

Studium Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Katharina Gräfin von Schlieffen

Modul 55100

Propädeutikum

Kurseinheit 1:

Fallbearbeitung und Gutachtentechnik

**Rechts-
wissenschaftliche
Fakultät**



FernUniversität in Hagen

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m², weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

Gliederung

A.	Grundbegriffe der Rechtsanwendung	4
I.	Der Fall	5
1.	Abgrenzung	5
a)	Kleiner Einblick in die Konfliktlehre	5
b)	Der Rechtsfall: Begriff und praktische Bedeutung	6
2.	Fall und Falllösung	7
II.	Rechtsanwendung	9
1.	Logisch-systematische Voraussetzungen	9
a)	Syllogismus	9
b)	Enthymeme – oder: wir reden Lückentext.....	11
c)	Juristische Begriffe	14
aa)	Die Bedeutung der Rechtsbegriffe	15
bb)	Definitionen	22
(1)	Die klassische Definition	24
(2)	Andere Definitionsarten	25
(3)	Legaldefinitionen	28
(4)	Anforderungen an eine Definition	29
cc)	Die Verständigung über Rechtsbegriffe	29
(1)	Gesetzesinterpretation.....	30
(2)	Der Auslegungskanon.....	32
d)	Aufgaben der Begriffs- und Systembildung im Recht	37
2.	Justizsyllogismus: pragmatische Regelanwendung	38
a)	Rechtsanwendung als pragmatische Entscheidung	38
b)	Anwendung von Rechtsnormen	40
aa)	Tatbestand und Rechtsfolge.....	41
bb)	Das Gesetz als Prämisse	44
c)	Vorteile des Modells Justizsyllogismus	46
3.	Erweiterung des Schemas: der vollständige Justizsyllogismus.....	46
4.	Nebenschema: Schwerpunkt der Begründung	50
5.	Woher kommen die Tatbestandsmerkmale?	51
6.	Subsumtion	52
III.	Methodologische Überlegungen: Wie arbeiten Juristen?	55
1.	Ausgangspunkt Rechtsproblem	57
2.	Arbeitsauftrag: Das Herstellen der Prämissen	58
3.	Autorität und Gerechtigkeit.....	60
B.	Der Sachverhalt	61

I.	Vorbemerkung	61
1.	Sachverhaltskonstruktion in der Praxis.....	61
2.	Der Sachverhalt im Studium	62
3.	Professionalität.....	63
II.	Arbeitsschritte im Umgang mit dem Sachverhalt.....	64
1.	Erfassen: Studieren Sie den Sachverhalt!	65
2.	Im Sachverhalt nach Lösungshinweisen suchen!.....	66
a)	Ideenzettel.....	66
b)	Nochmaliges Lesen bei gleichzeitiger Analyse	66
c)	Sachverhalte sind wie Rätsel	67
d)	Die Fakten im Sachverhalt sind verbindlich	72
e)	Die sachverhaltlichen Rechtsaussagen sind verbindlich	74
f)	Der Sachverhalt ist vollständig.....	74
3.	Gliedere den Sachverhalt!	75
a)	Markierungen	75
b)	Skizzen	76
aa)	Zeitskizze.....	76
bb)	Personenskizze	77
cc)	Ortsskizze	79
c)	Sachverhaltskomplexe	80
4.	Verarbeiten des Sachverhaltes.....	81
C.	Einführung in den Gutachtenstil	85
I.	Gutachtenstil ist Stilmix.....	87
1.	Der Such- und Prüfmodus	87
a)	Urteilsstil.....	88
b)	Suchen mit System	89
2.	Gründe prüfen im Gutachtenstil	91
a)	Intuitiv Begründen	92
b)	Begründen im Urteilsstil	92
c)	Prüfen und Begründen im konditionalen Gutachtenstil.....	93
3.	Denken unter Voraussetzungen	95
II.	Aufbau des Gutachtens	99
1.	Obersatz.....	101
a)	Die Rechtsfrage.....	102
b)	Ergebnishypothese.....	103
c)	Rechtsnorm	106
aa)	Obersatz und Rechtsfolge	107
bb)	Welche Norm ist die richtige?.....	109

cc)	Besonderheiten im Strafrecht	110
dd)	Die Tathandlung	111
ee)	Weitere Formulierungshilfen für den Obersatz.....	112
ff)	Die weiteren Obersätze	113
2.	Voraussetzungen	116
a)	Tatbestandsmerkmale finden	117
b)	Voraussetzungen, die nicht aus Gesetzen stammen.....	120
c)	Voraussetzungen bei unbekannten Rechtsproblemen	122
d)	Prüfungsvoraussetzungen sind vielgestaltig	123
e)	Abgrenzung: Beispiele und Regelbeispiele.....	124
f)	Formulierung der Voraussetzungen	126
g)	Müssen alle Voraussetzungen geprüft werden?	127
3.	Definition	128
a)	Der Brückenbau zwischen Norm und Sachverhalt	129
b)	Standarddefinitionen	131
c)	Umstrittene Definitionen: Meinungsstreit	133
aa)	Der Aufbau eines Meinungsstreits.....	134
bb)	Begründung und Bewertung einer Definition.....	137
d)	Definition und Auslegung	142
4.	Subsumtion	152
a)	Der Ort der Subsumtion	153
b)	Der Bezug auf den Sachverhalt	155
c)	Die Zuordnung.....	157
5.	Ergebnis	159
6.	Die weiteren Obersätze	163
7.	Der Sinn fürs Wesentliche	165

A. Grundbegriffe der Rechtsanwendung

In diesem Abschnitt geht es um die Frage, wie man das Recht – dabei denken wir vor allem an ein Gesetz – auf einen einzelnen Fall anwendet. Bevor wir dieses Problem von seiner praktischen Seite kennenlernen, machen wir uns mit einigen Grundbegriffen vertraut.

Am Ende dieses Kapitels werden Sie also wissen, was für Juristen

- ein „Fall“ ist,
- welche Rolle die Logik bei der Bearbeitung von Fällen spielt,
- wie wichtig Begriffe, Systeme und Definitionen für die Rechtswissenschaft sind
- und wie Definitionen gebildet werden.

Außerdem machen Sie zum ersten Mal Bekanntschaft mit dem Gesetz:

- Sie erhalten einen kurzen Einblick in die Art und Struktur von Rechtsnormen.
- Der schwierigste Teil beschäftigt sich mit dem so genannten Justizsyllogismus: dem Schluss von der Norm auf den Einzelfall.
- Am Ende denken wir in einem kurzen Abschnitt über die juristische Arbeitsweise nach. Hier begegnen Ihnen einige rechtsmethodische Grundfragen, die in der Rechtsphilosophie diskutiert werden.

Die folgenden Seiten enthalten überwiegend theoretische Informationen. Es werden noch keine Fälle gelöst, sondern zunächst wird das *Werkzeug* kennen gelernt, das Ihnen für die Falllösung zur Verfügung steht. Lesern mit Vorkenntnissen wird einiges davon bekannt sein, andere werden nicht gleich verstehen, warum wir Ihnen gerade dieses Wissen nahebringen möchten. Sinn und Zweck der Information erschließt sich erst, wenn Sie mehr Erfahrung mit der Rechtsanwendung haben.

Vielleicht denken Sie auch deshalb: ich möchte gleich loslegen, mich interessieren keine Gründe und Hintergründe. In diesem Fall beginnen Sie mit dem Abschnitt „Gutachtenstil“ und lesen das vorliegende Kapitel „Grundbegriffe“ danach. Lesen sollten Sie es auf jeden Fall, denn Sie möchten ja nicht nur Fälle lösen, sondern auch ungefähr wissen, *was Sie tun*, wenn Sie Fälle lösen und die dafür üblichen *Fachbegriffe kennen*, um mit anderen darüber sprechen und nachdenken zu können.

I. Der Fall

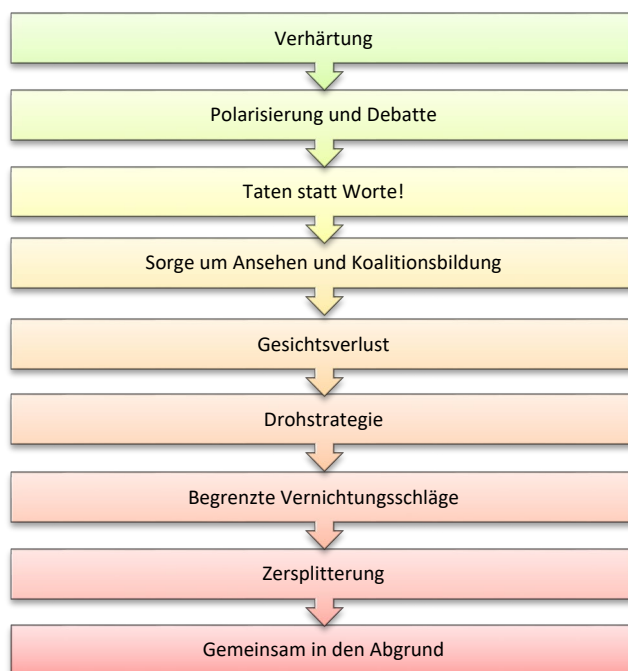
1. Abgrenzung

Aus der Sicht der Sozialwissenschaften beschäftigen sich Juristen mit interpersonellen *Konflikten*. Hauptbeteiligte sind die sog. Konfliktparteien: natürliche Personen, aber auch Gruppen, Organisationen oder Staaten. Konflikte lassen sich ihrer Art und Ursache nach in verschiedene Kategorien einteilen. So kennt man, um nur einige Beispiele zu nennen, Verteilungskonflikte, Zielkonflikte, Machtkonflikte, Wertkonflikte oder Beziehungskonflikte.

a) Kleiner Einblick in die Konfliktlehre

Zum Problem der *Lösung* von Konflikten wird umfänglich geforscht.

Bekannt ist das Modell der Konflikteskalation nach *F. Glasl*.¹



Die Konfliktforschung bietet mit ihren empirischen Ergebnissen und Analysen zahlreiche Entscheidungs- und Handlungshilfen für rational agierende Konfliktparteien. Wer z. B. wissen möchte, ob sich eine weitere Zusammenarbeit (Verhandlungen, Entgegenkommen) mit der anderen Konfliktpartei auszahlen könnte oder ob man besser mit rechtlichen Mitteln Druck

ausüben sollte, findet in der (unten) folgenden Übersicht eine Erwägungshilfe. Das Tableau vermittelt die Einsicht, dass bei der Alternative Kooperation oder Einsatz von Druckmitteln insgesamt die Variante Kooperation zum besten Ergebnis führen kann, also beiden Seiten einen Gewinn durch die Konfliktlösung verspricht (win-win-Lösung). Dies kann z. B. in Form einer fairen Trennungsvereinbarung oder

¹ Friedrich Glasl, Konfliktmanagement. Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater, Bern 11. Aufl. 2013; es handelt sich dabei aber wohlgerneht nur um ein Modell.

Erbaueinandersetzung der Fall sein. Zusammenarbeit zahlt sich aber in der Regel nur für denjenigen aus, der gegenüber dem anderen irgendetwas „auf der Hand hat“. Sonst wird der Konflikt wahrscheinlich mit einem einseitigen Nachgeben enden („lose“ ↔ andere Konfliktpartei: „win“).

Entscheidet sich ein Konfliktpartner im Vertrauen auf seine Macht für eine unkooperative Zwangsausübung, gewinnt er den Konflikt (*win* ↔ *lose*), verliert aber die Chance, seine Zukunft auf eine gute Beziehung zu seinem Konfliktpartner zu bauen. Das würde ihm nicht schaden, wenn der Konflikt aus einem Einmalkontakt hervorgegangen ist (z. B. kleiner Unfall mit Blechschaden an PKW), sich aber als Nachteil herausstellen, wenn man der Konfliktpartei familiär, wirtschaftlich oder politisch verbunden ist.

Soll ich in Konflikten kooperieren?²

Ich möchte...	...nicht kooperieren	...kooperieren
... und könnte Druckmittel einsetzen	Zwang (win ↔ lose)	Zusammenarbeit (win ↔ win)
... und keine Druckmittel einsetzen	Ausweichen (lose ↔ lose)	Nachgeben (lose ↔ win)

Juristen werden im Laufe ihrer Praxis persönlich zu Konfliktexperten. Das Recht, genauer: seine Begrifflichkeit, stellt jedoch nicht den „Konflikt“ in sein Zentrum. Im Mittelpunkt steht vielmehr der „Fall“. Der Jurist nimmt die streitige Welt in Gestalt von Fällen wahr, die, wenn sie zu Gericht gehen, „Rechtsstreit“ oder einfach auch „(Rechts-)Sachen“ genannt werden.



Einen „Konflikt“ sehen Juristen als „Fall“. Kommt der „Fall“ vor Gericht, wird er zum „Rechtsstreit“.

b) Der Rechtsfall: Begriff und praktische Bedeutung

Was aber ist ein Fall?

² Nach Thomas L. Ruble, Richard A. Cosier, *Experiential Learning Enters the Eighties*, Volume 7, 1980, 199, An Exercise In Conflict-Handling Behavior.



Juristen verstehen unter einem Fall

- eine Streitigkeit
- zwischen wenigstens zwei *Parteien*, die zu ihrer Lösung einer
- rechtlichen
- Entscheidung bedarf.

Ein Rechtsfall gestattet damit per definitionem nur *eine* Art von Lösung: eine rechtliche, und diese *muss* der Jurist finden. Denn Juristen, besonders Richter, stehen grundsätzlich unter Entscheidungszwang³ und dürfen sich nicht auf das Urteil „unentschieden“ zurückziehen. Bleibt der tatsächliche Hergang offen („non liquet“), geben Beweislastregeln den Ausschlag.

2. Fall und Falllösung

Die Rechtslehre betrachtet den Fall als etwas Konkretes, im Schwerpunkt Faktisches („so war es“ oder „so ist es“ = das Sein), während das Recht als abstrakt und normativ angesehen wird („so soll es jedes Mal sein“ = das Sollen). Wenn man den „Fall“ dem „Recht“ juristisch zuordnet, hat man das Recht „angewendet“.

Beispiel

Recht	Der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben (§ 604 Abs. 1 BGB).
Fall	E hat sich Cs Cabrio für ein Wochenende geliehen, möchte es aber anschließend wegen des guten Wetters länger behalten.
Rechtsanwendung	E ist verpflichtet, C das Cabrio zurückzugeben. C hat gegen E wegen des Cabrios einen Rückgabeanpruch.

Der juristische Vorgang der Rechtsanwendung wird auch als Subsumtion des Falls unter das Recht bezeichnet. Der Begriff Subsumtion wird nicht ganz einheitlich

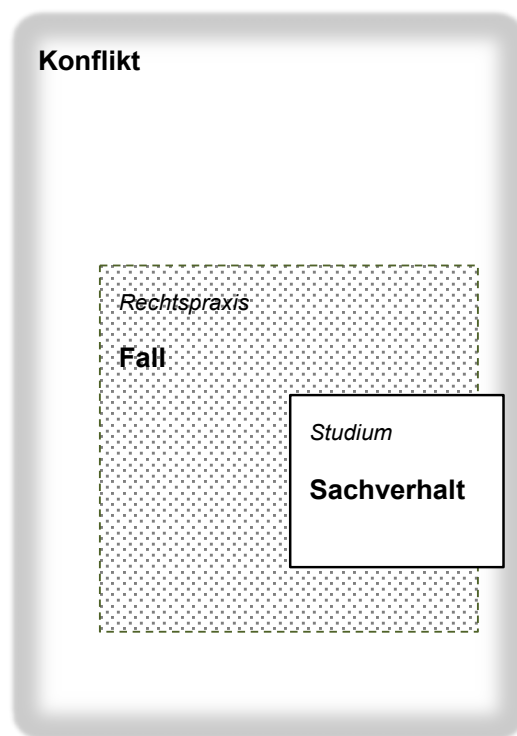
³ Für die Richter gilt das Verbot der Rechtsverweigerung: Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG, z.B. Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen), Urteil vom 17.06.1993, Az.: 4 Sa 1714/92, juris, Rn. 79. Sehr deutlich spricht dies Art. 4 des französischen Code Civil von 1803 aus: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“

verstanden.⁴ Sie haben soeben ein weites Verständnis kennengelernt. Später, auf der Arbeitsebene, verwenden wir einen engeren Begriff.

Die Fälle, die Sie als Studierende lösen werden, sind keine realen Rechtsstreitigkeiten. Vielmehr handelt es sich um konstruierte rechtshaltige Probleme, die aber mehr oder weniger echten Praxisfällen nachempfunden sind und Ihnen als Aufgaben mit vorgedachten Lösungen gestellt werden. Diese Aufgaben haben in der Regel die Form eines *Sachverhalts*.⁵

Der Sachverhalt bietet eine Beschreibung des rechtserheblichen Geschehens, insbesondere der Daten, Fakten und Verhaltensabläufe, sowie der rechtlichen Verhältnisse und Rechtstatsachen, welche die konkrete Streitigkeit bestimmen.

Ihre Aufgabe besteht darin, den Sachverhalt rechtlich zu bewerten. Ihre *Lösung* oder *Falllösung* verfassen Sie in einem bestimmten Stil, dem Gutachtenstil.



Wenn Sie auf eine gute Benotung Wert legen, sollte Ihr Lösungsweg so weit wie möglich dem Entwurf der sog. *Lösungsskizze* entsprechen. Die Lösungsskizze wird vom Aufgabensteller verfasst und den Korrektoren an die Hand gegeben. Falls Sie irgendwo den Hinweis hören: „Schreiben Sie, was Sie wollen, solange Sie es nur gut begründen.“, verstehen Sie dies bitte nicht wörtlich. Natürlich sind Sie frei zu schreiben, was Sie wollen; der Korrektor, der sich um Gleichbehandlung, d.h. ein gleichmäßiges Korrigieren, und die Einhaltung seiner Arbeitszeit bemüht, wird sich aber

in der Regel eher nach einer Musterlösung aus der Feder des Klausurverfassers richten, als sich auf den ausgefallenen Weg eines einzelnen Bearbeiters

⁴ Vertiefend: Katharina Gräfin von Schlieffen, Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, 379-419.

⁵ Siehe unten Teil B.

einzulassen.

Das Lösen von Rechtsfällen ist für Juristen höchst prüfungsrelevant. Deshalb wird es häufig in Klausuren abgeprüft. Aus diesem Grund werden wir die Gutachtentechnik zusammen mit einer Einführung in die *Klausurtechnik* vermitteln.

II. Rechtsanwendung

Die Zuordnung von Fall und Recht ist alles andere als einfach. Wenn Rechtsanwendung simpel wäre, brauchten Juristinnen und Juristen kein intensives Studium und keine langen Vorbereitungszeiten in der Praxis.

Wie wird es also gemacht? Nach den Vorstellungen der Rechtswissenschaft geschieht die Zuordnung von Fall und Recht nach einer bestimmten Methode. Über die Art dieser Methode wird seit über zweihundert Jahren nachgedacht, ja, man ist sich heute sogar nicht mehr sicher, ob es überhaupt eine „Methode“ ist und nicht vielmehr eine Art „Kunst“ oder ein „kluges Handeln“ – man sagt ja auch „Rechtskunst“ oder „Jurisprudenz“, also: Rechtsklugheit. Der Einfachheit halber bleiben wir aber bei dem eingeführten Begriff „Methode“.

1. Logisch-systematische Voraussetzungen

Rechtsanwendung ist mehr als ein Gedanke: Es ist ein Handeln, und zwar ein Handeln eingebunden in Institutionen und Meinungssysteme, getragen von der Haltung der beteiligten Personen. Die Richterinnen oder der Rechtsanwalt, durch Jahre der Ausbildung geprägt und in berufliche Bezüge hineingewachsen, nehmen an Meinungsprozessen teil und *bewirken* etwas, wenn sie „Recht anwenden“. Dennoch liegt ihren Handlungen ein charakteristisches **Denken** zugrunde, das man theoretisch beschreiben kann. Wichtige Aspekte davon lassen sich mit Hilfe der **Logik** verstehen. Deshalb vertritt ein Teil der Literatur, die Methode der Rechtsanwendung sei logisch.⁶ Dem wird hier nicht gefolgt. Es soll aber deutlich werden, dass die Logik eine wichtige Rolle spielt und wo und wie man mit Hilfe der Logik verstehen kann, wie Recht angewendet wird.

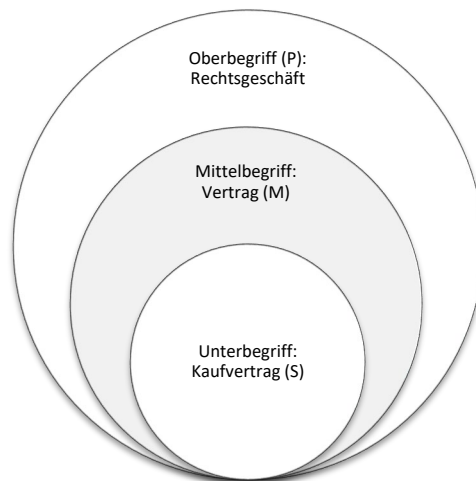
a) Syllogismus

Nach einer traditionellen Vorstellung lösen Juristen ihre Fälle mit Hilfe eines

⁶ Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 11. Aufl. 2010; Joachim Lege, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion – Eine Kampfansage an die Verächter der Logik in Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriffe der juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012.

logischen Schlusses namens Syllogismus. Tatsächlich ist der Syllogismus ein wichtiges Denkmuster innerhalb der Rechtslehre.

Ein Syllogismus besteht aus drei Begriffen: Oberbegriff (P), Mittelbegriff (M) und Unterbegriff (S).



Der Mittelbegriff ist im Oberbegriff, der Unterbegriff im Mittelbegriff enthalten. Der Schluss kommt zustande, weil der Mittelbegriff (M) zwischen dem Subjekt (S) und dem Prädikat (P) vermittelt.⁷

Schema Syllogismus (Modus barbara)

Obersatz: Alle Verträge (M) sind Rechtsgeschäfte (P).

Untersatz: Alle Kaufverträge (S) sind Verträge (M).

Schlussatz: Also sind alle Kaufverträge (S) Rechtsgeschäfte (P).

Das syllogistische Schließen kennt bejahende und verneinende Urteile, die entweder für allgemeine („alle“) oder partikuläre („einige“) Begriffe getroffen werden können. So werden im sog. *Modus barbara*, nach dem das vorliegende Beispiel gebildet wurde, drei allgemeine Begriffe einander bejahend zugeordnet.⁸ Hingegen kombiniert z. B. der sog. *Modus ferio* zwei Allgemeinbegriffe und einen partikulären Begriff

⁷ Dazu: Gröschner, Logik und Dialogik der Subsumtion, in: ders. – Dialogik des Rechts, Tübingen 2013, S. 360.

⁸ Die Begriffe in den Aussagen des Syllogismus werden entweder allgemein (*alle* S sind M) oder partikulär (*einige* S sind M) und dies bejahend oder verneinend (*kein* S ist M) zugeordnet, bei unterschiedlicher Verteilung der Begriffe im Schluss (1. Figur: Obersatz M – P Untersatz S – M Schlussatz S – P, 2. Figur: P – M S – M S – P, usw.).

zu positiven und negativen Aussagen:

Syllogismus (Modus ferio)

Kein nichtiger Verwaltungsakt (VA) ist wirksam⁹.

Einige VA, die an einem besonders schwerwiegenden Fehler leiden, sind nichtig.¹⁰

Einige VA, die an einem besonders schwerwiegenden Fehler leiden, sind nicht wirksam.

b) Enthymeme – oder: wir reden Lückentext

Diese Schlüsse klingen logisch, aber trotzdem seltsam? Ungelenk, mit Wiederholungen? Möglicherweise liegt das daran, dass wir normalerweise nicht so umständlich denken bzw. reden oder schreiben. Entweder verkürzen wir diese Schlüsse, sprechen also nur einzelne Aussagen oder Begriffe aus, oder wir überspringen sie ganz und erwähnen von einer Argumentkette nur einzelne Glieder.

Beispiel Bei der vorliegenden Vereinbarung, einem Kaufvertrag, handelt es sich um ein Rechtsgeschäft.

Dabei leitet uns die Vorstellung, dass „hinter“ der ausdrücklichen Argumentation unausgesprochen ein vollständiger Schluss bzw. eine vollständige Schlusskette steht („Alle Verträge sind Rechtsgeschäfte“, u.s.w., s.o. Beispiel Syllogismus Modus barbara).

Weiteres Beispiel In einem Gutachten von Fortgeschrittenen könnte es heißen:

„Fraglich ist, ob V und K einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen haben.“

V hat gegenüber K ein Angebot erklärt, das K angenommen hat. Damit ist zwischen V und K ein Vertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen.“

Wenn man den Text ausdrücklich nimmt, enthält er nur Bruchstücke einer Begründungskette. Bei Kenntnis der Materie ist man jedoch in der Lage, durch Rechtsregeln

⁹ § 43 Abs. 3 VwVfG.

¹⁰ § 44 Abs. 1 VwVfG.

das Fehlende zu Dreisatz-Schlüssen vergleichbar einem Syllogismus zu ergänzen:

So fehlt im expliziten Text der Obersatz: Kaufverträge kommen zustande (P)
– durch Angebot und Annahme (M).

Genannt werden jedoch der Untersatz: In diesem Fall liegt vor (S): Angebot
durch V und Annahme durch K (M)

und der Schlusssatz: In diesem Fall (S) – ist ein Vertrag zustande gekommen (P).

Die Begründung des Obersatzes und dessen gesetzliche Begründung werden nur impliziert.

Derart unvollständige Schlüsse nennt man übrigens *Enthymeme*. Ein Enthymem erkennt man an Folgendem:

(1) Es erscheint **fragmentarisch**, *als* ausgesprochener Teil eines *unausgesprochenen Ganzen*.

- Begriffe und Aussagen, die für die Beteiligten selbstverständlich sind, werden *weggelassen*. Wegen dieser Lücken sind Enthymeme oft knapp und pointiert, aber für Außenstehende unverständlich.
- Das gelungene Enthymem wirkt so, *als ob* es auf einen *vollständigen* und *zwingenden* Schluss *verweist*. Ob das tatsächlich so ist, prüfen wir in der Praxis nicht nach – wohl aber als Wissenschaftler. Ohne diesen Effekt würde das Enthymem nicht überzeugen.

(2) Entscheidbarkeit im Ungewissen

Das Enthymem verhilft dort zu Schlüssen, wo es mehr als nur eine Perspektive und Veränderungen in der Sichtweise gibt, kurz: wo keine absolute Wahrheit zur Hand ist. Seine Prämissen sind daher relational, aber nicht beliebig: jeweils anerkannte Aussagen, Werte oder Regeln, die unter den gegebenen Umständen – mehr oder weniger – *wahrscheinlich* sind.¹¹ So kommt man zu Ergebnissen, die „vertretbar“,

¹¹ Zum Ganzen: Katharina von Schlieffen (Hrsg.), *Das Enthymem – Zur Rhetorik juristischen Begründens*, Rechtstheorie 42, Heft 4, Berlin 2011.

„plausibel“ oder „angemessen“ sind.

Wir verwenden Enthymeme überall dort, wo wir im Ungewissen entscheiden müssen: im Alltag, im Recht oder auf anderen Handlungsfeldern. Enthymeme geben uns in ungewissen Lagen zwar keine absolut richtige, aber eine hinreichende Orientierung – und genau dies benötigt der Jurist, der hier und jetzt unter Entscheidungszwang steht und nicht abwarten kann, bis die Frage der Richtigkeit und der Gerechtigkeit für jeden und für alle Zeit endgültig beantwortet wird.

Juristen kommt das Enthymem aber auch entgegen, weil es sich um eine sparsame Form handelt; sie schätzen die sprachliche Kürze. Das Enthymem gestattet, jeden Begriff, den die Adressaten ohnehin ergänzen könnten, zu überspringen. Eine Nebenwirkung davon ist, dass sich ein Jurist als unprofessionell zeigt, der etwas explizit macht, was jeder Fachkundige kennen müsste. Darum fehlen in einer juristischen Argumentationen häufig die wichtigsten Prämissen: es würde laienhaft klingen, die grundlegenden Rechtsregeln auszusprechen. Aus diesem Grund gilt es auch als unangebracht, den Gesetztext – meist die wichtigste Prämisse – insgesamt wörtlich zu wiederholen. Der Verweis auf den Gesetzestext („gem. § 433 II BGB“) oder ein Zitat der wesentlichen Passage muss ausreichen.

Leider lassen sich die Lücken einer expliziten Argumentation aber nicht immer mit Selbstverständlichkeiten ausfüllen. So macht sich die Rechtsprechung manchmal die Kürze des Enthymems zunutze, um präjudizielle¹² Festlegungen zu vermeiden: es lässt eine Prämisse bewusst offen, weil diese zwar für das konkrete Urteil, aber möglicherweise nicht für ähnliche Fälle passt.

Merke Für den Anfang betrachten Sie diese Hinweise nur als Hintergrundklärung und Hilfe für die *Lektüre* von Rechtstexten. Wenn Sie selbst Gutachten *schreiben*, sollten Sie sich anfangs nicht an eleganten, knappen Enthymemen versuchen, sondern so ausführlich wie möglich vorgehen, d.h. Schritt für Schritt jede Ihrer Überlegungen niederschreiben. Später, wenn Sie sicherer werden, können Sie mit einigen wenigen Kürzungen beginnen. So kann, wie im soeben angeführten Beispiel, in einem unproblematischen Zusammenhang die Auslassung eines selbstverständlichen Lehrsatzes („*Kaufverträge kommen durch Angebot und Annahme zustande.*“) in einem höheren Semester angebracht sein. Allerdings steigt mit jedem Überspringen einzelner Sätze oder Begriffe das Risiko, dass Sie argumentative

¹² D.h.: für künftige Entscheidungen von Bedeutung.

Fehler begehen, die Sie dann auch beim Korrekturlesen **übersehen**. Unzureichende Prämissen oder falsche Bezüge bleiben verborgen. Deshalb sollten Sie, wenn Zweifel auftreten, zur Kontrolle auch scheinbar selbstverständliche Annahmen noch einmal ausführlich nach dem Schema: *Erste Prämisse, Zweite Prämisse und Schlusssatz* analysieren. Sie fragen sich also: Aus welchem Grund (insbesondere wegen welchem Satz bzw. welcher Norm?) kann man diese Aussage im Allgemeinen, und warum konkret, in diesem Fall so treffen?

c) Juristische Begriffe

Wenn juristisches Denken syllogistisch oder wenigstens durchgehend logisch sein soll, setzt dies ein bestimmtes Begriffsverständnis und eine bestimmte Begriffsverwendung voraus:

Ein Begriff muss einen bestimmten, feststehenden **Inhalt** (Bedeutung, *Intension*) und einen bestimmten, feststehenden **Umfang** (Anwendungsbereich, *Extension*) haben.

Beispiel Der begriffliche **Inhalt** (Bedeutung, Gehalt, Sinn) von „Fohlen“ sei: „noch nicht einjähriges Pferd“.¹³



Begriffsbedeutungen werden in der Jurisprudenz typischerweise durch eine merkmalsbestimmende Definition erfasst, also: Definition: „Ein Fohlen (Definiendum) ist • ein Pferd und • noch nicht einjährig (Definiens)“.

Der Begriff**umfang** (Anwendungsbereich, *Extension*) hingegen meint die Menge aller konkreten Objekte, auf die sich der Begriff *bezieht*.

Beispiel hier also: alle konkreten – realen und unrealen, gewesenen und seienden – Fohlen. Eine Frage des Begriff**umfangs** ist daher z. B., ob



¹³ Der Begriff wird auch bezogen auf die Jungtiere von anderen Einhufern und Kamelen.

dieses junge Przewalski-Pferd Proteus ein „Fohlen“ ist oder nicht.

Die *Bedeutung* eines Begriffs lässt sich nach diesem Verständnis also abstrakt und akademisch, d. h. unabhängig vom Fall bestimmen (definieren), während der *Begriffsumfang* stets in Bezug auf den konkreten Sachverhalt festgestellt werden muss.

aa) Die Bedeutung der Rechtsbegriffe

Die Ermittlung von Begriffsbedeutungen ist eine der Hauptfertigkeiten von Juristen. Zum einen verlangt der klassische Syllogismus inhaltvolle Begriffe, um sie einander zuordnen zu können, zum anderen beruht das älteste (und noch immer tragende) Konstruktionsprinzip der juristischen Systeme auf der Annahme, dass Begriffe ein *Wesen* (lat. „essentia“) haben, über dessen Merkmale man sie kategorisieren und spezifizieren kann.¹⁴

Beispiel Was bedeutet der Begriff „Rate“? Zur Begriffsbestimmung könnte man Einzelfälle aufführen oder Beispiele beschreiben (Leasingrate für PKW, Kaufpreisrate für Plasma-TV usw.); man könnte auch einige Umstände, Gründe oder Folgen von Raten zur Begriffsklärung aufführen; man kann aber auch das „Wesentliche“ des Begriffs „Rate“ über seine Merkmale formulieren: sie ist „der • Teilbetrag einer • Leistung“.

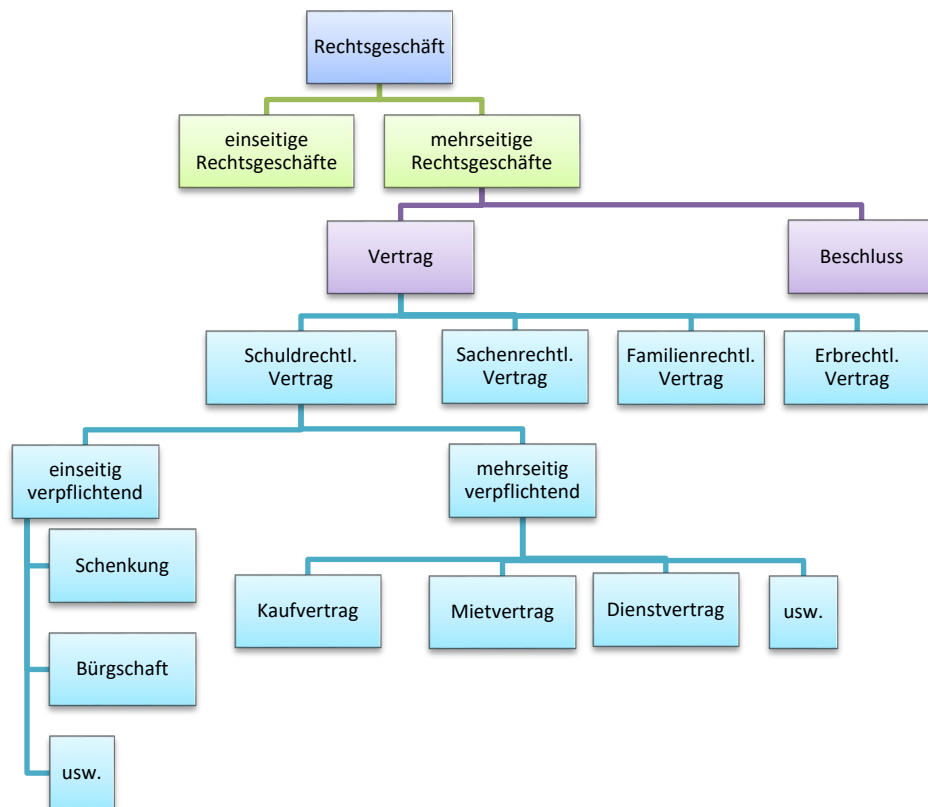
Beispiel In diesem Sinne ist Bedeutung von „Besitz“ „• tatsächliche • Herrschaft einer Person über eine • Sache“ (§ 854 BGB).

Beispiel „Fahrlässigkeit“: Fahrlässig handelt, wer „die • im Verkehr erforderliche • Sorgfalt • außer Acht lässt“ (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Rechtslehre bemüht sich, über derartige Begriffsmerkmale ihre Rechtsbegriffe und Rechtssätze hierarchisch zu systematisieren. Die Systeme fassen Arten zu einer Gattung zusammen, Gattungen zu einer Obergattung bzw. suchen das Generelle im Speziellen und grenzen das Spezielle voneinander ab.

Beispiel

¹⁴ Vgl. Aristoteles, Die Kategorien, Kapitel 5.



Exkurs: Begriffsgabelung

Rechtliche Begriffsordnungen werden häufig von einem vom Philosophen *Ramus*¹⁵ propagierten Prinzip beherrscht: der Begriffsgabelung (Dichotomie). Danach sollte ein Oberbegriff in möglichst zwei Unterbegriffen aufgehen. In juristischen Lehrsystemen wird dies erstrebt, aber nur teilweise verwirklicht.

¹⁵ Pierre de la Ramée, 1515 – 1572.



Beispiele für rechtliche Dichotomien

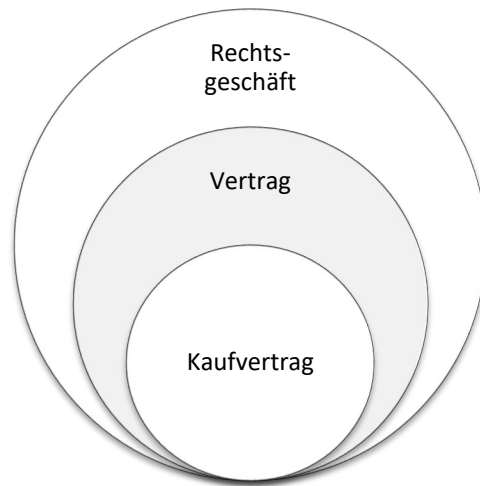
- rechtmäßig ↔ rechtswidrig
- formell ↔ materiell
- zulässig ↔ begründet
- Personen ↔ Sachen
- entstanden ↔ weggefallen
- Innenverhältnis ↔ Außenverhältnis

Oder einfach Verneinungen, z. B.:

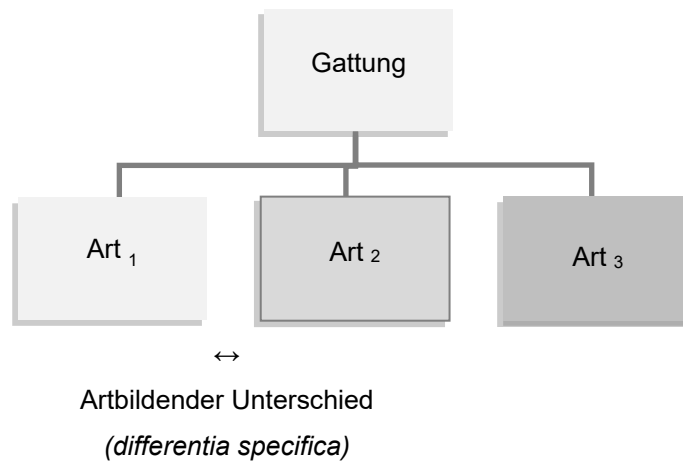
- vertraglich ↔ nicht vertraglich
- streitig ↔ unstreitig

Exkurs Ende

Geht man klassisch vor, folgt die Ordnung der Begriffe der Reichweite ihres Inhalts. Je mehr ein Begriff inhaltlich umfasst, desto höher steht er in der Ordnung. Die Extension eines Oberbegriffs (z. B. „Rechtsgeschäft“) erstreckt sich auf seine Unterbegriffe („Vertrag“, „Kaufvertrag“).



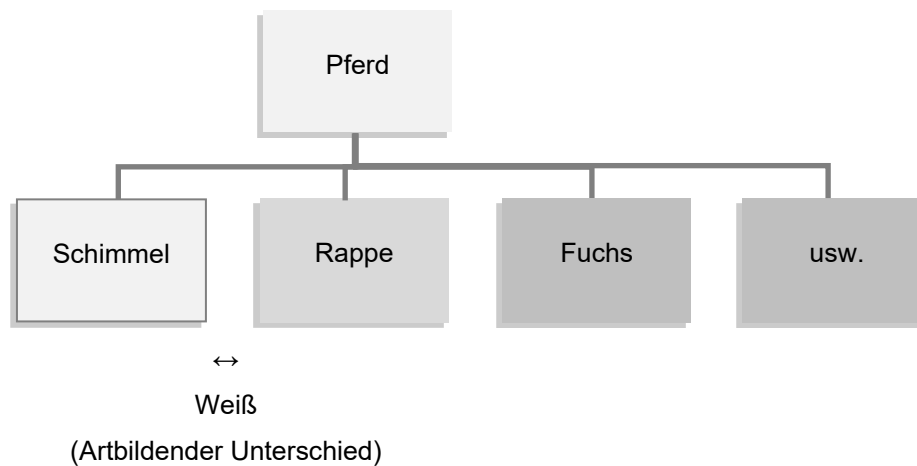
Ein Unterbegriff enthält die Wesensmerkmale des Oberbegriffs, also der nächst höheren Gattung (lat. *genus proximum*), und zusätzliche Merkmale, durch die er sich von anderen Arten dieser Gattung unterscheidet (Artmerkmal, artbildender Unterschied, *differentia specifica*).¹⁶



¹⁶ Aristoteles, Topik, 102a 31 f.

Alltagsbeispiel

Ein Schimmel ist ein weißes Pferd.

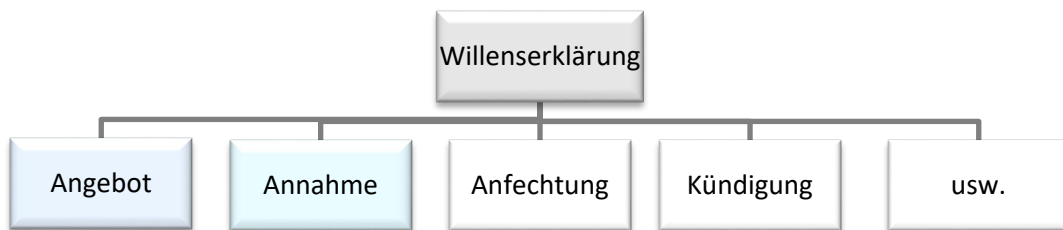
**Beispiel**

Ein Turm ist ein begehbares Bauwerk, dessen Höhe ein Mehrfaches seines Durchmessers beträgt.

Begriff „Turm“
Nächsthöhere Gattung: „Begehbares Bauwerk“.
Artbildender Unterschied (<i>differentia specifica</i>) zu anderen begehbaren Bauwerken: „Höhe beträgt ein Mehrfaches seines Durchmessers“.
Die weiteren Arten der Gattung, z. B. „Wohnhaus“, „Bahnhofsgebäude“, „Schwimmhalle“, „Chinesische Mauer“ usw. enthalten alle Wesensmerkmale von „begehbares Gebäude“, aber außerdem noch spezielle (<i>differentia specifica</i>), die sie voneinander unterscheiden.

Beispiel Ein Angebot ist eine Willenserklärung, die auf einen Vertragsschluss gerichtet und empfangsbedürftig ist.

Begriff „Angebot“
Nächsthöhere Gattung: „Willenserklärung“
Artbildender Unterschied (<i>differentia specifica</i>) zu anderen Willenserklärungen: „Auf einen Vertragsschluss gerichtet, empfangsbedürftig“
Die weiteren Arten, z. B. „Annahme“, „Anfechtung“, „Kündigung“, usw. (↔ nicht z. B. „Übergabe“) enthalten die Wesensmerkmale einer „Willenserklärung“, außerdem noch <i>spezielle</i> .



Weiteres Beispiel Ein Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, das durch wenigstens zwei, inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen (Angebot und Annahme) zustande gekommen ist.

Begriff „Vertrag“
Gattung: Rechtsgeschäft
Artbildender Unterschied: Zustande gekommen durch – wenigstens zwei – inhaltlich übereinstimmende, – mit Bezug aufeinander – abgegebene Willenserklärungen (Angebot und Annahme).
Die weiteren Arten, z. B. Übereignung, Beschluss, Testament (↔ nicht: „Übergabe“) enthalten die Wesensmerkmale des „Rechtsgeschäfts“, außerdem noch <i>spezielle</i> .

Ein Denken, das von der Existenz eines merkmalsbestimmten Wesens der Dinge ausgeht, nennt man essentialistisch. Es wurde von *Platon* und *Aristoteles* formuliert,

in der Scholastik¹⁷ als wissenschaftliche Denkweise perfektioniert und entspricht auch weitgehend unserem Alltagsverständnis, nach dem Wörter *etwas* bedeuten, das wesentliche Eigenheiten *hat*, unabhängig davon, wer es wahrnimmt und wie es wahrgenommen wird.

