.

Beispiel

Ein Richter muss in bestimmten Fällen eine Klage und eine Widerklage miteinander verbinden (damit nicht widersprüchliche Entscheidungen getroffen werden) oder der Erweiterung einer bereits eingereichten Klage stattgeben. In anderen Fällen soll er das tun, wenn er „das für sachdienlich erachtet“, oder „kann“ es tun.

Das Ermessen kann auch eingeschränkt sein. Eine Variante davon ist der „Beurteilungsspielraum“: Hier geht es nicht um die Freiheit in der Festlegung der Rechtsfolge, sondern um die Freiheit der Bewertung innerhalb eines Spielraums, ob die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, z.B. bei Prüfungsentscheidungen.

7. Juristenrecht, Fortsetzung: Lückenergänzung und Berichtigung fehlerhaften Rechts

Die Ergänzung von Lücken und die Berichtigung von als fehlerhaft angesehenem Recht lässt sich nicht scharf trennen. Das Feststellen und das anschließende Schließen einer Lücke können bereits der Berichtigung dienen.

(1) Lückenergänzung

Es geht um die beiden Fragen, wann eine Lücke vorliegt und wie eine festgestellte Lücke gefüllt wird.

Vorliegen einer Lücke: Der Richter hat auf jede Rechtsfrage eine Antwort zu geben. Von daher ist die Rechtsordnung geschlossen, d.h. lückenlos. Dabei sind die Grenzen der Rechtsordnung zu anderen Gebieten, etwa der Moral, unscharf. Wenn das Recht einen bestimmten Tatbestand nicht regelt, kann das sowohl Ausdruck dessen sein, dass aus diesem Tatbestand kein Anspruch abgeleitet werden kann, als auch, dass das Recht hier gar keine rechtliche Frage sieht.

Eine Lücke im Recht wird dementsprechend enger definiert, nämlich wie folgt: Lücken sind Mängel des positiven Rechts (des Gesetzes- oder des Gewohnheitsrechts), die als Fehlen rechtlicher Regelungsinhalte dort, wo sie für bestimmte Sachverhalte erwartet sind, spürbar werden und die Behebung durch eine rechtsergänzende richterliche Entscheidung fordern und zulassen. Lücken sind also planwidrige Unvollständigkeiten. Die Nichtregelung eines bestimmten Sachverhalts kann allerdings einen Plan beinhalten. Man kann also darüber streiten, ob eine Lücke vorliegt.

Beispiel

Nach welchen gesetzlichen Vorschriften richtet sich ein Projektvertrag über Standardprogramme mit umfangreichen Dienstleistungen gegen einmalige Vergütung? Das Kaufvertragsrecht sieht ausdrücklich nur die Montage als Dienstleistung vor. Das ist eine planwidrige Lücke, wie § 651 BGB zur Abgrenzung von Kaufverträgen zu Werkverträgen zeigt, der nämlich ausdrücklich solche Verträge nicht dem Werkvertragsrecht, sondern dem Kaufrecht unterstellt [*Buch Kapitel 6.1 (1)*].

Manchmal sieht der Gesetzgeber bewusst Lücken vor. In der Begründung zum Gesetzentwurf heißt es dann, dass diese oder jene Frage von der Rechtsprechung geklärt werden solle.

Es ist besonders problematisch, eine Lücke festzustellen, wenn sich ein Vertragspartner gegen die Anwendung einer konkreten Vorschrift auf eine Generalklausel beruft. Generalklauseln dienen der (planmäßigen) Auflockerung der gesetzlichen Bindung, damit die Entscheidung an die besonderen Umstände des Einzelfalls angepasst werden kann. Fraglich ist, ob eine Auflockerung im konkreten Fall vom Gesetzgeber gewollt ist.

Gesetzliche Vorschriften werden nicht selten dadurch nachträglich lückenhaft, dass aufgrund ganz neuer wirtschaftlicher Phänomene (z.B. Inflation nach dem Ersten Weltkrieg) oder technischer Fortschritte rechtliche Fragen auftauchen, für die die bisherige Vorschrift nichts Befriedigendes hergibt.