Die neuere Philosophie und Erkenntnistheorie üben an dieser Sichtweise Kritik.¹⁸ Auch die moderne Rechtswissenschaft wendet sich dagegen.¹⁹ Sie möchte, dass die Bedeutung (Inhalt, Sinn usw.) eines Rechtsbegriffs allein durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber bestimmt wird – und nicht durch Gelehrte oder Gerichte, welche die begrifflichen Klassifikationen formulieren, aus denen man anschließend das „Wesen“ der Begriffe erschließt. Wo das essentialistische Denken abgelehnt wird, hat allerdings auch der Syllogismus in keiner Form mehr einen Anwendungsraum.

In der praktischen Rechtsarbeit, besonders bei der Falllösung in den argumentativen Partien, hält sich das essentialistische Denken jedoch unabhängig von diesen Grundeinstellungen unverändert seit Jahrhunderten.

Beispiele für das begriffliche Wesensverständnis in der praktischen Jurisprudenz:

„Grundrechte gehören zu den *Wesensbestandteilen* der verfassungsmäßigen Ordnung ...“²⁰; – „Das dient freilich allein dazu, das *Wesentliche* der Unlauterkeit im Kern erkennbar zu machen.“²¹ – „Mit der Eheschließung obliegt dem Ehepartner die gesetzliche Verpflichtung, die eheliche Lebensgemeinschaft einzugehen, die als *Wesensinhalt* die Beistandspflicht in allen Lebenslagen *beinhaltet*.“²²



Ob es das „Wesen“, die „Wesensmerkmale“ bzw. den „wahren Inhalt“ oder „Sinn“ eines Begriffs *gibt*, können Sie mit guten Gründen bezweifeln und in

¹⁷ Scholastik bezeichnet die Denkweise der lateinischen Gelehrtenwelt des Mittelalters.

¹⁸ Populär: Karl Popper, Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie, Gesammelte Werke 2, hrsg. von Troels Eggers Hansen, Tübingen 3. Aufl. 2010. Näheres dazu erfahren Sie im Modul Rechtsphilosophie.

¹⁹ Wilhelm A. Scheuerle, Das *Wesen des Wesens*, Archiv für Civilistische Praxis 163, 1964, 429 ff.

²⁰ OVG NRW, Beschluss vom 22.12.2011, Az.: 19 A 610/10.

²¹ LG Köln, Urteil vom 10.08.2006, Az.: 31 O 298/06.

²² BSG, Urteil vom 03.09.1987, Az.: 9a RV 8/84.

einer Grundlagenveranstaltung diskutieren. Wenn Sie juristisch begründen und einen Fall lösen, sollten Sie es jedoch einfach voraussetzen. Dabei sollten Sie den Ausdruck „Wesen“ nur sparsam verwenden, da das Konzept heute als unzeitgemäß gilt, und besser von „Gehalt“, „Inhalt“, „begrifflichen Voraussetzungen“ u. Ä. sprechen.

bb) Definitionen

Aber noch einmal zurück zum alten Denken in Gattungen und Arten sowie der Idee der wesensbestimmenden Merkmale. Wenn diese Tradition auch schwindet, ist sie doch nicht nur für die rechtswissenschaftliche Systembildung erheblich, sondern auch Grundlage für eine der wichtigsten juristischen Techniken: der Bildung von Definitionen.

Merke Eine Definition²³ besteht aus dem zu erklärenden Teil, dem *Definiendum*, und dem erklärenden Teil, dem *Definiens*.²⁴

Definiendum	Operator	Definiens
Ein Schimmel	ist	ein weißes Pferd

Warum sind Definitionen für Juristen so wichtig? Bei der Anwendung eines Gesetzes oder Vertrages auf einen Sachverhalt steht regelmäßig in Frage, was der verwendete Begriff bedeutet. Die Antwort gibt in vielen Fällen eine Definition.

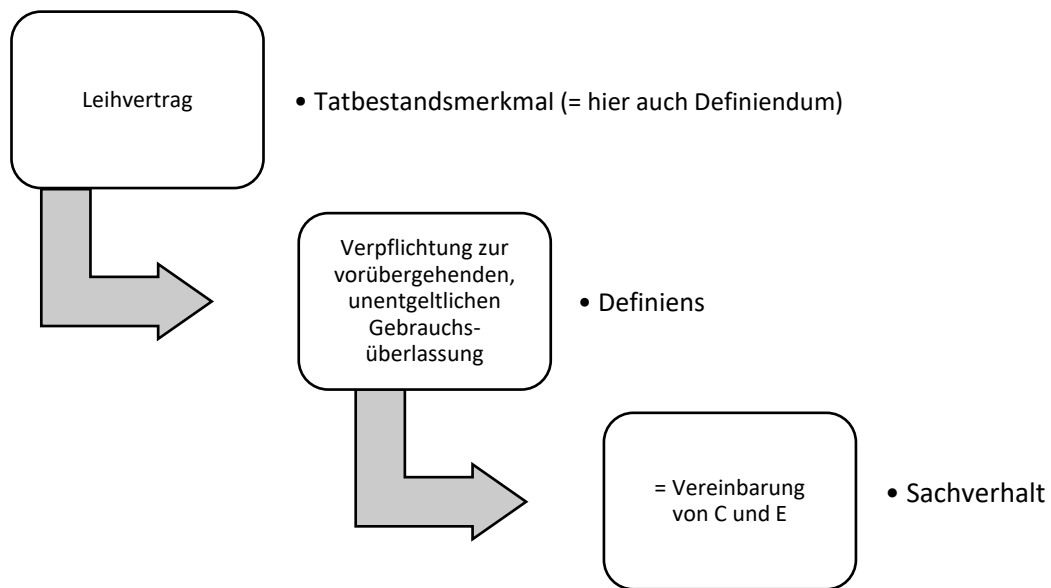
Beispiel Kann C gegen E wegen des überlassenen Cabrios einen *Rückgabeanspruch* gemäß §§ 604 Abs. 1, 598 BGB geltend machen? Voraussetzung ist, dass C und E einen *Leihvertrag* geschlossen haben.

Der Begriff „Leihvertrag“ ist allerdings abstrakt. Was bedeutet „Leihvertrag“? Es ist schwer, den Abstand zwischen dem Gesetzesbegriff „Leihvertrag“ und dem konkreten Sachverhalt zu überbrücken. Hier hilft eine Definition.

Definition „*Leihvertrag* = Verpflichtung zur vorübergehenden unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung.“

²³ Von lat. definitio, „Abgrenzung“.

²⁴ Beide Teile verbindet der Definitionsoperator („ist“).



Die Grafik zeigt: Definitionen liefern den Mittelbegriff zwischen dem fraglichen Normbegriff („Leihvertrag“) und dem Sachverhalt.²⁵ Norm und Sachverhalt können also mit Hilfe der Definition verklammert werden, oft noch ergänzt durch weitere, noch konkretere Begriffserklärungen.

Der erklärende Teil der Definition, das *Definiens*, systematisiert und spezifiziert den Begriff *Leihvertrag*. Mit der Definition kennt man die *differentia specifica* des Begriffs.

Hier: das Spezifische eines Leihvertrags im Verhältnis zu anderen Verträgen, nämlich die Merkmale • Verpflichtung zur • vorübergehenden und • unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung. Durch diese Merkmale vermehren sich die zu prüfenden Bezugspunkte zum Sachverhalt. Statt der *einen* Frage „Leihvertrag?“ stellt man drei Fragen: • Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung? • vorübergehend? • unentgeltlich?

So wird das begriffliche Prüfinstrument feiner und gestattet besseren Anschluss an andere konkrete Vergleichsfälle.²⁶

²⁵ Genauer: Dem Sachverhaltselement, das unter den Normbegriff subsumiert werden soll, z. B. „Vereinbarung zwischen C und E wegen Überlassung des Cabrios“.

²⁶ Mithilfe des *Definiens* können Sie nun unter den Begriff „Leihvertrag“ subsumieren: „Vorliegend hat sich C verpflichtet, E den Gebrauch des Cabrio vorübergehend und unentgeltlich zu gestatten.“ Ergebnis: „Somit haben sie einen Leihvertrag gemäß § 598 BGB geschlossen.“

Definitionen dienen dazu,

- das Wesen einer Sache zu bestimmen, indem man sie in ein Begriffssystem einordnet und ihre Eigenheit formuliert,
- einen Begriff zu (er)klären und sich über ihn zu verständigen,
- Sprachverwendungen festzuhalten (z. B. die gängige Wortbedeutung) oder
- eine bestimmte Begriffsbedeutung festzulegen (stipulative Definitionen).

In der Rechtslehre, Gesetzgebung und Rechtsanwendung werden alle Arten von Definitionen verwendet. Dabei wählt der Jurist nach der praktischen Funktion aus den einzelnen Kategorien und mischt manchmal, was streng methodologisch nicht zusammen passt.

(1) Die klassische Definition

Die klassische juristische Definition gewinnt man in der aristotelischen Tradition, indem man die nächsthöhere Gattung (*genus proximum*) bezeichnet und den Artunterschied (*differentia specifica*) bildet.

Beispiel Ein Schimmel – ist ein weißes (*Artunterschied*) Pferd (*nächsthöhere Gattung*)

Der Artbegriff „Schimmel“ wird der nächsthöheren Gattung „Pferd“ zugeordnet und weist das spezifische Merkmal „weiß“ auf. Der Artunterschied macht seine Besonderheit innerhalb der Gattung im Verhältnis zu anderen Pferden (z. B. Rappen, Brauner, Fuchs usw.) aus.

Definition			
Definiendum	Operator	Definiens (Erklärungsteil)	
Art	=	nächsthöhere Gattung	Artbildender Unterschied
Schimmel	ist	Pferd	weiß

Beispiel Ein Turm – ist ein begehbare Bauwerk (Gattung), dessen Höhe ein Mehrfaches seines Durchmessers beträgt (Artunterschied).

Der Artbegriff „Turm“ wird der nächsthöheren Gattung „begehbare Bauwerk“ zugeordnet und weist die spezifischen Merkmale „Höhe beträgt ein Mehrfaches seines Durchmessers“ auf. Der Artunterschied macht seine Besonderheit innerhalb der Gattung im Verhältnis zu anderen Arten von begehbaren Bauwerken (z. B. Wohnhäusern, Schlössern, Bahnhöfen, Schwimmhallen) aus.

Rechtsbeispiel Ein Anspruch – ist das Recht (Gattung), von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Artunterschied).²⁷

Analyse

Definition			
Definiendum	Operator	Definiens (Erklärungsteil)	
Art	=	nächst höhere Gattung	Artbildender Unterschied
Ein Anspruch	ist	das Recht von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen
Erläuterung:		<u>Nicht</u> z. B.: "...ist eine Forderung"; „Forderung“ wäre ein zu eng gewählter Begriff, da zwar jede Forderung ein Anspruch, nicht aber jeder Anspruch eine Forderung ist.	Abgrenzung zu <i>anderen</i> „Rechten“ durch das spezifische Merkmal des „Anspruchs“, also <u>nicht</u> : Gestaltungsrechte, absolute Rechte

(2) Andere Definitionsarten

Während die Rechtslehre früherer Zeit allein wesensbezogene Definitionen

²⁷ So definiert es § 194 Abs. 1 HS 1 BGB.

anstrebte, sind heute auch andere Definitionsarten üblich und anerkannt. Häufig verwendet man rein begriffliche Zuordnungen nach einem konditionalen Regelschema: Der definierte Begriff liegt vor, wenn die im erklärenden Teil angeführten Merkmale (*Definiens*) vorliegen. Der definierende Teil muss nicht das „Wesen“ des *Definierdums* treffen.

Beispiel Fahrlässig handelt, = wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). – Das „Außerachtlassen der verkehrsüblichen Sorgfalt“ will nicht das eigentliche Wesen von „Fahrlässigkeit“ erfassen, sondern stellt rechtspolitisch die Weichen für einen bestimmten Haftungsmaßstab („verkehrsüblich“).

Weiteres Beispiel Der angemessene Unterhalt = bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen.²⁸

Manchmal werden mehrere Definitionen in einem Atemzug nacheinander nach dem traditionell-scholastischen und dem modernen Regelungsschema verfasst bzw. parallel verwendet.

Beispiel § 29 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG)

(1) Übernahmeangebote = sind Angebote (*Gattung*), die auf den Erwerb der Kontrolle gerichtet sind (*Artmerkmal*).

(2) Kontrolle ist (*immer wenn...*) = das Halten von mindestens 30 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft.

Zu den typischen Rechtsdefinitionen zählen auch Begriffsverwendungsanweisungen (stipulative Definitionen).

Beispiel

„Die ABC-Elektronik-Communications GmbH – im Folgenden: ABC – ...“

²⁸ § 1610 Abs. 1 BGB (Maß des Unterhalts)

Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (angemessener Unterhalt). [Gleichheitszeichen: Ergänzung v. d. Verf.]

„Die ABC-Elektronic-Communications GmbH – Klägerin – ...

„Arbeitnehmer (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) im Sinne dieses Gesetzes = sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden...“²⁹

Viele Definitionen, mit denen die Rechtslehre erfolgreich arbeitet, entsprechen nicht den Anforderungen, die in anderen Disziplinen erhoben werden. Eine juristische Eigenart ist z. B. die offene Definition („... und andere“) sowie Definitionen durch Beispiele oder beispielhafte Fallgruppen:

Beispiel

„Landwirtschaft im Sinne dieses Gesetzbuchs ist *insbesondere* der Ackerbau, die Wiesen- und Weidewirtschaft einschließlich Tierhaltung, soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, die gartenbauliche Erzeugung, der Erwerbsobstbau, der Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei.“³⁰

In diesen Fällen vermeidet der Definierende eine endgültige Festlegung, um zeitgenössische Entwicklungen berücksichtigen zu können.

Wegen der Vielfältigkeit juristischer Definitionen ergibt sich die notwendige Bestimmtheit des Öfteren erst aus der Kenntnis der näheren Regelungsumstände. So sind manche Definitionen mehrdeutig, weil mehrere Begriffsmerkmale mit dem Wort „und“ aneinander gereiht werden und ohne Zusatzinformation nicht klar ist, ob alle Merkmale zusammen vorliegen müssen (kumulativ / konjunktiv) oder nicht (disjunktiv³¹).

²⁹ Vgl. § 5 BerVG (Betriebsverfassungsgesetz).

³⁰ § 201 BauGB.

³¹ Juristen bilden das Gegensatzpaar kumulativ – disjunktiv; in der Logik bezeichnet man als disjunktiv nur das ausschließende „oder“, also „entweder A oder B“, nicht aber „A und gleichzeitig auch B“.

Beispiel für eine Definition mit kumulativen Merkmalen „Wegnahme ist der Bruch fremden *und* die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams“.

Disjunktiv sind dagegen die Merkmale in den vorhergehenden Beispielsfällen („Arbeitnehmer“, „Landwirtschaft“) zu begreifen, das heißt: damit das Definierte („Landwirtschaft“) vorliegt, muss nur eines der Attribute (z. B. die berufsmäßige Imkerei) gegeben sein.

Selbst das Wort „oder“ ist im Deutschen mehrdeutig: wir kennen es als „ausschließendes oder“ im Sinne von „entweder ... oder“ (disjunktiv) und als „nicht ausschließendes oder“ im Sinne von „dies oder das oder beides“ (adjunktiv).

Ein besonderes Problem der aufzählenden Definitionen ist die Frage, ob die Reihung der genannten Merkmale, Typen oder Fallgruppen abschließend – enumerativ – gemeint ist, oder eine Übertragung auf Vergleichbares zulässig sein soll.



Juristische Definitionen sind häufig logisch unbefriedigend, aber sie erfüllen einen praktisch-argumentativen Zweck. Wenn Sie über eine Ungereimtheit stolpern, fragen Sie sich zunächst: kommt es für meinen Lösungsweg darauf überhaupt an? Wenn *nein*, lassen Sie das Problem links liegen; wenn *ja*, sprechen Sie es kurz an und entscheiden sich für eine vernünftige, fallbezogene Lösung.

(3) Legaldefinitionen

Punktuell erklärt der Gesetzgeber durch selbstgeschaffene Definitionen innerhalb eines Gesetzes, wie die von ihm verwendeten Begriffe zu verstehen sind. Diese Festlegungen, die sog. Legaldefinitionen (von lat. *lex*, Plural *leges*, „Gesetz“), gehen den Begriffsauslegungen von Lehre, Rechtsprechung oder anderen Erklärungen vor.



Bei der Fallbearbeitung suchen Sie immer zuerst nach einer Legaldefinition. Lesen Sie in einer freien Stunde Gesetzestexte und markieren Sie alle Definitionen.

Handlungszusammenhang, die Umstände; wir reden überwiegend über das, was wir schon kennen – das Wetter, unser Leben mit Freunden, Familie, Kollegen und die Bewältigung der täglichen Aufgaben – und in neuen Situationen korrigieren wir unsere Vorstellungen schnell über Erfolgs- und Misserfolgsmeldungen – was z. B. bei den neuen Nachbarn heißt „bringt *etwas zu trinken* mit“ –, am besten über gemeinsame Vorhaben. Im Übrigen gehen wir davon aus, dass Wörter „die Namen der Dinge“ sind. Zeichen repräsentieren die bezeichneten Tatsachen; die Zuordnung „Wort – Ding“ stimmt oder stimmt nicht, ist wahr oder falsch. Zwar kennt jeder Missverständnisse; im Grunde glaubt man aber, dass sich alle Verständigungsprobleme lösen lassen, wenn nur jeder die Fakten kennt und gutwillig ist. Dabei nehmen wir an, dass es für jedes Wort eine feststehende Bedeutung gibt, und wenn nicht, zumindest einen festen, von jedermann erkennbaren *Bedeutungskern*, den man einem Lexikon oder einem Glossar entnehmen kann.³³ Diese Vorstellung liegt auch der Rechtsdogmatik zugrunde, und die Mehrheit der Juristen würde vermutlich zustimmen, dass es sich so verhält.

In der Praxis liegen diese Dinge jedoch deutlich komplizierter.

Beispiel In § 123 StGB hat der Gesetzgeber das widerrechtliche Eindringen in die „Wohnung“ eines anderen unter Strafe gestellt.³⁴ In aller Regel bereitet es keine Schwierigkeit zu verstehen, was mit „Wohnung“ gemeint ist (z. B. Mietwohnung, Eigenheim). Der Begriff ist klar und verständlich.

(1) Gesetzesinterpretation

In Einzelfällen können jedoch Zweifel auftreten.

Beispiel Der Täter ist in ein Zelt eingedrungen, einen Abstellraum, einen PKW, ein Schiff, einen mit einer Schlafkabine ausgestatteten LKW, einen Rohbau.³⁵

³³ Wissenschaften, die sich mit natürlicher Sprache befassen; paradigmatisch: Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*.

³⁴ § 123 Abs. 1 StGB: Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

³⁵ Dazu Schäfer, *Münchener Kommentar zum StGB*, München 2. Aufl. 2012, § 123 StGB, Rn. 11-12 mwN: Zelt ja, Abstellraum ja, PKW nein, Schiff ja, einen mit einer Schlafkabine ausgestatteten LKW ja, Rohbau nein.

Der Begriff „Wohnung“ ist zu abstrakt, um ohne weiteres entscheiden zu können, ob der Gesetzgeber auch dieses Verhalten bestrafen will. Bestehen Zweifel am Inhalt einer Norm, ist sie nach heutigem Verständnis auszulegen (zu interpretieren).³⁶

Dabei versucht man, den Inhalt (die Bedeutung, den Sinn) zu ermitteln, der als der richtige/wahre/maßgebliche Inhalt des Gesetzes gelten kann.

Dabei werden vier Positionen vertreten, je nachdem, ob man den (1) subjektiven oder den (2) objektivierten Willen des historischen Gesetzgebers ermitteln möchte oder den Sinn der Norm aus gegenwärtiger Sicht als Ergebnis (3) eigener Bewertung oder einer (4) objektiven Feststellung der Gesetzesbedeutung für ausschlaggebend hält.

	Historisch	Auslegungszeitpunkt
Subjektiv	(1) „Subjektive Theorie“	(3)
Objektiv	(2)	(4) „Objektive Theorie“

Nach herrschender Auffassung, die auch das Bundesverfassungsgericht vertritt, ist der „Objektiven Theorie“ (4) zu folgen.

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierter Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“³⁷

³⁶ Auslegung bedeutet Sinnzurechnung. Es ist nicht selbstverständlich, dass es ein Rechtssystem zulässt, Gesetze, d. h. die Staatssteuerung durch die erste oder oberste Gewalt, durch die Dritte Gewalt interpretieren, also modifizieren zu lassen. Deshalb gilt im anglo-amerikanischen und französischen Rechtskreis wie früher auch im Absolutismus zur Restriktion die „sens-clair-Doktrin“, wonach vermeintlich klare und eindeutige Rechtstexte nicht ausgelegt werden dürfen. Freilich ist die Feststellung, was klar und eindeutig ist, wiederum das Ergebnis einer Sinnzuschreibung, sprich: Interpretation.

³⁷ BVerfG 1, 299.

In der Literatur ist der objektive Ansatz vielfach als idealistisch kritisiert worden. Anstatt die ohnehin subjektiven Bewertungen eines einzelnen Interpreten als solche zu benennen, werden sie unter dem Deckmantel eines „objektivierten Gesetzeswillen“ versteckt. Sie sind dadurch aber nicht weniger subjektiv.³⁸



Bei der Normtextauslegung lautet also die Grundfrage: Was meint das Gesetz mit diesem Begriff? Und nicht: Was haben die damaligen Schöpfer der Norm im Sinn gehabt?

Das Gesetz ist also wie eine Person zu denken, die hier und heute zu den Rechtsunterworfenen spricht. Natürlich spricht nicht in Wirklichkeit das Gesetz, sondern die Interpreten sprechen, aber diese stellen sich vor, dass sie dem Gesetz ihre Stimme leihen.

(2) Der Auslegungskanon

Vor diesem Hintergrund kann man sich vorstellen, dass der Vorgang der Begriffsauslegung methodisch sehr umstritten ist. Wissenschaft und Praxis haben sich jedoch seit längerem auf verschiedene **Auslegungsweisen** geeinigt, die wir später im Einzelnen behandeln werden.

Hier seien nur kurz die wichtigsten erwähnt: die sog. „canones“ nach *Savigny*.³⁹

- Auslegung aus dem Wortlaut – Grammatische Auslegung
- Auslegung aus dem Zusammenhang – Systematische Auslegung
- Auslegung aus der Entstehungsgeschichte – Historische Auslegung
- Auslegung nach dem Sinn und Zweck – Teleologische Auslegung

Ausgangspunkt einer Auslegung ist immer die grammatische Auslegung bzw. Wortlautgrenze

Die grammatische Auslegung sucht, anders als es ihr Name besagt, nach der **Bedeutung des einzelnen Begriffs**. Sie bemüht sich, den allgemein gebräuchlichen bzw. fachsprachlich gebotenen Wortsinn zu ermitteln. Gibt es eine Legaldefinition,

³⁸ So auch: Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, München 6. Auflage 2011, Rz. 806 ff.

³⁹ Friedrich Carl v. Savigny (1779 – 1861) begründete die Historische Rechtsschule und einen methodischen Zugang zur Auslegung rechtlicher Texte, der allerdings nicht gleichzusetzen ist mit der heutigen Lehre von den vier „canones“, die mit seinem Namen in Verbindung gebracht wird.

genießt diese Priorität.

Beispiel Nach § 5 S. 2 Tierschutztransportverordnung müssen „Fohlen und Halfter ungewohnte Tiere“ beim Schienentransport nicht angebunden werden. Ist fraglich, ob das junge Przewalski-Pferd Proteus ein Fohlen i.S.d. Vorschrift ist, muss zunächst nach der Wortbedeutung des Begriffs Fohlen gefragt werden. Dies ist allerdings keineswegs so eindeutig, wie man es sich zunächst vorstellen mag. Beispielsweise können Diskrepanzen zwischen der alltäglichen und der fachsprachlichen Wortverwendung auftreten. Überdies ist Sprache in einem steten Wandel; Bedeutungszuschreibungen hängen von den Verwendungssituationen ab.⁴⁰

Die **historische** Auslegung untersucht den Willen des historischen Gesetzgebers. Über diesen Ansatz kommt die „subjektive Theorie“ im schulmäßigen Interpretationskanon zur Geltung. Dementsprechend geht es auch nicht um eine realistische Rekonstruktion der individuellen Vorstellungen der einst beteiligten Parlamentarier, sondern um die Berücksichtigung von Vorläufernormen (Dogmengeschichte) und Entstehungsgeschichte (genetische Auslegung⁴¹) des Normtextes. Auskunft zur Entstehungsgeschichte geben Gesetzesmaterialien und amtliche Begründungen.

Beispiel⁴² Art. 2 Abs. 1 GG bestimmt, dass jeder das Recht hat „auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit [...]“. Welche Bedeutung hat dieser Normtext?

Diese Frage stellte sich auch in einem berühmten Rechtsstreit: Dem passionierten Reiter R wurde untersagt, im Wald umherzureiten. Fraglich war, ob er durch dieses Verbot in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt werde.

Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG deutet zunächst darauf hin, dass nur der Kern der Persönlichkeit geschützt werden soll. Die Untersagung des Umherreitens im Wald wirkt sich aber nicht auf den Kern der Persönlichkeit aus. Legt man dieses Verständnis der Vorschrift zugrunde, wäre R nicht in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

⁴⁰ Vgl. Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, § 43.

⁴¹ Der Ausdruck wurde von Friedrich Müller geprägt, F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik I, Rdn. 360 ff.

⁴² Beruht auf: BVerfGE 80, 137.

Das Bundesverfassungsgericht orientierte sich jedoch bei seiner Entscheidung des Falles am ursprünglichen Formulierungsvorschlag des Verfassungsgebers. Art. 2 Abs. 1 GG sollte zunächst lauten: „Jeder kann tun und lassen, was er will [...]“. Ohne inhaltlich etwas anderes zum Ausdruck bringen zu wollen, entschied man sich schließlich aus sprachästhetischen Gründen für die heutige Formulierung des Art. 2 Abs. 1 GG. Geschützt ist demnach nicht nur der Kern der Persönlichkeit, sondern die Allgemeine Handlungsfreiheit. Folglich fällt auch das bloße Reiten im Wald in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG.

Da das nordrhein-westfälische Landschaftsschutzgesetz eine verfassungsgemäße Grundlage für das Verbot vorsah, war der Eingriff im vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall jedoch gerechtfertigt.

Die **systematische** Auslegung entspricht dem Gedanken, dass Rechtsbegriffe und Rechtsnormen Teil eines wohlgeordneten Systems sein sollten. Dieses System wird von Prinzipien geleitet, die bei der Auslegung zu beachten sind, z. B. dem Gebot der Widerspruchsfreiheit, dem Grundsatz, Ausnahmen eng auszulegen oder ausdrückliche („enumerative“) Aufzählungen nicht auf andere Fälle auszudehnen.

Mit der **teleologischen Auslegung** fragt man nach dem Sinn und Zweck einer Regelung. Die Bezeichnung dieser Interpretationsweise geht auf das altgriechische Wort „telos“ (Ziel) zurück und bringt den „objektiven Ansatz“ am deutlichsten zur Geltung. Da dieser der Prämisse folgt, dass der Sinn einer Norm durch Zeit und Umstände bedingt wandelbar ist, eröffnet die teleologische Auslegung den größten Spielraum. Dies vermehrt die Begründungslast des Interpretieren: er muss besonders sorgfältig, gründlich und nachvollziehbar argumentieren.

Neben dem Savigny-Kanon kennt die Jurisprudenz noch eine Reihe weiterer Auslegungsweisen. Erwähnt seien hier die

- verfassungskonforme Auslegung – folgt aus dem Vorrang der Verfassung vor einfachem Recht
- die Unionsrechts- oder richtlinienkonforme Auslegung – folgt daraus, dass letztinstanzliche deutsche Gerichte EG-rechtliche Vorfragen dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen müssen (Art. 267 AEUV) und der Treuepflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV
- rechtsvergleichende Auslegung nach *Peter Häberle*⁴³ und

⁴³ Peter Häberle: Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat.

- die authentische Auslegung durch den Verfasser des Textes selbst.



Rangordnung und Reihenfolge der Interpretationsweisen sind nicht ganz klar.⁴⁴ Die Rechtsprechung nutzt häufig nur einzelne Ansätze oder durchläuft den Kanon solange, bis die Auslegungszweifel beseitigt sind. Studierende sollten die Auslegungsformen bei textlichen Zweifeln (aber nur dann!) möglichst vollständig und in der vorgestellten Reihenfolge, aber mit fallgerechter Schwerpunktsetzung abhandeln.

Das bedeutet: Sie beginnen in jedem Fall mit der grammatischen Interpretation, dürfen sich aber nicht zwingend mit dem hierdurch gefundenen Ergebnis zufrieden geben. Letztlich kommt es ja nach der herrschenden Lehre auf den „objektivierten Willen des Gesetzes“ an! Mit Blick darauf sind Sprachgepflogenheiten ein wichtiges Indiz, aber keine absolute Grenze für die Auslegung.

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende Wille. [...] Dem Ziel, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, dienen die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang, aus ihrem Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte. Dabei ist in aller Regel [...] mit der Auslegung nach dem Wortlaut zu beginnen ...“⁴⁵

Lediglich im Strafrecht darf die Wortlautgrenze wegen des Analogieverbots in Art. 103 Abs. 2 GG nicht durch andere Interpretationsansätze übergangen werden.

Im Rahmen der Rechtsanwendung ist nicht zu bezweifeln, dass die genannten Auslegungsweisen geeignet sind, alle begrifflichen Zweifel auszuräumen und zu einem eindeutigen und richtigen Ergebnis zu verhelfen. Sonst würde es schwierig, eine als gesichert und gleichmäßig akzeptierte Entscheidungsgrundlage zu gewinnen. Das sollte jedoch nicht daran hindern, die juristische Begriffsauslegung außerhalb der akuten Fallbearbeitung zu analysieren und rechtswissenschaftlichen Studien zu

Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, Juristenzeitung (JZ) 1989, 913, 916 ff.

⁴⁴ Vgl. Winfried Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters, in Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, Heidelberg 9. Auflage 2016, S. 251 ff.

⁴⁵ BGHZ, 46, 74, 76.

unterziehen.

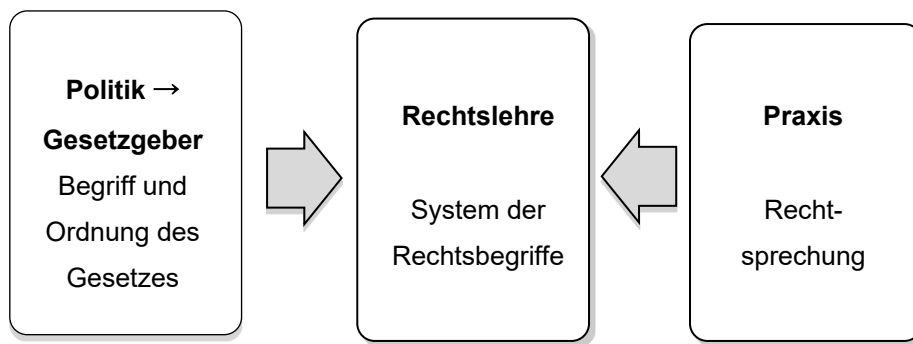
d) Aufgaben der Begriffs- und Systembildung im Recht

Juristische Begriffe, Definitionen und Systeme erlauben

- den Rechtsstoff in seiner Fülle als *Fachwissen zu ordnen*
- Begriffe in einen *anerkannten Ordnungszusammenhang* zu stellen
- für die Rechtsanwendung ein *Suchsystem* bereit zu halten
- für die Gesetzesauslegung Mittelbegriffe, insbesondere *Definitionen* (bzw. begriffliche Voraussetzungen) zu liefern.



Merke freilich: Kein Begriffssystem ist vollkommen.



Die rechtsbegriffliche Systembildung zählt zu den besonderen Stärken und Leistungen der Jurisprudenz. Allerdings gelangen ihr diese Ordnungen nie ganz, schon gar nicht gemäß den strengen Ansprüchen der Logik. Juristische Systeme erfassen regelmäßig verlässlich die Kerngebiete der eingeführten Fächer, wie die weiten, zumeist unbestrittenen Teile des BGB, des Strafrechts oder des Verwaltungsrechts; aber selbst dort weisen sie manchmal Inkonsistenzen und Widersprüche auf.

Die Verantwortung trägt zu einem großen Teil der Gesetzgeber. Wenn er, etwa bei der Umsetzung einer EU-Richtlinie, Grundentscheidungen für die Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Systembildung trifft, verarbeitet er damit – notgedrungen – politische Prozesse und kann nicht immer logische und bewährte rechtswissenschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigen. Zum anderen unterliegt die Rechtslehre einem ständigen Veränderungsdruck von Seiten der Rechtsprechung. Die Begriffsordnung der Lehre, die sog. Dogmatik, muss Tag für Tag beachtliche Gerichtsentscheidungen zur Kenntnis nehmen und in ihr Gefüge einarbeiten. Allerdings gibt sie ihre Strukturierungsleistungen auch wieder an die Praxis zurück, im Fall der Rechtsprechung vor allem durch die Kommentarliteratur.



Juristische Begriffssysteme ordnen das rechtliche Wissen und unterstützen die Rechtsanwendung. Sie sind nicht perfekt und unterliegen einem ständigen Wandel, aber Juristen können sich mit ihrer Hilfe sicher verständigen und über die Lösung von Fällen Einigkeit erzielen.

2. Justizsyllogismus: pragmatische Regelanwendung

Das Denken in hierarchischen Systemen und Begriffslogiken hat vor allem dort seine Berechtigung, wo man abstrakte Begriffe suchen und einordnen möchte. Für die Beantwortung einer konkreten Frage („Hat V einen Anspruch auf 100 EUR?“ – „Hat sich A wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht?“) nutzt man primär andere Werkzeuge. Das insoweit bewährte Schlusschema, das wir in den folgenden Abschnitten kennenlernen, ist der sog. **Justizsyllogismus**. Dabei handelt es sich nicht um einen Syllogismus, sondern um eine pragmatische, d. h. fall- und handlungsorientierte Argumentkette.

a) Rechtsanwendung als pragmatische Entscheidung

Der echte, logische Syllogismus ist rational beeindruckend, wäre aber gar kein geeignetes Instrument für die konkrete Rechtsanwendung. Denn die konkrete Rechtsanwendung braucht einen Schluss, den sie auf den zu entscheidenden *Einzelfall* beziehen kann („dieser konkrete Sachverhalt“, „der Täter A“). Wie schon *Aristoteles* erklärt, hat der Syllogismus aber dafür keinen Begriff. Er ist nicht für Einzelbegriffe, und damit nicht für die Anwendung einer Norm auf einen *Einzelfall* geeignet.⁴⁶

Freilich könnten wir die Lösung der Fallfrage „Hat V gegen K einen Anspruch auf 100 EUR?“ in ein quasi syllogistisches Schema setzen und etwas für uns Sinnvolles daraus ableiten – aber nur deshalb, weil wir intuitiv Lücken überspringen, die berühmten Äpfel und Birnen mixen und damit nicht syllogistisch, sondern pragmatisch denken. Wir schließen nämlich z. B.:

Obersatz: (**Wenn:**) Kaufvertrag = (**dann immer:**) Verkäufer hat einen Anspruch gegen den Käufer auf den vereinbarten Kaufpreis

Untersatz: Diese Vereinbarung zwischen V und K = (**ist**) ein Kaufvertrag

Schlussatz: Diese Vereinbarung zwischen V und K = (**bedeutet / folgt dann hier:**) V hat gegen K einen Anspruch auf den vereinbarten Kaufpreis von 100 EUR

Das klingt sinnvoll und ist häufig sinnvoll, aber streng logisch und streng

⁴⁶ Die Begriffe im Syllogismus können immer nur „Alle“ oder „Einige“ bezeichnen, nicht aber „Alleine dieser/diese“.

rechtswissenschaftlich gesehen stimmt hier einiges nicht.

aa) So ist bereits der zweite, *konkrete* Begriff im Schlusssatz („V hat gegen K einen Anspruch auf den vereinbarten Kaufpreis von 100 EUR“) nicht mit dem *abstrakten* Prädikat im Obersatz („Der Verkäufer hat gegen den Käufer einen Anspruch auf den vereinbarten Kaufpreis“) identisch. Unser Alltagsdenken überbrückt diesen Unterschied unbewusst: Es ist ja auch selbstverständlich, dass V ein Verkäufer und K ein Käufer ist; in der Logik brauchte man jedoch eine weitere Prämisse, um den konkreten Kaufpreisanspruch mit den Begriffen im Obersatz verbinden zu können. Ein Schluss mit drei Prämissen kann allerdings nicht mehr als Syllogismus bezeichnet werden. Ein weiteres Problem bietet die Verbindung der Begriffe. Mit dem Zeichen „=“ („kommt zu“) ist in dem Beispiel genaugenommen in jedem Satz etwas anderes gemeint; bei einem echten Syllogismus geht das nicht.

bb) Schließlich noch eine Einschränkung. Soll das eindeutige Ergebnis („V hat gegen K einen Anspruch auf den vereinbarten Kaufpreis von 100 EUR“) aus einem Syllogismus, also einem zwingend logischen Schluss folgen, müssten die Prämissen wahr sein. Es ist aber keine absolute Wahrheit, dass einem Kaufvertrag zukommt, dass „der Verkäufer vom Käufer den Kaufpreis verlangen“ kann. Vielmehr ist dies nur *grundsätzlich* so.



Mit „grundsätzlich“ meinen Juristen: So ist das in der Regel, aber mir ist bewusst, dass auch Ausnahmen möglich sind.

In unserem Beispielsfall sind zahlreiche Ausnahmen denkbar. So muss z. B. der Käufer trotz eines Kaufvertrags nicht zahlen, wenn er davon wirksam zurückgetreten ist. Die erste Prämisse ist also nicht „wahr“, sondern wird im konkreten Kontext nur als wahr angenommen – weitere Prüfung vorbehalten. Sie ist logisch nur unter einer unbestimmten Menge von Bedingungen wahr, d.h. nur „wahrscheinlich“.

Aus einer *wahrscheinlichen* Prämisse können logisch aber nur *wahrscheinliche* Schlüsse gezogen werden. Logisch korrekt müsste der Schlusssatz also heißen: „V hat gegen K einen Anspruch auf 100 EUR, *wenn nicht* Ausnahmen vorliegen“. Mit so einem bedingten Ergebnis kann aber ein Jurist nichts anfangen. Er braucht eine klare Entscheidungsgrundlage. Erst auf dieser Basis kann er weiter prüfen, ob ggf. Ausnahmen vorliegen. Jedes Zwischenergebnis muss unbedingt sein.

Deshalb braucht er ein Schlussverfahren, das so streng geordnet ist wie der

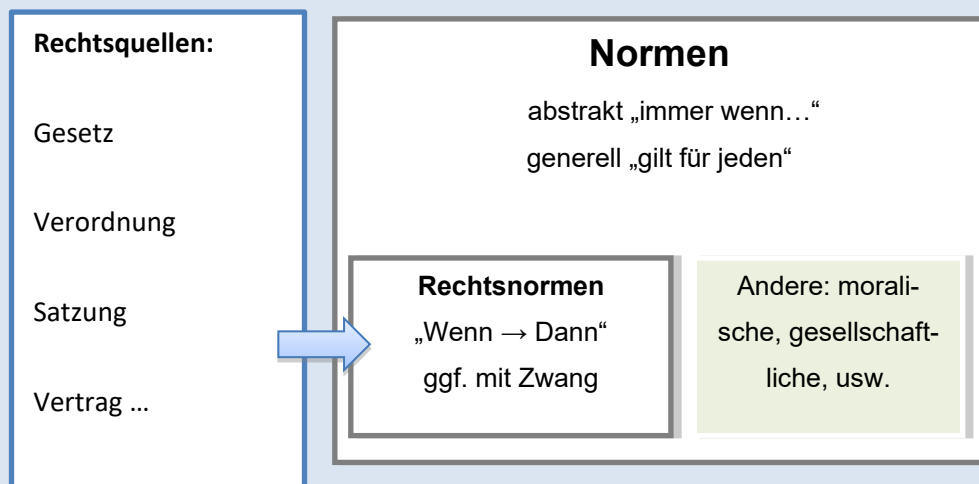
Syllogismus, das aber zielorientiert und mit dem juristischen Sinn für das Wesentliche über die logischen Hürden wegführt.

b) Anwendung von Rechtsnormen

Ein derartiges Schlussverfahren lässt die juristische Begriffsarbeit einen Schritt zurücktreten und rückt das nach vorne, was dem modernen Juristen im „Civil Law System“ am wichtigsten ist: das Gesetz.

Kleiner Exkurs: Gesetz

Wenn wir in diesem Kurs vom „Gesetz“ sprechen, ist das erst einmal allgemein-methodisch gemeint und umfasst Rechtsnormen⁴⁷ aller Art. Wir beziehen uns also nicht allein auf materielle Parlamentsgesetze, sondern auch auf Rechtsnormen (Rechtsvorschriften) wie z. B. Satzungen, Verordnungen, EU-Verordnungen, Tarifvereinbarungen usw.



Rechtsnormen (Rechtsvorschriften) beziehen aus den Rechtsquellen ihren normativen Inhalt, den jeweiligen Rechtssatz. Die Rechtsquelle begründet die Rechtsqualität einer Norm.

⁴⁷ Eine Rechtsnorm ist eine normative, abstrakt-generelle Konditionalverknüpfung („Immer wenn ..., gilt für *jeden* ...“ oder kurz „Wenn ..., dann ...“). Die Bedingungsfolge („gilt:“) ist zumeist zwangsbewehrt und kann durch das staatliche Gewaltmonopol durchgesetzt werden. Die Erzwingbarkeit ist gerade das Wesentliche der Rechtsnorm. Bloße Moralnormen sind nicht erzwingbar.

Wenn Sie aufgefordert werden: „Nennen Sie das Gesetz“, oder „Wo steht die einschlägige Vorschrift?“ möchte man von Ihnen hören, wo der passende Rechtsatz als Paragraph bzw. Artikel oder Teil davon innerhalb eines ebenfalls „Gesetz“ genannten Gesetzbuchs bzw. Gesetzwerks (z. B. des BGB) steht. Die Fundstelle sollten Sie möglichst genau bezeichnen („§ 326 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BGB“).

So zitieren Sie das Gesetz, z.B.:

§ 326 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BGB

§ [bitte immer Leerstellen einhalten] 326 Abs. 1 [bei Klausuren erlaubt: römische Zahl ohne „Abs.“] S. 1, [Komma] 1. Hs. [= erster Halbsatz] BGB

Tiefere Untergliederungen des Gesetzes:

Nr. 1 [von „Ziffer“ spricht man nur bis 9] bzw. a) [bei Einzelnennung: „lit. a“].

Exkurs Ende

aa) Tatbestand und Rechtsfolge

Rechtsnormen folgen zumeist einer Grundstruktur: „immer wenn ..., dann gilt“. Anders gesagt: einer

- normativen („gilt/soll gelten“)
- abstrakt-generellen („immer für alle Fälle“)
- Konditionalbeziehung („Wenn = unter der Bedingung/Voraussetzung ... dann“).

Beispiel (Wenn jemand) ... rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, → (dann soll er) mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (werden), 303 Abs. 1 StGB

Wenn die für die Leihe bestimmte Zeit abgelaufen ist, → **dann** ist der Entleiher verpflichtet, die geliehene Sache zurückzugeben (siehe § 604 Abs. 1 BGB)

Das „Wenn“ nennt man den **Tatbestand** einer Norm, das „Dann“ die **Rechtsfolge**.

Gesetz

Wenn... ...dann gilt



Der gesetzliche **Tatbestand** nennt die **Voraussetzungen**, bei deren Vorliegen die **Rechtsfolge** eintritt. Tatbestand und Rechtsfolge sind konditional verknüpft (Wenn-Dann-Beziehung).



Nicht alle Gesetze trennen Tatbestand und Rechtsfolge randscharf. Deshalb sollten Sie die Aufteilung im Zweifel mit Blick auf den Sinn und Zweck der Norm analysieren und ihr Verständnis üben!

Beispiele

§ 212 StGB

Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

Tatbestand	Rechtsfolge
Wenn ein Mensch getötet wird und wenn der Täter kein Mörder ist, wird er mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

§ 32 Abs. 1 StGB

Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.

Tatbestand	Rechtsfolge
Wenn jemand eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, dann ist diese nicht rechtswidrig.

§ 433 Abs. 1 BGB

Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

Tatbestand	Rechtsfolge
Wenn ein Kaufvertrag vorliegt, (dann) muss der Verkäufer dem Käufer die Sache übergeben und das Eigentum an der Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln verschaffen.

§ 985 BGB

Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

Tatbestand	Rechtsfolge
Wenn jemand Eigentümer ist, (dann) kann er von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

§ 362 Abs. 1 BGB

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

Tatbestand	Rechtsfolge
Wenn an den Gläubiger die geschuldete Leistung bewirkt wird, (dann) erlischt das Schuldverhältnis

Artikel 16a Abs. 1 GG

Politisch Verfolgte genießen Asylrecht.

Tatbestand	Rechtsfolge
Wenn jemand politisch verfolgt wird,...	... (dann) genießt er Asyl.

bb) Das Gesetz als Prämisse

Wenn man aus einem Obersatz nach dem Schema „Tatbestand → Rechtsfolge“ auf einen konkreten Fall schließen möchte, bietet sich nicht der Syllogismus, sondern folgendes Schema an:

Wenn *A*, dann *B*
a ist ein Fall von *A*
 Also gilt für *a* fallbezogen *B*

Beispiel

Erste Prämisse: Wenn ein Kaufvertrag vorliegt → hat der Verkäufer gegen den Käufer einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises

Zweite Prämisse: Gemäß Sachverhalt – haben V und K einen Kaufvertrag geschlossen

Ergebnis: Gemäß Sachverhalt → hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises

Besonders einleuchtend wirkt diese Schlussform im Strafrecht.

Beispiel

Erste Prämisse: Wenn Sachbeschädigung → Strafbarkeit (§ 303 I StGB)

Zweite Prämisse: Vorliegend – hat A eine Sachbeschädigung gemäß § 303 I StGB begangen

Ergebnis: Vorliegend → hat sich A wegen einer Sachbeschädigung gemäß
§ 303 I StGB strafbar gemacht

In allgemeine Rechtsbegriffe gefasst, zeigt sich folgender Aufbau:

1. <i>Prämisse:</i> Wenn Tatbestand erfüllt → Rechtsfolge
2. <i>Prämisse:</i> Sachverhalt – erfüllt Tatbestand
<i>Ergebnis:</i> Sachverhalt → Rechtsfolge

Der eingeführte Name für diesen Schlusstyp lautet „Justizsyllogismus“. Die Mehrheit der Autoren lehnt diesen Begriff allerdings inzwischen ab; es wird darauf verwiesen, dass es sich eben um keinen Syllogismus handelt. Im Gegensatz zu einer über lange Zeit vertretenen Auffassung beginnt sich inzwischen sogar die Einsicht durchzusetzen, dass es sich überhaupt nicht um einen logischen, sondern einen rhetorischen Schluss, ein sogenanntes Wahrscheinlichkeits-Enthymem handelt.⁴⁸

Über Wahrscheinlichkeits-Enthymeme läuft auch die alltägliche **Handlungsorientierung**, z.B.: „Ich gehe zu Fuß, denn es ist trocken“. Der Schluss folgt aus einer Faustregel (P1), zu der immer Ausnahmen denkbar sind. Die Begriffe sind unbestimmt und werden nur zum Teil ausdrücklich genannt. Die expliziten Elemente verweisen auf einen als vollständig und zwingend vorgestellten Schluss:

P1: Wenn es trocken ist → gehe ich zu Fuß

P2: Es ist trocken

Also: Ich gehe zu Fuß.

Grundschema:

P1: Wenn A, dann in der Regel (wahrscheinlich, Ausnahmen denkbar) B

P2: a ist ein Fall von A

Also: gilt für a fallbezogen B

Dieses Schema enthält Unschärfen, die aber pragmatisch unschädlich sind.

⁴⁸ Zum Enthymem: Katharina von Schlieffen (Hrsg.), Das Enthymem – Zur Rhetorik juristischen Begründens, Rechtstheorie 42, Heft 4, Berlin 2011; Gröschner, Justizsyllogismus? Jurisprudenz!, in: ders., Dialogik des Rechts, Tübingen 2013, S. 267, 274ff.

Absolute Gewissheit ist gar nicht erforderlich; die nur wahrscheinliche Prämisse reicht aus. Sie liefert vielleicht nicht für alle denkbaren Konstellationen, aber jedenfalls für den vorliegenden Fall eine ausreichend sichere Entscheidungsgrundlage. Eine Diskussion der möglichen Ausnahmen kann man außerdem anschließen. Im Übrigen ist das Schema stringent.

Schließlich: Wie man den Schluss benennt, ist Definitionssache. Ich schlage deshalb vor, den alten Namen „Justizsyllogismus“ beizubehalten.

c) Vorteile des Modells Justizsyllogismus

Im Grundschema des Justizsyllogismus werden die Begriffe nicht gemäß ihres Wesens geordnet. Die Erste Prämisse kann jeder Rechtssatz sein – Gesetz, Verordnung, Satzung, Vorschrift, Grundsatz, Lehrsatz, Leitsatz –, die sich in eine Konditionalform („Wenn Tatbestand \rightarrow dann Rechtsfolge“) fassen lässt. Die Zweite Prämisse stellt für den konkreten Fall das Vorliegen der tatbestandlichen Bedingung („Wenn“) fest. Der Schlusssatz besagt, dass für den konkreten Fall die von der Rechtsregel festgelegte Folge („ \rightarrow Dann“) ausgelöst wird.

Der Justizsyllogismus ist moderner und flexibler als der klassische Syllogismus. Die Regel in der ersten Prämisse entspricht unserer Vorstellung von einem Gesetz, das die Entscheidung des Juristen leitet, so dass der Schlusssatz als rechtliche Bewertung eines konkreten Falls erscheinen kann.

Im Übrigen passt der Justizsyllogismus auch dann, wenn man keine wesenshaltige Begriffsordnung voraussetzt. Nach der heutigen aufgeklärten Vorstellung ist der Gesetzgeber auf Grund der demokratischen Legitimation mit samt den juristischen Fachautoritäten frei, die Zuordnung der Rechtsbegriffe festzulegen.



Juristische Schlüsse zieht man grundsätzlich fallbezogen aus der Normprämisse „Tatbestand \rightarrow Rechtsfolge“. In der Theorie ist vieles strittig, für die praktische Rechtsarbeit jedoch braucht das Grundmodell des „Justizsyllogismus“ nicht bezweifelt zu werden.

3. Erweiterung des Schemas: der vollständige Justizsyllogismus

Mit dem Schema aus den Prämissen P1 *Tatbestand \rightarrow Rechtsfolge* und P2 *Sachverhalt – Tatbestand* hat man einen guten Einstieg in das rechtsanwendende Schließen gefunden. Schnell stellt man jedoch fest, dass hier nicht der Kern der

Rechtskunst liegen kann.

1. <i>Prämisse</i> : Wenn Tatbestand erfüllt → Rechtsfolge
2. <i>Prämisse</i> : Sachverhalt – erfüllt Tatbestand
<i>Ergebnis</i> : Sachverhalt → Rechtsfolge

Denn stehen erst einmal die Prämissen P1 und P2 fest, ist das Ergebnis - der logische Schluss auf die Rechtsfolge - keine besondere Kunst, sondern eine gedankliche Selbstverständlichkeit. Die eigentlichen juristischen Probleme sind bereits gelöst: Nämlich, welche Norm aus welcher Rechtsquelle wendet man an (1. Prämisse) und: passt der Sachverhalt tatsächlich unter den Tatbestand dieser Norm (2. Prämisse)?

Beispiele für die 2. Prämisse (P2) im Justizsyllogismus

P2: Mit der Vereinbarung von V und K – liegt ein Kaufvertrag vor [Ja, ist das so? Begründung?]

P2: Vorliegend – hat A eine Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB begangen [Ja, ist das so? Begründung?]

1. <i>Prämisse</i> : Wenn Tatbestand erfüllt → Rechtsfolge
2. <i>Prämisse</i> : Sachverhalt – erfüllt Tatbestand ???
<i>Ergebnis</i> : Sachverhalt → Rechtsfolge

Gerade die begründete Herleitung der Zweiten Prämisse „Sachverhalt – erfüllt Tatbestand“ zählt zum juristischen „Kerngeschäft“.

Deshalb wird der Justizsyllogismus von fast allen Methodenlehren um ein Schema erweitert, das angibt, wie die **zweite** Prämisse gewonnen wird. Dies wird als **Nebenschema** in das Hauptschema der Normanwendung eingeschachtelt.

Dabei muss die fragliche Zweite Prämisse des Hauptschlusses (P2) zum Schlussatz eines Nebenschlusses werden. Das Ergebnis des Nebenschlusses ist also die Zweite Prämisse des Hauptschlusses.

Beispiel

Hauptschluss	
P1: Sachbeschädigung → Strafbarkeit!	
	Nebenschluss
	P1' Sachbeschädigung (obj. TB) ⁴⁹ – fremde Sache beschädigen oder zerstören
	P2' A – hat Bs Orchidee zertreten
	← <u>A – hat eine Sachbeschädigung begangen</u> (obj. TB)
P2: <u>A – hat eine Sachbeschädigung begangen</u>	
Also: A – hat sich strafbar gemacht!	

⁴⁹ Hier Beschränkung auf eine Verletzungshandlung und die genannten objektiven Tatbestandsmerkmale.

Justizsyllogismus, abstrakt

Hauptschluss	
P1 Tatbestand → Rechtsfolge, §	
	Nebenschluss
	P1' Tatbestand – Merkmale
	P2' Sachverhalt – Merkmale
	← Sachverhalt – Tatbestand
P2 <u>Sachverhalt – Tatbestand</u>	
Also: Sachverhalt → Rechtsfolge	

Erläuterung:

Die Erste Prämisse des Nebenschlusses (P1') definiert den Tatbestand der Norm, z. B. den Begriff „Sachbeschädigung“.

P1' Sachbeschädigung = fremde Sache beschädigen oder zerstören [= *definierte Merkmale*].

P2' stellt fest, dass der Sachverhalt die definierenden Merkmale bzw. Voraussetzungen „aufweist“ bzw. „erfüllt“.

P2' A – hat Bs Orchidee zertreten

Ergebnis des Nebenschlusses:

Zwischenergebnis: Damit hat A eine Sachbeschädigung begangen.

Letzter Schritt: Bestätigung der fraglichen Zweiten Prämisse (P2) aus dem Hauptschluss

Endergebnis: A hat sich strafbar gemacht.



Die eingeschachtelten Prämissen **P1'** und **P2'** können durch weitere Schlüsse begründet werden. Dafür benötigt der Jurist neue Prämissen (Definitionen usw.) und muss über Informationskompetenz⁵⁰ verfügen, um die passenden zu finden.

Merke Der Justizsyllogismus konzentriert sich stets auf das **Wesentliche**. Nur in seltenen Fällen werden in **P1**, **P1'** und den folgenden Ersten Prämissen *alle* denkbaren Voraussetzungen/Merkmale für das Vorliegen der „Rechtsfolge“ im Hauptschema aufgeführt und durch Schlüsse bestätigt. Der Jurist beschränkt sich auf die begrifflichen Voraussetzungen, die *vorliegend erheblich* sind. Dazu gehören *alle* Tatbestandsmerkmale eines anzuwendenden Strafgesetzes, aber z. B. nicht alle Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klage.

4. Nebenschema: Schwerpunkt der Begründung

Wie bereits festgestellt, fällt Ihr entscheidendes juristisches Urteil nicht mit dem Schlusssatz des Hauptschlusses, sondern mit dem Untersatz, der zweiten Prämisse (**P2**), z. B.:

- Gemäß Sachverhalt – besteht ein Kaufvertrag
- Vorliegend – hat A eine Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB begangen

Die eigentliche Rechtsarbeit besteht darin, dieses Urteil zu begründen. Dies passiert im Nebenschema und **nicht** mit dem Obersatz P1 aus demselben Schluss im Hauptschema.

Dass A eine Sachbeschädigung begangen hat, wird also logisch nicht aus der **gesetzlichen Norm** P1 „Wenn Sachbeschädigung, § 303 StGB → Dann gilt Strafbarkeit“ abgeleitet. Stattdessen folgt P2 aus dem Nebenschema, der **Definition** des Norminhalts aus P1 in (P1'), also aus der Feststellung der wesentlichen **Merkmale** von z. B. § 303 Abs. 1 StGB.⁵¹ Dabei kann es vorkommen, dass weitere Schritte erforderlich sind. Eines oder mehrere dieser Merkmale müssen ihrerseits definiert werden, diese Definitionen werden vielleicht auch in Frage gestellt und wiederum

⁵⁰ Vgl. Informationskompetenz in der Moodle-Kursumgebung.

⁵¹ Die werden allerdings vom Gesetz vorgegeben. Das Gesetz kann jedoch nicht selbst sprechen: Der Jurist „entnimmt“ ihm die „wesentlichen“ Merkmale und fügt sie in die Definition ein.

erklärt, usw.

Genauso wird der wichtige Umstand, dass konkret ein Vertrag vorliegt (2. Prämisse), nicht durch die in § 433 Abs. 2 BGB niedergelegte Norm (1. Prämisse: „Wenn: Kaufvertrag → Dann gilt: Verkäufer hat Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises“) begründet. Stattdessen folgt die 2. Prämisse aus der **Definition** (P1') des Normtatbestands und der Subsumtion (P2') im Nebenschema, damit die wesentlichen Merkmale bzw. Voraussetzungen für die Entsprechung der Norm mit dem Sachverhalt festgestellt werden („Ein Kaufvertrag setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme voraus“). Ob die Voraussetzungen, also Angebot und Annahme vorliegen, entscheidet über die Geltung der wichtigen 2. Prämisse.

5. Woher kommen die Tatbestandsmerkmale?

Maßgeblich für die methodische Rechtsanwendung ist also: Wie lauten die *Merkmale* des gesetzlichen Tatbestands bzw. die *Voraussetzungen* der Rechtsfolge? Wie wird die Erste Prämisse im Nebenschema (P1') gebildet? Wie heißt der erklärende Teil (*Definiens*), wenn man den „Tatbestand“ der Norm definieren möchte? Und, falls das erforderlich ist: wie werden die Merkmale/Voraussetzungen ihrerseits definiert?

Allein wegen der verfassungsrechtlich verbürgten Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz⁵² folgt der Jurist, wann immer es geht, bei der Bestimmung der Tatbestandsmerkmale bzw. Rechtsfolgevoraussetzungen dem Gesetzestext. Er bildet die definierenden Merkmale aus den Begriffen, die der Gesetzgeber verwendet.

Beispiel § 303 Abs. 1 StGB Sachbeschädigung

(1) Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. ...

⁵² Für den Juristen in der Justiz und Rechtspflege: Art. 20 Abs. 3 GG, speziell für den Richter: 97 Abs. 1 GG.

Merkmalsbildung durch die Lehre (Beispiel):

Objektiver Tatbestand:

- Tatobjekt
 - Sache
 - Fremdheit der Sache
- Tathandlung
 - beschädigen
 - zerstören

Wie man hier sieht, werden die Tatbestandsmerkmale dem „Gesetz entnommen“. Die Begriffe „Sache“, „fremd“, usw. hat der Gesetzgeber textlich in der Norm angeführt. Gleichzeitig treffen Lehre und Rechtsprechung jedoch definitorische Entscheidungen, die sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetztext ablesen lassen. Der Tatbestand von § 303 Abs. 1 StGB besteht aus acht Wörtern; das Herausgreifen von vier, zu zwei Gruppen zusammengefassten Merkmalen geht über den Gesetzeswortlaut hinaus. Die Zusammenstellung der Tatbestandsvoraussetzungen verlangt eine *den Gesetzestext ergänzende* Gestaltung. Die Klassifikation im vorliegenden Beispiel zu § 303 StGB liegt nahe, ist aber dennoch nicht zwingend. Manchmal fügen Lehre und Rechtsprechung, die sog. Rechtsdogmatik, sogar „ungeschriebene“, also nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckte Merkmale hinzu. Das Hauptgeschäft der Rechtsdogmatik ist jedoch die Definition der gesetzlichen Merkmale. Wie Sie gesehen haben, wird dadurch deren Inhalt (Bedeutung/Sinn) ermittelt. Methodisch geschieht dies über die Auslegung des Gesetzestextes (Kanon der Gesetzesinterpretation), praktisch vor allem mit Blick auf die bisherige Anwendungsfälle und die jeweilige Sachgerechtigkeit.



Die Merkmale eines Tatbestands (bzw. die Voraussetzungen einer Rechtsfolge) sind, auch wenn es sich um die Elemente des Gesetzes handelt, eine Leistung der Rechtsdogmatik. Je-

der Jurist, der Rechtsnormen anwendet, muss deshalb Definitionen, Merkmale und Voraussetzungen **lernen** oder sich im Einzelfall darüber informieren.

6. Subsumtion

Den Begriff der Subsumtion haben Sie am Anfang schon kennen gelernt. Durch Einfügung des Nebenschemas verfeinert sich der Prozess der Subsumtion. Eingangs hatten wir nach einem weiten Subsumtionsverständnis einfach den „Fall“, also das

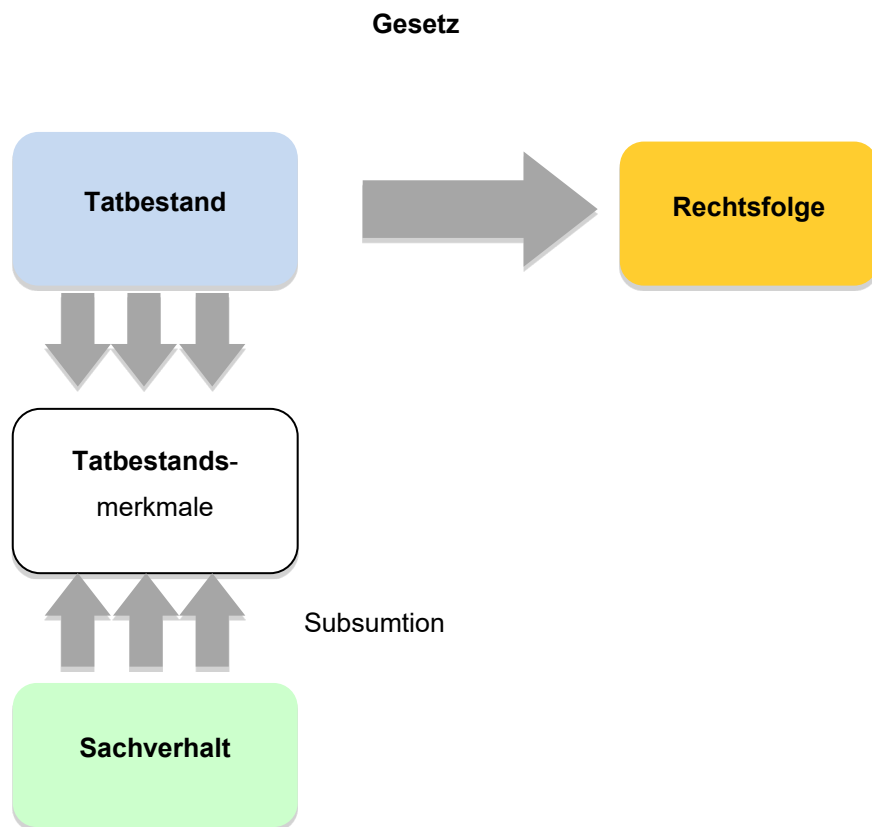
tatsächlich geschehene Sein, dem „Recht“, also dem normativen Sollen, zugeordnet.

Beispiel

Recht	Der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben (§ 604 Abs. 1 BGB)
Fall	E hat sich Cs Cabrio für ein Wochenende geliehen, möchte es aber anschließend wegen des guten Wetters länger behalten.
Rechtsanwendung	E ist verpflichtet, C das Cabrio zurückzugeben.

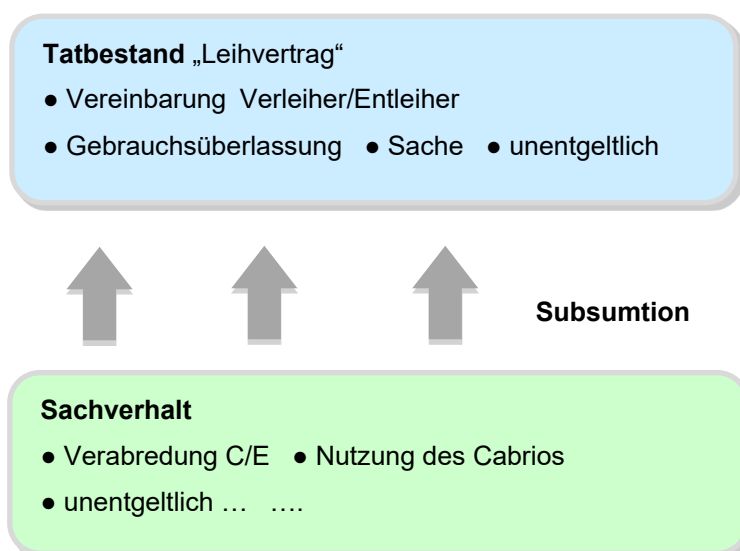
Jetzt sehen wir, dass man auch differenzierter subsumieren kann:

Hauptschluss	
P1 Leihvertrag → der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben	
P2 Vereinbarung C/E wegen Cabrio-Wochenende = Leihvertrag	Nebenschluss
	P1' Leihvertrag = Unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache
	P2' Vereinbarung C/E wegen Cabrio-Wochenende = Unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache
	← Zwischenergebnis: Vereinbarung C/E wegen Cabrio = Leihvertrag
Endergebnis Vereinbarung C/E → E ist verpflichtet, das Cabrio nach dem Wochenende dem C zurückzugeben	



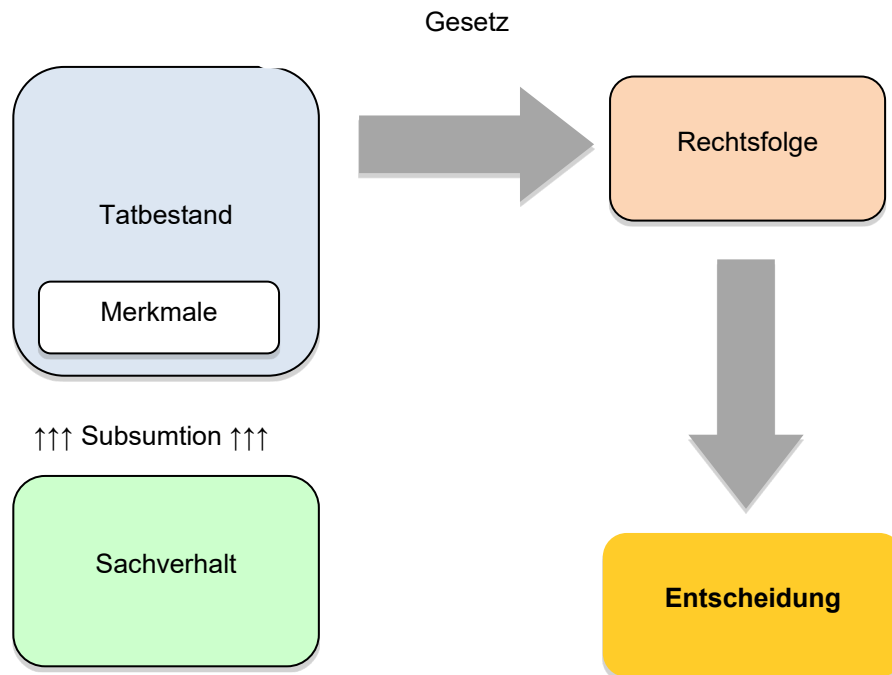
Durch die Einfügung des Nebenschemas, und damit durch die Definition der Merkmale des Normtatbestands, bezieht sich die Subsumtion nicht mehr auf den Tatbestand als Ganzes, sondern auf die einzelnen Merkmale.

Für jedes Merkmal (Rechtsfolgevoraussetzung) findet eine gesonderte Subsumtion statt.



Gelingt die Subsumtion unter die Merkmale, löst dies die Rechtsfolge aus der Rechtsnorm aus, und zwar konkret auf den Fall bezogen.

III. Methodologische Überlegungen: Wie arbeiten Juristen?



Der Justizsyllogismus ist das gebräuchliche und bewährte Schema für die Normanwendung.

Wer mit ihm arbeitet, geht streng geordnet vor. Jeder Schritt beruht auf einem Schluss, der allerdings nicht immer als zwingend logisch bezeichnet werden kann.

Viele Schlüsse im Nebenschema erinnern stark an den klassischen, wesenshaltigen Syllogismus; andererseits finden wir gerade dort – worüber noch zu sprechen ist – auch argumentative Passagen, in denen das Für und Wider einer bestimmten Begriffszuordnung frei diskutiert und entschieden wird.

Das Hauptschema (mit der Regel „Wenn – dann“) verlangt wiederum eine modernere Logik. Es gibt zahlreiche Versuche, diese zu entwickeln.⁵³ Der normale

⁵³ Zu den Pionieren zählen: Ulrich Klug, Rechtslogik, 4. Auflage Berlin 1982; Maximilian Herberger/Dieter Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt 1980; Ota Weinberger, Rechtslogik, 2. Auflage Berlin 1989; Jan C. Joerden, Logik im Recht, 2. Auflage Berlin 2010.

Rechtsanwender ist mit diesen formalisierten Ansätzen jedoch überfordert, weshalb sie sich nie richtig durchgesetzt haben. Außerdem liegt der Arbeitsschwerpunkt des Juristen im Nebenschema, wo ihm der Justizsyllogismus gute Dienste leistet.

Angesichts dieser methodischen Heterogenität weisen etliche Autoren darauf hin, dass der Logik für die Erklärung der juristischen Methode nur ein beschränkter oder gar kein Erklärungswert zukommt. So sagt etwa Kirchhof: „Es ist heute juristisches Allgemeingut, daß die Gesetzesauslegung nicht nur logische Umsetzung eines Textes in einen aktuellen Befehl ist“.⁵⁴ Sie meinen, der Hauptschluss, den man immerhin noch logisch formalisieren könnte, sei trivial, während die Nebenschlussketten oft zu komplex sind, um mit geläufiger Logik erfasst zu werden.

Selbst der Justizsyllogismus, der kein echter logischer Schluss ist, ginge an der Wirklichkeit vorbei; die juristische Arbeitsweise bestehe aus viel mehr als nur einer Kette von Schlussverfahren. Deshalb habe der Syllogismus ausgedient.

Für die Praxis treffen viele dieser Einwände zu. Professionelle Kompetenz lässt sich nicht auf eine *Denkform* reduzieren. Das ergibt sich bereits daraus, dass man echte statt artifizielle Fälle zu lösen hat und dies in einen beruflichen Zusammenhang integrieren muss. Mit Logik allein wäre dies nie zu bewältigen.

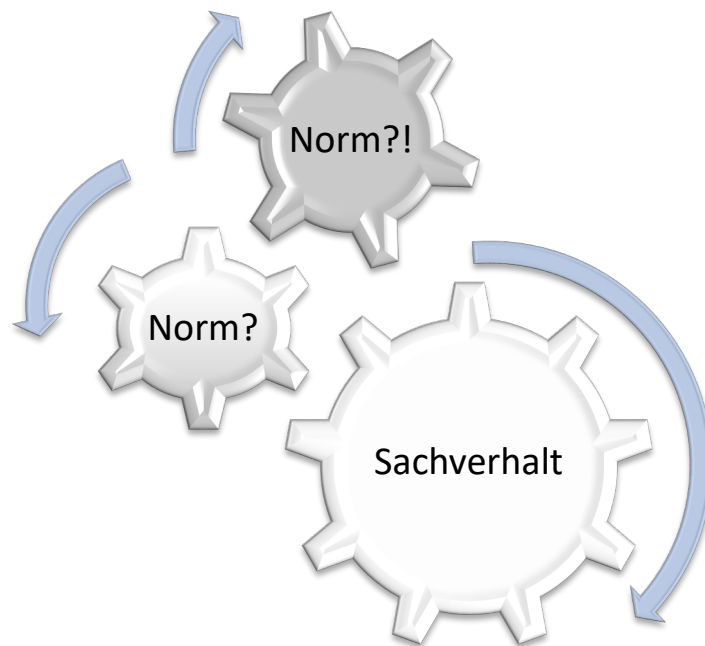
In einem Studium dagegen darf und sollte man typisierte Ausschnitte der Praxis vermitteln. Der Justizsyllogismus ist das Ideal einer Arbeitsstruktur; es spricht alles dafür, zunächst diese Form zu erlernen. Allerdings, und das wurde bereits klar, kann man auch in der Juristenausbildung eine Methodenbeschreibung nicht auf die Anwendung des Justizsyllogismus beschränken. Vielmehr gehört zu einer Falllösung nicht minder:

- die Erfassung des *Sachverhalts* mit dem konkreten *Problem* und seiner passenden *Einordnung*,
- die *Suche* und Gewinnung der jeweils ersten Prämisse, also von Normen, insb. Gesetzen, Definitionen bzw. Interpretationen,
- die Beherrschung der Begründungs- bzw. *Gutachtentechnik* sowie der
- Formulierings- und Argumentationskunst.

⁵⁴ Paul Kirchhof: Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Recht“, NJW 1986, 2275, 2276.

1. Ausgangspunkt Rechtsproblem

Nur wer den Sachverhalt eines Falles gründlich liest und rechtliche Vorkenntnisse hat, begreift das darin bezeichnete Rechtsproblem. Zunächst ist eine grobe Einordnung erforderlich. Von da aus beginnt die Suche nach der Lösung: zunächst nach einem passenden Gesetz und der hilfreichen Literatur, sodann in der Rechtsprechung nach vergleichbaren Problemfällen. Dabei blickt man immer wieder in den Sachverhalt und vergewissert sich, ob die Rechtssätze, die man gefunden hat, auch zu dem konkreten Rechtsproblem passen. So vollführt man eine ständige **Kreisbewegung** von den gefundenen Rechtssätzen zurück zum sachverhaltlichen Rechtsproblem. In diesem Prozess erlebt man, wie sich das Rechtsproblem zunehmend verändert und rechtlich gehaltvoller wird, und wie sich umgekehrt das Problemverständnis durch das wachsende Verständnis der Rechtslage ändert.⁵⁵



Das passende Gesetz (es kann auch ein anderer Normsatz sein) bildet als erste Prämisse den Angelpunkt.

⁵⁵ Sog. „hermeneutischer Zirkel“. Vgl. Ulrich Schroth, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 9. Auflage 2016 S. 270 ff.

P1 Wenn Sachbeschädigung, § 303 StGB → Strafbarkeit.

Die erste Prämisse muss man *finden* bzw. *richtig auswählen*.

Das ist keineswegs immer einfach. Es wäre einfach, wenn das Recht ein pyramidenförmig geordnetes System wäre oder wenigstens jedes Rechtsgebiet eine bestimmte Ordnung hätte, die von oben nach unten durchgehalten würde. Diese Ordnungen finden Sie aber nur in Ansätzen. Im Detail gibt es keine klassisch logische Ordnung, eher so etwas wie *Familienähnlichkeiten*. Mit der Zeit werden Sie aber viele Kriterien und ein Gespür dafür entwickeln, was wohin gehört, was bei einer Prüfung "in Betracht kommt" und was "abwegig" ist.

Die Auswahl des passenden Gesetzes gestaltet sich auch deshalb schwierig, weil Begriffen in der Rechtssprache öfter eine andere Bedeutung beigemessen wird als in der Alltagssprache. Man weiß deshalb erst, ob eine Norm passt, wenn man jeden ihrer Begriffe im Rechtssinne verstanden und ggf. ausgelegt hat.



Merke Die passenden ersten Prämissen (Rechtsnormen, Definitionen usw.) müssen von Ihnen gefunden und ausgewählt werden. Dafür brauchen Sie in allen Rechtsgebieten methodische Such- und Entscheidungsstrategien in Gestalt von **Prüfschemata**.

2. Arbeitsauftrag: Das Herstellen der Prämissen

Wie schon gesagt: In den Ermittlungsverfahren und vor Gericht entbrennt der Streit vor allem um die zweite Prämisse:

P2 A hat durch seine Tat – **tatsächlich** eine Sachbeschädigung begangen.

Ob dies der Fall ist, muss oft erst bewiesen werden.

Aber auch Ihr Gutachten oder der rechtliche Teil der Urteilsbegründung zielt in der Regel auf die Begründung des Untersatzes (P2) im Nebenschema. Denn hier geht es um die Aussage

P2 A hat durch seine Tat – **rechtlich** eine Sachbeschädigung begangen,

also um die Frage, ob der Sachverhalt – die Tat des A – den Tatbestand der Norm – die Sachbeschädigung – erfüllt. Idealtypisch verläuft die entsprechende Prüfung

über die begriffliche Auslegung des Tatbestands. Dafür müssen Sie die Prämissen des Nebenschemas gewinnen.

Damit geht es auch hier darum, **Prämissen** zu **suchen** und zu finden. Da es aber um immer neue konkrete Streitfragen geht, werden Sie an diesen Stellen auch des Öfteren **diskutieren** und selbst **formulieren**.

So gesehen steht die *Suche und Herstellung der Prämissen* im Mittelpunkt der Rechtsanwendung, nicht ihre logische Verarbeitung. Dem Juristen werden „Recht“ und „Fall“ nicht wie feststehende Begriffe vorgegeben – oder gar wie Zahlen in einer mathematischen Gleichung –, er kann sich das Ergebnis nicht einfach errechnen.



Interessant ist also nicht: was passiert, wenn man die Prämissen bereits *hat*, sondern: was geschieht *davor*? Wie verläuft der Findungsprozess, das Sortieren, das Herstellen von Zusammenhängen, das Verstehen, die Auslegung (Interpretation) der Prämissen?

Die sprachorientierte Methodenlehre sieht deshalb in der Rechtsanwendung vor allem ein *Suchen*, *Vernetzen* und *Sprachgestalten*. Mit diesen Fertigkeiten kommt es bei der Rechtsanwendung auch auf die beteiligten Personen und ihre soziale Umgebung an.

Weiterhin glauben die Vertreter dieser Richtung, dass der Fall und die Vorschriften, welche bei der Falllösung herangezogen werden, Produkte der Sprache und der menschlichen Kommunikation sind.⁵⁶ Damit müssen Recht und Fälle, ob im Studium oder im Beruf, in erster Linie als **Texte** betrachtet werden.

Einig sind sich jedenfalls alle: Juristen müssen

- ihre Texte stets sorgsam lesen,
- gründlich recherchieren,
- sinnvoll gliedern und einordnen,
- Recht und Fälle nicht „natürlich“, sondern „rechtsfachlich“ begreifen.

⁵⁶ Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik Band I, Berlin 11. Auflage 2013, Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik, Heidelberg 5. Auflage 2015.

3. Autorität und Gerechtigkeit

Die rechtsfachliche Sicht wird weitgehend durch **Autoritäten** – anerkannte Meinungen und soziale Institutionen (wie Gerichte) – bestimmt. Der Spielraum für persönliche Vorstellungen ist deshalb sehr gering, was eine relativ gleichmäßige Rechtsanwendung garantiert. Weiterhin ist die Herstellung der Prämissen wie das Verständnis von Recht und Fällen stets für situative Umstände offen – Gesetze etwa für politische Strömungen oder wirtschaftliche Bedingungen –, was in beschränktem Maße Raum für Erneuerungen, Kritik und **Sachgerechtigkeit** eröffnet.



Fazit

Rechtsanwendung beruht auf einer komplexen Technik, die nicht mit Hilfe einiger weniger Regeln vermittelt werden kann. Es gibt Grundmuster wie den Justizsyllogismus, aber kein vollständiges Rezept.

Der bewährte und bislang einzig Erfolg versprechende Weg besteht darin, Rechtsanwendung als Handlungskompetenz über Jahre **einzuüben**. Dabei helfen bewährte Anleitungen, Gliederungen, Listen, Tipps und Tests, Wiederholungen und immer wieder Wiederholungen und nicht zuletzt: Zusammenarbeit und wechselseitige Unterstützung.

B. Der Sachverhalt⁵⁷

In der Einleitung haben Sie bereits erfahren, was wir im Rechtsstudium unter einem Sachverhalt verstehen: Eine Aufgabe, die einen Rechtsfall darstellt, den Sie entsprechend einer vom Aufgabensteller angefertigten Lösungsskizze gutachterlich bearbeiten sollen.

I. Vorbemerkung

Ein Sachverhalt beschreibt nicht die Wirklichkeit oder die Rechtspraxis, sondern vertextet einen *angenommenen* Rechtsstreit. Die Aufgabensteller – Professorinnen, Mitarbeiter – haben ihn sich ausgedacht. Meist ist der Text dem Tatbestand eines Urteils nachempfunden oder folgt einer stereotypen Lehrkonstellation.

Der Sachverhalt ist vorgegeben und in allen Teilen „unstreitig“. Die Lösung steht bereits fest, auch wenn dem Bearbeiter bei der Ausarbeitung der Details oft Spielräume gelassen werden.

1. Sachverhaltskonstruktion in der Praxis

Anders verhält es sich in der Praxis. Da müssen sich Juristinnen und Juristen ihre Sachverhalte erst einmal selbst herstellen oder herstellen lassen. Insoweit arbeitet man in der Praxis auf zwei Ebenen: Zum einen muss man konstruieren, was als Sachverhalt zu gelten hat, zum anderen muss man den Sachverhalt rechtlich bewerten. Oft liegt der Schwerpunkt im ersten Schritt, der sog. Sachverhaltsermittlung, und weniger in der rechtlichen Wertung.

Beispiel 1 A verklagt B auf Übergabe eines Pkw Zug um Zug gegen Zahlung von 4.000 EUR. A trägt vor, er und B hätten einen mündlichen Vertrag über den Kauf des besagten Wagens geschlossen. B behauptet, man habe sich auf einen Kaufpreis von 5.000 EUR geeinigt.

Anmerkung In diesem Beispiel liegt die Herausforderung nicht in der rechtlichen Bewertung des Sachverhalts – also: *ob* ein Kaufvertrag abgeschlossen wurde und *ob* ein Kaufpreis zu zahlen ist – sondern darin, ob A und B sich auf 4.000 EUR oder 5.000 EUR geeinigt haben.



⁵⁷ Dieser Abschnitt beruht zum Teil auf Entwürfen von Frau Ass. jur. Malika Mansouri.

Der Sachverhalt, der in der Praxis ermittelt wird, bemüht sich freilich auch nicht um ein Abbild der Wirklichkeit. Es geht nicht um die Wahrheit oder eine Dokumentation, die allen Perspektiven gerecht wird, sondern eine faktenhaltige Konstruktion, die zum Recht passt, wie das Schloss zum Schlüssel.

Beispiel So interessiert die Anwältin nur das Rechtsrelevante, z. B. das, was ihr Mandant beansprucht, und Fakten im Zusammenhang mit dem möglichen Rechtsgrund. Ohne Belang ist, was er sich außerdem wünscht oder erhofft oder fürchtet. Sie möchte wissen, was passiert ist, soweit es für die Begründung, Beweise oder Beweislastfragen erheblich ist. Jede weitere Information, die vielleicht auch die Wirklichkeit beträfe, aber keine rechtliche Relevanz hat, ist Smalltalk.

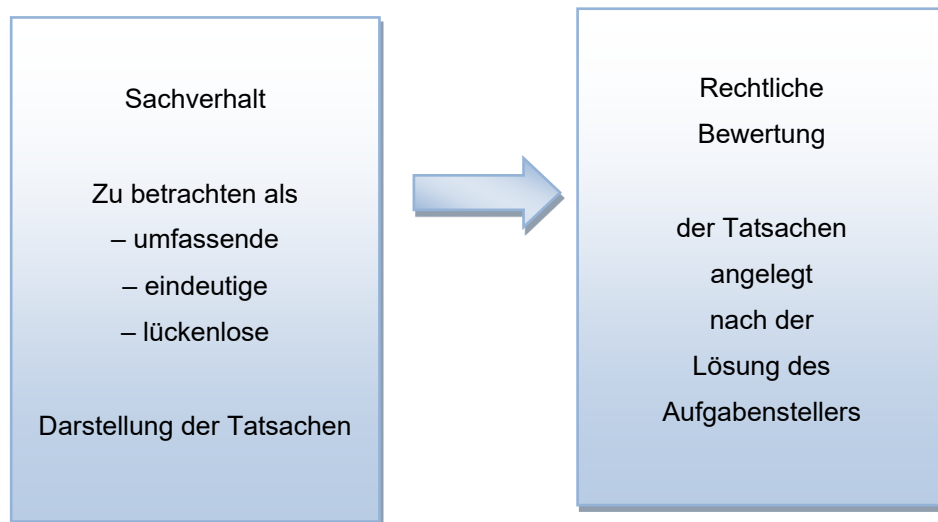
Besonders im Zivilprozess wird es offenbar, dass das Gericht nicht aufgrund eines wahren, wirklichen Geschehens urteilt. Hier sind es nämlich die Parteien, die den Tatsachenstoff darlegen (Beibringungsgrundsatz). Das Gericht kombiniert aus ihrem Vortrag den Sachverhalt. Dabei werden die unstrittigen Tatsachen als Wahrheit vorausgesetzt; über die streitigen Fragen wird nach bestimmten Regeln Beweis erhoben. Ob das Unbeweisbare auch wirklich nicht geschehen ist und das Beweisbare tatsächlich der Wahrheit entspricht, steht nicht zur Debatte. Dem Gericht reicht für seine Rechtsfindung, dass man sich auf diese Weise auf einen Sachverhalt *verständigt*, getreu dem römischen Grundsatz: „Da mihi facta, dabo tibi ius“ – „Gib mir die Tatsachen, ich gebe dir das Recht“.

2. Der Sachverhalt im Studium

Im Studium ist der Sachverhalt, den Sie zu bewerten haben, noch kunsthafter und unwirklicher als in der Praxis: Eine komplett ausgedachte Geschichte. Häufig handelt es sich um Standardprobleme gewürzt mit Juristenhumor – ein Jugendlicher gönnt sich eine teure Anschaffung, der Dieb verschenkt die Diamanten an die Geliebte Mimi –, oder um eine Anlehnung an Begebenheiten, die zur gerichtlichen Entscheidung standen und nun zu Übungszwecken aufbereitet und abgewandelt werden. Dafür enthält der akademische Sachverhalt zuverlässig alle zu bewertenden Tatsachen, und zwar das äußere wie das innere Geschehen, relativ sachlich, eindeutig, lückenlos und umfassend.

Beispiel 2 A und B haben einen Kaufvertrag über einen PKW geschlossen und sich auf einen Kaufpreis von 4.000 EUR geeinigt.

Anmerkung Im Gegensatz zu unserem Beispiel 1 steht die Sachlage hier also eindeutig und fest.



3. Professionalität

Betrachten Sie den akademischen Sachverhalt also nicht als Wiedergabe einer realen Geschichte, sondern als einen TEXT, den Sie nach den Regeln der juristischen Kunst bearbeiten sollen. Der TEXT enthält aufbereitete Informationen, die zu einem vorgedachten Lösungsweg passen sollen.

Eine reale Geschichte hingegen hat Hintergründe und Nebenzweige, Atmosphäre und Emotionen. Dazu gehört auch, dass sie die Leser zu Bewertungen auffordert. Man entwickelt also Sympathien und Abneigungen, ein *Gefühl* für das Richtige und Falsche, das Gerechte und Ungerechte. Diese emotionalen Elemente sollten Sie aber gerade nicht mit einem rechtswissenschaftlichen Sachverhalt verbinden. Es ist deshalb unangebracht, Ihren Sachverhalt zu lesen, und sich erst einmal zu fragen, wie sich die Angelegenheit denn *anfühlt* und wie ein insgesamt faires Ergebnis aussehen könnte. Dieser intuitive Zugang führt nicht selten in die Irre und entspräche der Herangehensweise eines Laien – Sie aber wollen juristische Professionalität entwickeln. Dafür lernen Sie, sachlich und geordnet vorzugehen.

Dies bedeutet nicht, dass das Rechtsgefühl (das sog. Judiz) und außerordentliche Gerechtigkeitskontrollen keinen Platz in Ihrem künftigen Beruf haben werden. Wo und wie wird noch näher zu diskutieren sein.⁵⁸



In der rechtswissenschaftlichen Ausbildung werden Sie sich aber zunächst an die spezifisch juristische Abfolge und Anordnung der Gedanken gewöhnen. Diese zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie nicht direkt auf das Endergebnis zusteuern.

Merke Die Prüfer bieten Ihnen mit dem Sachverhalt keinen Ausschnitt aus der Wirklichkeit, sondern eine TEXT-Aufgabe, für die sie bereits eine Lösung entwickelt haben.