Füllen einer Lücke: Es gibt mehrere Methoden, eine Lücke zu füllen. Die am meisten verbreitete Methode ist die Analogie: Für den nicht geregelten Tatbestand wird ein geregelter gesucht, der dem nicht geregelten ähnlich ist. Die Ähnlichkeit muss darin liegen, dass die rechtliche Begründung, auf der die Rechtsfolge des geregelten Tatbestandes beruht, inhaltlich auch für den nicht geregelten Fall zutrifft.

Beispiele

Der Gesetzgeber hat bei einigen Dauerschuldverhältnissen wie Miet- oder Arbeitsverträgen spezielle Vorschriften zur normalen Kündigung erlassen, aber keine allgemeine Vorschrift zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen. Also muss bei gesetzlich nicht geregelten Dauerschuldverhältnissen auf möglichst passende Vorschriften aus geregelten zurückgegriffen werden.

Bei einem Wartungs- oder Pflegevertrag liegt die analoge Anwendung der Kündigung von Dienstverträgen nahe, führt aber u.U. zu unangemessen frühen Kündigungszeitpunkten [*Buch Kapitel 11.3.1*].

Bei einem Vertrag über den Vertrieb von Standardprogrammen kommt eher eine Analogie zur Kündigung eines Vertrags über Handelsvertretung in Betracht.

Wo die Ähnlichkeit fehlt, kommt u.U. der Umkehrschluss zum Zuge, nämlich dass die Tatbestände unterschiedlich behandelt werden sollen. Die Entscheidung für Analogie oder Umkehrschluss ist logisch nicht eindeutig.

Wenn sich der Auftragnehmer in einem Programmerstellungsvertrag verpflichtet, nach Erstellung der Spezifikation einen Festpreis für die Realisierung anzubieten, fragt sich, ob er dann auch einen festen Liefertermin anbieten muss (Analogie) oder das nicht zu tun braucht (Umkehrschluss).

Beispiele

In einem Überlassungsvertrag ist geregelt, dass bestimmte Unterstützungsleistungen unentgeltlich erbracht werden sollen. Der Umkehrschluss liegt nahe, dass alle anderen zu vergüten sind.

In einem anderen Überlassungsvertrag ist vorgesehen, dass bestimmte Unterstützungsleistungen zu vergüten sind. Hier liegt m. E. der Umkehrschluss fern. Näher liegt die Auslegung, dass die Vergütungspflicht hier nur in einigen Fällen betont werden sollte [BGH X ZR 90/91 vom 26.01.93].

Es wird zwischen „Rechtsanalogien“ und „Gesetzesanalogien“ unterschieden. Der Unterschied liegt darin, dass im ersten Fall die Analogie aufgrund einer einzelnen gesetzlichen Regelung getroffen wird, während im zweiten Fall aus mehreren gesetzlichen Regelungen ein allgemeiner Gedanke als Grundsatz abgeleitet wird. Dieser hat eine breitere Basis für die Berechtigung einer Analogie.

Neben der Analogie dienen „Erst-Recht-Schlüsse“ der Lückenfüllung. Sie werden teilweise als Sonderfälle der Analogie eingestuft:

a) Wenn der geregelte Tatbestand schon zu einer bestimmten Rechtsfolge führt, dann erst recht ein anderer, bei dem die Gründe für die Rechtsfolge noch stärker als für den geregelten zutreffen.

Beispiele

Wenn jemand aufgrund einer gesetzlichen Regelung einen Schadensersatzanspruch hat, kann er erst recht auch Unterlassung verlangen.

Wenn der Kunde ein Standardprogramm in Objektcode weiterveräußern darf, darf er es erst recht bei einem Rechenzentrum-Dienstleistungsunternehmen für sich einsetzen lassen [siehe Buch Kapitel 8.2].

b) Wenn schon ein geregelter Tatbestand eine Rechtsfolge nicht hergibt, dann tut ein anderer, bei dem noch weniger Berechtigung für die Rechtsfolge vorliegt, das erst recht nicht.

c) Wenn der geregelte Tatbestand nur eine beschränkte Rechtsfolge hergibt, gibt er keine weiter gehende her.

Beispiel

§ 100 UrhG sieht nur Unterlassungsansprüche gegen den Arbeitgeber vor, wenn ein Mitarbeiter von sich aus eine Raubkopie einsetzt. Schadensersatzansprüche können also nicht auf diese Vorschrift gestützt werden [siehe www.zahrnt.de, Kapitel 4.3.4].