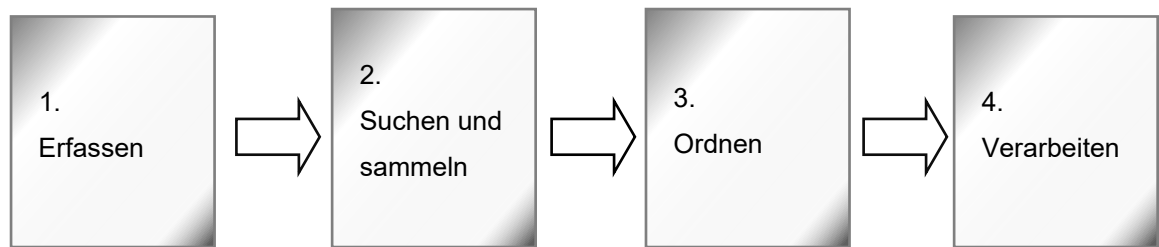
II. Arbeitsschritte im Umgang mit dem Sachverhalt

Die Arbeit am Sachverhalt ist das Fundament einer guten Klausurlösung. Nur wer den Sachverhalt und die sich anschließenden Fallfragen voll erfasst, kann auch eine rechtliche Lösung darlegen, die der Lösungsskizze des Aufgabenstellers entspricht. Die Erfahrung zeigt, dass viele Fehler nicht auf mangelnden Rechtskenntnissen beruhen, sondern auf einer unvollständigen Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt!

Merke Je besser das Verständnis des Sachverhalts, umso besser die Klausurlösung.

Im Umkehrschluss gilt: Wer den Sachverhalt nicht erfasst, wird schnell an den eigentlichen Problemen „vorbeischreiben“. In der Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt sind die folgenden Arbeitsschritte ratsam.

⁵⁸ Das Modul *Rechtstheorie* im Masterstudium ist z. B. ein geeigneter Ort dafür.



Im ersten Schritt erfassen Sie den Sachverhalt, um einen Überblick zu gewinnen. Im zweiten Schritt suchen und sammeln Sie die wesentlichen Sachverhaltsangaben. Im dritten Schritt ordnen Sie die Sachverhaltsangaben, um sie in einer verständlichen und anschaulichen Form zu bringen. Im vierten Schritt werden die strukturierten Sachverhaltsangaben verarbeitet (zum endgültigen „Schloss“), um die mit ihnen verbundenen rechtlichen Folgerungen („Schlüssel“) zu erkennen und in der rechtlichen Lösung wiedergeben zu können. Diese Arbeitsschritte laufen nicht streng chronologisch ab, sondern an verschiedenen Stellen parallel.

1. Erfassen: Studieren Sie den Sachverhalt!

Im ersten Arbeitsschritt geht es darum, sich einen Überblick zu verschaffen. Sie informieren sich über die beteiligten Personen, Beziehungen und Vorgänge sowie den Geschehensablauf im Ganzen. Dazu ist es sinnvoll, den Sachverhalt vor der Fallfrage zu lesen, um ihn unvoreingenommen zu betrachten. Andernfalls neigt man dazu – durch die Fallfrage beeinflusst – einem bestimmten Aspekt Aufmerksamkeit zu schenken und andere, ebenfalls bedeutsame Gesichtspunkte zu vernachlässigen. Gerade in den fortgeschrittenen Klausuren wird der Sachverhalt nach dem ersten Lesen noch unklar und lückenhaft erscheinen. Das ist vollkommen normal. Mit jedem nochmaligen Lesen wird der Text jedoch klarer. Deshalb empfiehlt sich auch, beim ersten Durchgang nur zurückhaltend zu unterstreichen und zu gliedern, da erst nach mehrfacher Lektüre deutlich wird, welche Tatsachen wichtig sind.



2. Im Sachverhalt nach Lösungshinweisen suchen!

a) Ideenzettel

Hilfreich ist es aber, sich schon während des ersten Lesens einen einfachen „brainstormartigen“ Ideenzettel anzulegen. Die ersten Gedanken sind oft richtig und wichtig und dürfen nicht vergessen werden, wenn man sich später Detailfragen widmet.

Im nächsten Schritt geht es darum, den Sachverhalt zu analysieren, um die wesentlichen Sachverhaltsangaben herauszuarbeiten.

Lesen der Fallfrage und der Bearbeitervermerke

Nachdem Sie durch das erste Lesen einen unvoreingenommen Überblick über das Geschehen gewonnen haben, setzen Sie sich mit der Fallfrage und dem Bearbeitervermerk auseinander. Viele Fehler passieren, weil man die Fallfrage nicht richtig versteht oder falsch interpretiert. Auch die Fallfrage bedarf der Auslegung, und diese ist oftmals nur aus dem Zusammenhang mit dem Sachverhalt möglich. Hier gilt es ebenfalls, zu frühe Festlegungen zu vermeiden; suchen Sie also nicht sogleich nach Normen.

b) Nochmaliges Lesen bei gleichzeitiger Analyse

Während das erste Lesen einen Überblick über das Geschehen verschafft, dient das nochmalige Lesen mit der Fallfrage im Hinterkopf dem Auffinden wichtiger Hinweise, Schwerpunkte und Probleme. Die Zeit für die Falllösung ist zwar gerade in der Klausursituation eng bemessen. Dennoch ist es ein Trugschluss zu meinen, man spare kostbare Minuten, wenn man den Sachverhalt schnell überfliegt und die Zeit lieber für die Niederschrift des Gutachtens nutzt. Das nochmalige, vor allem *detaillierte* Lesen des Sachverhaltes ist bereits ein wesentlicher Bestandteil einer qualitativen Klausurlösung. Schließlich können Sie nur das zutreffend rechtlich bewerten, was Sie zuvor auch in tatsächlicher Hinsicht vollständig erfasst haben! Daher ist es wichtig, sich im Detail ein Bild von den Vorgängen, Geschehnissen, Abläufen sowie den Personen, ihren Beziehungen, ihrem Verhalten und ihren Äußerungen zu machen.

Merke Das nochmalige, konzentrierte Lesen des Sachverhaltes in allen seinen Details ist bereits ein wesentlicher Bestandteil der qualitativen Klausurlösung. Sie können nur das zutreffend rechtlich bewerten, was Sie vorher in tatsächlicher Hinsicht vollständig erfasst haben!

2.
Suchen und
sammeln

c) Sachverhalte sind wie Rätsel

Stellen Sie sich einfach vor, der Sachverhalt sei ein Rätsel, das Sie lösen müssten. Der Rätselsteller hat in der Geschichte oder Frage, die er Ihnen vorlegt, Indizien versteckt, die Sie benötigen, um die Lösung zu finden. Diese verborgenen Hinweise erkennt aber nur, wer besonders gut und aufmerksam hinhört, nachfragt und sich das Rätsel mehrfach wiederholen lässt.

Ähnlich verhält es sich mit dem Sachverhalt. Auch hier legt man Ihnen einen Text mit offenen und versteckten Hinweisen vor, die Sie entziffern müssen. Sie gelangen also nur auf die angedachte Musterlösung, wenn Sie auf die rätselähnlichen Indizien achten. Nur wer hellhörig ist, den Sachverhalt aufmerksam und auch zwischen den Zeilen liest, wird die wichtigen Hinweise entdecken!



In der Regel kann man davon ausgehen, dass kaum ein Wort im Sachverhalt sinnlos ist. Der Aufgabensteller verfolgt mit fast allen Aussagen einen Zweck und will eine wichtige Information vermitteln. Diese Informationen hat er gezielt für Ihre Aufgabe – etwa die Klausurlösung – konzipiert und formuliert.

Die folgenden Beispiele sollen Sie mit der Sprache der offenen und versteckten Hinweise in Sachverhalten vertraut machen. Rechtliche Bewertungen sollen noch keine Rolle spielen – obwohl man, wie bei den Rätseln, letztlich erst alle Indizien eines Sachverhalts entziffern kann, wenn man die rechtliche Lösung kennt.

Beispiel 3 A ist Lehrerin und möchte für ihre Schulkasse eine Sammelbestellung aufgeben. Sie bestellt bei Amazon das Buch „Der Drachenhäuter“, allerdings nicht, wie beabsichtigt, 20 Mal, sondern infolge eines Tippfehlers 200 Mal. Als die 200 Bücher bei der A eintreffen, wird ihr der Fehler sofort klar. A will sich aber vor ihrem Spanienurlaub nicht stressen. Nach ihrem zweiwöchigen Aufenthalt in Spanien fragt sie erst einmal ihre Kolleginnen, ob die nicht ein paar Exemplare gebrauchen könnten. Als dies auch nicht hilft, entscheidet sie sich, Amazon anzuschreiben und fordert zur Abholung der Bücher auf.

Anmerkung In dieser Fallkonstellation will der Klausursteller offensichtlich auf das Problem hinaus, dass A sich nicht unverzüglich, sondern erst nach geraumer Zeit bei Amazon gemeldet hat. Warum sonst sollte er von dem Spanienurlaub erzählen?

Beispiel 4 Der Enkelin E gefällt das Weihnachtsgeschenk, welches ihr Großmutter G gemacht hat, nicht. Sie meint, die Großmutter könne es sich leisten, der Enkelin etwas wirklich Gutes zu tun. Daher entschließt sie sich, das iPad der Großmutter bei Ebay zu Geld zu machen. Sie meint, die alte Dame nutze das iPad nicht und würde von der Aktion ohnehin nichts merken.

Beispiel 4a E wartet einen ruhigen Moment ab, begibt sich in das Arbeitszimmer der Großmutter und nimmt das iPad mit. Sie will warten, bis Gras über die Sache wächst, und versteckt das Gerät vorerst im Keller der G.

Beispiel 4b E wartet einen ruhigen Moment ab, begibt sich dann in das Arbeitszimmer der Großmutter und nimmt das iPad mit. Sie will warten, bis Gras über die Sache wächst und bringt es vorerst in ihre eigene Wohnung, wo sie es versteckt.

Anmerkung Wer die Sachverhaltsschilderungen vergleicht, stellt fest, dass sie sich nur in einem kleinen Sachverhaltsumstand unterscheiden: ob E das iPad im Keller der Großmutter oder in der eigenen Wohnung unterbringt. Dieser Umstand genügt aber, um zu einer gänzlich anderen rechtlichen Wertung zu kommen; dies werden Sie in der Auseinandersetzung mit materiellem Strafrecht noch erfahren.

Beispiel 5 A hat der B ihren Pelzmantel für 500 EUR verkauft, aber noch nicht übergeben. Im Nachhinein bereut sie den Verkauf, nicht zuletzt weil ihr ein Bekannter zugesichert hat, der Mantel habe den dreifachen Wert. Daher entscheidet sie sich, den Mantel doch an jemand anderen zu verkaufen.

Beispiel 5a B ist über diese Entwicklung nicht erfreut. Allerdings will sie die Freundschaft mit A nicht wegen eines Pelzmantels aufs Spiel setzen und gibt A daher ihr „Einverständnis“. Als B bei einer Theateraufführung sieht, wie A den Mantel bei der Garderobe abgibt, erkennt sie ihre Chance. Sie geht zur Garderobe und lässt sich den Mantel der A geben.

Beispiel 5b B meint auf die Nachfrage der A, verkauft sei verkauft. Als sie bei einer Theateraufführung sieht, wie A den Mantel bei der Garderobe

abgibt, erkennt sie ihre Chance. Sie geht zur Garderobe und lässt sich „ihren“ Mantel geben.

Anmerkung Auch wer keine Kenntnis von der rechtlichen Lösung hat, ahnt schon jetzt bei der Sachverhaltsbeschreibung, dass die Fallkonstellation 2 auf ein bestimmtes Problem hinaus will. Hier drängt sich die Frage auf, wie es sich auswirkt, dass B keinerlei Unrechtsbewusstsein hat und meint, es sei „ihr“ Mantel. Auch ohne vertiefte Strafrechtskenntnisse ist deutlich, dass dort in der Fallbearbeitung, anders als in der Fallkonstellation 1, ein Schwerpunkt liegt.

Beispiel 6 Die A hat bei V einen Wagen gekauft. A und V hatten ein zehntägiges Rücktrittsrecht vereinbart, von dem A Gebrauch macht. Nachdem sie den Rücktritt erklärt hat, behält A den Wagen noch ein paar Tage. Die – wie immer unaufmerksame und schusselige – A fährt, wie so oft, beim Rückwärtsparken wieder einmal gegen die Laterne.

Anmerkung Ohne erörtern zu müssen, ob dies in rechtlicher Hinsicht bedeutsam ist, drängt sich auf, dass der Sachverhaltssteller mitteilen und ein besonderes Augenmerk darauf richten wollte, dass A grundsätzlich nicht besonders sorgsam ist.

Beispiel 7 Der Malermeister A hat seinen Gesellen B damit beauftragt, das Haus des C zu streichen. Obwohl A den Gesellen B schon oft verwarnt hat, weil er sein Arbeitsmaterial unbeaufsichtigt gelassen hat, lässt B seinen Farbeimer so im Weg stehen, dass der Hauseigentümer C über ihn stolpern musste.

Anmerkung In dieser Fallkonstellation möchte Sie der Klausursteller nicht nur wissen lassen, dass B seinen Eimer verkehrt aufgestellt hat. Er lässt Sie auch wissen, dass A wusste, wie unzulänglich B arbeitet.

Beispiel 8 A schuldet B noch 100 EUR, die er ihm vorbeibringen möchte. A trifft nur die zehnjährige K an. Er übergibt das Geld der K. Diese gibt die Hälfte von dem Geld im Kiosk aus.

Anmerkung Schon beim ersten Lesen ist klar: das Problem besteht darin, wie es sich auswirkt, dass K erst zehn Jahre alt ist.

Übungsfall 1 Lesen Sie den Sachverhalt und markieren Sie Sachverhaltshinweise. Auf welche Fragen deuten die Hinweise hin?

Sachverhalt A besucht den Zoo im Zentrum. Der Zoo hat auch ein Affengehege, das für Besucher zugänglich ist. An dem Gehege sind zahlreiche, gut erkennbare, unterschiedliche Schilder und Hinweise angebracht. Auf den Schildern stehen unter anderem folgende Hinweise: "Betreten auf eigene Gefahr", "Affen sind sehr neugierig, können aber auch empfindlich zubeißen", "Bitte Ruhe! Machen Sie keinen Lärm und keine hastigen Bewegungen!", "Hände weg! Auch kleine Affen können empfindlich zubeißen!". Auf einem Bild waren auch ein blutender Finger sowie ein brüllender Affe symbolisiert. Es kam, wie es kommen musste: Kaum hatte A das Gehege betreten, sprang ihr ein Affe auf den Kopf und biss ihr in einen Finger, als sie reflexartig die Hand in die Höhe riss, um ihren Kopf zu schützen. A musste stationär behandelt werden. Die Behandlungskosten von 4.000,00 EUR übernahm die Versicherung.

Lösungsvorschlag	
Markierungsvorschlag	Anmerkung: Wenn Sie versuchen, alle rechtlichen Fragen und Argumente auszuklammern und so versuchen, sich auf die Sachverhaltsumstände zu konzentrieren, so stellen Sie fest, dass der Fallsteller Sie auf Folgendes hinweisen wollte:
A besucht den Zoo im Zentrum. Der Zoo hat auch ein Affengehege, das für Besucher zugänglich ist. An dem Gehege sind zahlreiche, gut erkennbare, unterschiedliche Schilder und Hinweise angebracht.	<i>Im Zoo waren gut sichtbare Warnhinweise angebracht. Wie wirkt sich das aus auf die Verantwortlichkeiten aus?</i>

Auf den Schildern stehen unter anderem folgender Hinweis: „Betreten auf eigene Gefahr“	<i>Wenn A sich entscheidet, das Affengehege in Kenntnis der Gefahr zu betreten, ist der Zoo dann überhaupt noch haftbar?</i>
„Affen sind sehr neugierig, können aber auch empfindlich zubeißen“, „Bitte Ruhe! Machen Sie keinen Lärm und keine hastigen Bewegungen!“, Hände weg! Auch kleine Affen können empfindlich zubeißen!“. Auf einem Bild waren auch ein blutender Finger sowie ein brüllender Affe symbolisiert. Es kam, wie es kommen musste, kaum hatte A das Gehege betreten, sprang ihr ein Affe auf den Kopf und biss ihr in einen Finger, als sie reflexartig die Hand in die Höhe riss um ihren Kopf zu schützen.	<i>Was bedeutet es, dass A die Hand reflexartig gehoben hat?</i>
A musste stationär behandelt werden. Die Behandlungskosten von 4.000,00 EUR übernahm die Versicherung.	<i>Und wie wirkt es sich aus, dass die Versicherung der A schon gezahlt hat?</i> <i>Das sind alles (Rechts-)fragen, die sich nur aus der Sachverhaltsbeschreibung ergeben und zwingend in dem Gutachten aufgegriffen werden müssen.</i>

Die Beispiele zeigen, dass bei konzentrierter Lektüre des Sachverhalts, der sprichwörtliche Wink mit dem Zaunpfahl sichtbar wird. Mit ihm will der Klausursteller die Lösung in eine bestimmte Richtung lenken. Im Umkehrschluss gilt aber auch: je mehr Sachverhaltsangaben in die Lösung des Falles eingebaut werden, umso sicherer kann man sein, dass die angedachte Lösung mit der vom Klausursteller konzipierten kompatibel ist.

Sicherlich versucht der ein oder andere Klausursteller einen Sachverhalt auszuschnüffeln, um ihn so humorvoller, witziger oder einfach nur lesbarer zu gestalten. Dies hat aber keine rechtliche Bedeutung. Daher bedarf es einer kritischen

Würdigung, um die relevanten von den belanglosen Hinweisen zu unterscheiden.

Beispiel 9 Rentner X kreuzt mit seinem PKW eine Kreuzung und übersieht dabei eine rote Ampel.

Anmerkung Wenn es keine weiteren Hinweise gibt, ist der Rentner-Status des X an dieser Stelle irrelevant. Es wäre ein überzogener Schluss, X sei als Rentner infolge seines Alters in seiner Fahrtüchtigkeit beschränkt.

Beispiel 10 A ist Ausländer. Er und seine deutsche Ehefrau E kaufen sich im Media Markt ein neues Handy.

Anmerkung Die Tatsache, dass A Ausländer und seine Ehefrau deutsch ist, ist für den Handykauf unbedeutend.

Für den Anfänger ist es oft nicht einfach, Wichtiges von Unwichtigem zu unterscheiden, da ihm noch die Rechtskenntnisse fehlen. Denn, wie gesagt: eine Sachverhalts-Information ist deshalb relevant, weil sie („Schloss“) den Hinweis auf ein Rechtsproblem („Schlüssel“) bietet. Dass X Rentner und A Ausländer ist, mag wahr und für viele Menschen wichtig sein; im konkreten Sachverhaltszusammenhang werfen diese Umstände keine rechtlichen Fragen auf und sind deshalb unerheblich. Um dies beurteilen zu können, muss man natürlich einen Überblick über die hier denkbaren rechtlichen Fragen haben. Damit „beißt sich die Katze in den Schwanz“. Richtig verstehen können Sie den Sachverhalt erst, wenn Sie ihn perfekt gelöst haben.

Merke Beachten Sie jedes einzelne Wort aus dem Sachverhalt. Fast jede Information gibt auch einen Hinweis für die Falllösung. Wichtig ist, was rechtsrelevant ist.

d) Die Fakten im Sachverhalt sind verbindlich

Bei der Analyse des Sachverhalts ist zu berücksichtigen, dass der Sachverhalt feststeht und so als verbindlich hinzunehmen ist. Selbst wenn Ihnen eine Sachverhalts-schilderung unlogisch, realitätsfern oder lebensfremd vorkommt, müssen Sie sie, soweit diese als Feststellung wiedergegeben wird, hinnehmen.

Beispiel 11 Der Ehemann M hat die gemeinsame Tochter über viele Jahre schwer misshandelt. Die Nachbarin N hat die Schreie vernommen und die Polizei gerufen. Ehefrau F hat tief geschlafen und von den Schreien der Tochter nichts mitbekommen.

Anmerkung Es wirkt in der Tat lebensfremd, dass die Nachbarin, nicht aber die Ehefrau die Schreie gehört hat. Dies ist aber so hinzunehmen.

Versetzen Sie sich in die Lage eines akademisch gebildeten, juristisch geprägten Menschen in durchschnittlichen Lebensverhältnissen und versuchen Sie, wie diesen den Text zu verstehen. Lassen Sie nichts weg und fügen Sie nichts hinzu. Vor allem vermeiden Sie es, die beschriebenen Umstände zu ver-



Abb.: http://i.auto-bild.de/ir_img/4/3/6/9/4/9/Schrottpresse-474x316-140df99fc7aa7702.jpg

biegen. Dazu neigt man z. B., weil man meint, der Fall müsse auf bestimmte Rechtsfragen zugeschnitten werden oder er entspräche einer bekannten Konstellation – dabei wurde der Sachverhalt im entscheidenden Punkt anders gestrickt. Diese sog. „*Sachverhaltsquetsche*“ kann im schlimmsten Fall dazu führen, dass ein anderer als der gestellte Sachverhalt bearbeitet wird.

Unterstellungen sind also grundsätzlich *unzulässig*. Ausnahmen gelten für Formalia, die unterstellt werden können, es sei denn, der Sachverhalt ergibt klar das Gegenteil.

Fehl am Platz sind auch ausdrückliche Auseinandersetzungen mit den faktischen Angaben des Textes. Auch wenn Sie, zumal vor Ihrem beruflichen Hintergrund, einzelne Umstände des Sachverhalts bezweifeln, nehmen Sie die Angaben als gegeben hin.

Beispiel 12 Im Sachverhalt heißt es, dass A das „Futter“ mit nach Hause nimmt, das zur „Äsung“ der „Rehe und des Schwarzwilds“ im Wald ausliegt. Ein Bearbeiter legte des Längeren dar, dass der Terminus „Äsung“ zwar auf

die Nahrung von Rehen sowie Dam- und Rothirschen verwendet werden dürfe, jedoch nicht auf das Futter von Schwarzwild.

e) Die sachverhaltlichen Rechtsaussagen sind verbindlich

Enthält der Sachverhalt Rechtsaussagen, und zwar berichtet aus der objektiven Erzählerposition, können und müssen diese ebenfalls ohne eigene Prüfung übernommen werden. Ist beispielsweise von einem fahrlässigen Handeln die Rede, können Sie dies bei Ihrer Prüfung als gegeben annehmen.

Anders verhält es sich, wenn rechtliche Fachausdrücke bewusst als fraglich gekennzeichnet sind. Beispielsweise lässt die Beschreibung, A habe ein Restaurant „gemietet“, durch die Anführungszeichen offen, ob tatsächlich eine Miete vorliegt. Hier muss durch weitere Sachverhaltsangaben ermittelt werden, ob tatsächlich ein Mietverhältnis oder eine Pacht vorliegt.

Fraglich sind auch Rechtsausführungen. Dies sind Rechtsaussagen, die den Akteuren in den Mund gelegt werden. Rechtsausführungen sind für Sie weder verbindlich, noch erschöpfend und auch nicht per se folgerichtig. Sie bieten lediglich einen Hinweis auf Aspekte, die der Klausursteller berücksichtigt haben möchte. Deshalb sind die Rechtsansichten stets zu erörtern, dürfen also nicht einfach übergangen werden. Es gilt, diese tatsächlich oder rechtlich zu belegen oder zu widerlegen.

Beispiel 13 Vor 30 Jahren hatte die A ihrer Schwester S den Ring der Urgroßmutter geliehen, den diese der A vermacht hatte. A möchte den Ring wieder haben, um ihn ihrer Tochter zur Verlobung zu schenken. S will den Ring nicht herausgeben. Nach dieser langen Zeit in ihrem Besitz dürfe sie den Ring nun endgültig behalten.

Anmerkung Mit dem letzten Satz des Sachverhaltes möchte Sie der Klausursteller darauf hinweisen, dass Sie auf die entsprechenden zivilrechtlichen Fragestellungen eingehen (hier insbesondere: Ersitzung bzw. Verjährung des Herausgabeanspruchs).

Merke Eindeutige rechtliche Wertungen sind ohne erneute Prüfung anzunehmen. Rechtsausführungen müssen erörtert und geprüft werden.

f) Der Sachverhalt ist vollständig

Wenn Sie den Sachverhalt analysieren, denken Sie daran, dass er alle

Informationen enthält, die für die Lösung nötig sind. Aus dem Vollständigkeitsprinzip folgt:

Informationen, die sich Ihnen nicht ohne weiteres erschließen, sind entweder für die Lösung irrelevant oder sie fehlen, aber sind zu erschließen, weil vom Normalfall auszugehen ist.

Ist beispielsweise von einem Gesetz die Rede, können Sie voraussetzen, dass dieses wirksam ist, wenn es keinen besonderen Hinweis gibt. Ebenso gelten Verträge als wirksam, wenn der Sachverhalt keinen Anlass gibt, daran zu zweifeln. Genauso können hier auch Beweislastregeln oder Fiktionen, die Sie im Laufe des Studiums noch kennenlernen werden, zum Tragen kommen.

3. Gliedere den Sachverhalt!

Bei diesem Arbeitsschritt geht es darum, anhand der erkannten Hinweise, eigenen Notizen und ersten Unterstreichungen den Sachverhalt systematisch mit Markierungen zu gliedern, anschaulich zu machen und sinnvolle Komplexe zu erfassen.

3.
Ordnen

a) Markierungen

Auch wenn es einem Anfänger erst nicht einleuchtet: Auch das Unterstreichen des Sachverhalts will gelernt sein. Hier ist es wichtig, selektiv und planmäßig vorzugehen. Sachverhaltsumstände sollten thematisch gruppiert werden; dadurch werden sie nicht nur hervorgehoben, sondern optisch systematisiert.

Beispielsweise können Vorgänge, die eine bestimmte Handlung betreffen grün, Fristen rot, Beschreibung von Örtlichkeiten blau gekennzeichnet werden. Hierbei gilt es, einen Mittelweg zu finden. Zu oberflächliches Arbeiten ist genauso schädlich, wie eine kleinkarierte Systematik mit 17 Buntstiften, die dazu führen würde, den Überblick zu verlieren.

b) Skizzen

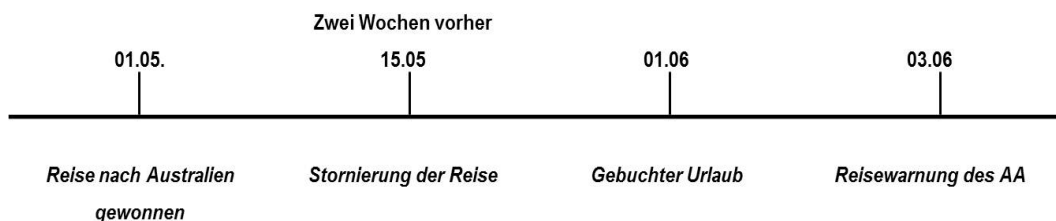
Gerade bei umfangreicheren Sachverhalten ist es ratsam, eine Skizze anzufertigen. Hier bieten sich an:

- eine chronologische Zusammenstellung der relevanten Tatsachen bzw. Rechtsauffassungen
- ein Schaubild der Personen und Rechtsbeziehungen (samt Interessenlage)
- u. U. örtliche Skizzen

aa) Zeitskizze

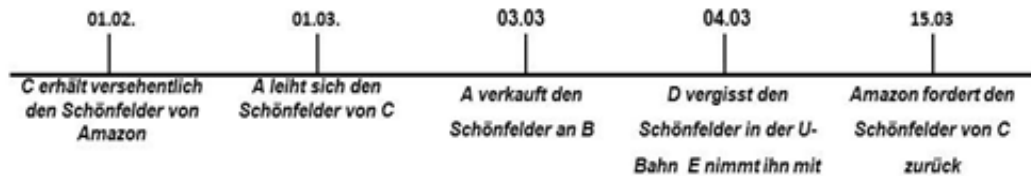
Gerade im Zivilrecht und Öffentlichen Recht, aber unter Umständen auch im Strafrecht, können Daten und Zeitpunkte genannt werden. Diese spielen unter anderem, aber nicht ausschließlich, für Fristen, Verwirkung und Verjährungen eine Rolle. Sie dienen aber auch einfach dem Verständnis, denn erst die Chronologie macht ein Geschehen meist verständlich. Der Sachverhalt wird aber nicht immer die zeitliche Reihenfolge beachten.

Beispiel 14 A plant am 01.06. nach Tunesien zu fliegen. Zwei Wochen zuvor storniert er die Reise, weil er einen Monat vorher eine Reise nach Australien gewonnen hat. Außerdem hat das Auswärtige Amt am 03.06. eine Reisewarnung ausgegeben, weil es in Tunesien zu Übergriffen auf Touristen gekommen ist.



Beispiel 15 A verkauft am 03.03. einen Schönfelder an B. Diesen hatte er sich zwei Tage zuvor von C geliehen. C wurde der Schönfelder versehentlich am 01.02. von Amazon zugeschickt, obwohl er ihn nicht bestellt hatte. A hat keine Zeit, dem B den Schönfelder zu bringen, also bittet er D darum. D macht sich einen Tag später auf den Weg. In der U-Bahn trifft er seine Ex-Freundin und verlässt fluchtartig die Bahn, um ihr aus dem Weg zu gehen.

Dabei vergisst er den Schönfelder in der Straßenbahn. E beobachtet dies, er erkennt seine Chance und lässt den Schönfelder beim Ausstieg mitgehen. Sechs Wochen nach der Versendung fällt der Fehler bei Amazon auf und C wird aufgefordert, den Schönfelder wieder herauszugeben.

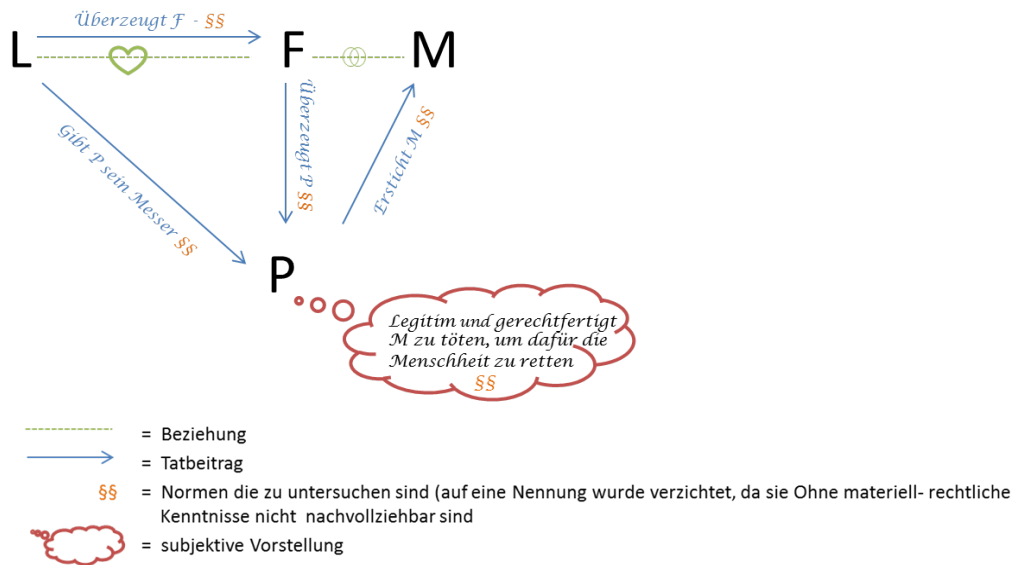


bb) Personenskizze

Wenn im Sachverhalt mehrere Personen aktiv sind, sollte man sich deren Beziehungen und Tatbeiträge ebenfalls skizzieren.

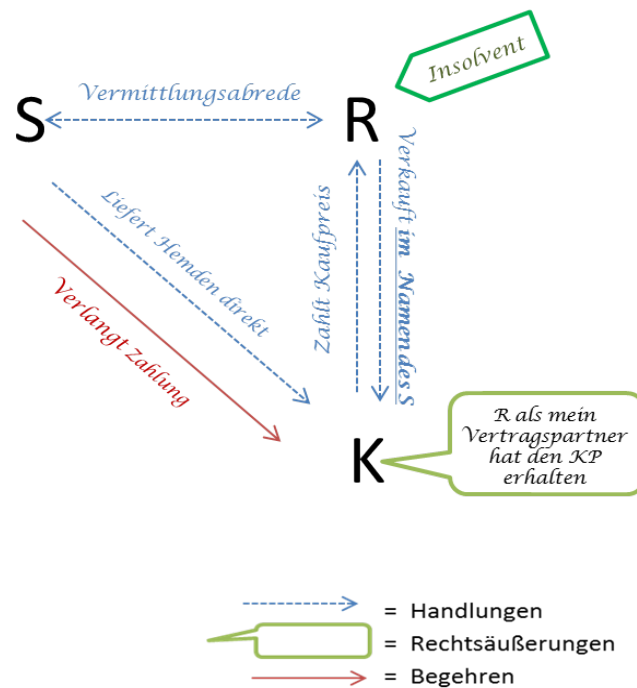
Beispiel 16 Die Ehefrau F hat seit einiger Zeit einen Liebhaber, L. L hat die Idee, den Ehemann der F, den M, aus dem Weg zu räumen. Er weiß, dass der gutgläubige und leicht beeinflussbare Polizist P in die F verliebt und geradezu besessen von ihr ist. Er überzeugt die F davon, den P für ihre Zwecke zu benutzen. Durch L veranlasst, erzählt sie dem P, es gebe einen Katzenkönig – das Sinnbild des Bösen –, der die Existenz der Menschheit bedrohe. Dieser Katzenkönig sei nur durch ein Menschenopfer zu besänftigen und verlange, dass M geopfert werden müsse – dann werde er die Menschheit verschonen. P meint, dieses „Menschenopfer“ sei angesichts der Rettung der Menschheit legitim, jedenfalls gerechtfertigt. Daraufhin ersticht P den M in einem Blumengeschäft mit dem Messer des L, das ihm dieser für die Tat zur Verfügung gestellt hat.⁵⁹

⁵⁹ Angelehnt an BGHSt 35,347 ff. – Katzenkönig.



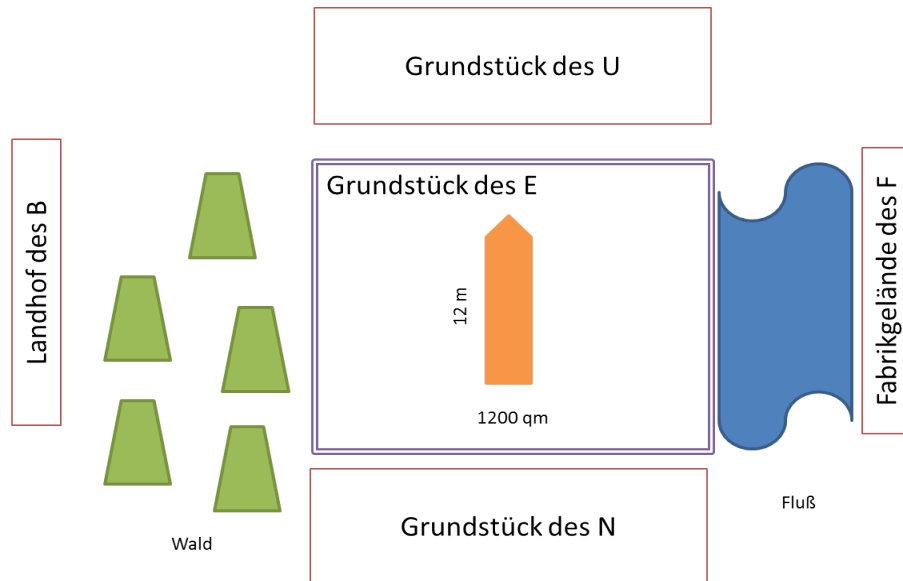
Beispiel 17 S hat eine Schneiderei, welche zunehmend in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Der Schneider R wird zum Retter in der Not. Er hat früher Hemdengeschäfte für den S vermittelt und nimmt die Sanierung des Unternehmens in die Hand. Im Rahmen dieser Sanierung schloss er mit K einen Kaufvertrag über die Lieferung von Hemden. K bezahlte die Hemden sofort. R teilte S mit, dass er in dessen Namen den Vertrag geschlossen habe und er die Hemden unverzüglich an K liefern solle. Das tut S auch. Bei Lieferung verlangt S Zahlung von der K. K verweist darauf, dass R als ihr Vertragspartner, schon das Geld erhalten habe. R teilt S mit, dass er inzwischen insolvent sei, daher möchte S Zahlung von K verlangen.⁶⁰

⁶⁰ Angelehnt an BGH NJW 1974, 1132 ff.



cc) Ortsskizze

Beispiel 18 E hat, mit Erlaubnis der zuständigen Behörde, im Außenbereich des Dorfes D eine Mobilfunkantenne auf seinem Grundstück errichtet. Die 12 m hohe Antenne befindet sich in der Mitte des 2000 qm großen Grundstückes. Im Süden grenzt das Grundstück an das Grundstück des Nachbarn N, der das darauf erbaute Haus an M vermietet. Im Norden grenzt das Grundstück an das Grundstück des Umweltverbandes U. Im Osten schließt das Grundstück an einen kleinen, 10 Meter breiten Fluss an, hinter dem das Fabrikgelände des F liegt. Im Westen grenzt es an einen kleinen Wald, an den sich der Landhof des Bauern B anschließt.



c) Sachverhaltskomplexe

Dieser Punkt ist eng mit dem vorgenannten verknüpft. Je fortgeschrittener die Klausuren sind, umso vielfältiger wird auch der Sachverhalt. Während der Sachverhalt in den Anfangssemestern noch einzelne Fall- und Lebenssituationen weniger Personen in einem überschaubaren Raum erfasst, wächst dies mit Fortschreiten des Studiums zu immer komplexeren Fallkonstellationen. Hier müssen nun die einzelnen Lebenssituationen herausgearbeitet und geordnet werden, beispielsweise nach unterschiedlichen Personen, Begehren, Handlungs- oder Geschehensabschnitten.

Beispiel 19 Der Minderjährige M bekommt 40 EUR Taschengeld. Zusammen mit dem Geld, das er zu Weihnachten und zum Geburtstag bekommen hat, hat er sich 1000 EUR zusammengespart. Hiervon kauft er sich ein Mofa.

Beispiel 19a Der Minderjährige M bekommt 40 EUR Taschengeld. Zusammen mit dem Geld, das er zu Weihnachten und zum Geburtstag bekommen hat, hat er sich 1000 EUR zusammengespart. Hiervon kauft er sich ein Mofa. Leider war der Kauf ein Fehlgriff. Daher gibt er das Mofa am nächsten Tag zurück. Um sich dieses Mal ein ordentliches Gefährt zu leisten, hat er sich weitere 1000 EUR aus der Haushaltskasse genommen und kauft am nächsten Tag ein Mofa für 2000 EUR.

Beispiel 20 A bricht am 01.01. in die Wohnung des X ein.

Beispiel 20a A bricht am 01.01. in die Wohnung des X ein. Am nächsten Tag bricht er mit B auch in die Wohnung des Y ein. Da sie einige wertvolle

Dinge zurücklassen und wissen, dass Y im Urlaub ist, entschließt sich B, diesmal alleine, am nächsten Tag nochmals in die Wohnung des Y einzubrechen.

Anmerkung Die Ausgangsfälle waren einfacher gestrickt, in den Abwandlungen müssen Sie den Sachverhalt in Abschnitte gliedern, zwischen den Personen, Handlungen und Tagen unterscheiden.

4. Verarbeiten des Sachverhaltes

Im letzten Arbeitsschritt geht es nun darum, die geordneten Hinweise in Lösungsansätze umzuwandeln. Alle gewonnenen Aspekte werden aufgegriffen, um sicherzugehen, dass keiner im Eifer der Falllösung untergeht. Die Erfahrungen der Klausurkorrektur zeigen, dass oft entscheidende Anmerkungen auf dem Sachverhaltstext und der Lösungsskizze notiert worden sind, aber in der Niederschrift des Gutachtens fehlen. Ein häufiges Defizit der Falllösung ist nämlich seltener, dass wichtige Sachverhaltsaspekte nicht erkannt, sondern dass sie nicht konsequent weiterverarbeitet werden.

4.
Verarbeiten

Merke Alle erkannten Sachverhaltshinweise müssen sich konsequent in der Lösungsskizze wiederfinden.

Es gibt Sachverhaltsangaben, die sich nicht gut skizzieren lassen, aber besonders wichtig sind. Wenn diese lediglich im Sachverhaltstext markiert sind, besteht die Gefahr, dass man vergisst, sie in die Lösungsskizze einzubauen.



Sobald man mit der rechtlichen Lösung beginnt, neigt man dazu, den Sachverhalt aus den Augen zu verlieren.

Damit dies nicht geschieht, ist es ratsam, sich zusätzliche Notizen über Sachverhaltsangaben zu machen, die man in seine Lösung einbauen will. Hierzu kann man zunächst auf seinen Ideenzettel zurückgreifen. Jeder der hier notierten Punkte darf erst abgehakt werden, wenn er in der Lösungsskizze eingebaut wurde. Es ist sinnvoll, Probleme und Schwerpunkte schon hier besonders zu kennzeichnen, um sie in der anschließenden Auswertung entsprechend zu gewichten. D. h.: Sie werden zu diesen Punkten mehr als zu anderen schreiben (Quantität) und sie tiefergehender begründen (Qualität).

Eine Möglichkeit, diesen Arbeitsschritt umzusetzen, ist eine tabellarische Skizze, die wie folgt aussehen kann.

Sachverhaltsinfo	Tatsächlicher Hinweis	Rechtlicher Hinweis	Besonderer Problem-schwerpunkt	Eingebaut
Kurzer Vermerk über das Schlagwort im Sachverhalt	Kurze Würdigung, was Sie in tatsächlicher Hinsicht aus diesem Sachverhaltshinweis schlussfolgern	Kurze Würdigung, was Sie in rechtlicher Hinsicht aus diesem Sachverhalt schlussfolgern	Stellt dies ein rechtliches Problem und somit einen Schwerpunkt der Klausur dar? Und wenn ja, welchen?	Ist der Gedanke tatsächlich in der Lösungsskizze eingebaut worden?

In der praktischen Umsetzung könnte das Ganze dann wie folgt aussehen:

Beispiel 21 F ist seit 10 Jahren mit dem brutalen M verheiratet. Da M zunehmend aggressiv wird, entscheidet sie sich, sich von ihm zu trennen. Sie teilt dies dem M mit und verlässt das Haus. In seiner Verzweiflung und Wut entscheidet sich M, das gemeinsame Haus anzuzünden. Vorher warnt er seinen erwachsenen Stiefsohn S, er solle das Haus verlassen. Er legt einen Brandsatz, der einen kleinen Brand über ein paar Treppenstufen verursacht, allerdings untauglich ist, auf das Haus überzugehen. S entdeckt das Feuer und will das Feuer löschen. Als M sich ihm in den Weg stellt, kommt es zu einem Gefecht. M fällt in dem Gerangel zu Boden und löscht dadurch mit seinem Körper das Feuer, bevor es weitergehenden Schaden anrichten kann. Bei der Auseinandersetzung bringt M eine wertvolle Vase ungewollt zu Bruch. M wird bewusst, was er angerichtet hat.

Sachverhaltsinfo	Tatsächlicher Hinweis	Rechtlicher Hinweis	Besonderer Problemschwerpunkt	Eingebaut
Gemeinsames Haus	Das Haus gehört nicht M allein	Da M nicht Alleineigentümer ist, ist das Haus für ihn fremd (§ 306 Abs. 1 StGB)	/	
M warnt S	M hat versucht, Gefahren von S abzuwenden	Ist dadurch die konkrete Gefahr der schweren Brandstiftung ausgeschlossen? (§ 306 a Abs. 1, 2 StGB)	Ist es entscheidend, dass potenziell oder tatsächlich Menschenleben in Gefahr ist?	
Brandsatz untauglich, mehr als ein paar Meter in Brand zu setzen	Objektiv zur Inbrandsetzung nicht geeignet.	Untauglicher Versuch? (§ 23 Abs. 3 StGB)	/	
M fällt in dem Gerangel zu Boden und löscht dadurch mit seinem Körper das Feuer, bevor es weitergehenden Schaden anrichten kann	M hat den Erfolg seines Handelns abgewendet.	Rücktritt? (§ 24 Abs. 1 StGB)	Das Nichtbeenden dürfte nicht freiwillig sein und damit keinen Rücktritt darstellen.	
M bringt die Vase ungewollt zu Bruch	M handelte unabsichtlich	Kein Vorsatz, fahrlässige Sachbeschädigung nicht strafbar	/	

Nach diesem Arbeitsschritt folgt die Erarbeitung der Lösungsskizze, anschließend das Gutachten. Damit ist die Arbeit mit dem Sachverhalt aber noch nicht beendet.

Wie schon besprochen, können Sie den Sachverhalt erst vollständig verstehen, wenn Sie ihn rechtlich perfekt bearbeitet haben. Deshalb dürfen Sie ihn während der gesamten Falllösung nicht zur Seite legen. Vielmehr müssen Sie konsequent weiter am Sachverhalt arbeiten.

Zusammenfassung

<p>Schritt 1</p> <p>Erfassen des Sachverhaltes</p>	<p>Zielsetzung: Überblick über den Sachverhalt gewinnen. Lesen des Sachverhaltes ohne Kenntnis der Fallfrage. Festhalten der ersten Ideen.</p> <p>Kontrollfrage: Ist der Sachverhalt grob verstanden, sodass er in eigenen Worten grob wiedergegeben könnte?</p>
<p>Schritt 2</p> <p>Suchen und Sammeln</p>	<p>Zielsetzung: Sachverhaltshinweise erkennen. Auseinandersetzung mit der Fallfrage. Analyse des Sachverhaltes durch präzises Lesen. Ideenzettel.</p> <p>Kontrollfrage: Habe ich alle Sachverhaltshinweise erkannt und gekennzeichnet?</p>
<p>Schritt 3</p> <p>Ordnen</p>	<p>Zielsetzung: Sachverhalt gliedern und veranschaulichen, um ein tieferes Verständnis zu gewinnen. Systematisches Markieren und Skizzieren zeitlicher Abläufe, personeller Tatbeiträge sowie der örtlichen Begebenheiten. Ordnen des Sachverhaltes nach Lebenssachverhalten und Kontexten.</p> <p>Kontrollfrage: Habe ich den Sachverhalt ausreichend strukturiert?</p>
<p>Schritt 4</p> <p>Verarbeiten</p>	<p>Zielsetzung: Festhalten und Einordnung aller erkannten Sachverhaltshinweise mit Blick auf die Lösungsskizze. Tatsächliche und rechtliche Hinweise aus den Sachverhaltshinweisen herausarbeiten und notieren. Ideen zur rechtlichen Umsetzung vermerken. Problemschwerpunkte fixieren.</p> <p>Kontrollfrage: Wurden alle wesentlichen erkannten Sachverhaltshinweise aufgegriffen? Ist auch keine Idee untergegangen? Wurde jeder Sachverhaltshinweis, jedes Wort im Lösungsansatz verwertet?</p>

C. Einführung in den Gutachtenstil

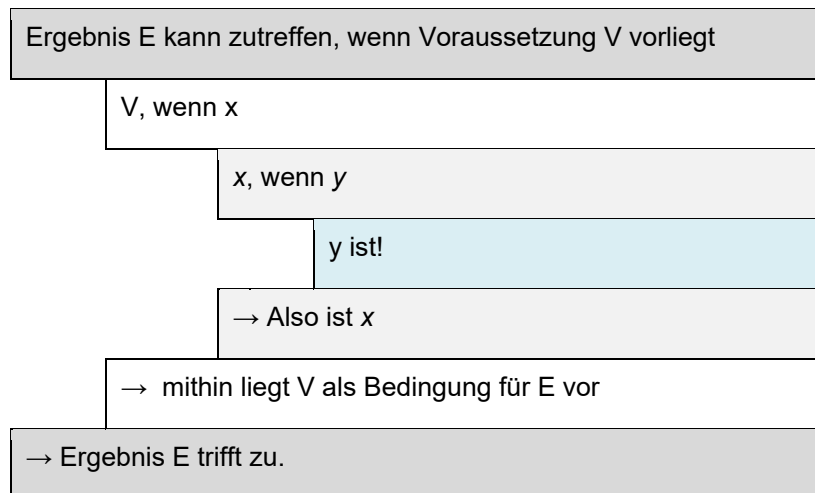
Der Zweck eines Rechtsgutachtens besteht darin, rechtlich begründete Lösungen für ein Problem zu finden. Dazu unterstellen Sie ein mögliches Ergebnis und prüfen verschiedene Rechtsgrundlagen, die für den vorliegenden Fall als Stützung der möglichen Lösung in Betracht kommen.



Zweck des Gutachtens

- Sichten und prüfen
- der Rechtsgründe,
- die für oder gegen
- eine angenommene Falllösung sprechen.

Die Prüfung des jeweiligen Rechtsgrunds erfolgt in einem speziellen Konditionalstil (Wenn → Dann): Das Ergebnis wird (dann) bejaht, **wenn** dessen **Voraussetzungen** bejaht werden können: „Ergebnis E ist (dann) gegeben, wenn dessen Voraussetzung V gegeben ist“:



Der Gutachtenstil ist eine Besonderheit der deutschen Juristenausbildung.⁶¹ Seit Ende des 19. Jahrhunderts⁶² absolvieren Studierende und Referendare dieses geistige Training⁶³ zur Strukturierung ihrer Falllösungen.

Der Gutachtenstil erschöpft sich nicht in Stilfragen, sondern fingiert eine bestimmte Situation: Die des Berichterstatters vor seinem Kollegialgericht. Der Berichterstatter, selbst ein Mitglied des Gerichts, nimmt intern zu dem anstehenden Sachverhalt Stellung und bereitet für das Kollegium die Entscheidung vor. Im Studium beschränkt sich das Gutachten auf den *rechtlichen* Teil dieser Stellungnahme. Studierende müssen also lediglich die juristische Argumentation, aber nicht die persönlichen, wirtschaftlichen oder rechtspolitischen Konsequenzen der Entscheidung erörtern.⁶⁴ Damit konzentriert sich das akademische Gutachten auf die so genannten materiell-rechtlichen Überlegungen. Das bedeutet für die einzelnen Rechtsgebiete:

- Im **Zivilrecht** prüfen Sie typischerweise, ob jemand einen *Anspruch* gegen einen anderen hat, der sich aus einer (oder mehreren) *Anspruchsgrundlagen* ergibt,
- im **Strafrecht**, ob sich der Täter gemäß eines (oder mehrerer) *Gesetze strafbar gemacht* hat und

⁶¹ Filippo Ranieri, Juristen für Europa – Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung, 1997, S. 801–813, 809 ff.

⁶² Carl-Friedrich Stuckenberg, Der juristische Gutachtenstil als cartesische Methode, in: G. Freund, U. Murmann u.a. (Hrsg.): Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. FS f. Wolfgang Frisch, Berlin 2013, S. 165–186, S. 185.

⁶³ Goldschmidt, Rechtsstudium und Prüfungsordnung, 1887, S. 262 spricht von „praktischer Gymnastik“, zit. v. Stuckenberg (Fn. 62), S. 185.

⁶⁴ Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 62), S. 168.

- im **Öffentlichen Recht**, ob ein hoheitliches Handeln z. B. durch ein Gesetz oder einen Verwaltungsakt *rechtmäßig*, insbesondere verfassungsgemäß ist. Hier allerdings verlangt die Fallbearbeitung regelmäßig, auch die Erfolgsaussichten einer Klage zu prüfen, also auch prozessuale Fragen zu erörtern.⁶⁵

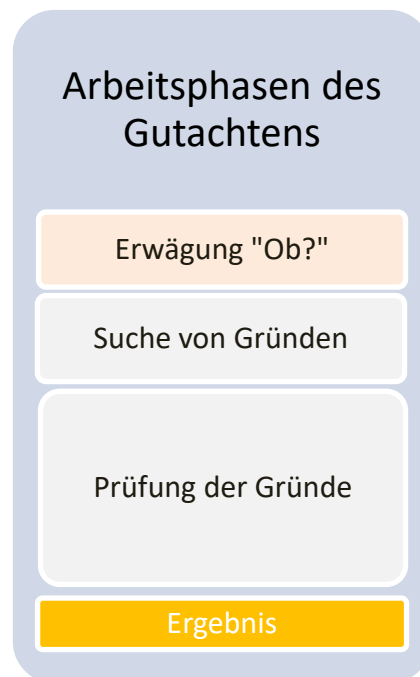
I. Gutachtenstil ist Stilmix

Der Gutachtenstil kombiniert drei verschiedene Ansätze zu einer schlüssigen Form:

- Den **Such- und Prüfmodus**: Ob es so ist?
- Das Begründen im **Konditionalstil** („...Ergebnis ist, wenn dessen Voraussetzung V ist...“)
- die Idee des **Justizsyllogismus**.

1. Der Such- und Prüfmodus

Das Rechtsgutachten dokumentiert einen Suchprozess. Nachdem man den Suchauftrag mit Hilfe des Sachverhalts geklärt hat, erwägt man ein mögliches Ergebnis und sichtet dafür Rechtsgrundlagen, welche dieses stützen könnten. Dafür wird jeder Rechtsgrund für sich geprüft und die jeweiligen Ergebnisse festgestellt.



⁶⁵ Sie müssen nach einem leicht erlernbaren Schema die Zulässigkeit und die Begründetheit eines möglichen Rechtsmittels begutachten; im Mittelpunkt steht aber auch hier die materiell-rechtliche Prüfung.

Alltagsbeispiel

Erwägung: Ich könnte heute länger schlafen...

Grund? ...denn möglicherweise ist Feiertag?

Prüfung des Grundes: Der Kalender bestätigt: es ist Feiertag!

Ergebnis: Ich kann heute länger schlafen.

Rechtsbeispiel

Erwägung: V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 50 EUR haben...

Grund? V und K haben möglicherweise einen Kaufvertrag geschlossen?

Prüfung des Grundes: ...V und K haben einen entsprechenden Vertrag geschlossen!

Ergebnis: V hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 50 EUR.

a) Urteilsstil

Im Unterschied zum suchenden Gutachtenstil („Ob?“) stellt ein Text im **Urteilsstil** das Ergebnis an den Anfang. Dies charakterisiert die Gerichtsentscheidung. Der Suchprozess ist abgeschlossen, das Gericht hat sich für eine Lösung entschieden. Es teilt sein Ergebnis mit und stellt im Anschluss daran den Rechtsgrund dar.



Alltagsbeispiel im Urteilsstil

Entscheidung: Ich kann heute länger schlafen...

Grund: ...weil Feiertag ist.

Oder ausführlicher:

Entscheidung: Ich kann heute länger schlafen

Grund: ...weil Feiertag ist und man ja bekanntlich an Feiertagen länger schlafen kann.

Weitere Begründung des Grundes: Ja, laut Kalender ist heute ein Feiertag.

Rechtsbeispiel Urteilsstil

Entscheidung: V steht gegen K ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB in Höhe von 50 EUR zu.

Grund: Die Voraussetzungen des Kaufpreisanspruchs liegen nach Überzeugung des Gerichts vor.

Begründung des Grundes: V und K haben einen entsprechenden wirksamen Kaufvertrag geschlossen.

b) Suchen mit System

Zurück zum Gutachten. Nachdem das erste Fragliche formuliert ist, werden Gesichtspunkte gesammelt, die für diese Annahme einen Rechtsgrund liefern könnten. Im Zivilrecht handelt es sich dabei zunächst um *Anspruchsgrundlagen*. Für die weiteren Obersätze eines Gutachtens kommen als Rechtsgrundlage auch andere Normen in Betracht, desgleichen Definitionen, Auslegungsgrundsätze oder Lehrsätze. Wie man Rechtsgründe sucht und findet, erfahren Sie in den Abschnitten zur „Informationskompetenz“⁶⁶ und zum Thema „Prämissen finden“.⁶⁷

Haben Sie eine Anspruchsgrundlage oder einen anderen Satz für eine mögliche Lösung gefunden, werden Sie ihn auf seine Tragfähigkeit hin prüfen. Dieser oft schwierige und umfangreiche Prozess wird mit dem Gutachtenstil organisiert.

Oberstes Ziel ist dabei, dass Sie strikt Ordnung halten.

- Wenn Sie eine Frage (Ob?) aufwerfen, müssen Sie diese beantworten. Am Ende werden Sie zu jeder einzelnen Erwägung zweifelsfrei Stellung bezogen haben. Keine Fäden fallen lassen!

Beispiel *Erwägung:* Zu prüfen ist, ob die R die auf Abschluss des Reisevertrags gerichtete Willenserklärung durch Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend (ex tunc) vernichtet hat.

Ergebnis: Somit ist die Willenserklärung der R rückwirkend als von Anfang an nichtig anzusehen.

⁶⁶ Vgl. Informationskompetenz in der Moodle-Kursumgebung.

⁶⁷ Modul Propädeutikum, Kurseinheit 2, Teil C.

- Nur feststellen, was zuvor begründet wurde. Keine Verweise nach vorne, also auf den noch folgenden Teil Ihres Gutachtens! Rückbezüge sind dagegen gestattet.

...wie noch zu zeigen sein wird...

Falsch

..., s.u.

Falsch

Der PKW war, wie bereits festgestellt, für A eine fremde Sache.

Richtig

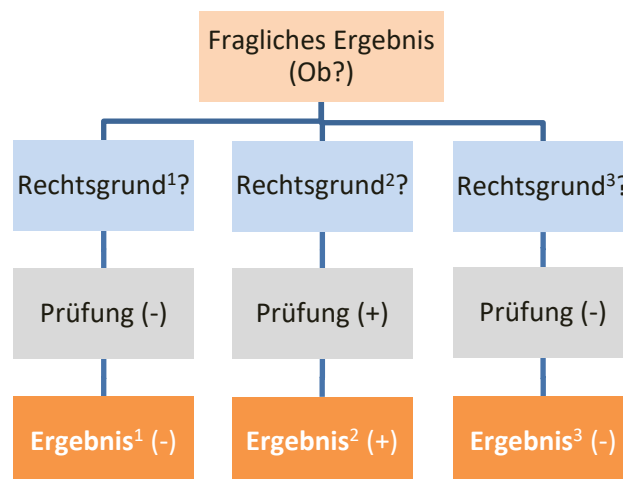
..., s.o.

Richtig

- Wenn man für ein Ob (das zu erwägende Ergebnis) einen begründenden Gesichtspunkt anführt,

„Ich könnte länger schlafen ← weil Feiertag ist“, „C könnte von E das Cabrio verlangen ← auf Grund eines Rückgabeanspruchs gegen E gemäß § 604 Abs. 1 BGB“, „A könnte sich strafbar gemacht haben ← wegen Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB“ sollten Sie genau bei *diesem* Thema bleiben und allein *diesen* möglichen Grund unter dem gewählten Gliederungspunkt untersuchen.

- Für jeden *zusätzlichen* Gesichtspunkt, der das angenommene Ergebnis *außerdem* stützen könnte, ist zu einer neuen Prüfung unter einem neuen gleichrangigen Gliederungspunkt anzusetzen.



Alltagsbeispiel**Prüfung mehrerer Gesichtspunkte**

A. Ergebnishypothese: Ich könnte heute länger schlafen...

I. Gesichtspunkt¹: ...weil Feiertag ist? [„(Wenn) Feiertag → (dann) kann man länger schlafen“]

1. Prüfung: Der Kalender sagt leider nein: heute ist kein Feiertag (-)

2. Ergebnis¹: Ich kann heute nicht länger schlafen 😞

II. Gesichtspunkt²: ...weil mein erster Termin heute ausfällt? [„Wenn erster Termin ausfällt → (dann) länger schlafen“]

1. Prüfung: Termin fällt aus, ja! (+)

2. Ergebnis²: Ich kann heute länger schlafen 😊

III. Gesichtspunkt³: ...weil ich müde bin? [„(Wenn) müde → (dann) länger schlafen“]

1. Prüfung: Der Regel-Anwendungstest wäre ja erfolgreich: ich bin müde!

Hier gibt allerdings die „Regel“ selbst Anlass zu einer Geltungsprüfung⁶⁸ →

Ergebnis (-): eine Regel dieser Art ist merkwürdig, so einen Grundsatz kann ich nicht für mich akzeptieren.

2. Ergebnis³: Ich kann heute nicht länger schlafen 😞

B. Endergebnis: Gemäß Begründung² kann ich heute länger schlafen.



2. Gründe prüfen im Gutachtenstil

Der Grund, der unmittelbar im Anschluss an die Ergebnishypothese gebracht wird

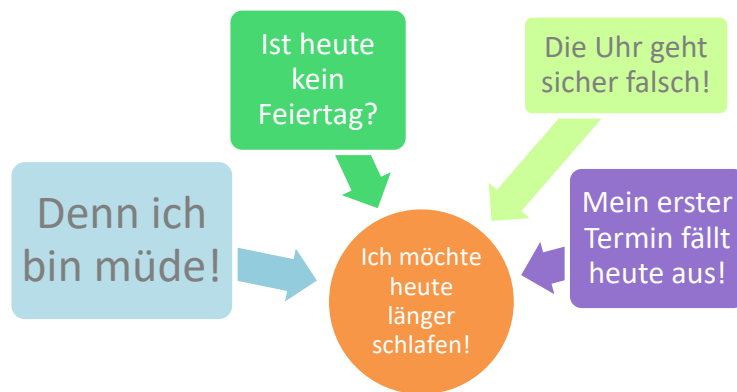
⁶⁸ Manchmal gibt es auch Anlass, die Gesetze *selbst*, deren Anwendung man im Gutachten testet, zu überprüfen (insbes. auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin oder, weil sie gegen sonstiges höherrangiges Recht verstoßen).

(hier das Argument „Termin fällt aus“ oder – in einer Klausur – eine gesetzliche Anspruchsgrundlage), versteht sich manchmal „von selbst“.

In den allermeisten Fällen müssen Sie jedoch darlegen, ob dieser Grund – die Rechtsnorm, die Meinung oder das Argument – Ihre Hypothese auch tatsächlich plausibel stützt.

a) Intuitiv Begründen

Dies könnte man sich einfach machen, indem man intuitiv Gründe anhäuft und sie so niederschreibt, wie sie einem in den Sinn kommen. In dieser Art argumentiert man im formlosen Umgang, etwa unter Freunden, in Foren oder bei Auseinandersetzungen zwischen Kollegen. Spätestens im Mittelteil eines Gutachtens verfallen aber auch viele Juristen in diesen Modus.



b) Begründen im Urteilsstil

Formstreng dagegen ist der Urteilsstil, das Gegenstück zum Gutachtenstil. Allerdings stellt er den Begründungstest nur im Ergebnis dar, indem er allein die tragfähigen Gründe auswählt und zu einer Konditionalkette ordnet.

Entscheidung ← Grund ← Grund ← Grund

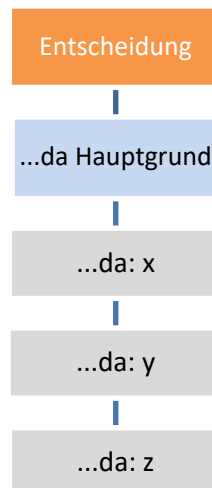
Alltagsbeispiel

Entscheidung: Ich kann länger schlafen!

Grund: Da heute mein erster Termin ausfällt.

Grund: Denn der Termin wurde von der Fa. Faul abgesagt.

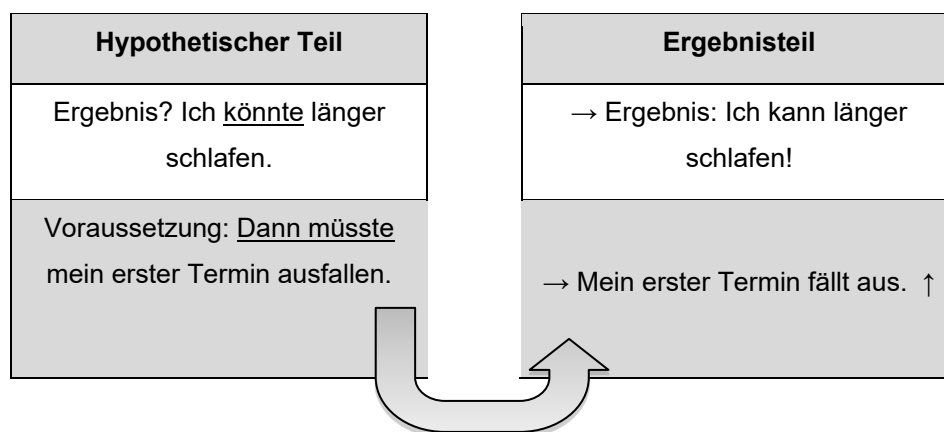
Grund/ Beweis: Email von gestern 19:30.



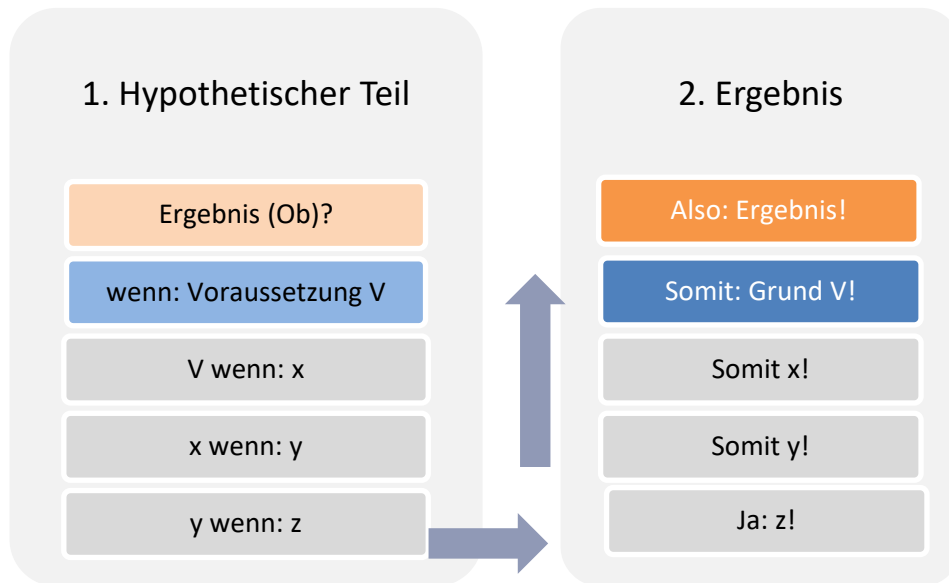
c) Prüfen und Begründen im konditionalen Gutachtenstil

Die dritte Art zu begründen ist der Konditionalstil. Dieses Verfahren ist deutlich umständlicher, hat dafür aber Vorzüge, die Sie noch entdecken werden. Anstatt eine aufgeworfene Frage direkt zu beantworten, nennt die konditionale Begründung die Bedingungen (Voraussetzungen) für die Antwort.

Alltagsbeispiel



Im hypothetischen Hauptteil, der fast allen Raum beansprucht, thematisieren Sie eine hypothetische Begründung für das hypothetische Ergebnis. Ausführlicher als in dem genannten Alltagsbeispiel setzt sich das Rechtsgutachten mit der zu untersuchenden Begründung auseinander und prüft sie anhand ihrer Voraussetzungen: „Das mögliche Ergebnis könnte mit Grund G begründet werden, **wenn** Voraussetzung x vorliegt“. Im Ergebnisteil durchlaufen Sie jede dieser Begründungsstationen im Rückwärtsgang und halten das Ergebnis der Prüfung fest. So entsteht eine Begründungskette wie beim Urteilsstil, nur in der logischen Ordnung „von unten nach oben“.



Angesichts der übersichtlich ermittelten Zwischenergebnisse erkennt man, dass die positiven Feststellungen zu x , y , z (in der rechten Spalte des zuvor stehenden Schaubildes) eine schlüssige Begründungskette bis zum gefundenen Ergebnis bilden:

$$z \rightarrow y \rightarrow x \rightarrow G \rightarrow \text{Ergebnis.}$$

Im hypothetischen Hauptteil des Gutachtens z (in der linken Spalte des zuvor stehenden Schaubildes) verläuft dazu spiegelverkehrt eine Konditionalkette:

Hypothetisches Ergebnis \leftarrow wenn Voraussetzung \leftarrow wenn $x \leftarrow$ wenn $y \leftarrow$ wenn z . Das Ergebnis E könnte zutreffen, wenn Voraussetzung V			
Voraussetzung V , wenn x			
x , wenn y			
$y!$			
\rightarrow Also ist auch x			
\rightarrow mithin liegt V als Bedingung/Begründung für E vor			
\rightarrow Ergebnis E trifft zu.			

Alltagsbeispiel

<i>Hypothetisches Ergebnis:</i> Ich könnte länger schlafen, wenn heute <u>mein erster Termin ausfallen würde</u> .
Mein erster Termin fällt aus, wenn Fa. Faul abgesagt hat.
Ja, ich erhielt gestern eine entsprechende Email um 19:30!
→ Fa. Faul hat abgesagt.
→ Ich kann länger schlafen!

Rechtsbeispiel (vereinfacht)

<i>Hypothetisches Ergebnis:</i> A könnte sich durch seine Handlung wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.
Dann müsste seine Handlung den objektiven Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB erfüllt haben.
Dann müsste er eine fremde Sache zerstört oder beschädigt haben.
A hat Bs Orchideen zertreten.
→ Damit hat A eine fremde Sache zerstört.
→ Mithin hat er durch seine Handlung den obj. Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB erfüllt.
(Die weiteren Voraussetzungen liegen vor) → A hat sich durch seine Handlung wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Denken unter Voraussetzungen

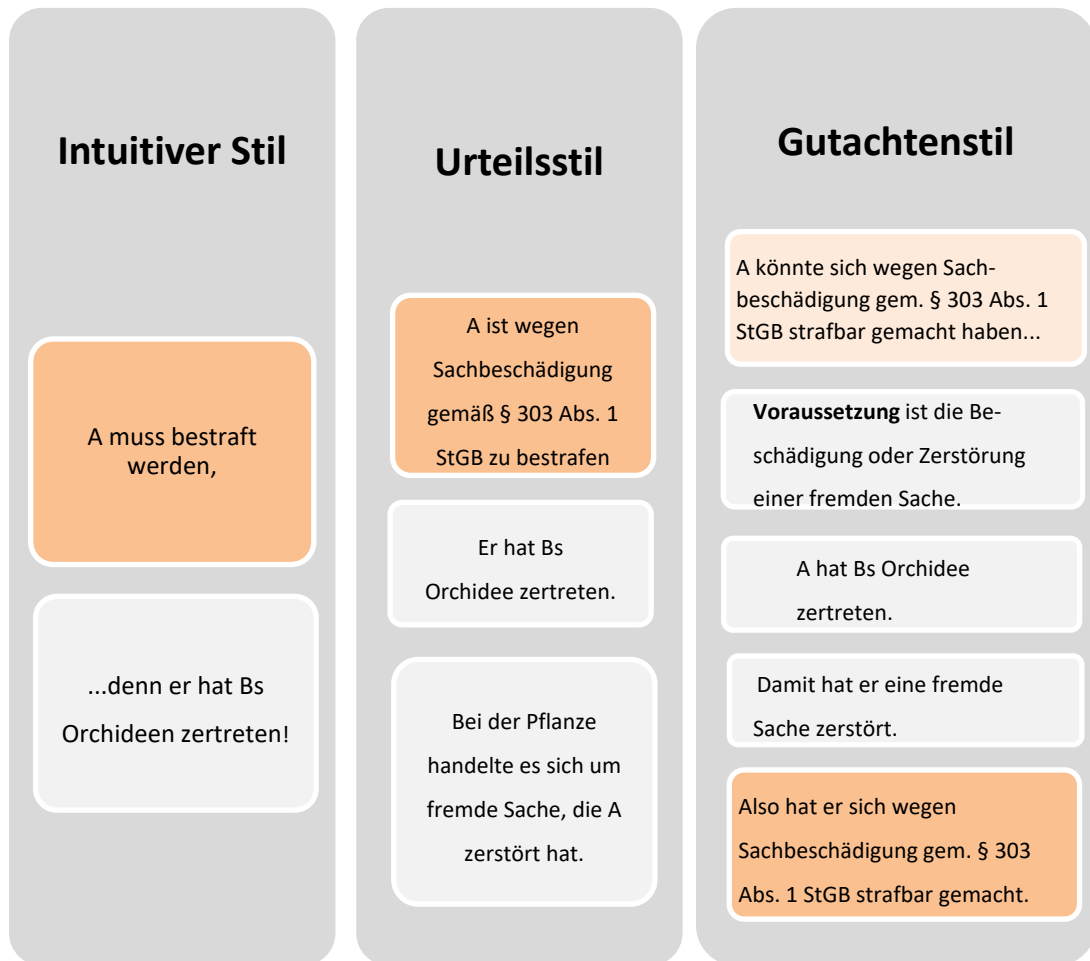
Zugegeben: wenn es nur um einige schlichte Gedanken geht, die einem morgens zwischen Schlaf und Wachen durch den Kopf ziehen, ist das Schema sperrig und umweghaft. Wenn Sie aber einen komplizierten Fall lösen müssen, werden Sie feststellen, dass der Stil zu einer lohnenden Disziplin verhilft. Statt direkt auf das Ergebnis loszustürmen und es zu verteidigen – oder es mit Pro und Contra zu diskutieren, wie Sie es in der Schule gelernt haben – analysieren Sie das vorgelegte Problem

und fragen sich: gibt es nicht in der Beziehung zwischen dem hypothetischen Ergebnis und der möglichen Begründung („Länger schlafen?“ wegen „Terminausfall“; „Strafbarkeit des A?“ wegen „Sachbeschädigung“ usw.) ein sicheres Drittes, nämlich eine Bedingung, Voraussetzungen oder Erklärungen, von denen aus man über diesen **Umweg** zur Lösung gelangen kann?

Dadurch berührt man eine Vielzahl von Gesichtspunkten, die sich um das Problem herumgruppieren.

- Man verzögert die Lösung, hält sich länger im Suchfeld auf,
- durchkämmt das gesamte rechtliche Problemfeld, das den Sachverhalt umgibt,
- übersieht keinen Aspekt und
- entdeckt häufig unerwartete Gesichtspunkte, die einer gründlichen und ausgewogenen Lösung zu Gute kommen.

Dies wird besonders im Vergleich der unterschiedlichen Prüf- und Begründungsstile deutlich.



- Beim **intuitiven Begründen** wird oft nicht ganz deutlich, auf welcher Norm oder welchem allgemeinen Gesichtspunkt ein Argument beruht.
- Beim **Urteilsstil** erfährt man die tragenden Gründe einer Entscheidung. Allerdings beschränkt sich der Urteilende auf die Überlegungen, die seine Entscheidung rechtfertigen. Der Leser erfährt selten etwas darüber, *wie* der Entscheider sein Ergebnis *gefunden* hat. Die Entscheidungsbegründung eines Urteils ist weniger transparent als die eines Gutachtens. Wenn ein Lösungsansatz fehlgeschlagen ist, wird ihn ein Gericht in seinem Urteil nicht erwähnen.⁶⁹ Der Urteilsstil ist damit diskreter, aber auch für Außenstehende weniger verständlich.

Der **konditionale Stil** eines Gutachtens dagegen erleichtert es dem Leser, die Suche des Entscheiders nach der rechtlichen Lösung nachzuvollziehen.

⁶⁹ Manchmal bekommt der Leser aber doch Einblicke in den Suchprozess, der gerichtlichen Entscheidungen vorausgeht. Aufschlussreich sind dafür die argumentativen Teile der Begründung, insbesondere wenn sich das Gericht mit Gegenmeinungen auseinandersetzt.

- Die Ordnung eines Gutachtens geht, wenn auch idealisiert, den gewohnten Denkbewegungen nach, mit denen Juristen und Nichtjuristen im täglichen Leben nach Prämissen für Problemlösungen suchen, sie testen, verwerfen und schließlich für gut befinden.
- Außerdem bezieht der Gutachtenstil eine Vielzahl von Gesichtspunkten in den Lösungsweg mit ein. Bei den Voraussetzungen („wenn:...“), über die man im Umweg die Lösung ansteuert, handelt es sich um Tatbestandsmerkmale, Definitionen oder Leitsätze von Urteilen, die sich mit vergleichbaren Problemen auseinandergesetzt haben.
- Schließlich schafft der konditionale Stil eines Rechtsgutachtens zwischen der Prüfhypothese und dem tatsächlichen Ergebnis eine *Distanz*, über die der Gutachter und die übrigen Personen verschwinden.

Im Beispielsfall verlagert sich die Aufmerksamkeit von der Person A und seiner Strafbarkeit auf die *Sachfrage*, ob eine „Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache“ vorliegt.

Die praktische Frage, ob A bestraft werden sollte oder nicht, wird zu einem rein *begrifflichen* Problem. Am Ende entscheidet sich ein menschlicher Konflikt über eine *Definitionsfrage*, ob. z. B. das Anbringen von Graffiti an einer Sache ein „Zerstören“ im Sinne der Vorschrift des § 303 Abs. 1 StGB ist. Diese Übertragungsleistung vom Persönlichen ins Sachliche ist die besondere juristische Kunst, die zur *Rationalisierung* von Konflikten beiträgt, aber dem juristischen Denken auch den Vorwurf einträgt, es sei kühl, unverständlich und lebensfern.⁷⁰

Im Vergleich der Begründungsstile lässt sich abschließend sagen, dass Sie mit dem Konditionalstil der Gutachtentechnik eine vielseitige, kultivierte Darlegungsform kennenlernen werden. Texte im Konditionalstil bezwingen zwar nicht durch ihre elegante Prosa, entsprechen aber einer subtilen Prüftechnik, mit der man auch gewichtige Probleme in kleinen Prüfungsschritte zerlegen und umsichtig lösen kann. Das Ergebnis entwickelt sich scheinbar aus der Logik des Dargelegten, während im Fall der direkten Begründungen („das ist so, denn...“) stets offensichtlich bleibt, dass ein Sprecher seine Meinung belegen will.

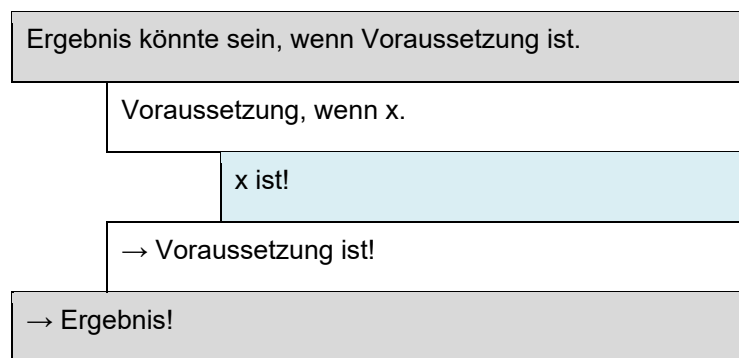
⁷⁰ Vgl. Katharina Sobota, *Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen*, Frankfurt 1990.

Dabei gibt der konditionale Begründungsstil einerseits eine feste Struktur vor, ist andererseits aber auch durch seinen hypothetischen Grundzug („... könnte haben ...“) ergebnisoffen und weitet mit seinem Umwegdenken („... dann müssten die Voraussetzungen vorliegen ...“) den Blick für eine umfassende Prüfung, die auch entlegene Gesichtspunkte einbezieht. So wird vermieden, dass man sich zu früh auf ein Ergebnis festlegt und eine einseitige Position einnimmt. Alles dies führt dazu, dass diese Arbeitsweise weniger fehleranfällig ist als eine direkte Suche nach Gründen.

Der konditionale Stil ist deshalb kein rein akademisches Exerzitium, sondern im Erwägungsprozess von effektivem Nutzen.

II. Aufbau des Gutachtens

Das juristische Gutachten kombiniert den **konditionalen Begründungsstil**



mit dem Konzept des Justizsyllogismus, das Sie bereits kennen gelernt haben.

Justizsyllogismus

Hauptschluss	
P1 Tatbestand → Rechtsfolge, §...	
P2 Sachverhalt – Tatbestand	Nebenschluss
	P1' Tatbestand – Merkmale
	P2' Sachverhalt – Merkmale
	← Sachverhalt – Tatbestand
Also: Sachverhalt → Rechtsfolge	

Der Grundaufbau eines Rechtsgutachtens besteht aus fünf Schritten.

1. Obersatz

2. Voraussetzung

3. Definition

4. Subsumtion

5. Ergebnis

Diese fünf Schritte werden insgesamt oder zum Teil wiederholt und zu hierarchisch oder parallel geordneten Prüfprogrammen verknüpft. Wir beschränken uns zunächst auf das Grundscheema.

1. Obersatz

Der Obersatz formuliert den gutachterlichen Prüfauftrag.

Beispiel „V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 80 EUR aus § 433 Abs. 2 BGB haben.“ Hinter diesem Satz steht der *Prüf-auftrag*: Stellen Sie fest, ob V von K 80 EUR verlangen kann, und zwar gestützt auf die Anspruchsgrundlage § 433 Abs. 2 BGB.

1. Obersatz

2. Voraussetzung

3. Definition

4. Subsumtion

5. Ergebnis

1. Obersatz

2. Voraussetzung

3. Definition

4. Subsumtion

5. Ergebnis

Innerhalb eines Gutachtens wird das Grundschemata mehrfach (ganz oder teilweise) wiederholt. Deshalb müssen Sie meist nicht nur *einen* Obersatz bilden, sondern auch *viele weitere* Obersätze, die sich von dem typischen „Ersten Obersatz“ ein wenig unterscheiden.

Beispiel für „weitere Obersätze“ V müsste ein Angebot abgegeben haben. Die Orchidee müsste eine Sache sein. V könnte mit dieser Äußerung eine Willenserklärung abgegeben haben.

Bezieht sich eine Methodenlehre auf „den Obersatz“, ist fast immer der *erste* Obersatz einer gutachterlichen Prüfung gemeint. Dieser Satz ist auch der wichtigste. Er setzt Ihre Untersuchung auf die richtige Spur. Deshalb geht es vorliegend auch zunächst einmal nur um diesen ersten Obersatz. Am Ende des Kapitels werden wir jedoch auf die „weiteren Obersätze“ zurückkommen.

Der erste Obersatz enthält drei Elemente:

1. die anstehende **Rechtsfrage**, z. B. „Kann V von K Zahlung von 80 EUR verlangen?“
2. eine **Ergebnishypothese**, z. B. „V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 80 EUR haben“
3. und ein Gesetz oder einen anderen **Rechtssatz**, der dieses Ergebnis begründen könnte, z. B.: „...aus § 433 Abs. 2 BGB“.

Die drei Elemente zusammen:

„V *könnte* gegen K *einen Anspruch* auf Zahlung von 80 EUR aus § 433 Abs. 2 BGB haben.“

= Rechtsfrage *kursiv* = Ergebnishypothese unterstrichen = Rechtsnorm

a) Die Rechtsfrage

Anders als der Justizsyllogismus beginnt das Gutachten nicht „top down“ mit der abstrakten Norm, sondern „bottom up“ mit dem im Sachverhalt beschriebenen *Problem*. Dieses muss anhand der vorgegebenen *Fallfrage* zur gutachtenegegenständlichen *Rechtsfrage* formuliert werden.

Sachverhalt: V hat eine ältere Lederjacke, die ihm K für 80 EUR abkaufen möchte.

V überlässt ihm darauf das Kleidungsstück. Als V den K am nächsten Tag vereinbarungsgemäß auf die 80 EUR anspricht, weigert sich K zu zahlen. Also lautet die konkrete *Rechtsfrage*: Hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung der 80 EUR?

Im Strafrecht muss zudem ausdrücklich auf den maßgeblichen Sachverhalt Bezug genommen werden.

Rechtsfrage: Hat sich A strafbar gemacht, indem er die Orchidee *Paphiopedilum Parishii* des B zertreten hat?

Manchmal gibt der Aufgabensteller die Rechtsfrage vollständig vor: Die *Fallfrage* ist die zu begutachtende *Rechtsfrage*. Darauf ist jedoch kein Verlass. Es ist an Ihnen, anhand des Sachverhalts und unter genauer Beachtung des Sachverhalts die korrekte gutachtenegegenständliche Rechtsfrage zu stellen.

Im Zivilrecht ermitteln Sie die gutachtenegegenständliche Rechtsfrage durch die W-Formel:

Wer will was von wem?

Wer? – Anspruchsteller – hier: V

Von wem? – Anspruchsgegner – hier: K

Was wird gewollt? – Bezeichnung des Begehrens – hier: Zahlung von 100 EUR

„Hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 100 EUR?“

b) Ergebnishypothese

Aus der Rechtsfrage gewinnt man die gutachterliche Ergebnishypothese. Mit ihr unterstellt man für den folgenden Prüfungsabschnitt, dass die Rechtsfrage mit Ja zu beantworten ist.

Beispiel V *könnte* gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 80 EUR haben.

Exkurs: Könnte, hätte, müsste...

Da es sich lediglich um ein Gedankenspiel handelt – eine Annahme, die man am Ende auch zu revidieren bereit ist –, drückt man diese traditionell im Konjunktiv II (Irrealis) aus: „... könnte, hätte, müsste...“.

Beispiel V *könnte* gegen K einen Anspruch ... *haben*.

Hierfür *müssten* K und V einen wirksamer Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB geschlossen *haben*.

Hierfür *müsste* zwischen K und V ein wirksamer Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB *zustande gekommen sein*.

Der Irrealis ist etwas mühsam. Er wird aus dem Präteritum (Vergangenheitsform) abgeleitet, zum Teil mit Umlautung

Beispiel

Infinitiv	Präteritum	Irrealis
sein	war	wäre
können	konnte	könnte
haben	hatte	hätte
graben	grub	<i>gr<u>ü</u>be</i>

Die Bildung mit „würde“ dringt vor⁷¹, sollte aber in einer Prüfungsarbeit vermieden werden.

Grammatisch korrekt ist es, das gesamte Konditionalgefüge („b ist, wenn a ist...“) in den Irrealis zu setzen („b *wäre*, wenn a *wäre*...“):

Ich flög´ zu dir – wenn ich ein Vöglein *wäre* **richtig**

Ich flög´ zu dir – wenn ich ein Vöglein *bin* **falsch**

Beispiel A *hätte* Recht, wenn B am Vortag gekündigt *hätte*.

V *könnte* einen Anspruch haben. Hierfür *müssten* V und K einen wirksamen Vertrag *geschlossen haben*. (...wenn V und K ... *hätten*)

A *könnte* sich ... strafbar gemacht haben. ... Dafür *müsste* das Verhalten des A eine Körperverletzung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB sein. (...wenn ... *wäre*)

A *könnte* für die Stelle geeignet sein; dann *müsste* er die erforderlichen Fähigkeiten besitzen. (...wenn er ... *besäße* / *besitzen würde*).

Die Vorbedingung einer Voraussetzung ist im Irrealis Plusquamperfekt auszudrücken (...*hätten* sich geeinigt haben *müssen*, ...*wäre* erforderlich *gewesen*...“).

Zum Glück: Sobald man die abstrakten Rechtsfragen eines Falles erörtert, also definiert und interpretiert und anschließend subsumiert, springt man in den Indikativ Präsens.

⁷¹ Was bei den ungewöhnlichen starken Verben schon immer gestattet war.

Beispiel Ein Kaufvertrag *kommt* durch ... zustande. Vorliegend *haben* V und K...
Fraglich ist weiterhin, ob sie*haben* ... Also *ist* ...

Der Irrealis ist dort entbehrlich, wo der hypothetische Charakter der Aussage auf andere Weise zum Ausdruck kommt.

Formulierungsvorschläge:

- Fraglich ist, (ob der Anspruch weggefallen ist)
- Möglicherweise (haben V und K einen Kaufvertrag geschlossen)
- Zu prüfen ist, ob...
- In Betracht kommt, dass ...
- Zu erwägen ist, ob ...

Die Mittel dürfen freilich nicht gedoppelt werden.

Anwendungsbeispiele

A könnte in Notwehr gehandelt haben.	Richtig
Möglicherweise hat A in Notwehr gehandelt.	Richtig
Möglicherweise könnte A in Notwehr gehandelt haben.	Falsch
In Betracht kommt eine Rechtfertigung des A durch Notwehr.	Richtig
In Betracht kommt, dass A durch Notwehr gerechtfertigt sein könnte.	Falsch
Fraglich ist, ob A in Notwehr gehandelt hat.	Richtig



Damit Ihnen die passende Formulierung ohne Nachdenken in der Klausursituation einfällt, empfiehlt es sich, von Anfang an ein Repertoire an **Standardformulierungen** zuzulegen. Diese helfen Ihnen gerade am Anfang des Studiums, konsequent den Gutachtenstil durchzuhalten und unnötige Fehler zu vermeiden. Auch Ihr Korrektor wird diese Formeln schätzen: er liest bekannte Wendungen, findet Ihren Stil flüssig und Ihre Ausarbeitung übersichtlich.