Schließlich werden Lücken durch allgemeine Grundsätze des Rechts, insbesondere durch die „Natur der Sache“, geschlossen.

Beispiele

Der Kunde muss aus der Natur der Sache Informationen über seine Anforderungen geben [Buch Kapitel 9.1.4 (1)].

Wegen der Unvermeidbarkeit von Softwaremängeln gibt es eine Anlaufphase [Buch Kapitel 6.3.5; siehe auch Buch Kapitel 6.3.8].

Die Rangfolge dieser Methoden zur Schließung einer Lücke ist problematisch; das Ergebnis ist damit logisch nicht zwingend.

(2) Berichtigung von Widersprüchen in Gesetzen

Eine häufige Ursache für Widersprüche in Gesetzen liegt darin, dass neuere Gesetze mit älteren Gesetzen nicht ausreichend abgestimmt sind.

Wenn ein Begriff in verschiedenen Gesetzen mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet wird, sehen Juristen das nicht als Widerspruch an, sondern stellen das als unvermeidbar hin.

Für den Fall, dass sich Rechtsvorschriften widersprechen, sind eine Reihe von Grundsätzen zur Auflösung von Widersprüchen entwickelt worden:

Das höherrangige Recht geht dem niedrigrangigeren vor, z.B. das Grundgesetz einem einfachen Gesetz.

Die spezielle Rechtsvorschrift geht der allgemeinen vor.

Die spätere Rechtsvorschrift geht der früheren vor.

Beispiel

Ob ein Programm urheberrechtlich geschützt ist, richtet sich nach § 69a (erst 1993 und als spezielle Vorschrift eingeführt) und nicht nach § 2 UrhG (Gesetz von 1965). Für die Frage, wem die Nutzungsrechte an einem von einem Arbeitnehmer entwickelten Programm zustehen, verwies das allgemeine Urheberrecht in § 42 darauf, dass sich das aus dem Arbeitsvertrag ergeben würde. Der neue § 69b spricht die wirtschaftliche Verwertung hinsichtlich Software dem Arbeitgeber zu. Es liegt eine spezielle und zugleich spätere Norm vor.

Wertungswidersprüche liegen vor, wenn der Gesetzgeber einer von ihm selbst vollzogenen Wertung in einer gesetzlichen Regelung in einer anderen Regelung nicht treu bleibt. Sie müssen grundsätzlich hingenommen werden.

Beispiel

Vor der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 betrug die Verjährungsfrist für Verzugsansprüche bei Teilverzug 30 Jahre, die für Ansprüche wegen Mängeln 6 Monate: Die Auswirkungen auf die Nutzbarkeit sind oft gleich schwer. Bei einem Kaufvertrag haftete der Verkäufer trotz Verschulden nicht auf Schadensersatz; sondern nur, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlte. Wurde ein Kaufvertrag wegen der Unterstützungsleistungen zum Werkvertrag, reichte Verschulden aus. Aber selbst bei Fehlen von zugesicherten Eigenschaften hatte der Auftragnehmer bei einem Werkvertrag Schadensersatz nur bei Verschulden zu leisten.

Prinzipienwidersprüche sind Wertungswidersprüche auf höherer Ebene. Sie sind Disharmonien, die in einer Rechtsordnung dadurch zutage treten, dass an ihrer Ausgestaltung verschiedene Grundgedanken beteiligt sind, die miteinander in Konflikt geraten können. Beispielhaft dafür sind erhebliche Umwälzungen, z.B. der Wechsel von der nationalsozialistischen Gesetzgebung zur bundesrepublikanischen. Zahlreiche nationalsozialistische Gesetze waren nicht bereits wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz unwirksam geworden. Sie wurden von der Rechtsprechung aber teilweise nicht mehr oder nur noch abgeändert angewandt.

(3) Behandlung anderer Fehler in Gesetzen

Eine Rechtsvorschrift kann zu einer höheren (nicht im Grundgesetz geregelten) Norm in Widerspruch stehen, z.B. einen Fall umfassen, den sie nach dem Maßstab der Gerechtigkeit nicht umfassen sollte. Die Rechtsprechung ist sehr vorsichtig, Rechtsvorschriften deswegen offen zu korrigieren.