Diese Versatzstücke verwenden Sie bitte immer wieder. Und wieder. Und wieder. Abwechslungsreiche Wortwahl ist nicht gefragt; Sie wollen nicht Stadtschreiber von Bergen-Enkheim, sondern

Juristin oder Jurist werden. Also lernen Sie die Wendungen auswendig und üben Sie sie bei jeder Gelegenheit ein.

Einige Rechtslehrer und Prüfer lehnen die Verwendung des Irrealis ab.

Beispiel V *hat* gegen K einen Anspruch auf Zahlung ... Dann *muss* ... K *kann* von V die Herausgabe des Cabrio verlangen, wenn ... A *kann* von B 50,- EUR als Schadensersatz ... verlangen, wenn ... *erfüllt ist*. Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB. Voraussetzung *ist* ...

Auf diese Weise wird der Text einfacher und alltagsnäher. Der Indikativ führt auch nicht zu Missverständnissen, da innerhalb des Gutachtens (wegen seines Aufbaus und der Konditionalgefüge) immer deutlich bleibt, wann es sich um eine Feststellung und wann um eine Annahme handelt. Trotzdem sollte die traditionelle Form gewählt werden, wenn abzusehen ist, dass diese von den Prüfern bevorzugt wird. Hierzu informieren Sie die Lehrstühle.

Exkurs Ende

c) Rechtsnorm

Die Ergebnishypothese kombinieren Sie im Zivilrecht und im Strafrecht unmittelbar mit dem ersten Rechtsgrund, den Sie laut Obersatz prüfen: Der Anspruchsgrundlage (so in der Regel der Auftakt im Zivilrecht) oder der materiellen Strafnorm.

V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 80 EUR aus § 433 Abs. 2 BGB haben.

Allgemein formuliert: „*Ergebnis* E ist möglicherweise gegeben wegen *Rechtsgrund* G“.

Beispiele V könnte gegen M einen Anspruch wegen Zahlung der Miete für den Monat Januar in Höhe von 650 EUR aus dem Mietvertrag gemäß § 535 Abs. 2 BGB haben.

A könnte sich wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er Bs Orchidee zertreten hat.

Im Zivilrecht bezeichnet der erste Obersatz zumeist die *anspruchsbegründende* Rechtsnorm, im Strafrecht das *strafbegründende* Gesetz. Auch im Öffentlichen

Recht beginnen Sie den materiellrechtlichen Prüfungsteil mit einer begründenden Rechtsnorm.

5W

Mit der Nennung der Norm im ersten Obersatz erweitert sich die W-Formel für das Zivilrecht auf fünf W:

Wer will was von wem woraus?

Wer?	Anspruchsteller
Von wem?	Anspruchsgegner
Was wird gewollt?	Bezeichnung des Begehrens
Woraus?	Anspruchsnorm

Beispiel C (*Wer*) begehrt von E (*Wem*) die Rückgabe (*Wille*) des entliehenen Cabrios (*Was*) aus § 604 Abs. 1 BGB (*Woraus*).

aa) Obersatz und Rechtsfolge

Mit der Rechtsnorm im ersten Obersatz verknüpft man den Fall mit einer möglichen Rechtsfolge.⁷² Im Zivilrecht entspricht die Rechtsfolge dem Begehren des Anspruchstellers. Genauer: Die Rechtsfolge ist das Anspruchsbegehren in abstrakter rechtlicher Form. In der konkreten Form, also bezogen auf den Fall, erscheint die Rechtsfolge im gutachterlichen Obersatz als das hypothetische Ergebnis bzw. als Endergebnis des Gutachtens.

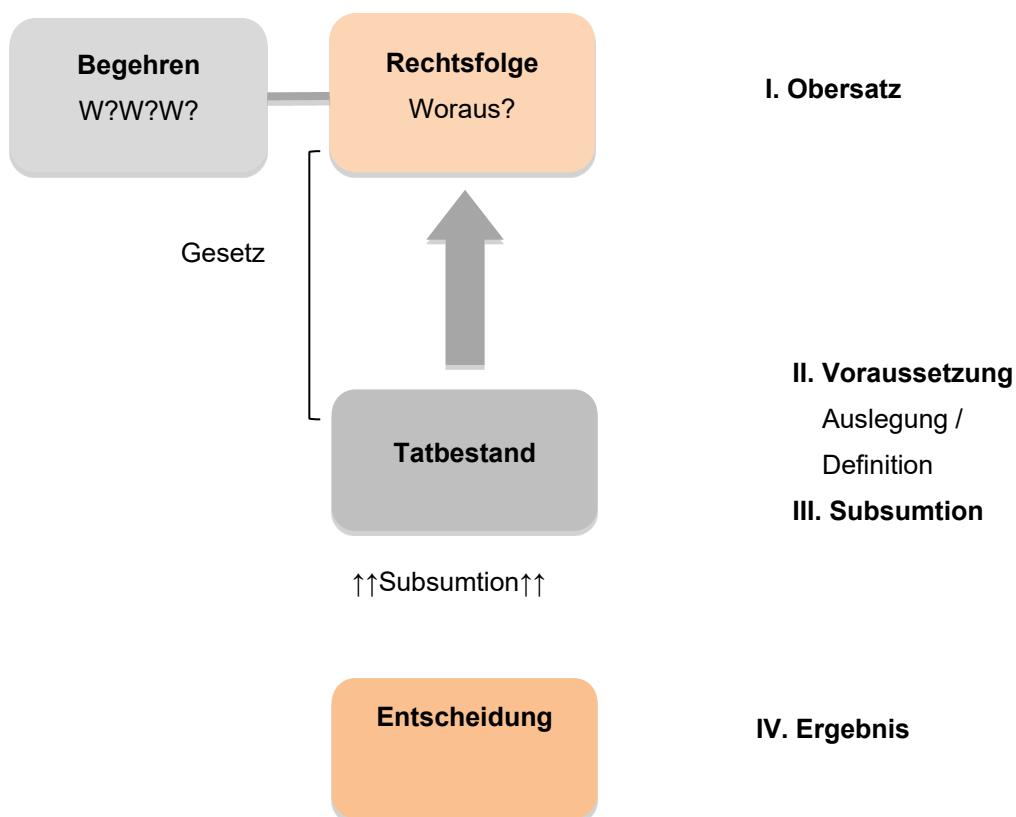


Der Tatbestand des Gesetzes hingegen enthält die Voraussetzungen der Rechtsfolge. Die Voraussetzungen werden erst im folgenden Abschnitt des Gutachtens

⁷² S. o. Abschnitt A. Grundbegriffe II. 2. b).

benannt und geprüft.

Beispiel Wenn V von K wegen der Veräußerung einer Goldmünze Krügerrand 1 Unze den Kaufpreis i.H.v. 950 EUR beansprucht (*Anspruchsbegehren*), benötigt man ein Gesetz, das in der *Rechtsfolge* einem Verkäufer einen Anspruch auf den Kaufpreis zuspricht. § 433 Abs. 2 1. HS BGB ist hier die maßgeschneiderte Norm.



§ 433 BGB (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Damit lautet der vollständige Obersatz: „V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 950 EUR aus § 433 Abs. 2 BGB haben.“

Weiteres Beispiel: V und K haben sich auf einem Straßenfest über die Veräußerung von Vs Münze Krügerrand 1 Unze zum Kaufpreis von 950 EUR geeinigt, aber V

besinnt sich über Nacht und möchte das Goldstück nun doch behalten. K möchte die Münze haben und fragt nach seinen Rechten.

Lösung: Für den Obersatz benötigt man ein Gesetz, dessen *Rechtsfolge* dem *Begehren* des Anspruchstellers entspricht. Die entsprechende Rechtsfolge findet man in § 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

§ 433 BGB (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

Damit lautet der Obersatz: „K könnte gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Goldmünze Krügerrand 1 Unze für 950 EUR aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.“

Warum überhaupt ein Gesetz nennen? In der Praxis liefert ein Gutachter meist die Vorarbeit für einen Rechtsakt – ein Urteil oder ein Gesetz – oder prognostiziert ihn: wie wird die Behörde, das Gericht entscheiden? Da diese Entscheidungen zumeist mit Grundrechtseingriffen einhergehen, unterliegen sie dem Gesetzlichkeitsprinzip bzw. dem sog. Vorbehalt des Gesetzes. Das heißt: der zu begutachtende Rechtsakt ist einem Gesetz „vorbehalten“ oder kann nur „auf Grund“ eines Gesetzes ergehen. Im Übrigen gilt, dass die Rechtsprechung „an das Gesetz gebunden“ ist, Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG.

Bei strafrechtlichen Verurteilungen gelten besonders strenge Regeln. Zusätzlich zum Schutz der Grundrechte stellt das Grundgesetz fest: Keine Strafe ohne Gesetz (nulla poena sine lege), und zwar auch nicht auf Grund eines rückwirkenden Gesetzes (Art. 103 Abs. 2 GG).

Deshalb: im ersten Obersatz das Gesetz nennen!

bb) Welche Norm ist die richtige?

Die wichtigste Frage, vor der Sie an dieser Stelle stehen, lautet: Mit welchem Gesetz, mit welcher Rechtsnorm, sollte man die gutachterliche Prüfung beginnen – und mit welchen Normen geht es dann weiter? Manchmal liegt die Antwort auf der Hand, oder Schemata und Routinen helfen weiter. Aber nicht selten muss an dieser Stelle gesucht und gezweifelt werden, denn der Blick ins Gesetz ist zwar unverzichtbar, gibt Ihnen aber keine abschließende Auskunft. Auch mit intensiver Lektüre und tiefem Nachdenken werden Sie nicht immer erfahren, ob es sich bei einer Vorschrift um eine Anspruchsgrundlage handelt (das muss man nachschauen oder gelernt haben) und ob die Vorschrift im vorliegenden Zusammenhang passt.

Auskunft geben die Dogmatik der einzelnen Rechtsgebiete, das heißt Ihre Studienkurse, die einschlägigen Lehrbücher, Aufsätze, Kommentare und die Rechtsprechung. Für viele Fälle finden sich dort auch passende Aufbauschemata und Lösungshinweise, welche Sie auf die treffenden Normen aufmerksam machen. Weitere Hinweise geben wir im Abschnitt: „Prämissen finden“.

cc) Besonderheiten im Strafrecht

Im Strafrecht stellt man Ihnen meist die Frage nach der Strafbarkeit einer bestimmten Handlung. Der Obersatz soll daher die folgende Frage beantworten: **Wer** hat sich durch **welche Handlung** wegen **welches Delikts** nach **welcher Norm** strafbar gemacht?

Täter?	(Wer?)
Welche Tathandlung?	(Womit?)
Welches Delikt?	(Wegen?)
Welche Norm?	(Wonach?)

Die W-Formel ist im Strafrecht weniger hilfreich. Die vier Sachgesichtspunkte kann man sich auch ohne Eselsbrücke merken.

Beispiel Sachverhalt: A und B geraten in Streit, worauf A im Zorn Bs seltene Orchidee *Paphiopedilum Parishii* zertritt; die Pflanze ist nicht mehr zu retten. Strafbarkeit des A?

Obersatz: A könnte sich durch das Zertrampeln von Bs Orchidee wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Täter?	A
Tathandlung?	Zertrampeln der Orchidee des B
Delikt?	Sachbeschädigung
Strafnorm?	§ 303 Abs. 1 StGB

Die Rechtsnorm ist für die weitere Prüfung zentral; sie muss daher genau bezeichnet werden.

Beispiel

A könnte vom Kaufvertrag zurück getreten sein.

Ungenau

A könnte gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB vom Kaufvertrag zurück getreten sein.

Richtig

dd) Die Tathandlung

Im Strafrecht, aber auch in den anderen Rechtsgebieten, sollte man außerdem darauf achten, die zu prüfende Tathandlung genau zu benennen.

Beispiel

X möchte seine unleidliche Mitbewohnerin M loswerden. Als er eines Tages merkt, dass die M aus Unkenntnis aus dem Wald giftige Pilze für ihr Abendessen mitgebracht hat, unterlässt er es, sie darauf hinzuweisen, in der Überzeugung, M würde sich vergiften und daran sterben. M isst die Pilze und erkrankt, überlebt jedoch.

Möglicherweise hat sich X nach §§ 212, 22, 23, 13 StGB **Falsch** wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht, indem er die M nicht auf die vergifteten Pilze hinwies.

Möglicherweise hat sich X nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht, indem er es unterließ, P auf den vergifteten Pilze hinzuweisen. **Richtig**

Im Obersatz beschreibt die Tathandlung den Untersuchungsgegenstand und hat keine Begründungsfunktion. Verwenden Sie „...da“ oder „...weil“, verfallen Sie in den Urteilsstil.

A könnte ein Dieb sein, da er X das Auto wegnahm. **Falsch**

A könnte sich ... strafbar gemacht haben, indem er... **Richtig**

Außerdem ist die Tat zu prüfen und nicht der Täter zu beurteilen.

ee) Weitere Formulierungshilfen für den Obersatz

Der Obersatz ist weder als direkte Frage noch als Begehren zu formulieren.

Hat A gegen B einen Anspruch auf Unterlassen gemäß den §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 4 Nr. 11, 12 UWG i.V.m. § 5 DDG (Digitale-Dienste-Gesetz)? **Falsch**

B beantragt, dass A in ihrem Auftritt und Profil auf Facebook gemäß den §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 4 Nr. 11, 12 UWG i.V.m. § 5 DDG die nach § 5 DDG erforderlichen Pflichtangaben leicht erkennbar und/o-der unmittelbar erreichbar zur Verfügung hält. Dieser Anspruch besteht zu Recht, wenn... **Falsch**

A könnte gegen B gemäß den §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 4 Nr. 11, 12 UWG i.V.m. § 5 DDG einen Anspruch auf Unterlassen haben, in dessen Auftritt und Profil auf Facebook die nach § 5 DDG erforderlichen Pflichtangaben nicht leicht erkennbar und/oder unmittelbar erreichbar zur Verfügung zu halten. **Richtig**

Ein Obersatz ist auf die absolut notwendige Information zu beschränken. Er darf weder mit einer Einleitung zum Gutachten noch mit einem Ausflug in den Sachverhalt garniert werden.

Bevor man sich der Frage zuwendet, ob ist zu klären, ob ... **Falsch**

A könnte sich strafbar gemacht haben. Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, hat er nämlich ... Dies kann nur so gedeutet werden, dass ... **Falsch**

K könnte von V die Übergabe der Münze gemäß § 433 Abs. 1 BGB **Richtig** verlangen, (wenn...)

ff) Die weiteren Obersätze

Auf den ersten Obersatz, der das gesamte Gutachten oder seinen ersten großen Abschnitt einleitet, folgt zu Beginn jedes anschließenden Prüfungsabschnitts je ein weiterer Obersatz als programmatische Einleitung.

Beispiele

Fraglich ist, ob es sich bei dieser Äußerung um ein *Angebot* gehandelt hat.

Zu prüfen ist, ob ein Maltipoo-Welpe eine *Sache* im Sinne der Vorschrift ist.

E müsste *Eigentümer*, B *Besitzer* sein.

Ob der Widerruf *vor* oder *gleichzeitig* mit der Annahmeerklärung zugegangen ist, ist fraglich.

Die Klage müsste *begründet* sein.

Sie sehen: die Liste dieser Beispiele könnte so lang werden wie die Menge aller Rechtsprobleme, die in Klausuren zu bearbeiten sind, denn: jede Frage, die sich Ihnen bei Ihrem Gutachten stellt, werden Sie als weiteren Obersatz formulieren.

Was ist dabei zu bedenken?

Oberstes Gebot ist: begriffliche Klarheit und Sparsamkeit. Der Obersatz ist so knapp wie möglich und so umfassend wie nötig zu formulieren. Er enthält ausschließlich die Frage, die im folgenden Abschnitt untersucht wird.

Keine Hilfe bietet Ihnen jetzt die W-Formel oder das Gesetzmäßigkeitsprinzip.

Trotzdem benötigen Sie immer **zwei allgemeine Prämissen**, sei es eine Rechtsnorm, einen Lehrsatz oder eine andere anerkannte Regel.

Vorsicht: Die folgenden Erklärungen versteht man besser, nachdem man das 2. Kapitel „Voraussetzungen“ gelesen hat. Andererseits gehören sie noch zum Thema Obersätze. Da der Lehrstoff Gutachtentechnik gewachsen ist und nur teilweise einen logischen Aufbau hat, werden Sie es sowieso nicht vermeiden können, am Ende noch einmal von vorne anzufangen.

Die zwei allgemeinen Prämissen, die einen Obersatz begleiten, wollen wir Vor- und Nachprämisse nennen. Oft werden sie nicht ausgesprochen, sondern laufen stillschweigend mit.

Die Vorprämisse begründet, warum jetzt gerade diese **Frage gestellt** wird.

Beispiel Warum prüfen Sie gerade jetzt „Liegt ein *Angebot* vor?“ Antwort: Weil es um die Wirksamkeit eines bestimmten Vertrages geht und (Vorprämisse!) der gesetzlich begründete Lehrsatz besagt: „Voraussetzung für einen Vertrag sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen – Angebot und Annahme.“ In dieser Prämisse ist das Merkmal „Angebot“ als Element enthalten und muss somit im nächsten Abschnitt als Voraussetzung untersucht werden.

Die zweite Prämisse (Nachprämisse) begründet, woher Sie die *Voraussetzungen* für die **Beantwortung** der aufgeworfenen Frage beziehen.

Beispiel

Objektiver <i>Tatbestand</i> des § 303 Abs. 1 StGB	
A müsste eine fremde <i>Sache</i> beschädigt oder zerstört haben.	Zwischenobersatz. Die Vorprämisse lautet: „Wenn jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört → dann ist der obj. Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB erfüllt.“ Diese Norm ergibt sich aus dem vorgenannten Gesetz.
Die Orchidee müsste eine <i>Sache</i> sein.	Zwischenobersatz. Dahinter steht unausgesprochen die Prämisse : „Wenn Tatobjekt = <i>Sache</i> → dann ist eine Voraussetzung für <i>Tatbestand</i> erfüllt“.

Sachen sind <i>körperliche Gegenstände</i> .	Nachprämisse = Definition des Begriffs Sache, durch welche die Prüfmerkmale für den Begriff „Sache“ bestimmt werden.
Orchideen als Pflanzen sind <i>körperliche Gegenstände</i> und unterfallen damit dem Schutzbereich des strafrechtlichen <i>Sachenbegriffs</i> .	Subsumtion Zwischenergebnis

Weiteres Beispiel

[<i>Kaufvertrag</i> zwischen V und K? Voraussetzung: <i>Angebot</i> und <i>Annahme</i> .] ...	
Fraglich ist, ob V ein <i>Angebot</i> abgegeben hat.	Vorprämisse: Wenn Abgabe eines <i>Angebots</i> , dann <i>Kaufvertrag</i> . ⁷³
Ein <i>Angebot</i> ist ein Antrag zur Begründung eines Vertragsverhältnisses durch eine <i>Willenserklärung</i> .	Nachprämisse: Definition des Begriffs <i>Angebot</i>
V hat K die Goldmünze Krügerrand gezeigt und gefragt: „Wollen Sie die? Für 950 EUR?“	Sachverhalt
Zu prüfen ist, ob V mit dieser Äußerung eine Willenserklärung abgegeben hat.	Weiterer Obersatz. Dahinter stehende Prämisse: „Wenn <i>Willenserklärung</i> (mit dem Antrag zur Begründung eines Vertragsverhältnisses), dann <i>Angebot</i> .“

⁷³ Diese Prämisse wurde vermutlich zuvor durch den Lehrsatz eingeführt: „Ein Kaufvertrag kommt, wie jeder Vertrag, durch [zwei übereinstimmende Willenserklärungen] – Angebot [und Annahme –] zustande“.

2. Voraussetzungen

Im Anschluss an den Obersatz⁷⁴ führen Sie in Ihrem Gutachten die Voraussetzungen auf, unter denen der Obersatz bejaht werden könnte. Dies sind z. B. die Bedingungen, unter denen

- ein Anspruch bestünde,
- sich A strafbar gemacht hätte oder
- eine Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg hätte.

1. Obersatz

2. Voraussetzungen

3. Definition

4. Subsumtion

5. Ergebnis

Die Voraussetzungen müssen klar benannt werden. **Sie formulieren das gutachterliche Prüfprogramm, denn zu jeder genannten Voraussetzung muss rechtlich Stellung genommen werden.** Manchmal handelt es sich nur um einen einzigen Gesichtspunkt, manchmal um viele, die kumulativ und alternativ zu erwägen sind.

Obersatz	V könnte gegen K einen Anspruch aus ... haben.
Voraussetzung	Dann müssten Merkmal 1 und Merkmal 2 gegeben sein.
Obersatz 1	1. Zu prüfen ist, ob Merkmal 1 vorliegt.
Voraussetzung 1	Dies ist der Fall, wenn ...gegeben ist.
...	...
Obersatz 2	2. Fraglich ist des Weiteren, ob Merkmal 2 vorliegt.
Voraussetzung 2	Dann müsste ...
...	

Gutachtlich:	Obersatz	gilt, wenn: Voraussetzung erfüllt
Rechtlich:	Rechtsfolge	tritt ein, wenn: Tatbestand erfüllt
Logisch:	Folge	gilt, wenn: Bedingung gegeben

⁷⁴ In manchen Empfehlungen zum Gutachtenstil werden die „Voraussetzungen“ als Teil des „Obersatzes“ betrachtet. Da der Obersatz aber bereits drei Elemente enthält (Rechtsfrage, Ergebnishypothese und mögliche Rechtsgrundlage) werden hier die „Voraussetzungen“ als selbstständiger Punkt herausgehoben.

a) Tatbestandsmerkmale finden

Wird das hypothetische Ergebnis im Obersatz auf eine *Rechtsnorm* gestützt, entnehmen Sie die Voraussetzungen dem *Tatbestand* der Norm. Die Voraussetzungen entsprechen den sog. Tatbestandsmerkmalen (auch: Tatbestandsvoraussetzungen, Tatbestandselementen).

Beispiel **§ 303 StGB (1)** *Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört [Tatbestand], wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft [Rechtsfolge].*

Obersatz	A könnte sich wegen einer Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 StGB <u>strafbar</u> gemacht haben, indem er die Orchidee des B zertreten hat.
Voraussetzung	I. Objektiver Tatbestand. A <u>müsste</u> eine 1. <u>fremde</u> (a) <u>Sache</u> (b) 2. <u>beschädigt</u> oder <u>zerstört</u> haben. ...

Weiteres Beispiel **§ 239 StGB (1)** *Wer einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt [Tatbestand], wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft [Rechtsfolge].*

Obersatz	A könnte sich durch das Einsperren des E in der Kühlkammer wegen einer Freiheitsberaubung gemäß gem. § 239 Abs. 1 Var. 1 StGB <u>strafbar</u> gemacht haben.
Voraussetzung	I. Objektiver Tatbestand. Dafür <u>müsste</u> A einen <u>anderen Menschen</u> <u>eingesperrt</u> oder auf andere Weise der Freiheit beraubt haben. ...

Weiteres Beispiel **§ 433 BGB (1)** *Durch den Kaufvertrag [Tatbestand] wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen [Rechtsfolge].*

Obersatz	K könnte gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Goldmünze aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.
Voraussetzung	Dafür <u>müssten</u> K und V einen wirksamen <u>Kaufvertrag</u> geschlossen haben.

Tatbestandsvoraussetzungen aus einem Gesetzestext zu filtern ist keineswegs so einfach, wie es zunächst scheint. Unabdingbar dafür ist es, den Gesetzestext sorgfältig zu lesen.

Exkurs: Den Gesetzestext lesen

Es gibt viele Formen des Lesens, angefangen vom flüchtigen Blick auf eine Werbe-Schlagzeile über das kursive Erfassen von Zeitungsartikeln, der Lektüre eines spannenden Buches bis zu den fordernden Formen wie dem Studium rechtswissenschaftlicher Kurseinheiten, dem wichtigen Abschnitt einer Gebrauchsanweisung oder der Versenkung in religiöse Schriften. Die Beschäftigung mit dem Gesetz, um Tatbestandselemente zu gewinnen, steht ganz am Ende dieser Reihung. In diesem Fall heißt „lesen“ wirklich: Wort für Wort aufzunehmen, den gesamten Satz oder Absatz zur Kenntnis zu nehmen, zunächst im Kopf zu markieren und später tatsächlich das Wichtige zu unterstreichen, innezuhalten und sich zu fragen:

„Habe ich grammatisch verstanden, was da steht? Habe ich den Text inhaltlich verstanden, das heißt: habe ich vorläufig – vorbehaltlich meiner vertieften Auseinandersetzung mit dem Text – verstanden, was der Gesetzgeber damit sagen will oder wollen könnte?“

Dafür versuchen Sie auch bitte, zunächst die Norm mit Ihren eigenen Worten wiederzugeben.⁷⁵ Was regelt der Gesetzgeber hier? Unter welchen Voraussetzungen soll welche Rechtsfolge eintreten?

Anschließend gehen Sie zur Feinanalyse über. Beachten Sie jeden Punkt und jedes Komma, den Unterschied von „und“ und „oder“, „ist“ und „soll“, betrachten Sie die Gesamtstruktur der Vorschrift und ihren Zusammenhang und lesen Sie hin und wieder auch einmal das Inhaltsverzeichnis des gesamten Gesetzes. Dann versuchen Sie, die Struktur der Norm (Tatbestand mit Tatbestandsmerkmalen → Rechtsfolge) und die rechtliche Bedeutung der Begriffe zu erfassen.

Hierfür reicht es manchmal nicht aus, allein das Gesetz zu lesen; vielmehr müssen Sie Literatur hinzuziehen. Danach, wie nach jedem Ausflug in Lehrschriften, Rechtsprechung oder andere Normen, sollte das maßgebliche Gesetz aber noch einmal gelesen werden. Sie werden sehen: oft erscheint der gesamte Normtext nach einer ergänzenden Information in einem neuen Licht.

Exkurs Ende

⁷⁵ Otto Lagodny, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden: Eine praktische Anleitung für die ersten Schritte im Strafrecht, Öffentliches Recht und Zivilrecht (Tutorium Jura), 2. Aufl. Berlin 2012.

So wichtig die Arbeit mit dem Gesetz auch ist: leider wissen wir bereits aus dem Abschnitt „Woher kommen die Tatbestandsmerkmale?“ (Teil II. Rechtsanwendung, Kap. 2., 5.), dass bloßes Lesen und gesunder Menschenverstand allein nicht immer ausreichen. Tatbestandsmerkmale sind keine absolut wahren und objektiv erkennbaren Elemente eines Tatbestands, sondern, wie alle anerkannten Prüfungsvoraussetzungen in einem Rechtsgutachten, das Resultat rechtsfachlicher Übereinkunft und Debatte.

Beispiel Tatbestand der Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB: „Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört“. Alle unterstrichenen Begriffe werden als Tatbestandsmerkmale angesehen, und zwar beschädigt und zerstört alternativ („oder“), im Übrigen kumulativ („und“), *rechtswidrig* gilt jedoch nicht als Tatbestandsmerkmal.⁷⁶ Das ist durch bloßes Lesen nicht zu erkennen, sondern muss im Studium erschlossen werden.

Ein weiteres eindrückliches Phänomen sind hier die sog. ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale. Diese sollen die im Gesetzestext ausdrücklich angeführten Voraussetzungen ergänzen und dadurch den Sinn und Zweck der Norm besser zur Geltung bringen.

Beispiel So hat die Rechtsdogmatik den Betrugstatbestand § 263 StGB⁷⁷ um das *ungeschriebene* Tatbestandsmerkmal „Vermögensverfügung“ ergänzt. Damit hängt die Betrugsstrafbarkeit von der Voraussetzung ab, dass das Betrugsopfer auf Grund eines vom Täter erregten „Irrtums“ (geschriebenes Merkmal) eine „Vermögensverfügung“ (ungeschriebenes Merkmal) mit der Folge eines „Vermögensschadens“ (geschriebenes Merkmal) begeht. Das ungeschriebene Merkmal „Vermögensverfügung“ bildet also einen ursächlichen Zusammenhang zwischen den geschriebenen

⁷⁶ Die Rechtswidrigkeit der Tat wird bei strafrechtlichen Delikten nach herrschender Ansicht gesondert (unter einem weiteren eingeschobenen Obersatz) geprüft. Arthur Kaufmann u.a. hingegen behandelt die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe als sog. „negative Tatbestandsmerkmale“, vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1954, 657 ff. und FS Lackner, 1987, S. 185 ff. Das sind allerdings Spitzfindigkeiten, mit denen Sie sich in Klausuren nicht belasten sollten: Folgen Sie dort aus prüfungstaktischen Gründen den üblichen Gepflogenheiten und behalten Sie im Hinterkopf, dass eine andere Auffassung vertreten wird.

⁷⁷ § 263 StGB (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Merkmale „Irrtum“ und „Vermögensschaden“.⁷⁸ (Da das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit erhöht, also für den Täter günstig ist, verstößt diese Erweiterung nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.)

Vielmehr sollte man sich durch Recherche informieren, was als Tatbestandsmerkmal **gilt** und dies im Fall der häufig anzuwendenden Normen auswendig lernen.

b) Voraussetzungen, die nicht aus Gesetzen stammen

Häufig wird ein Obersatz nicht durch ein Gesetz, sondern durch eine andere Norm (z. B. EU-Richtlinie, Satzung) oder einen Lehrsatz, z. B. eine Definition gestützt. Auch hier müssen Sie die Voraussetzungen finden, analysieren und formulieren, unter denen man den Obersatz bejahen oder verneinen kann. Wenn Ihre Prämisse keine Rechtsnorm, sondern z. B. eine Definition ist, können Sie das Schema „Tatbestand mit Tatbestandsmerkmalen → Rechtsfolge“ natürlich nur sinngemäß anwenden.

Beispiel (Zwischenobersatz) „Fraglich ist, ob es sich dabei um eine *Wegnahme* handelt.“

(Die Prämisse, die dies beantworten könnte, ist diesmal kein Gesetz, sondern eine Definition) „*Wegnahme* ist der *Bruch fremden* und die gleichzeitige oder spätere *Begründung neuen*, nicht notwendig tätereigenen *Gewahrsams*.“⁷⁹

⁷⁸ Cramer/Perron in Schönke/Schröder § 263 Rn 54.

⁷⁹ RGSt 48, 58, 59 f; BGH NSTZ 1988, 270, 271; Lackner/Kühl StGB § 242 Rn 8; Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB § 242 Rn. 22; krit. Rotsch GA 2008, 65 ff.; ders ZJS 2008, 132 ff.; Wortlaut und Fundstellen bei: Wittig, BeckOK § 242 Rn. 10.

In der Struktur wie ein Gesetz gelesen, entspricht der definierende Teil (Definiens) dem Tatbestand:

Bruch fremden und die gleichzeitige oder spätere Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams [Tatbestand] → Wegnahme [Rechtsfolge]

Die unterstrichenen Begriffe sind die Elemente, die als Voraussetzungen einer „Wegnahme“ (in der richtigen Ordnung und Reihenfolge) abzu prüfen sind.

Weiteres Beispiel (Zwischenobersatz) Möglicherweise handelt es sich aber um eine *Gattungsschuld* (§ 243 BGB)

(Prämisse = Definition) „Eine *Gattungsschuld* liegt dann vor, wenn die zu leistende Sache nicht wie bei der Stück-/Speziesschuld individualisiert feststeht, sondern der konkrete Erfüllungsgegenstand aus einer Mehrzahl von Stücken ausgewählt werden kann, die bestimmte gemeinsame, die *Gattung beschreibende und abgrenzende Merkmale* aufweisen.“⁸⁰

Struktur: Zu leistende Sache steht nicht wie bei der Stück-/Speziesschuld individualisiert fest (negatives Merkmal), sondern der konkrete Erfüllungsgegenstand kann aus einer Mehrzahl von Stücken ausgewählt werden, die bestimmte gemeinsame, die Gattung beschreibende und abgrenzende Merkmale aufweisen [Tatbestand] → *Gattungsschuld* [Rechtsfolge]

Die für den Zwischenobersatz zu prüfende Voraussetzungen (Tatbestandselemente):

- Zu leistende Sache steht nicht individualisiert fest
- sie kann aus einer Mehrzahl von Stücken ausgewählt werden,
- diese weisen bestimmte, gemeinsame Merkmale auf,
- welche eine *Gattung beschreiben* und abgrenzen.

⁸⁰ Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, Baden-Baden 2. Auflage 2012, Rn. 1.

Nach diesem Schema muss der Gutachter für jede aufzuwerfende Frage Voraussetzungen für deren Beantwortung gewinnen. Auch wenn Probleme den Rahmen des Rechtlichen zu verlassen scheinen, müssen Sie sich bemühen, rechtsförmige Prämissen zu gewinnen und daraus Voraussetzungen zu ermitteln.

Weiteres Beispiel (Zwischenobersatz) Entscheidend ist also, ob es sich bei diesen Informationen um sog. Cookies gehandelt hat.

(Prämisse = Definition) Cookies sind kleine Datensätze, die auf dem Rechner des Internetnutzers gespeichert werden.⁸¹

Auf diese Weise bewahren Sie den rechtsgutachterlichen Duktus und verfallen nicht in einen journalistischen oder geisteswissenschaftlichen Diskutierstil.

c) Voraussetzungen bei unbekannten Rechtsproblemen

Stehen Sie schließlich vor einem unbekannten Problem und können keine Literatur- und Rechtssprechungsrecherche betreiben, beweisen Sie Mut und entwickeln nach dem beschriebenen Schema selbständig „Voraussetzungen“ aus den Ihnen bekannten, anerkannten einschlägigen Vor- und Nachprämissen. Fehlen Ihnen auch diese Prämissen? Kein Grund zur Sorge. Im Kernstück nahezu jedes Gutachtens ist das der Normalzustand und allein kein Hinweis auf fehlenden Fleiß oder fehlende Begabung.

Wichtig ist nur, nach genauem Studium des Sachverhalts zu beurteilen: Möchten die Aufgabensteller wirklich, dass Sie sich mit diesem Problem auseinandersetzen – oder geraten Sie damit auf ein Nebengleis? Ein Indiz für Variante zwei ist, wenn Sie zur Klärung eines winzigen Details unverhältnismäßig viel Aufwand betreiben müssten, z. B. meinen, sich in gänzlich unbekannte Steuerrechtsmaterien vertiefen oder eine Reise zu einem Staatsarchiv unternehmen zu müssen. Regt sich ein entsprechender Verdacht, sollte man die kritische Voraussetzung lapidar bejahen.

⁸¹ Heise Online-Recht, 3. Ergänzungslieferung 2011, Rn. 75.

Beispiel

Steuerrechtliche Fragen sind als geklärt zu betrachten.

Es ist davon auszugehen, dass die A Deutsche im Sinne des Art. 116 GG oder die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates der Europäischen Gemeinschaften besitzt.

Dem Sachverhalt lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen.

Die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor.

In der zweiten Variante – das Problem scheint erheblich – muss man sich dem Gegner stellen. Dies bedeutet, trotz eigener Unsicherheit

- aus der unklaren Lage eine Rechtsfrage destillieren,
- eine Prämisse wählen bzw. diese durch selbstständige Argumentation gewinnen,
- daraus Voraussetzungen beziehen und
- diese einzeln prüfen.

d) Prüfungsvoraussetzungen sind vielgestaltig

Die bedeutendste Gruppe der gutachterlichen Prüfvoraussetzungen stellen die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale dar. Wie gesehen, können aber auch andere Merkmale, z. B. die Elemente von Definitionen, als Prüfvoraussetzungen genutzt werden.

Beispiel (Zwischenobersatz) A müsste einen *Anspruch* haben.

(Unterprämisse = Definition) Ein *Anspruch* – ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.⁸²

(Voraussetzungen)

- Recht, zu verlangen
- Tun oder – Unterlassen

⁸² Vgl. § 194 Abs. 1 BGB.

- von einem anderen.

Diese Voraussetzungen sind zu prüfen. Was diese Begutachtung (explizit) anspricht und was lediglich (implizit) mitläuft, werden wir noch behandeln.

Ist ein gesetzlicher Begriff mehrdeutig, muss ihn der Gutachter im Wege der Auslegung (Interpretation) klären. Das Ergebnis der Auslegung ist wiederum ein Satz, der Merkmale enthält, die ggf. zu prüfen sind.

Beispiel Nach der richtlinienkonformen Auslegung der §§ 312c, 355 BGB müssen die dem Verbraucher zu erteilenden Informationen „nicht nur vom Unternehmer in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise abgegeben werden, sondern auch dem Verbraucher in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise zugehen.“⁸³

Voraussetzung ist damit, dass die Widerrufsbelehrung dem Verbraucher vor dem Vertragsschluss ohne dessen weiteres Zutun in Textform zugeht. Dies wäre hier jedoch nur dann der Fall, wenn der Verbraucher die Belehrung selbst auf seinem eigenen Computer abspeichert oder ausdruckt. Andernfalls bleibt dem Käufer nur die Möglichkeit, die Information bei eBay unter der Rubrik „Ich habe gekauft“ bis zu 60 Tage nach dem Vertragsschluss abzurufen.⁸⁴ Diese Speicherung auf dem Server des Plattformbetreibers reicht aber nicht aus, um die Textform zu wahren und eine Widerrufsfrist anlaufen zu lassen.⁸⁵

Prüfvoraussetzungen begegnen dem Juristen unter verschiedenen **Bezeichnungen**. Neben den bereits erwähnten Begriffen Tatbestandsmerkmal, Merkmal und (Tatbestands-)Element verwendet man auch die Ausdrücke Kriterium, Eigenschaft, Fallgruppe oder seltener: Kennzeichen, Moment.

e) Abgrenzung: Beispiele und Regelbeispiele

Von den gutachterlichen Prüfvoraussetzungen, die den gesetzlichen Tatbestandselementen entsprechen, sind die vom Gesetzgeber angeführten Beispiele zu unterscheiden.

⁸³ BGH Urteil vom 29.04.2010, MDR 2010, 1411, 1411 f.

⁸⁴ Vgl. BGH Urteil vom 29.04.2010, MDR 2010, 1411, 1411 f.

⁸⁵ Vgl. zu der entsprechenden Bestimmung des Art. 13 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2002/92/EG EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 27.1.2010 – E-4/09, VersR 2010, 793 Tz. 65 f.

Beispiel Zu den dauerhaften Datenträgern zählen **insbesondere** Disketten, CD-Roms, DVDs und die Festplatte des Computers des Verbrauchers, auf der die elektronische Post gespeichert wird, Internet-Websites dagegen nur dann, wenn sie die in der Definition des Begriffs „dauerhaftes Medium“ enthaltenen Voraussetzungen erfüllen.

Beispiele - ob sie innerhalb einer Norm oder an anderer Stelle genannt werden - können keine abstrakten (Tatbestands)Voraussetzungen sein und damit auch nicht wie diese direkt die gesetzliche Rechtsfolge bedingen. Vielmehr dienen sie in ihrer Eigenart als Erfahrungssätze oder Erfahrungsbegriffe der *Konkretisierung* der Tatbestandselemente. Die Frage der Konkretisierung von Tatbestandsbegriffen wird im Gutachten jedoch erst an späterer Stelle aufgeworfen, nämlich im Abschnitt Subsumtion.

Was für die Beispiele gilt, ist grundsätzlich auch zu den sog. Regelbeispielen festzustellen. Allerdings nehmen diese gesetzestechnisch eine Zwischenstellung ein. Zum Teil werden sie wie übliche Beispiele behandelt, zum Teil nähern sie sich in der Formulierung und Wirkung den Tatbestandsmerkmalen an, obwohl die Rechtsprechung betont, dass mit Verwirklichung eines Regelbeispiels nur ein **Indiz** für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals (z. B. Qualifikation: besonders schwerer Fall) vorliegt, das entkräftet werden könnte.

Beispiel für Regelbeispiele, die lediglich „beispielmäßig“ verstanden werden

§ 77a Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG⁸⁶): Die Bundesnetzagentur kann von den Telekommunikationsnetzbetreibern sowie von Unternehmen und von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können, diejenigen Informationen verlangen, die für die Erstellung eines detaillierten Verzeichnisses über Art, Verfügbarkeit und geografische Lage dieser Einrichtungen erforderlich sind. Zu den Einrichtungen nach Satz 1 zählen **unter anderem** Gebäude, Gebäudezugänge, Verkabelungen oder Kabelkanäle in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte und Verteilerkästen.

⁸⁶ Das TKG in der vom 10.05.2012 bis zum 10.11.2016 geltenden Fassung.

Beispiel für Regelbeispiele, die textlich nicht von den Tatbestands-
malen einer Qualifikation wie z. B. in § 224 StGB (gefährliche Körperverlet-
zung) zu unterscheiden sind.

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Abgabenordnung (AO):

Ein besonders schwerer Fall liegt *in der Regel* vor, wenn der Täter

1. in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervor-
teile erlangt,
2. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht,
3. die Mithilfe eines Amtsträgers ausnutzt, der seine Befugnisse oder seine
Stellung missbraucht,
4. unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege fortgesetzt
Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, oder
5. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten
nach Absatz 1 verbunden hat, Umsatz- oder Verbrauchssteuern verkürzt o-
der nicht gerechtfertigte Umsatz- oder Verbrauchssteuervorteile erlangt.

f) Formulierung der Voraussetzungen

Hier ist zu unterscheiden:

1. Der Obersatz wird traditionell im Konjunktiv II (Irrealis) formuliert, z. B. „A *könnte*
einen Anspruch ... haben“. Dem entsprechen in den weiteren Obersätzen die For-
mulierungen: möglicherweise/fraglich ist/zu prüfen ist, ob ... ist/hat.

a) Hier schließt man entweder unmittelbar an:

- Das ist der Fall ... wenn *wäre*
- Dazu *müsste*
- Das ist erfüllt... wenn *vorläge*
- Diese Voraussetzung ist zu bejahen, wenn... gegeben *wäre*
- Wenn ... /falls... /sofern... /soweit... /unter der Voraussetzung, dass... *wäre*

Grammatisch richtig ist also, die fragliche, „irreale“ Folge (Obersatz) mit einer ebenfalls „irrealen“ Bedingung (Voraussetzung) zu kombinieren. Man sagt eben: „Ich *wäre* heute besser gleich im Bett geblieben, wenn ich das vorher gewusst *hätte*“ nicht: „...gewusst *habe*“. Im Übrigen sind Obersatz und Voraussetzungen im Gutachten zunächst gleichermaßen ungewiss und prüfungsbedürftig.

Beispiel Der V-Versand hat *möglicherweise* durch die Zusendung der Broschüre ein Angebot abgegeben. Dann *müsste* der äußere (objektive) Tatbestand einer Willenserklärung vorliegen.

b) Überspringt man den Bedingungssatz und nennt sofort die erforderliche Voraussetzung, wählt man dagegen den Indikativ.

(Obersatz) ...*könnte* haben.

(Voraussetzung) Voraussetzung dafür *ist*, ...

Beispiel Der V-Versand *könnte* gegen T einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 7.800 EUR aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 II BGB haben.

Voraussetzung für einen solchen Anspruch *ist* der Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages i.S.d. § 433 BGB.

Hier geht es nicht um das *mögliche* Vorliegen in *diesem* Fall, sondern die allgemein gültige Rechtslage, die immer im Indikativ ausgedrückt wird.

Merke Die Nennung, Bestimmung, Definition und Interpretation der Voraussetzung erfolgt immer im Indikativ.

2. Zählen Sie zu den Fortschrittlichen, die bereits den ersten Obersatz in den Indikativ setzen, werden Sie dies durchgehend beibehalten.⁸⁷

g) Müssen alle Voraussetzungen geprüft werden?

Juristen sind dafür berühmt, auf schwierige Fragen wie folgt zu antworten: „Das kommt darauf an.“ Als Anfänger und im Strafrecht sollte man jedenfalls alle tatbestandlichen Voraussetzungen *benennen*.

⁸⁷ Vgl. C. II. 1. b).

Das heißt nicht, dass jeder Begriff eines gesetzlichen Tatbestands auch nach dem Muster „Obersatz, Definition, Subsumtion“ durchgeprüft werden sollte. Angefangen von dieser Langversion sind Prüfdurchgänge mit unterschiedlichen Kürzungen möglich, bis hin zur Feststellung im Urteilsstil: „Dieses Merkmal liegt ebenfalls vor.“

Eine weitere Vereinfachung kann darin bestehen, Voraussetzungen in Gruppen zusammen zu ziehen und gemeinsam abzuhandeln.

Was Sie ausführlich und was nur knapp prüfen, ist eine Frage des Einzelfalls. Über die Umstände dieses Einzelfalls werden Sie einerseits durch den Sachverhalt unterrichtet, andererseits müssen Sie eine rechtliche Voreinschätzung wagen.



Wann immer es um lösungsrelevante Prüfungspunkte geht, ist Ausführlichkeit geboten. Offenbar Nebensächliches ist kurz abzuhandeln.

Die Rechtsprechung beschränkt sich übrigens darauf, aus der Menge der Voraussetzungen nur die kritischen Merkmale herauszugreifen: „*Insbesondere* liegen Merkmal 1 und Merkmal 2 vor.“ Manchmal, aber nicht immer, wird ergänzt: „Die übrigen Voraussetzungen sind gegeben.“

3. Definition

Tatbestandliche Voraussetzungen gelten als erfüllt, wenn man ihnen ein Sachverhaltselement zuordnen, also subsumieren kann. Häufig ist eine Voraussetzung jedoch so abstrakt, dass die Subsumtion des Sachverhalts nicht evident ist. In diesem Fall muss die fragliche Voraussetzung – das Tatbestandsmerkmal – durch Inhaltsbestimmung konkretisiert werden. Dies erfolgt im Rechtsgutachten mit Hilfe von Definitionen.

1. Obersatz

2. Voraussetzungen

3. **Definition**

4. Subsumtion

5. Ergebnis

Beispiel C könnte gegen E einen Rückgabeanspruch gemäß §§ 604 Abs. 1, 598 BGB geltend machen. Voraussetzung ist, dass C und E einen *Leihvertrag* geschlossen haben.

[Definition:] Unter einem *Leihvertrag* ist die Verpflichtung zur vorübergehenden unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung zu verstehen.

a) Der Brückenbau zwischen Norm und Sachverhalt

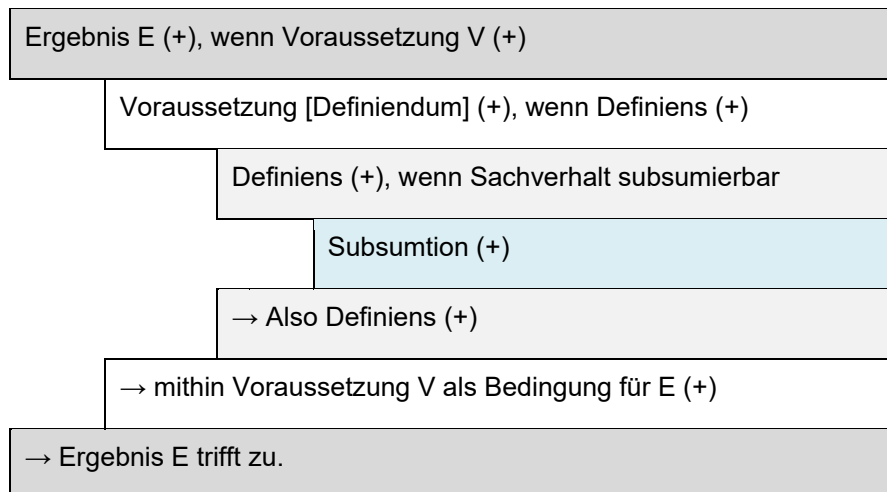
Hat die Definition den Begriff ausreichend geklärt, kann die Subsumtion erfolgen. Dabei wird der Sachverhalt dem Definiens untergeordnet.⁸⁸

Beispiel Voraussetzung ist, dass C und E einen *Leihvertrag* geschlossen haben.

Unter einem *Leihvertrag* [Definiendum] ist die *Verpflichtung zur vorübergehenden unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung* [Definiens] zu verstehen.

C hat sich gegenüber E damit einverstanden erklärt, dass sich dieser sein Cabrio für ein Wochenende „ausborgt“ [Sachverhalt].

Damit hat sich C zu einer *vorübergehenden unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung verpflichtet* [Subsumtion].



Wenn der Sachverhalt nach einem differenzierteren Vorgehen verlangt, sollten die einschlägigen Sachverhaltselemente den einzelnen *Merkmale* des Definiens zugeordnet werden.

⁸⁸ Zur Struktur, den Arten und Aufgaben einer Definition: Kurseinheit 1 A. II. 1. c) bb).

Ergebnis E (+), wenn Voraussetzung V (+)
Voraussetzung (Definiendum) = Definiens mit Merkmal 1 + Merkmal 2 + Merkmal 3
Merkmal 1 (+), wenn Sachverhalt subsumierbar
Subsumtion 1 (+)
Merkmal 2 (+), wenn Sachverhalt subsumierbar
Subsumtion 2 (+)
Merkmal 3 (+), wenn Sachverhalt subsumierbar
Subsumtion 3 (+)
Zwischenergebnis: Subsumtion (+)
Zwischenergebnis: Voraussetzung (+)
Endergebnis (+)

Beispiel Unter einem Leihvertrag [Definiendum] ist die Verpflichtung zur vorübergehenden unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung [Definiens] zu verstehen.

a) Zu prüfen ist, ob eine *Gebrauchsüberlassung* vereinbart wurde [Merkmal 1].

C hat sich gegenüber E damit einverstanden erklärt, dass sich dieser sein Cabrio „ausborgt“ [Sachverhalt]. Damit kam der Wille zum Ausdruck, E das Fahrzeug lediglich *zum Gebrauch* und nicht beispielsweise zum Zwecke der Übereignung zu überlassen.

b) C sollte auch, so der unmissverständliche Wortsinn des Verbs „borgen“, dem E das Fahrzeug *unentgeltlich* überlassen. [Merkmal 2].

c) Fraglich ist, ob die *Gebrauchsüberlassung* nach dem Parteiwillen „vorübergehend“ sein sollte. Laut Vereinbarung sollte C dem E das Cabrio „für ein Wochenende“ überlassen. Wenn dieser Zeitraum auch hinsichtlich seines genauen Beginns und Ende unbestimmt war, stand doch fest, dass er auf wenige Tage unter Einschluss allenfalls eines Samstags und des

folgenden Sonntags begrenzt sein sollte. Die Gebrauchsüberlassung war damit also nur als vorübergehend vereinbart. [Merkmal 3].

Damit hat sich C zu einer *vorübergehenden unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung verpflichtet* [Subsumtion].

C und E haben folglich einen Leihvertrag geschlossen.

Reichen die begrifflichen Bestimmungen auf dieser Stufe noch nicht aus, um die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Subsumtion zu konkretisieren, müssen Sie die nächstfolgende Stufe beschreiten und die *Merkmale* des Definiens selbst definieren.

Auf diese Weise können immer tiefere Gliederungsebenen mit immer feineren, sachnäheren Begrifflichkeiten entstehen, bis der Sprung von der abstrakten Voraussetzung (Tatbestandsmerkmal) zum konkreten Sachverhaltselement gelingt.

b) Standarddefinitionen

Wie Sie bereits wissen, stammen die rechtsgutachterlichen Definitionen zum Teil aus Gesetzen, werden überwiegend aber von Rechtsprechung und Lehre erarbeitet.⁸⁹ Legaldefinitionen genießen stets Vorrang und müssen in ihren wesentlichen Begriffen wörtlich verwendet werden. Das heißt nicht, dass man die gesamte Vorschrift abschreiben soll, sondern lediglich, dass die wesentlichen Begriffsmerkmale sprachlich nicht variiert werden dürfen.

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Achtsam- **falsch**
keit verletzt, § 276 II BGB.

Gemäß § 276 II BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr er- **richtig**
forderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Die übrigen Definitionen können freier wiedergegeben werden. Allerdings empfiehlt es sich, bei Standarddefinitionen möglichst exakt den Textvorgaben der herrschenden Meinung zu folgen. In der Rechtsdogmatik haben die Begriffe in Definitionen auch eine Ordnungsfunktion, das heißt, eine ähnliche Aufgabe wie Dokumententitel in einer Dateiverwaltung. Unter jedem Titel ist ein bestimmtes Dokument abgelegt, von dem wieder Verweise zu weiteren Dokumenten leiten. Fehlt der wortgenaue

⁸⁹ Kurseinheit 1 A. II. 1. c) bb), zu den Legaldefinitionen (3), zu anderen Typen (4).

Titel, hat man Schwierigkeiten, an die darunter liegende Information zu gelangen bzw. man gerät leicht in einen abwegigen Zusammenhang.

Beispiel So führt bereits quantitativ betrachtet die Kombination der Begriffe „Fahrlässigkeit“ und „Achtsamkeit“ eher auf einen juristischen Holzweg (82 Treffer bei Juris), während „Fahrlässigkeit“ und „Sorgfalt“ mit fast 29.400 Fundstellen⁹⁰ offenbar einen ergiebigen Knotenpunkt bilden.

Man hüte sich also in den ersten Semestern vor Kreativität, jedenfalls da, wo anerkannte Autoritäten in Rechtsprechung und Lehre seit Juristengedenken Begriffe und begriffliche Konkretisierungen bereitgestellt haben.



Andererseits, und nun wird es wirklich schwierig, sollte man weiterhin **eigenständig** denken – und je mehr man weiß und je sicherer man Fälle lösen kann, umso mutiger zu seinen eigenen Ansichten stehen. Dies bedeutet:

Zunächst wird man lernen und ohne kritische Diskussion übernehmen; sonst fällt es schwer, die Technik einzuüben. Mit der Zeit gelingt es, gleichzeitig über das Akzeptierte und Gelernte nachzudenken. Sie können etablierte Definitionen verwenden, aber dennoch versuchen, zu verstehen, was Sie da gerade nachbuchstabieren. Sie können sich fragen: Was bedeutet das eigentlich konkret? Welche Konsequenzen hat das, in diesem, aber auch in jenem Fall? Welche Annahmen stehen dahinter? Wer hat das gesagt? Warum wurde dies wohl so formuliert? Warum nicht anders? Warum gerade zu diesem Zeitpunkt? Warum in diesem Zusammenhang?

Bald schon wird von Ihnen geradezu erwartet, sich mit der so genannten herrschenden Meinung auch kritisch auseinanderzusetzen; freilich in einem festgelegten Stil und zunächst nur als Wahl zwischen vorgegebenen Ergebnissen. Je weiter Sie sich aber qualifizieren, umso größer wird Ihr Argumentationsraum. In Qualifikationsarbeiten erreichen Sie schließlich nur die Bestnoten, wenn Sie in der Lage sind, gegen die bereits vertretenen Rechtsauffassungen aus dem Gemengelage von möglichen Anwendungsfällen eigene Vorschläge zur Begriffskonkretisierung zu entwickeln.

⁹⁰ Beides erhoben am 17.01.2017 bei juris.

c) Umstrittene Definitionen: Meinungsstreit

Für die meisten Rechtsbegriffe gibt es keine Standarddefinitionen. Im Gegenteil: häufig bieten Literatur und Rechtsprechung verschiedene, einander widerstreitende Begriffsbestimmungen an.

Beispiel Fraglich ist jedoch, was unter dem Begriff der Richtermediation zu verstehen ist. Während die gerichtsinterne Mediation noch im Regierungsentwurf mit der Tätigkeit der außergerichtlichen Mediatoren gleichgesetzt wurde [Definition/Meinung 1], hat sich das Mediationsgesetz dafür entschieden, die richterliche Mediation als eine im Verfahrensrecht verankerte, spezielle richterliche Funktion zu bestimmen [Definition/Meinung 2].

Streitige Definition: Begriff Richtermediation

Obersatz mit Definitionsfrage		Fraglich ist jedoch, was unter dem Begriff der <u>Richtermediation</u> zu verstehen ist.
Meinung 1:		Während die gerichtsinterne Mediation noch im Regierungsentwurf mit der Tätigkeit der außergerichtlichen Mediatoren gleichgesetzt wurde,
Richtermediation = Wie außergerichtliche Mediation		
Begründung von M1:		Regierungsentwurf
Meinung 2:		hat sich das Mediationsgesetz dafür entschieden, die richterliche Mediation als eine im Verfahrensrecht verankerte, spezielle richterliche Funktion zu bestimmen.
Richtermediation = Richterliche Funktion.		
Begründung von M2:		Mediationsgesetz

Meinungsstreitigkeiten erscheinen in drei Hauptkonstellationen:

„**Stellungskrieg**“ Der Begriff ist seit langem umkämpft und die Auffassungen über die treffende Begriffsbestimmung werden in kaum veränderter Weise ausgetauscht, ohne dass der Meinungsstreit bisher entschieden wurde.

„**Neuland**“ Es hat sich noch keine führende Meinung herausgebildet, weil

- der zu entscheidende Falltypus, und damit ein bestimmtes Konkretisierungsbedürfnis in Bezug auf den Begriff neu ist oder
- es sich um einen neuen Begriff handelt, insbesondere das Tatbestandsmerkmal einer neuen *Norm*.

„**Aufstand**“ Eine bestehende, in der Vergangenheit nahezu als unangreifbar erscheinende Definition – die sog. herrschende Meinung – wird durch Gegenstimmen in Literatur oder Rechtsprechung in Frage gestellt ...vielleicht auch durch Sie?

Wie die unterschiedlichen Streitstände (im Gutachten: die widerstreitenden Definitionen) im Einzelnen behandelt werden, erfahren wir später. Hier nur einige Bemerkungen zum Aufbau und ein ausführliches Beispiel.

aa) Der Aufbau eines Meinungsstreits

Einleitung, d. h. Zwischenübersatz bezogen auf einen fraglichen Begriffsinhalt (auf ein streitiges Definiens):

Problematisch ist, was {z. B.: unter dem Tod eines Menschen zu verstehen} ist.

Streitig ist, ob ...

Fraglich ist, was ...; hierzu werden verschieden Ansichten vertreten.

In der Lehre besteht keine Einigkeit darüber, was ... bedeutet.

I. Streitstand

1. Meinung {z. B.: Tod = Funktionsverlust des Gesamthirns}

„Die überwiegende Auffassung vertritt, dass {der Tod mit dem *Funktionsverlust des Gesamthirns* eintritt}“

▪ Begründung

{Regelung im Transplantationsgesetz}

▪ Subsumtion

„Folgt man dieser Auffassung, bedeutet dies für den vorliegenden Fall...“

2. Meinung {Tod = Herztod}

„Eine andere Meinung {setzt den Tod eines Menschen mit dem irreversiblen Stillstands von Atmung bzw. Kreislauf gleich}.

- Begründung
- Subsumtion

3. Meinung ... usw.

II. Streitentscheidung durch eigene Stellungnahme

wenn die Meinungen bezogen auf den Fall zu **unterschiedlichen** Ergebnissen kommen.

„Da sich die Ansichten vorliegend in Auswirkungen auf den Fall unterscheiden, ist der Meinungsstreit zu entscheiden.“

Keine Entscheidung ist erforderlich, wenn die Auffassungen vorliegend zum gleichen Ergebnis führen.

Beispiel⁹¹ Fraglich ist, was unter dem *Tod* eines Menschen zu verstehen ist.

(I) Die herrschende Meinung betrachtet den *irreversiblen Funktionsverlust des Gesamthirns* als Definitionskriterium des Gesamttodes. Hierfür spricht insbesondere das Transplantationsgesetz (TPG), das zwar keine gesetzliche Definition des strafrechtlich relevanten Todesbegriffs vorlegt, aber den Gesamthirntod als Voraussetzung für eine Organentnahme (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG) bei „toten“ Organspendern anerkennt (Überschrift des 2. Abschnitts des TPG).

⁹¹ Das gesamte Beispiel ist in seinen abstrakten Passagen ein zumeist wörtliches, jedoch mit einigen Kürzungen und didaktischen Ergänzungen versehenes Zitat von: Ulfrid Neumann, Vorbemerkungen zu § 211, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, Rn. 25–27, mwN.

[Subsumtion:] Da zum Tatzeitpunkt bei B bereits der Gesamthirntod eingetreten war, bedeutet dies, dass der A den B nach dieser Auffassung nicht getötet haben konnte.

(II) Gegen das Gesamthirntodkriterium werden v.a. zwei Einwendungen erhoben.

(1) Den Verfechtern des *Herztod*kriteriums geht die aus dem Hirntodkriterium in bestimmten Fällen resultierende Vorverlagerung des Todeszeitpunkts (die etwa 1% der Todesfälle betrifft) zu weit. Sie wollen auch bei Hirntoten auf den Zeitpunkt des irreversiblen Stillstands von Atmung bzw. Kreislauf abstellen.

[Subsumtion:] Nach dieser Ansicht hätte B noch gelebt, als A den Eingriff vornahm.

(2) Auf der anderen Seite geht die Orientierung an dem Gesamthirntodkriterium denjenigen nicht weit genug, die das Leben des Menschen schon mit dem irreversiblen Ausfall der Funktion einer Teilhirnfunktion (*Teilhirntod*kriterium) als beendet ansehen. Dabei wird insb. auf den Ausfall der Funktion des Großhirns abgestellt (*Kortikaltod*kriterium).

[Subsumtion:] Folgt man der dritten Meinung und setzt den menschlichen Tod mit dem irreversiblen Ausfall der Funktion des Großhirns gleich, gelangt man in der Frage der Strafbarkeit des A zu demselben Ergebnis wie die Vertreter des Gesamthirntodkriteriums.

[Da sich die Ansichten in ihren Auswirkungen auf den Fall unterscheiden, ist eine Stellungnahme unerlässlich.]

[Streitentscheidung]

(III) Die beiden letztgenannten Positionen liefern zum Gesamthirntodkonzept der herrschenden Meinung keine befriedigende Alternative.

(1) Im Vergleich zum *Herztod*kriterium spricht für das Gesamthirntodkonzept, dass es auf den Funktionsverlust nicht eines einzelnen Organs, sondern der zentralen Steuerungsinstanz der biologisch-organischen

Geschehensabläufe abstellt, der zugleich den Verlust jeglicher Bewusstseinsprozesse bedeutet.

(2) Wenn mit dem *Kortikaltodkriterium* teilweise nur oder ganz überwiegend auf den Zusammenhang zwischen Hirntätigkeit und dem „Personsein“ bzw. der Persönlichkeit des konkreten Menschen abgestellt wird, so provoziert das das Missverständnis, es werde „ein bestimmtes Potential an Kognitivität, Selbstbewusstsein usw.“ zur Voraussetzung menschlichen Lebens erhoben. Demgegenüber ist zu betonen, dass sich die Rechtfertigung des *Gesamthirntodkriteriums* einerseits aus dem mit dem vollständigen Funktionsausfall des Gehirns verbundenen irreversiblen Verlust der Bewusstseins- und Empfindungsfähigkeit, andererseits aus dem damit gleichfalls verknüpften Verlust der zentralen Steuerung der Körperfunktionen zu einer funktionellen Gesamtheit ergibt. Das Gesamthirntodkriterium berücksichtigt sowohl den bewusstmäßigen als auch den biologisch-organischen Aspekt des menschlichen Lebens.

(IV) [Zu den Gegenargumenten]

Kein Argument für die Adäquanz des Hirntodkriteriums ist demgegenüber die Bedeutung, die der Bestimmung des Todeszeitpunkts im Zusammenhang mit der *Transplantationsmedizin* zukommt. Da das Leben des einen Menschen mit dem des anderen grds. nicht verrechnet werden kann, kommt eine Verkürzung des strafrechtlichen Lebensschutzes des potenziellen Organspenders zugunsten der Lebensinteressen des Empfängers auch unter Notstandsgesichtspunkten nicht in Betracht.⁹²

[*Gesamtsubsumtion*] Unter Berücksichtigung der Definition, die den Tod eines Menschen mit dem irreversiblen Funktionsverlust des Gesamthirns gleichsetzt, war der Tod zur Zeit der Tathandlung bereits eingetreten.

[*Ergebnis*] A kann B durch sein Verhalten nicht getötet, und damit nicht den objektiven Tatbestand des § 211 StGB erfüllt haben.

bb) Begründung und Bewertung einer Definition

Eine Definition ist abstrakt. Sie ist für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen gedacht.

⁹² Bis hierhin wörtlich: U. Neumann, Vorbemerkungen zu § 211, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafrecht, 4. Aufl. 2013, m.w.N.

So bleibt eine „Sache“ im Bürgerlichen Recht immer „ein körperlicher Gegenstand“ (§ 90 BGB), gleichgültig, auf was „Sache“ konkret referieren soll (z. B. dieses Haus, ein Taschenmesser oder eine Orchidee). Das Definiendum („Sache“), ein besonders abstrakter Begriff, wird für eine unbegrenzte Zahl von Fällen durch das Definiens erläutert, also durch Begriffe, die ebenfalls abstrakt, aber etwas spezifischer sind („Gegenstand“, „körperlich“). Dementsprechend wird der Streit um die treffende Definition, also der Meinungsstreit um Begriffsbestimmungen, auch *abstrakt* ausgetragen, nämlich für eine unbestimmbare Vielzahl von Fällen.

Deshalb sollte man in einem Meinungsstreit bei der Begründung einer Definition und der Argumentation für und gegen eine Rechtsauffassung grundsätzlich immer nur *allgemeine* Prämissen zur Stützung seiner Erwägungen anführen. Man kann sich auf Rechtsnormen, Lehrsätze, allgemeingültige Leitsätze, Rechtsregeln, sog. Denk- und Naturgesetze und Regeln des alltäglichen Lebens berufen. Dagegen ist es problematisch, eine Begriffsbestimmung mit einem *Beispiel* widerlegen zu wollen. Das Beispiel bezieht sich stets auf einen Einzelfall. Durch nur einen Fall wird im Recht aber grundsätzlich kein Gesetz widerlegt.⁹³

Gegen das Hirntodkriterium erheben sich aber auch Bedenken. So **falsch** wurde im Jahre 2009 im St. Joseph Krankenhaus in Syracuse (Bundesstaat New York) eine Frau versehentlich für hirntot erklärt; als ihr Organe entnommen werden sollten, öffnete sie die Augen.

Gegen das Hirntodkriterium erheben sich aber auch Bedenken. Kei- **richtig** nesfalls lässt sich das Konzept mit dem Lebensinteresse der potentiellen Organempfänger begründen, da Leben nicht gegen Leben abwägbare ist.

Exkurs: Beispiel (exemplum)

Beispiele, also Einzelfälle bzw. entschiedene Streitfälle zählen dennoch in Rechtsgutachten zu den überzeugendsten Argumenten. Nur sollte man sie dort einsetzen, wo sie hingehören:

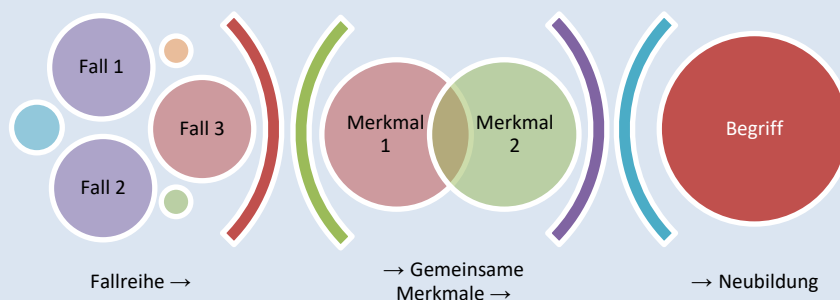
(1) Sie dienen der **Illustration** eines abstrakten Zusammenhangs:

⁹³ Vgl. David Hume, Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, Buch III, Teil I, Kapitel I.

Beispiel Die Feststellung des Hirntods erfolgt nicht immer mit naturwissenschaftlicher Sicherheit. Die zeigt ein Fall aus dem Jahre 2009 im St. Joseph Krankenhaus in Syracuse...

Der eine angeführte Fall *beweist* die Kritik nicht, sondern *veranschaulicht* sie. Er gehört damit nicht zu den Überzeugungsmitteln des Logos, sondern des Pathos.⁹⁴ Derartige Mittel sind der Rechtssprache nicht fremd, sollten aber äußerst sparsam eingesetzt werden. Die Wirkung des juristischen Stils beruht auf seiner Sachlichkeit.⁹⁵

(2) **Bildung neuer Begriffe.** Hierzu werden mehrere Beispiele verglichen, die wesentlichen Merkmale, die diesen gemeinsam sind, herausgestellt und unter einem neu formulierten Oberbegriff zusammengefasst. So bereichert man die Rechtsdogmatik um ein weiteres Merkmal (Prüfvoraussetzung) bzw. eine neue juristische Regel und kehrt mit dieser abstrakten Neuprägung vom Boden des Konkreten zurück in die Höhe der allgemeingültigen Argumentation.



(3) Eine **Vorstufe** der Begriffs- bzw. Regelbildung beschränkt sich auf das Bilden von „Fallreihen“⁹⁶. Die Fallreihen bestehen aus Fällen, die als zusammengehörig angesehen werden. Worauf die Gemeinsamkeit der Fälle beruht, wird nicht vollständig, sondern typischerweise nur angesichts eines oder weniger Merkmale (Zeichen) bestimmt. Andere gemeinsame Merkmale können zwar angesprochen werden, aber eine randscharfe Merkmalsbestimmung unterbleibt. Erst Recht fehlt es am nächsten Schritt, der Begriffs- bzw. Regelbildung. Die „Subsumtion“ unter diese Reihe erfolgt durch einen unausgesprochenen Analogieschluss.

⁹⁴ Dazu: Schlieffen, Rhetorik, in: Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, hrsg. v. Volker Römermann und Christoph Paulus, München 2003, S. 192–229.

⁹⁵ Katharina Sobota, Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen, 1990.

⁹⁶ Jan Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 53 ff.

Alltagsbeispiel

Wir sollten in diese Aufführung gehen! [Denn:]

- Im November waren wir in Amphitryon, das war doch gut.
- Dann gab es diese Premiere „Der Plan von der Abschaffung des Dunkels“, hat uns auch gefallen.
- Und dieses Ballett „Smartphone Project“, na ja Ballett, aber interessant.

Die Fallreihe unterstützt das Ergebnis durch einige konkrete Gesichtspunkte, aber begründet es *nicht* durch ein regelhaftes Argument:

Beispiel für Regelbildung „Wir gehen in die Aufführung, denn *immer wenn* wir etwas unternehmen, wird es ein Erfolg“. Oder noch durchschlagender: „Ein Aufführungsbesuch *ist* mit Sicherheit erfolgreich“.

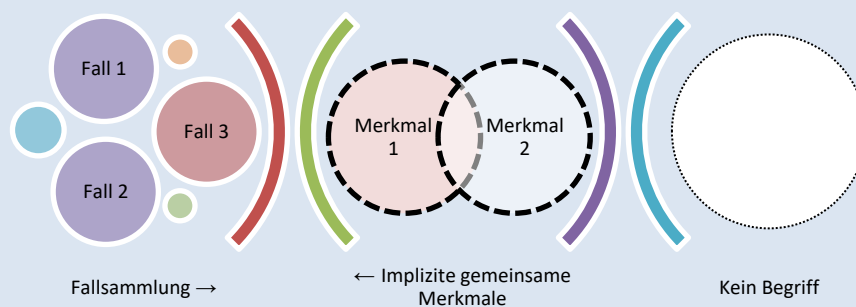
Aus den wenigen unterschiedlichen Erlebnissen wird man aber gar keine Regel abstrahieren können und wollen.

„Immer wenn wir etwas unternehmen – oder nur: wenn wir ins Theater gehen? bzw. in Ballett? Und was ist mit Kino? – Und wenn es schon so genau wird: einige Abende waren ja auch langweilig?“.

Also belässt man es bei den Beispielen.

Rechtsbeispiel „Der BGH hat Fälle, die gewöhnlich bei Obhutsverletzungen entstehen, wie den bereits erwähnten *Brandschaden*, aber auch *Wasserschäden* und *Ölschäden*, die auf eine *unsachgemäße Schweißarbeit, Isolierungsarbeit bzw. Montagearbeit zurückzuführen* waren, wiederholt als Fälle positiver Vertragsverletzung gewürdigt. Diesen Beispielen ist der vorliegende Fall gleichzusetzen, in dem es ebenfalls um einen angeblichen *Wasserschaden* wegen einer *unsachgemäß verlegten Leitung* geht.“⁹⁷

⁹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 1980 – IVa ZR 3/80 –, juris.



Die Begründung mit Fallreihen ist eine besonders gebräuchliche juristische Technik, die an die Arbeitsweise des angelsächsischen Case-Law erinnert. Logiker haben damit Schwierigkeiten, weil die ausdrückliche Regelbildung fehlt. Tatsächlich muss man sich versehen, nicht beliebig Fälle und andere Gesichtspunkte zusammenzutragen und dem Leser die Schlussfolgerung zu überlassen.

- Unverzichtbar ist ein geordnetes Vorgehen.
- Aus dem Obersatz muss sich ergeben, warum die Fälle genannt werden und welche begriffliche Zuordnung sie belegen oder kritisieren sollen.
- Soweit Abstraktionen möglich und angebracht sind, sollte sie ein Jurist leisten: Gibt es gemeinsame Merkmale? Kann man die Fallgruppe nicht doch unter einen Begriff fassen?
- Die Vergleichbarkeit des vorliegenden Falls mit den übrigen Fällen muss dargelegt und begründet werden.

Exkurs Ende

Im Gegensatz zur abstrakten Diskussion, mit der Sie klären, welche Definition die passende sein soll, ist die *Subsumtion* unter das jeweilige Definiens immer eine Frage des Einzelfalls. Sie erfolgt *konkret* im Anschluss an die Darstellung des jeweiligen Sachverhaltselements und stellt fest, welche Auswirkungen die jeweilige Rechtsauffassung für die Falllösung hat.

Beispiel Folgt man den Verfechtern des Herztodkriteriums, hat B noch gelebt, als A den Eingriff vornahm.

So wird der Gutachter angehalten, den Meinungsstreit in jedem seiner Abschnitte auf das konkrete Problem zu beziehen und nicht in akademische Höhen abgleiten zu lassen.

d) Definition und Auslegung

Die gutachterliche Station des Definierens dient der Begriffsbestimmung. Hier konkretisieren Sie die Voraussetzungen des Obersatzes und überbrücken damit den Abstand zwischen Norm und Sachverhalt. Der Ansatzpunkt liegt dabei grundsätzlich im „Wesen“ des fraglichen Begriffs, hergeleitet aus dessen Stellung im rechtswissenschaftlichen System.

In vielen Fällen erfolgt die Begriffsklärung jedoch auf eine andere Weise: durch Auslegung. Primärer Bezugspunkt der Sinndeutung ist hier nicht das Rechtssystem, sondern ein Rechtstext und der darin zum Ausdruck gelangte Wille seines Urhebers.

Auslegung (Interpretation) ist geboten, wenn der fragliche Begriff

- Element einer Rechtsnorm, eines Vertrages oder einer sonstigen Willenserklärung ist
- und
- seine Bedeutung (Inhalt/Sinn) dunkel oder nicht eindeutig erscheint.

	Definition	Auslegung
Gegenstand:	Alle Begriffe	Rechtsnorm, Vertrag, Willenserklärung
Grund:	Begriff zu abstrakt	Unverständlich
Ziel:	Konkretisieren	Verstehen
Quelle der Sinngebung:	Rechtssystem	Der rechtsnormative Text (Rechtsnorm, Vertrag, Willenserklärung)

Für die Auslegung bieten im BGB AT vor allem zwei Vorschriften eine Rechtsgrundlage. § 133 BGB, unter dem allgemeinen Titel „Auslegung einer Willenserklärung“ geführt, regelt allerdings nur einen, wenn auch wichtigen Aspekt: Bei der Auslegung einer Willenserklärung sei „der wirkliche Wille zu erforschen“ und nicht am „buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“. Hinsichtlich der „Auslegung von Verträgen“ schreibt § 157 BGB vor, Verträge so auszulegen, wie es „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern“. Daneben bieten Gesetze zahlreiche

spezielle Auslegungsregeln.⁹⁸

Die Auslegung (Interpretation) als eine besondere Methode zur Verdeutlichung unklarer Rechtsbegriffe unterscheidet sich von der Definition, mit der abstrakte Begriffe konkretisiert werden. Die Rechtsbegriffe müssen in bestimmten *Texten* stehen (Rechtsnorm, Vertrag), deren Urheber sich durch *Rechtsetzungskraft* auszeichnet. Begriffselemente von Urteilen, Lehrsätzen oder anderen akademischen Beiträgen kommen deshalb als Gegenstand der juristischen Auslegungsweisen nicht in Frage.

Beispiel Den Begriff *Gattungsschuld* in § 243 BGB könnte man rechtsmethodisch auslegen, nicht dagegen die *Stückschuld*, die vom Gesetz nicht genannt wird. Die Stückschuld ergibt sich aus dem System der Rechtsdogmatik und ist ggf. durch Definition begrifflich näher zu bestimmen.

Voraussetzung für eine Auslegung ist schließlich, dass der Begriff unverständlich ist. Es reicht nicht aus, dass ein Begriff zu abstrakt für die unmittelbare Rechtsanwendung scheint, sondern es muss über das, was der Urheber „will“, Unklarheit herrschen.

Beispiel

- | | |
|-------------------|--|
| Obersatz | Fraglich ist, ob V dem K mit seiner E-Mail-Nachricht, er wolle ihm sein „spirituellstes Werk“ überlassen, angeboten hat, das Bild „Tau und Totem“ für 600 EUR zu verkaufen. |
| Definition | Unter einem Angebot versteht man eine auf einen Vertragsschluss gerichtete empfangsbedürftige Willenserklärung, die so bestimmt ist, dass sie durch ein einfaches „Ja“ des Empfängers angenommen werden kann. |
| Obersatz | Damit stellt sich die Frage, ob die E-Mail des V ihrem Inhalt nach auf die Herbeiführung eines Kaufvertrages über das Bild „Tau und Totem“ gerichtet war und ein Vertragsschluss nur noch von der Zustimmung des K abhing. |
| Auslegung | Die Formulierung „das spirituellstes Werk“ in der E-Mail des V war mehrdeutig. Eine Auslegung des Schreibens gem. §§ 133, 157 BGB kann jedoch berücksichtigen, dass |

⁹⁸ Im BGB z.B.: § 186 Geltungsbereich (für Frist- und Terminbestimmungen), § 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln, § 329 Auslegungsregel bei Erfüllungsübernahme, § 2084 Auslegung zugunsten der Wirksamkeit, § 2097 Auslegungsregel bei Ersatzerben, § 2137 Auslegungsregel für die Befreiung, § 2304 Auslegungsregel; Rom I Art. 12 Abs. 1 a) usw.

V in der gesamten Nachricht, abgesehen von einer nebensächlichen Ausnahme, ausschließlich von dem Bild „Tau und Totem“ gesprochen hat. Deshalb würde ein objektiver Empfänger der Nachricht in der Lage des K verstehen, dass mit dem „spirituellsten Werk“ nur das Bild „Tau und Totem“ gemeint sein konnte.

Sub- Damit war die Erklärung des V auf den Verkauf des Bildes
sumtion „Tau und Totem“ für 600 EUR gerichtet und hing lediglich
von der Zustimmung des K ab.

Bei der Gesetzesinterpretation lässt sich im Ergebnis kaum zwischen Definition und Auslegung unterscheiden, solange man die „objektive Theorie“ verfolgt und nicht primär auf den historischen Willen des Gesetzgebers abstellt. Da aber der subjektive Wille des Gesetzgebers bei der Interpretation dennoch eine Rolle spielt (nämlich bei der sog. historischen Auslegung), ist die Differenzierung nicht ganz unerheblich.

Den („objektiven“) Gesetzeswillen gilt es in einem geordneten Prozess zu ergründen und zu verstehen. Die Ordnung des Suchverfahrens wird durch die bereits beschriebenen Auslegungsformen vorgegeben.

- Auslegung aus dem Wortlaut – Grammatische Auslegung
- Auslegung aus dem Zusammenhang – Systematische Auslegung
- Auslegung aus der Entstehungsgeschichte – Historische Auslegung
- Auslegung nach dem Sinn und Zweck – Teleologische Auslegung
- sowie die normbezogenen Interpretationen wie insbesondere:
- verfassungskonforme Auslegung
- die Unionsrechts- oder richtlinienkonforme Auslegung

Beispiel Gesetzesinterpretation durch die Rechtsprechung

Das OLG Koblenz hat entschieden, dass es keinen Wettbewerbsverstoß darstellt, wenn ein Autohändler in die Verkaufsanzeige für einen "Vorführgewagen" nicht die für Neufahrzeuge vorgeschriebenen Informationen über Kraftstoffverbrauch und Kohlendioxid-Emissionen aufnimmt.⁹⁹

§ 2 Abs.°1 Nr. 2 Pkw-EnVKV bestimme ausdrücklich, dass "neue Personenkraftwagen" im Sinne dieser Verordnung nur Kraftfahrzeuge sind, die noch

⁹⁹ OLG Koblenz, Urteil vom 13. Oktober 2010 – 9 U 518/10 –, juris.

nicht zu einem anderen Zweck als dem des Weiterverkaufs oder der Auslieferung verkauft wurden. Der zum Verkauf angebotene Pkw Peugeot sei kein "neuer" Personenkraftwagen im Sinne der Pkw-EnVKV, weil die Beklagte ihn zu einem anderen Zweck, nämlich als Vorführwagen erworben und auch als solchen vor dem Weiterverkauf – im Unterschied zu einem Fahrzeug mit Tageszulassung – im Straßenverkehr genutzt hat.¹⁰⁰

Die Beklagte war nicht verpflichtet, gemäß § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1, 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1 Pkw-EnVKV i.V.m. Abschnitt I der Anlage 4 zur Pkw-EnVKV in ihre Internet-Verkaufsanzeige vom 20. April 2009 Angaben zum offiziellen Kraftstoffverbrauch und die Werte der offiziellen spezifischen CO²-Emissionen im kombinierten Testzyklus sowie den Hinweis bzgl. des Leitfadens über den Kraftstoffverbrauch und CO²-Emissionen neuer Personenkraftwagen aufzunehmen. Denn der beworbene Pkw ist kein neuer Personenkraftwagen.¹⁰¹

Bei der Entscheidung darüber, ob ein Kraftfahrzeug, das zum Verkauf angeboten wird und bereits als Vorführwagen genutzt worden ist, ein „neuer Personenkraftwagen“ i. S. der Pkw-EnVKV ist, sind die allgemeinen **Auslegungsgrundsätze** zur Ermittlung des Bedeutungsgehalts eines Rechtsbegriffs anzuwenden.¹⁰²

Da das nationale Recht dem Gemeinschaftsrecht untergeordnet ist, muss es im Lichte des Wortlauts und Zwecks des **Gemeinschaftsrechts** ausgelegt und angewendet werden. Daraus folgt die Verpflichtung, Bestimmungen des nationalen Rechts im Regelungsbereich der Richtlinie richtlinienkonform, d. h. im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen.¹⁰³ Ob und inwieweit eine **richtlinienkonforme Auslegung** möglich ist, beurteilt sich nach dem Beurteilungsspielraum, d. h. nach den Auslegungsgrundsätzen des jeweiligen nationalen Rechts.

¹⁰⁰ Pressemit. OLG Koblenz vom 28.10.2010 zu Az. 9 U 518/10.

¹⁰¹ OLG Koblenz, Urteil vom 13. Oktober 2010 – 9 U 518/10 –, juris.

¹⁰² Zu beachten ist dabei, dass durch die Vorschriften der Pkw-EnVKV die Richtlinie 1999/94/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Dezember 1999 über die Bereitstellung von Verbraucherinformationen über den Verbrauch und die CO₂-Emissionen beim Marketing für neue Personenkraftwagen (Amtsblatt EG 2000 Nr. L12 Seite 16) in nationales Recht umgesetzt worden ist.

¹⁰³ EuGH NJW 2006, 2465 ff., Rn. 47; Hefermehl-Köhler, Kommentar zum UWG, 28. Auflage München 2010, Einl. UWG 3.13 m.w.N.

Für das deutsche Recht bedeutet das, dass die dazu anerkannten Grundsätze der Gesetzesauslegung und Gesetzesfortbildung heranzuziehen sind, um ein Ergebnis zu erreichen, das den Vorgaben der Richtlinie entspricht.¹⁰⁴

Wendet man die im deutschen Recht allgemein anerkannten Grundsätze der Gesetzesauslegung an, ist zunächst im Rahmen der **grammatischen** Auslegung zu fragen, welche allgemeine Wortbedeutung der verwendete Begriff hat. Die **systematische** Auslegung stellt auf die Stellung des einzelnen Begriffs im Rahmen des Gesetzes oder der gesamten Rechtsordnung ab. Im Rahmen der **historischen** Auslegung ist sodann die Entstehungsgeschichte des Rechtssatzes zu berücksichtigen. Die **teleologische** Auslegung bezieht Ziel und Zweck einer Regelung ein.

1. Die grammatische Auslegung geht vom allgemeinen Sprachgebrauch der Normalsprache oder der Fachsprache aus. Nach dieser Auslegung hat das Wort „neu“ die Bedeutung „seit kurzem vorhanden, soeben eingetroffen, von der letzten Lieferung, frisch, jung, noch ungebraucht, nicht abgenutzt“.¹⁰⁵ Ein Fahrzeug das bereits 500 km weit gefahren und als Vorführwagen genutzt worden ist, unterfällt dieser Definition des Begriffs „neu“ nicht, denn es ist nicht mehr ungebraucht. Ein Wagen mit Tageszulassung dagegen ist dieser Wortbedeutung nach noch „neu“, denn er ist noch nicht im Straßenverkehr gefahren worden.

2. Mit der systematischen Auslegung wird anhand der vom Gesetzgeber verwendeten Ausdrücke versucht, den genauen Inhalt der Norm zu erkennen. Dabei sind neben dem alltäglichen Sprachgebrauch auch die übliche Bedeutung in der Rechtssprache und die Bedeutung des Wortes in anderen Gesetzen zu berücksichtigen.

Die Pkw-EnVKV verwendet den Begriff „neu“ und „neues Fahrzeug“ mehrfach, enthält aber über die Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Pkw-EnVKV hinaus keine Anhaltspunkte dafür, dass auch andere Fahrzeuge als solche, die vor kurzem hergestellt wurden und noch nicht in Gebrauch genommen wurden, unter diesen Begriff fallen könnten und sollten.

¹⁰⁴ Hefermehl-Köhler, Kommentar zum UWG, 28. Auflage München 2010, Einl. UWG 3.13 m.w.N.

¹⁰⁵ Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Spalte 2678.

Im Zivilrecht wird unter dem Begriff „Neuwagen“ nur ein fabrikneues Fahrzeug verstanden. So hat der BGH schon in seinem Urteil vom 18. Mai 1980¹⁰⁶ festgestellt, dass im Verkauf eines Neuwagens durch den Kraftfahrzeughändler grundsätzlich die Zusicherung liege, dass das verkaufte Fahrzeug die Eigenschaft habe, "fabrikneu" zu sein. Ein als Neuwagen verkaufter Pkw, der nach Verlassen des Herstellerwerks nicht ganz unerhebliche Lackschäden erlitten habe, sei auch dann nicht mehr "fabrikneu", wenn diese Schäden vor der Übergabe an den Käufer durch Nachlackierung ausgebessert worden seien. Weiter führt der BGH aus, dass ein als Neuwagen verkaufter Pkw nicht mehr "fabrikneu" sei, wenn er vor der Übergabe an den Käufer eine Fahrstrecke von über 200 km zurückgelegt habe. Der Käufer eines Neuwagens erwarte für den Verkäufer erkennbar, ein vom Hersteller ausgeliefertes Fahrzeug unbenutzt und unbeschädigt zu erhalten. Wegen der starken Entwertung, die ein auch nur geringfügig benutzter Wagen erfahrungsgemäß erleide, sei diese Eigenschaft beim Erwerb eines Neuwagens insbesondere für den dabei vereinbarten Kaufpreis von ganz erheblicher Bedeutung.

Diese Rechtsprechung hat der BGH beibehalten. In seinem Urteil vom 12. Januar 2005¹⁰⁷ hält er fest, dass der Kunde auch beim Erwerb eines Fahrzeuges mit Tageszulassung ein fabrikneues Fahrzeug erwerbe¹⁰⁸, nicht aber beim Erwerb eines Vorführwagens: „Die kurzfristige Zulassung auf den Händler dient, anders als bei so genannten Vorführwagen, nicht der Nutzung des Fahrzeugs.“ Dies sei dem potentiellen Autokäufer auch bewusst.

Versteht man den Begriff des „neuen Personenkraftwagens“ in § 2 Nr. 2 Pkw-EnVKV in diesem zivilrechtlichen Sinne, ist zwar ein Fahrzeug mit Tageszulassung ein neuer Personenkraftwagen, nicht aber ein Vorführwagen.