Beispiele

Der frühe Fristbeginn der sechsmonatigen Verjährungsfrist von Ansprüchen wegen Mängeln vor 2002 konnte dazu führen, dass diese Ansprüche verjährt waren, bevor der Kunde die Fehler überhaupt entdecken konnte. Der BGH hat abgelehnt, dieses Ergebnis zu korrigieren.

Andererseits haben das Bundesarbeitsgericht und der BGH die Haftung des Arbeitnehmers auf Schadensersatz bei leichter Fahrlässigkeit erheblich eingeschränkt. Das Bundesarbeitsgericht spricht von „Rechtsfortbildung“.

Die Rechtsprechung arbeitet eher mit weniger angreifbaren Methoden, insbesondere mit der teleologischen Auslegung und der Korrektur des Wortlautes im Interesse des Willens des Gesetzes, wie sie ihn durch Auslegung gewinnt.

Beispiel für Ablehnung der Korrektur

Nach § 440 Abs. 2 Zivilprozessordnung wird vermutet, dass ein Text von demjenigen stammt, der ihn „unterschrieben“ hat (u.U. blanko). Die Banken hatten Vordrucke eingeführt, bei denen die „Unterschrift für nachstehenden Auftrag“ über dem Text stand. Der BGH hat es abgelehnt, die Vermutung auf solche „Oberschriften“ auszudehnen [XI ZR 107/89 vom 20.11.90].

8. Vom Gesetz zum Recht, von der Jurisprudenz zur Rechtsphilosophie

Hinter dem Gesetz steht etwas Höheres, das als „Rechtsgedanke“ bezeichnet werden soll. Das Gesetz ist Niederschlag und Ausdruck von ihm. Er hilft, das Gesetz richtig zu verstehen und anzuwenden.

Eine erste Antwort auf das, was der Rechtsgedanke beinhaltet, gibt die „Interessenjurisprudenz“: Jeder Mensch stellt Forderungen an seine Umwelt, um sein Leben gestalten zu können. Diese Forderungen werden Interessen genannt. Sie reichen von wirtschaftlichen Interessen bis hin zu religiösen Interessen. Das Recht hat die Aufgabe, die materiellen und ideellen Interessen der Menschen zu erfassen und zu schützen, soweit sie sich als schutzwürdig darstellen. Das Recht tut dies durch die einzelnen Rechtsvorschriften. In diesen entscheidet es die Interessenkonflikte zwischen den Menschen.

Das Gesetz entscheidet dabei nicht allein nach dem Gewicht der Interessen, sondern auch nach anderen „Gründen“, z.B. der Beherrschung des Risikobereichs [*Buch Kapitel 3.1 (3)*], des Vertrauens, das jemand gegeben bzw. jemand in Anspruch genommen hat [*vgl. Buch Kapitel 7.1 zur Begründung der Beratungspflicht aus der Inanspruchnahme von Vertrauen*]. So hat der Gesetzgeber den gutgläubigen Erwerb einer Sache durch einen gutgläubigen Dritten vorgesehen, wenn der Eigentümer die Sache demjenigen, der sie dem Dritten verkauft hat, übergeben hatte. Denn der Eigentümer hatte ja dadurch selbst die Gefahrenlage geschaffen. Wenn die Sache hingegen dem Eigentümer gestohlen worden ist, kann der gutgläubige Dritte vom Dieb nicht Eigentum erwerben.

Es stellt sich die Frage, nach welchen Regeln der Gesetzgeber die „Gründe“ und die „Interessen“ bewertet. Diese Frage muss von der Rechtsphilosophie beantwortet werden und geht über die juristische Methodenlehre hinaus. Uralter Ansatzpunkt sind die Forderungen des Rechtsgedankens nach Gerechtigkeit, Gleichheit und Zweckmäßigkeit. Diese Gesichtspunkte stehen miteinander in Konflikt. Letztlich sind streng logische Systeme nicht möglich. Die Lehre von der Topik betont, dass es bei der Rechtswissenschaft nicht um ein wahres (= logisch korrektes) System geht – was in den letzten Jahrzehnten in Anlehnung an die Entwicklung der Naturwissenschaften im Vordergrund der Überlegungen stand –, sondern um ein plausibles System.

Stand: 02.01.2014