Auch der EuGH hat in seiner „Nissan-Entscheidung“¹⁰⁹ festgestellt, dass Neuwagen auch solche Fahrzeuge sind, die „...nur in Hinblick auf die Einfuhr zugelassen worden sind, aber niemals gefahren worden sind ...“

Der Kläger hat zwar eingewandt, diese Entscheidung des EuGH habe keinen Bezug zu der Frage, ob Vorführwagen Neuwagen im Sinne der Pkw-

¹⁰⁶ WM 1980, 1068.

¹⁰⁷ BGH, NJW 2005, 1422 f.

¹⁰⁸ Ebenso OLG Dresden, NJW 1999, 1036 f.

¹⁰⁹ EuGH, WRP 1993, 233 f.

EnVKV sind. Festzuhalten ist dennoch, dass der EuGH in dieser Entscheidung die Abgrenzung zwischen Neu- und Gebrauchtwagen ebenso wie die deutsche zivilrechtliche Rechtsprechung zum kaufrechtlichen Äquivalenzzininteresse am Kriterium des Ingebrauchnehmens im Straßenverkehr vornimmt – ein Fahrzeug, das bereits im Straßenverkehr gefahren wurde, also nicht mehr als neu ansieht. Diese Rechtsprechung des EuGH war bei Erlass der Richtlinie 1999/94/EG bekannt. Es ist nicht ersichtlich, dass bei der Fassung der Definition des „neuen Personenkraftwagens“ von den bisherigen Kriterien der Rechtsprechung des EuGH abgewichen werden sollte.

3. Die historische Auslegung fragt insbesondere nach der geschichtlichen Entwicklung der Rechtsnorm und nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers bei Erlass des Gesetzes. Dabei wird der Wille des Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien und der Motive ermittelt.

Die Pkw-EnVKV dient der Umsetzung der Richtlinie 1999/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bereitstellung von Verbraucherinformationen über den Kraftstoffverbrauch und die CO²-Emissionen beim Marketing für neue Personenkraftwagen vom 13. Dezember 1999. Laut Artikel 2 Nr. 2 der Richtlinie 1999/94/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Dezember 1999 bezeichnet im Sinne dieser Richtlinie der Ausdruck „neue Personenkraftwagen“ Personenkraftwagen, die noch nicht zu einem anderen Zweck als dem des Weiterverkaufs oder der Auslieferung verkauft wurden.

Nach der Begründung der Bundesratsdrucksache 143/04 vom 18.02.2004 verfolgen die Richtlinie und die Pkw-EnVKV das Ziel, den Verbraucher vor dem Kauf oder Leasing eines neuen Pkw besser als bisher über dessen Kraftstoffverbrauch und die Emissionen zu informieren, um auf diese Weise seine Entscheidung zugunsten des Erwerbs eines sparsameren Fahrzeuges zu beeinflussen. Nähere Angaben dazu, welche Fahrzeuge als „neu“ anzusehen sein sollen, enthalten die Bundesratsdrucksache und die weiteren Materialien nicht.

Der Kläger hat darauf hingewiesen, dass der Formulierungsvorschlag der Europäischen Kommission für diese Richtlinie vom 03. September 1998¹¹⁰ zu Artikel 2 die Definition enthielt: „Neue Personenkraftfahrzeuge sind

¹¹⁰ ABI. 1998 Nr. C 305 S. 2.

Personenkraftfahrzeuge, die noch nicht zu einem anderen Zweck als dem des Weiterverkaufs oder der Auslieferung verkauft wurden“, und dass das Europäische Parlament in 1. Lesung folgende Ergänzung vorschlug:¹¹¹ „Neue Personenkraftfahrzeuge sind Personenkraftfahrzeuge, die noch nicht zu einem anderen Zweck als dem des Weiterverkaufs oder der Auslieferung verkauft wurden, sowie Fahrzeuge mit Tageszulassung und Jahreswagen“. Der vom Rat am 23. Februar 1999 festgelegte Gemeinsame Standpunkt (EG) Nr. 17/1999¹¹² übernahm den Kommissionsvorschlag mit der (gemäß der Begründung zu Nr. III C 2 einer Anpassung an bestehende gemeinschaftliche Rechtsvorschriften in diesem Bereich geschuldeten) einzigen Änderung, dass statt von Fahrzeugen nunmehr von Personenkraftwagen gesprochen wurde.

Nach Auffassung des Senats ist es näherliegend, daraus, dass die Richtlinie nicht die vom Parlament vorgeschlagene ausdrückliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der Richtlinie auf Fahrzeuge mit Tageszulassung und Jahreswagen enthält, zu folgern, dass diese Fahrzeuggruppen gerade nicht erfasst werden sollten. Zwingend ist dieser Schluss aber nicht. Bezüglich der Fahrzeuge mit Tageszulassung wird dementsprechend auch durchgängig angenommen, dass diese dem Neuwagenbegriff der Pkw-EnVKV unterfallen. Dem stimmt der Senat zu, denn Fahrzeuge mit Tageszulassung sind noch nicht im Straßenverkehr gefahren worden.

Auch der Kläger vertritt wie das OLG Köln¹¹³ die Auffassung, dass der Umstand, dass die vom Europäischen Parlament vorgeschlagene Ergänzung in Bezug auf Fahrzeuge mit Tageszulassung und Jahreswagen unterblieb, nicht den Umkehrschluss rechtfertigt, dass Fahrzeuge mit Tageszulassung und Vorführwagen dem Regelungsbereich der Richtlinie bewusst entzogen bleiben sollten. Er trägt vor, dass es in diesem Fall nahegelegen hätte, wie in der Entscheidung Nr. 1753/2000/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 2000 zur Einrichtung eines Systems zur Überwachung der durchschnittlichen spezifischen CO₂-Emissionen neuer Personenkraftwagen¹¹⁴ den Begriff „neu zugelassene Personenkraftwagen“ zu verwenden.

¹¹¹ ABl. 1999 Nr. C 98 S. 252 f.

¹¹² ABl. 1999 Nr. C 123 S. 1.

¹¹³ OLG Köln, Urteil vom 14.2.2007, Az. 6 U 217/06.

¹¹⁴ ABl. 2000 Nr. L 202 S. 1.

Daraus, dass letztlich der Begriff „neue Personenkraftwagen“ und nicht der Begriff „neu zugelassene Personenkraftwagen“ in der Pkw-EnVKV verwendet wurden, ist nach Auffassung des Senats jedoch nicht zwingend abzuleiten, dass neben den Fahrzeugen mit Tageszulassung auch Vorführwagen erfasst werden. Wäre dies gewollt gewesen, hätte es nahe gelegen, dem Vorschlag des Europäischen Parlaments zu folgen und diese Fahrzeuggruppen ausdrücklich zu nennen. Nach Auffassung des Senats findet sich in den Materialien zur Richtlinie 1999/94/EG und zur Pkw-EnVKV kein eindeutiger Hinweis darauf, dass Vorführwagen grundsätzlich als „neue Kraftfahrzeuge“ i.S.d. Pkw-EnVKV anzusehen sind.

4. Bei der teleologischen Auslegung wird die Bedeutung der Norm nach dem Sinn und Zweck erforscht. Entscheidend sind die Zielrichtung und der Schutzzweck der Norm. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Richtlinie bei der Definition des Begriffs der „neuen Personenkraftwagen“ ausdrücklich auf den mit dem Verkaufsgeschäft verbundenen Zweck und nicht auf die Zulassung abstellt, obwohl bei Erlass der Richtlinie das Problem so genannter Tageszulassungen bei Pkw – wie der Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments belegt – bekannt war.¹¹⁵

Nach der Begründung der BR-Drucksache 143/04 vom 18. Februar 1994 wollen die Richtlinie 1999/94/EG und die Pkw-EnVKV gewährleisten, dass Verbraucher beim Kauf oder Leasing von neuen Personenkraftwagen durch Aushänge und einen Leitfaden verbesserte Informationen über den Kraftstoffverbrauch und die CO₂-Emissionen erhalten und so ihre Entscheidung in voller Sachkenntnis treffen können. Zweck und Sinn der Pkw-EnVKV ist es also, die vollständige Information der Verbraucher über vergleichbare Fahrzeuge zu erreichen.

Nach Auffassung des Senats sind aber nur Fahrzeuge vergleichbar, die sich nicht in Bezug auf Alter und Laufleistung voneinander unterscheiden. Dies ist, wenn es um Neuwagen geht, nur der Fall, wenn die Fahrzeuge noch nicht im Straßenverkehr gefahren worden sind. Denn mit zunehmender Nutzung verändert sich die Gewichtung der für die Kaufentscheidung maßgeblichen Kriterien.

¹¹⁵ Vgl. auch OLG Köln, Urteil vom 14. Februar 2007, Az. 6 U 217/06.

Der Pkw „Peugeot 207 SW Sport HDI 110 1.6“ ist im vorliegenden Fall von der Beklagten vor dem Weiterverkauf zu einem anderen Zweck als dem des Weiterverkaufs oder Auslieferung gekauft worden, nämlich zum Zwecke der Nutzung als Vorführwagen. Dementsprechend wurde das Fahrzeug auch auf der Rechnung als „Vfw“ (Vorführwagen) gekennzeichnet. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte zum Zeitpunkt des Erwerbs des Pkw bereits die Absicht hatte, ihn nach der Nutzung als Vorführwagen zu einem späteren Zeitpunkt weiter zu verkaufen. Konkreter Anlass für den Kauf des Pkw war die Absicht der Beklagten, ihn als Vorführwagen zu nutzen.

Für die Entscheidung, zu welchem Zweck ein Händler ein Fahrzeug erworben hat, kann es nicht maßgeblich sein, wie lange der Pkw vor dem Weiterverkauf als Vorführwagen zugelassen war und wie weit er als Vorführwagen gefahren worden ist. Diesbezüglich bestimmte Zulassungszeiträume oder zulässige Kilometerstände festzulegen, ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung. Weder der Wortlaut der Pkw-EnVKV noch die Gesetzesmaterialien geben einen Hinweis darauf, bis zu welchem Kilometerstand und bis zu welcher Zulassungsdauer noch von einer vorrangigen Verkaufsabsicht und einer nur vorübergehenden Zwischennutzung ausgegangen werden darf. Nicht hinzunehmen sind die Abgrenzungsprobleme, die auftreten würden, wenn in jedem Einzelfall anhand des Zulassungszeitraumes und der Laufleistung zu entscheiden wäre, ob ein Vorführwagen noch der Pkw-EnVKV unterfällt oder nicht.¹¹⁶



In der Literatur wird die Rolle der Auslegung manchmal überbetont. Man gewinnt den Eindruck, als sei die Textinterpretation das alleinige Mittel zur Klärung rechtlicher Begriffe. Tatsächlich leistet die Auslegung nur einen Teil der erforderlichen Begriffsbestimmung und wird – wenn dies auch für Sie kein Vorbild sein sollte – in der Rechtspraxis eher selten gründlich und schulmäßig durchgeführt. Vorwiegend erfolgt die Begriffsklärung der Gerichte über Definitionen, die mit Rechtssprechungs- und teilweise auch mit Literaturstellen belegt werden.

¹¹⁶ OLG Koblenz, Urteil vom 13. Oktober 2010 – 9 U 518/10 –, juris.

4. Subsumtion

Nach der gutachterlichen Station „Definition“ haben Sie die Hauptarbeit geleistet.

Die jeweilige Voraussetzung – ein abstrakter Rechtsbegriff – ist durch Definition bzw. Auslegung soweit aufbereitet, dass man die Brücke zum entsprechenden Sachverhaltselement schlagen kann.

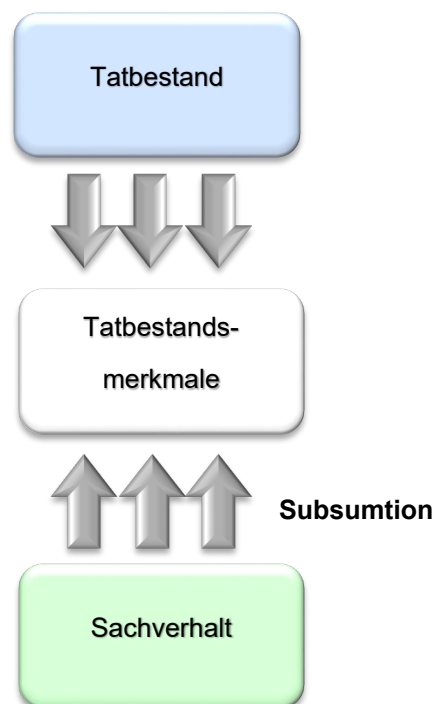
1. Obersatz

2. Voraussetzungen

3. Definition

4. Subsumtion

5. Ergebnis



Beispiel Das Gutachten hat hinreichend erläutert, was **rechtlich** unter einem „Angebot“ zu verstehen ist. Nun kann man dem Definiens von „Angebot“ den passenden **Sachverhaltsteil** zuordnen. Dieser lautet z. B.:

Sachverhaltsteil „In der Gaststätte „Casa mia“ erklärt K dem V bei einem Pizzaessen am 12. Juni nochmals, am Ankauf von Gold interessiert zu sein. Darauf zeigt V dem K eine goldene Münze und fragt ihn: ‘Möchten Sie die kaufen?’. Auf die Gegenfrage des K, was ihn das koste, entgegnet V: ‘Dafür möchte ich schon 950 EUR. Ist ja auch reines Gold, 1 Unze Krügerand.’“

Der Sachverhalt (das sachverhaltliche Gegenstück zum konkretisierten Rechtsbegriff) wird ohne Übergang kurz und sachlich-neutral wiedergegeben.

Beispiel Nachdem K zuvor ein Kaufinteresse bekundete, fragte ihn V, ob er von ihm seine Goldmünze Krügerrand 1 Unze für 950 EUR haben wolle.

Anschließend erläutert man, warum sich Recht und Sachverhalt, also Sollen und Sein, entsprechen, es sei denn, die Zuordnung ist evident.

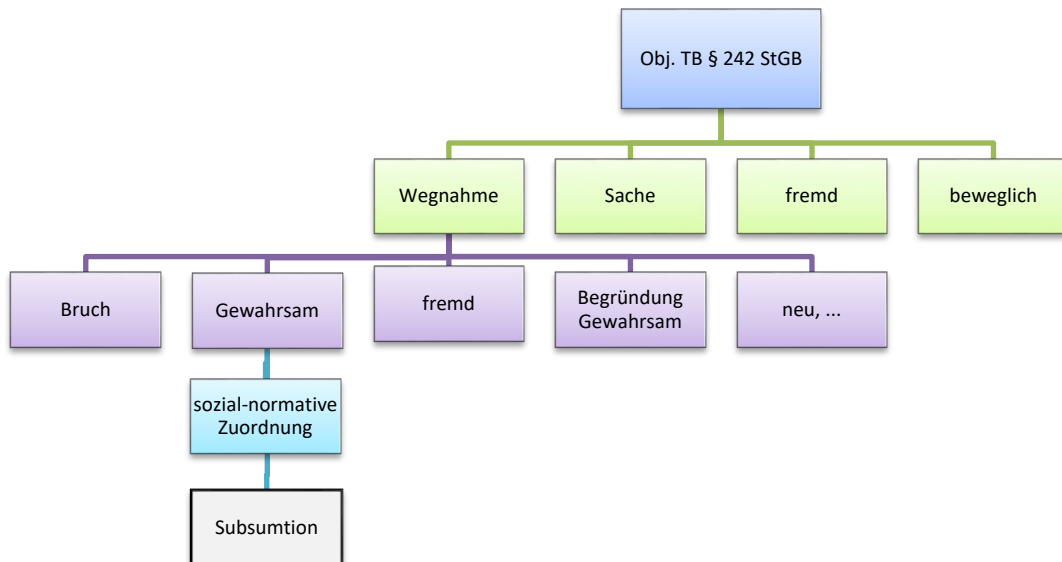
Beispiel

Obersatz	V könnte ein Angebot abgegeben haben.
Definition	Ein Angebot ist eine auf einen Vertragsschluss gerichtete empfangsbedürftige Willenserklärung. Es enthält die essentialia negotii (Vertragspartner, Leistung, Gegenleistung). Indiziell für ein vollständiges Angebot ist, dass man es mit einem einfachen „Ja“ annehmen kann.
Subsumtion	
- <i>Sachverhalt</i>	V hat den K, nachdem dieser ein Kaufinteresse bekundete, gefragt, ob er von ihm seine goldene Münze „Krugerrand 1 Unze“ für 950 EUR haben wolle.
- <i>Zuordnung</i>	Der Äußerung des V waren sowohl die Vertragspartner als auch die Leistung (Verkauf der Goldmünze „Krugerrand 1 Unze“) und die Gegenleistung („950 EUR“) zu entnehmen. Die Erklärung enthielt ein vollständiges Angebot und konnte mit einem einfachen „Ja“ angenommen werden.
Ergebnis	Somit hat V ein vollständiges Angebot abgegeben.

a) Der Ort der Subsumtion

Die Subsumtion erfolgt der Idee nach unter den gesetzlichen Tatbestand; praktisch jedoch unter die Vielzahl der juristisch erarbeiteten Merkmale, nämlich unter alle Definitions- bzw. Auslegungsmerkmale der jeweils tiefsten Gliederungsebene.

Beispiel Subsumtion unter den Gewahrsamsbegriff



Nach dem objektiven Tatbestand ist ein Diebstahl gem. § 242 StGB die • Wegnahme einer • fremden • beweglichen • Sache. Als Bearbeiter werden Sie, außer in evidenten Fällen, den vorgelegten Sachverhalt jedoch nicht direkt z. B. unter das Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“ subsumieren, sondern unter dessen Definiens bzw. die Auslegung des Begriffs. Die Definition von „Wegnahme“ lautet: Bruch fremden und gleichzeitig oder später Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams mit den Merkmalen • *Bruch* • *Gewahrsam - fremd* • *Begründung Gewahrsam - neu* - gleichzeitig oder später, - nicht notwendig tätereigen.¹¹⁷

Können Sie nach dieser Definition unter einzelne Elemente subsumieren, sind diese Begriffe also bereits klar und konkret genug und ausreichend nah am Sachverhalt, ordnen Sie dem jeweiligen Merkmal das passende Sachverhaltselement zu. Im Fall der Merkmale „fremd“ und „Sache“ ist das in der Regel auf dieser Ebene möglich. Der Gewahrsamsbegriff ist jedoch umstritten („Stellungskrieg“) und mag in Ihrem Fall auch gerade problematisch sein. Also wird der Begriff Gewahrsam weiter definiert.

¹¹⁷ RGSt 48, 58, 59 f; BGH NSTZ 1988, 270, 271; Lackner/Kühl StGB § 242 Rn. 8; BeckOK StGB/Wittig StGB § 242 Rn. 10.

Gerade als Anfänger empfiehlt sich der sichere Weg: im Zweifel lieber eine Definition zu viel.

Sie bilden also das Definiens von „Gewahrsam“. Lassen Sie sich auf den Meinungsstreit ein und vertreten anschließend den herrschenden *faktischen* Gewahrsamsbegriff,¹¹⁸ subsumieren Sie – am Ende der Prüfkette „Gewahrsam?“ – unter das objektiv-faktische Element „Tatsächliche Sachherrschaft“. Haben Sie sich für den *normativ-sozialen* Gewahrsamsbegriff entschieden, erfolgt die Subsumtion unter das Konzept: „Normativ-soziale Zuordnung einer Sache zu einer Person“¹¹⁹.

Damit wird in einem Gutachten am Ende jeder Prüfkette, die durch einen fallbezogenen Obersatz angestoßen wird, subsumiert. Dies zwingt den Bearbeiter, immer wieder in den Sachverhalt zu schauen und seine Darlegungen auf das dort aufgeworfene Problem zu fokussieren.

b) Der Bezug auf den Sachverhalt

Das Sachverhaltselement, das Sie für die Subsumtion heranziehen, muss treffend gewählt und ohne Veränderung des Sachverhalts auf die Rechtsaussage hin formuliert werden.

Textbeispiele

In der Gaststätte „Casa mia“ erklärte K dem V bei einem Pizzaessen am 12. Juni, am Ankauf von Gold interessiert zu sein. Darauf zeigte V dem K eine goldene Münze und fragte ihn: „Möchten Sie die haben?“. Auf die Gegenfrage des K, was ihn das koste, entgegnete V: „Dafür möchte ich schon 950 EUR. Ist ja auch reines Gold, 1 Unze Krügerrand.“	falsch	denn: wörtliche Übernahme des Sachverhalts
In der Gaststätte „Casa mia“ bestellten K und V Pizza. Danach erklärte K, er sei am Ankauf von Gold interessiert. Darauf fragte V den K, ob K von ihm seine Münze aus „reinem Gold, 1 Unze	falsch	Nur den wesentlichen Ausschnitt wählen.

¹¹⁸ Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB § 242 Rn. 23; BeckOK StGB/Wittig StGB § 242 Rn. 11.1.

¹¹⁹ Welzel GA 1960, 257 ff.; MüKoStGB/Schmitz StGB § 242 Rn. 54-73.

Krügerrand“ für 950 EUR haben wolle.		Hier: zu viel
V hat gefragt, ob K von ihm seine Goldmünze Krügerrand 1 Unze haben wolle.	falsch	Zu wenig. Kaufpreis? „haben“?
Anlässlich eines Restaurantbesuchs, einer Pizzeria, sind V und K in Verkaufsverhandlungen getreten. V erklärte K, er würde sich für 950 EUR von einer seiner goldenen Münzen, einer Krügerrand, trennen.	falsch	Vom Sachverhalt abgelöst und nicht auf Merkmale des rechtlichen Definiens zugeschnitten.
Fraglich ist, ob der Sachverhalt unter den Begriff Angebot zu subsumieren ist. Vorliegend hat V den K gefragt, ob K von ihm seine V hat den K in der Gaststätte „Casa mia“ am 12. Juni gefragt, ob K von ihm seine Münze aus „reinem Gold, 1 Unze Krügerrand“ für 950 EUR haben wolle.	falsch	Obersatz und sonstige Einleitung unangebracht
Nachdem K zuvor ein Kaufinteresse bekundet hatte, hat ihn V in der Gaststätte „Casa mia“ am 12. Juni gefragt, ob er von ihm seine „Goldmünze Krügerrand 1 Unze für 950 EUR haben“ wolle.	bedingt richtig	Ort- bzw. Zeitangabe nur dann, wenn die Erklärung des V von anderen unterschieden werden muss.
V hat den K gefragt, ob er von ihm seine Münze aus „reinem Gold, 1 Unze Krügerrand“ für 950 EUR haben wolle.	bedingt richtig	Falls Zweifel, ob „haben wollen“ auch „kaufen wollen“ bedeutet, ist der Verweis auf das Kaufinteresse angebracht.

Weiteres Beispiel

Obersatz: Möglicherweise liegt das Mordmerkmal der Grausamkeit vor.

Definition: Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung nach Dauer, Stärke oder durch Wiederholung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen.¹²⁰

Subsumtion 1: Indem A den B verhungern ließ, hat er aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung ihm starke Schmerzen körperlicher und seelischer Art zufügt, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen.

Falsch:
Rechtsbegriffe wiederholt

Subsumtion 2: Verhungern ist ein besonders langer und langsamer Prozess, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Leidende über eine lange Zeit Schmerzen und Todesangst verspürt, bis der menschliche Körper nach und nach aussetzt. B hat diese Schmerzen und Qualen, die weit über die Schmerzen eines im Vergleich schmerzhafteren Tötungsprozesses hinausgehen, über lange Zeit in vollem Bewusstsein erlitten.

Richtig

Ergebnis: Daher ist Grausamkeit zu bejahen.

c) Die Zuordnung

Die Subsumtion endet mit der begründeten Zuordnung des Sachverhaltselements unter die begriffsbestimmenden rechtlichen Merkmale.

Beispiel Der Äußerung des V waren die Vertragspartner sowie die Leistung (Verkauf der „rein goldenen“ Münze „Krügerrand 1 Unze“) und die Gegenleistung („950 EUR“) zu entnehmen. Sie enthielt ein vollständiges Angebot und konnte mit einem einfachen Ja angenommen werden.

Ist die Zuordnung „Merkmal – Sachverhalt“ evident oder leicht ersichtlich, kann man sich einzelne Schritte ersparen. Zum einen kann man mehrere Merkmale gemeinsam prüfen, zum anderen Prüfungsschritte überspringen. Dies sollte aber nie zu

¹²⁰ BGHSt. 49, 189, 196; BGH NSTZ 2007, 402, 403; Joecks, Studienkommentar StGB, § 211 Rn. 37.

einer pauschalen Gedankenführung verleiten.

Merke Gedanklich (*implizit*) müssen Sie für alle Merkmale alle Prüfungsstationen absolvieren.

Haben Sie einerseits den fraglichen Rechtsbegriff bzw. die Rechtsaussage kleinteilig heruntergebrochen und andererseits das entsprechende Sachverhaltselement auf das Rechtsmerkmal hin zugeschnitten und formuliert, ist die Zuordnung des Sachverhalts zum Recht zumeist evident. In diesem Fall bedarf es keiner weiteren Ausführungen.

Beispiel Die Sache müsste fremd sein. Fremd ist eine Sache, die im Eigentum oder Miteigentum einer anderen Person steht. Die Orchidee gehörte B. Damit handelte es sich um eine fremde Sache.

Unproblematische Begriffe können gemeinsam geprüft und ohne explizite Nennung der Voraussetzung und Definition subsumiert werden.

Beispiel Das Tatobjekt müsste eine fremde Sache sein.

Bei der Orchidee handelte es sich um eine Sache im Eigentum des B.



Normalerweise, insbesondere bei den gründlich geprüften Begriffen, sollte man jedoch *ausdrücklich* und im Einzelnen subsumieren.

Klafft am Ende immer noch eine wahrnehmbare Lücke für den Sprung vom Recht zum Fall, nimmt die Zuordnung einen größeren Raum ein. Manchmal sind weitere Fragen mit neuen Obersätzen aufzuwerfen.

In diesem Rahmen können auch Fakten zu klären sein. Zwar ist der Sachverhalt, der Ihnen vorliegt, unstreitig; das heißt aber nicht, dass die Bedeutung der Fakten aus Rechtssicht immer unzweifelhaft feststeht.

Beispiel Wenn V den K fragt, ob dieser seine Goldmünze „haben“ wolle, hat er seine Worte unstreitig so gewählt. Ob „haben“ aber „kaufen“ bedeutet, ist durch Auslegung zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB.

5. Ergebnis

Als endgültige Antwort auf die im Obersatz aufgeworfene Frage muss am Ende eines Prüfungsdurchlaufs ein Ergebnis festgehalten werden. Das Ergebnis ist das wortgleiche Gegenstück des Obersatzes, nur nicht in hypothetischer Form, sondern entschieden bejahend oder verneinend. Ohne die Ausdrücke „Ja“ oder „Nein“ ausdrücklich zu verwenden.

1. Obersatz

2. Voraussetzungen

3. Definition

4. Subsumtion

5. Ergebnis

Obersatz V könnte gegen K gemäß § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 950 EUR haben.

Voraussetzung

Definition

Subsumtion

Ergebnis 1 V hat gegen K gemäß § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 950 EUR. **Richtig**

Ergebnis 2 V hat mit K einen wirksamen Kaufvertrag über die Goldmünze zu einem Kaufpreis von 950 EUR abgeschlossen. **Falsch**

V hat daher einen Anspruch auf Zahlung von 950 EUR.

Weitere Beispiele

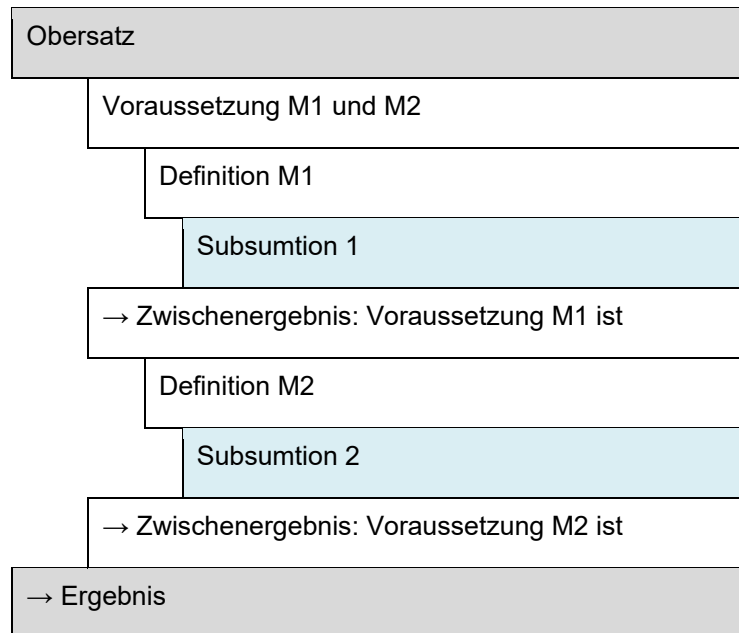
Obersatz: V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 80 EUR aus § 433 Abs. 2 BGB haben. ... *Endergebnis:* Damit hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 80 EUR aus § 433 Abs. 2 BGB.

Weiterer Obersatz: Zu prüfen ist, ob V ein Angebot abgegeben hat. ... *Zwischenergebnis:* V hat ein Angebot abgegeben.

Weiterer Obersatz: Das Tatobjekt müsste eine Sache sein. ... *Zwischenergebnis:* Das Tatobjekt ist eine Sache.

Weiterer Obersatz: V könnte mit dieser Äußerung eine Willenserklärung abgegeben haben. ... *Zwischenergebnis:* V hat mit dieser Äußerung eine Willenserklärung abgegeben.

So komplex eine Prüfung auch ist, am Schluss ist die Hypothese auf derselben logischen Ebene in eine Behauptung zu wandeln.



Das Ergebnis muss immer eindeutig sein. Alternativlösungen, Mehrdeutigkeit oder Offenheit sind nicht erlaubt.

Nach alledem dürfte V gegen K gem. § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 950 EUR haben. **Falsch**

Nach alledem hat V gegen K gem. § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 950 EUR. **Richtig**

Im Zivilrecht kann das Eindeutigkeitsgebot den Anfängern Probleme bereiten, da man dort häufig zu nur **vorläufigen** Prüfungsergebnissen kommt.

Exkurs Anspruchsaufbau

Der Grund dafür liegt in einem Anspruchsaufbau, der sich aus dem römischen Prozess entwickelt hat.



Anspruch

Replik



Exceptio

Duplik

Entsprechend diesem prozessualen Widerstreit erörtern Sie:

I. Anspruch entstanden?

1. Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage

2. **Rechtshindernde Einwendungen**, insbesondere

Geschäftsfähigkeit, § 105 BGB

Sittenwidrigkeit, § 138 BGB

Formunwirksamkeit, § 125 BGB

Scheingeschäft, § 117 BGBI

Gesetzeswidrigkeit, § 134 BGB

Mangel der Ernstlichkeit, § 118 BGB

II. Anspruch untergegangen?

1. **Rechtsvernichtende Einwendungen**, insbesondere

Erfüllung, § 362 I BGB

Hinterlegung, § 378 BGB

Leistung an Erfüllung statt, § 364 I BGB

Aufrechnung, § 389 BGB

Unmöglichkeit, § 275 I BGB

Erlassvertrag, § 397 BGB

Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 I BGB

Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Anfechtung, § 142 I BGB

Aufhebungs- oder Änderungsvertrag, Novation, § 311 I BGB

Rücktritt, § 346 BGB

Eintritt einer auflösenden Bedingung,
§ 158 II BGB

Widerruf, § 357 BGB

Ausgeübtes Leistungsverweigerungs-
recht nach § 275 II oder III BGB

Kündigung, § 314 BGB

III. Anspruch durchsetzbar?

Rechtshemmende Einwendungen (Einreden), insbesondere

1. Peremptorische (= dauerhafte) Einreden:

Bereicherungseinrede, § 821 BGB

Arglisteinrede, § 853 BGB

Verjährung, § 214 I BGB

2. Dilatorische (= verzögernde) Einreden:

Stundung, § 205 BGB

Unsicherheitseinrede, § 321 I BGB

Einrede des nicht erfüllten Vertrags, § 320 I
BGB

Zurückbehaltungsrecht, § 273 I BGB

Auch der so genannte historische Prüfungsaufbau

I. Ursprünglich war E Eigentümer

II. Eigentumsverlust durch Ereignis 1., 2., 3.?

führt zu vorläufigen Ergebnissen.

Exkurs Ende

Auch wenn Sie ein Ergebnis mit dem nächsten Prüfungspunkt infrage stellen, ja es sogar absehbar hinfällig wird, müssen Sie es unter dem vorliegenden Obersatz ohne Einschränkung feststellen. Juristen können an Hand der Prüfungsstation erkennen, dass sie ein nur vorläufiges Zwischenergebnis vor sich haben. Für die Einschränkung des Ergebnisses setzt man mit einem neuen Obersatz an.

Beispiel

Ergebnis V hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 950 EUR, soweit dieser nicht verjährt ist. **Falsch**

Ergebnis V hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 1000 EUR. *Neuer Obersatz* Dieser Anspruch könnte jedoch verjährt sein. **Richtig**

Das Ergebnis ist als sachliche Feststellung einer objektiven Gegebenheit zu formulieren. Nicht verwendet werden dürfen Floskeln wie „ich denke“, „meines Erachtens“ oder „meiner Meinung nach“. Auch im Anschluss an einen Meinungsstreit, den Sie mit einer selbst erarbeiteten Stellungnahme beschlossen haben, wählen Sie einen objektivierenden Ton.

Beispiel

Meines Erachtens hat A gegen B einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 950 EUR. **Falsch**

6. Die weiteren Obersätze

Nachdem Sie alle Prüfungsstationen kennengelernt haben, sollten Sie noch einen Blick auf den Unterschied zwischen dem *ersten* Obersatz, mit dem man insbesondere die Prüfung einer Anspruchsgrundlage oder eines Strafgesetzes einleitet, und den *weiteren* Obersätzen werfen.

Beispiele für die weiteren Obersätze

Fraglich ist, ob es sich bei dieser Äußerung um ein *Angebot* gehandelt hat.

Voraussetzung ist, dass es sich bei dem Tatobjekt um eine *Sache* im Sinne der Vorschrift handelt.

E müsste *Eigentümer*, B *Besitzer* sein.

Ob der Widerruf *vor* oder *gleichzeitig* mit der Annahmeerklärung zugegangen ist, ist fraglich.

Die Klage müsste *begründet* sein.

Sie sehen: die Liste dieser Beispiele könnte so lang werden wie die Menge aller Rechtsprobleme, die in Klausuren zu bearbeiten sind, denn:

Merke Jede Frage, die sich Ihnen bei Ihrem Gutachten stellt, werden Sie als weiteren Obersatz formulieren.

Was ist dabei zu bedenken?

Auch die weiteren Obersätze sind mit höchster Konzentration auf den Prüfgegenstand und sprachlich in äußerster Klarheit und Sparsamkeit abzufassen. Jeder Obersatz ist so knapp wie möglich und so umfassend wie nötig zu formulieren; er enthält ausschließlich die Frage, die im folgenden Abschnitt untersucht wird.

Im Unterschied zum ersten Obersatz wird ein weiterer Obersatz nicht unmittelbar mit einer Rechtsnorm verbunden.

Erster Obersatz	Weiterer Obersatz
V könnte einen Anspruch ... <u>gemäß</u> <u>§ 433 II BGB</u> haben.	Möglicherweise hat V ein Angebot abgegeben.

Dennoch arbeiten Sie auch hier mit einer Rechtsnorm oder einer anderen anerkannten allgemeinen Prämisse, die Ihnen die *Voraussetzungen* bzw. *Merkmale* für die Prüfung des weiteren Obersatzes vorgibt.

Diese Prämisse wird allerdings nicht ausgesprochen, sondern *impliziert*, d. h. hier als selbstverständlich unterstellt. *Explizit* benennt man hingegen erst wieder die Merkmale ihres Tatbestands, und zwar in Gestalt einer Definition, die man an den Obersatz anschließt.

Obersatz	Möglichlicherweise hat V ein Angebot abgegeben.
----------	---

Prämisse (implizit)	Wenn die Voraussetzungen/Merkmale eines Angebots vorliegen [Tatbestand] → liegt ein Angebot vor [Rechtsfolge].
Benennung der Voraussetzungen / Merkmale des Tatbestands der Prämisse in Gestalt einer Definition	Ein Angebot ist eine • auf Vertragsschluss gerichtete empfangsbedürftige Willenserklärung, • die so gestaltet ist, dass das Zustandekommen des Vertrages nur vom Einverständnis, d.h. der Annahme, des anderen abhängt.

Weiteres Beispiel

Objektiver Tatbestand des § 303 I StGB.

1. Voraussetzung ist, dass A eine fremde Sache beschädigt oder zerstört hat.

a) Fraglich ist, ob das Tatobjekt eine Sache ist.

Sachen sind *körperliche Gegenstände*.

Vorliegend war das Tatobjekt eine Orchidee, also ein *körperlicher Gegenstand* und unterfällt damit dem Schutzbereich des strafrechtlichen *Sachenbegriffs*.

Zwischenobersatz. Sache, fremd usw. sind hier zu prüfen als **Merkmale** des Tatbestands der **Vorprämisse**: „Wenn jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört → ist der obj. Tatbestand des § 303 I StGB erfüllt.“ Diese Norm ergibt sich wiederum aus dem Gesetz.

Zwischenobersatz. Dahinter steht unausgesprochen die **Prämisse**: „Wenn Tatobjekt = *Sache* → dann ist eine Voraussetzung für *Tatbestand* erfüllt“.

Definition des Begriffs *Sache*, durch welche die Voraussetzungen der Prämisse/Prüfmerkmale für den Begriff „*Sache*“ bestimmt werden.

Subsumtion

Zwischenergebnis

7. Der Sinn fürs Wesentliche

Wie man gerade an den letzten Beispielen sieht, geizt der Jurist mit Worten und scheut das Selbstverständliche. Deshalb verwendet er Fachbegriffe ohne Erklärung, verweist auf Rechtsnormen und andere Prämissen, ohne sie auszusprechen und

überspringt bei einer geordneten Gedankenfolge einzelne Schritte wie eine eilige Person mehrere Treppenstufen auf einmal nimmt.

Beispiel für eine stark verkürzte gutachterliche Prüfung

Voraussetzung ist, dass das Tatobjekt eine fremde Sache ist. Die tatgegenständliche Orchidee stand im Eigentum des B und war somit eine fremde Sache.

Strukturanalyse

Expliziter Text	Implizit – mitgedachte Struktur	
Das Tatobjekt müsste eine fremde Sache sein.	Obersatz	Wenn a) fremd und b) Sache [<i>Tatbestand</i>] → geeignetes Tatobjekt [<i>Rechtsfolge</i>]
(-)	Voraussetzung	a) Wesentliche Merkmale von „fremd“ = „fremd“; <i>selbstverständlich</i> b) Wesentliche Merkmale von „Sache“ = „Sache“; <i>selbstverständlich</i> .
(-)	Definition	a) von „Sache“ <i>wird übersprungen</i> b) von „fremd“ = steht im Eigentum oder Miteigentum einer anderen Person“ <i>wird impliziert s.u.</i>
Die tatgegenständliche Orchidee stand im Eigentum des B.	Subsumtion – Sachverhalt	<i>Sachverhalt wird angeführt.</i>
(-)	– Zuordnung	a) der „Orchidee“ = „Sache“: <i>Wird übersprungen, denn evident.</i>
[im Eigentum des B]		b) von „des B“ = „fremd“ aa) Zuordnung zum Merkmal „im Eigentum“ aus der Definition s.o. <i>evident, denn Begriff „Eigentum“ bereits enthalten im Sachverhalt: „Orchidee stand im <u>Eigentum</u> des B“; Begriff auf der rechtlichen und der faktischen Seite decken sich.</i>

		bb) „andere Person“: <i>wird übersprungen, denn es ist evident, dass B eine „andere Person“ als der Täter A ist.</i>
war somit eine fremde Sache.	Ergebnis	Ergebnis

Was erwähnenswert ist und was sich von selbst versteht, bestimmen Juristen vor ihrem eigenen, fachlich-traditionellen Horizont, weshalb es für Nicht-Juristen mühsam bleiben wird, Darlegungen von Rechtsexperten zu verstehen.

Falls Sie sich als Jurist an Personen ohne Rechtsausbildung wenden und verstanden werden wollen, könnten Sie die Hürden also bereits dadurch senken, dass Sie ausführlicher erklären, was Sie tun: welche Normen Sie zugrunde legen, was die Begriffe bedeuten, die Sie verwenden, und welche Zwischenschritte Sie gewohnheitsmäßig in Ihren expliziten Erklärungen überspringen.

Im Fachzusammenhang, besonders wenn Sie im Studium Fälle lösen, müssen Sie dagegen die Balance wahren lernen zwischen dem „Wesentlichen“, das man ausdrücklich abhandelt, dem „weniger Wesentlichen“, das man streift und dem „Unwesentlichen“, das man überspringt. Als Anfänger sollten Sie jedes Merkmal ansprechen und gründlich durch alle Stationen im Gutachtenstil prüfen. Sobald Sie sich sicherer fühlen, können Sie es wagen, unwichtige Punkte zusammenzufassen, Prüfstationen auszulassen und bei der Subsumtion vom Gutachtenstil in einen Feststellungsstil („Urteilsstil“) zu wechseln.

Eine Regel, was wesentlich und was unwesentlich ist, gibt es nicht. Entscheidend ist, wo der Schwerpunkt der Falllösung liegt. Das wiederum hängt davon ab, wo konkret die rechtlichen Probleme verborgen sind. Unproblematisches kann übergangen werden, Streitiges muss man ausführen. Fatalerweise weiß man aber erst, was wichtig ist, wenn man sich in einem Rechtsgebiet auskennt.

Beispiel *Sachverhalt:* Während B schlief, hat A ihn erstickt und dadurch seinen Tod herbeigeführt.

Unwesentlich ist hier, ob A mit B „einen anderen Menschen“ im Sinne von §§ 211, 212 StGB „getötet“ hat. Gänzlich verfehlt wäre es gar, den Begriff Mensch weiter auszulegen, sich auf biologische, anthropologische oder theologische Perspektiven einzulassen oder eine philosophisch inspirierte Diskussion zum Thema „der Andere“

zu führen. **Wesentlich** ist dagegen die Prüfung des Qualifikationsmerkmals „heimtückisch“, § 211 Abs. 2 S.2 StGB.

Woher können Sie das wissen? Zwei Quellen geben Auskunft: Der Sachverhalt und die Rechtsdogmatik. Wo der Sachverhalt schweigt, geht man davon aus, dass ein faktisches Element nicht vom Gewöhnlichen abweicht. Wenn „der B“ einfach nur „der B“ ist, ist evident, dass es sich um einen normalen, lebenden Menschen handelt und nicht um seine Figur von Madame Tussaud, seine Leiche oder einen menschenähnlichen Roboter. Das Merkmal Mensch ist also unwesentlich. Die *Rechtsdogmatik*, mit der Sie sich (spätestens dann) vorzüglich auskennen, lässt hingegen an anderer Stelle die Alarmglocke läuten. Sie lesen nämlich „B schlief“. Mit dem Stichwort „schlafendes Opfer“ merken Sie, dass hier ein Problem abgerufen wird: Ist der tödliche Angriff auf einen Schlafenden eine „heimtückische“ Verhaltensweise im Sinne von § 211 Abs. 2 S. 2 StGB? Dieser Punkt ist **wesentlich**, denn dadurch wird der Totschlag heimtückisch und zum Mord qualifiziert. Also muss man jetzt gründlich vorgehen: Das Merkmal Heimtücke auslegen („Heimtücke ist das bewusste Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers“), die „Arg- und Wehrlosigkeit“ definieren („Arglos ist, wer sich keines Angriffs versieht...“) und in den Streit eintreten, ob ein Schlafender, dem es ja an Bewusstsein fehlt, überhaupt arglos sein kann.

Auch hier sieht man, dass die richtige Gewichtung ein Minimum an Sachkenntnis voraussetzt. Denn genaugenommen setzt nur derjenige die Schwerpunkte perfekt, der den Fall bereits gelöst und alle Probleme bearbeitet hat. Insofern ist es lohnenswert, eine besondere Fähigkeit zu entwickeln: juristische Einschätzungsgabe. Sie zählt zum **Judiz**, der besonderen Urteilskraft der Juristen. Voraussetzung dafür sind gründliche Rechtskenntnisse, möglichst viel Fall-Erfahrung und ein Talent, mit Unvollständigem, Stücken von einem gedachten Ganzen, konstruktiv zurecht zu kommen.

2002102
(04/25)

55100-01-S#1



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 FernUniversität in Hagen
Rechtswissenschaftliche Fakultät