

# Juristische Methodenlehre und Immobiliarsachenrecht

Herausgegeben von  
HUI HUANG  
FRANZ J. SÄCKER und  
CLAUDIA SCHUBERT

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

327

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

327

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





# Juristische Methodenlehre und Immobiliarsachenrecht

Deutsch-chinesische Tagung vom 21.–23.8.2013

Herausgegeben von

Hui Huang, Franz Jürgen Säcker  
und Claudia Schubert

Mohr Siebeck

Gefördert durch die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

e-ISBN PDF 978-3-16-153600-7

ISBN 978-3-16-153599-4

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nägele in Nehren gebunden.

## Vorwort

Die Volksrepublik China hat seit Anfang 1990 große Teile des Zivilrechts in Form von Einzelgesetzbüchern kodifiziert. Dabei wurde entsprechend einer bis an die Anfänge des 20. Jahrhunderts zurückreichenden Tradition in nicht unerheblichem Umfang das deutsche Zivilrecht rezipiert. Ebenso fand die in Deutschland praktizierte juristische Methodenlehre, insbesondere die Methode der Gesetzesauslegung, Eingang in die innerchinesische wissenschaftliche Diskussion. In der akademischen Ausbildung und in der forensischen Rechtsanwendung hat die Methodenlehre aber noch keinen gesicherten Platz. Auch der wissenschaftliche Diskurs bezieht die Methodenlehre als Grundlage juristisch korrekten Argumentierens bei der Ableitung der konkreten Entscheidung aus dem abstrakt-generell formulierten Gesetzestext nur auf einem sehr abstrakten Niveau ein. Daher bestand auf chinesischer Seite der Wunsch, im Rahmen einer Tagung Fragen der juristischen Methodenlehre nicht theoretisch, sondern konkret fallbezogen anhand eines zivilrechtlichen Teilgebiets zu diskutieren, das in China zu vielen Streitfragen geführt hat. Deshalb wurde das Immobiliarsachenrecht und namentlich das Wohnungseigentumsrecht ausgewählt, das in China eine große Rolle spielt, wo kein privates Eigentum an Grund und Boden erworben werden kann. Das geschah in dem Bewusstsein, dass Rechtssicherheit ohne eine methodisch reflektierte Gesetzesanwendung nicht möglich ist. Es bestand Einvernehmen, dass neben dem Wortlaut die Gesetzessystematik und der Normzweck von besonderer Bedeutung sind. Bei unvollständigen gesetzlichen Regelungen stellt sich das Problem der lückenschließenden richterlichen Rechtsfortbildung, die für die chinesischen Juristen ein noch ungelöstes Problem darstellt.

Vom 21. bis 23. August 2013 kam eine Gruppe von chinesischen und deutschen Zivilrechtswissenschaftlern an der Freien Universität Berlin zusammen, um über diese Fragen zu diskutieren. Die Tagung sollte zugleich einen Beitrag zu dem seit Jahren auf Regierungsebene bestehenden Rechtsstaatsdialog leisten. Die Veranstaltung war die dritte Tagung, bei der dieser Kreis wechselnd in Berlin und Peking zusammentraf.

Wir danken der Fritz-Thyssen-Stiftung für die großzügige Unterstützung der Tagung. Unser Dank gilt auch der Freien Universität Berlin, die sich die juristische Kooperation mit chinesischen Wissenschaftlern zur Aufgabe gemacht hat.

Die Übersetzung der Tagungsbeiträge aus dem Chinesischen haben die Autoren, soweit es nicht anders gekennzeichnet ist, selbst vorgenommen. Sie verantworten auch die Übersetzung der Gesetzes- und Verordnungstexte. Für die

Unterstützung bei der Übersetzung der deutschen und chinesischen Texte und der redaktionellen Bearbeitung danken wir Jian HU, Peipei LIU, Qi WANG, Yun ZHANG, Fengliang JIN und Qangzhi HU sowie Anna Hyla und Leonie Ascheberg.

*Hui HUANG*

*Franz Jürgen Sacker*

*Claudia Schubert*

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Vorwort . . . . .                                                                                                                                                             | V   |
| Übersetzungen der Titel der zitierten chinesischen Gesetze,<br>Interpretationen und Entscheidungshinweise des Obersten<br>Volksgerichts . . . . .                             | IX  |
| <i>Helmut Köhler</i>                                                                                                                                                          |     |
| Die Auslegung von Gesetzen als methodisches Problem . . . . .                                                                                                                 | 1   |
| <i>Franz Jürgen Säcker</i>                                                                                                                                                    |     |
| Der Wille des historischen Gesetzgebers bzw. der objektive<br>Gesetzessinn am Beispiel der Entwicklung des Eigentumsbegriffs<br>im deutschen und chinesischen Recht . . . . . | 11  |
| <i>Qingyu ZHU</i>                                                                                                                                                             |     |
| Herrscherwille oder Wille des Gesetzgebers? – Aufbau der Rechts-<br>institutionen der unbeweglichen Sachen in China . . . . .                                                 | 21  |
| <i>Hartmut Oetker</i>                                                                                                                                                         |     |
| Systematische und verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen<br>anhand des Begriffs des Immobiliareigentums aus Sicht<br>des deutschen Sachenrechts . . . . .                 | 27  |
| <i>Shiyong TIAN</i>                                                                                                                                                           |     |
| Wem gehört das Schwemmland? . . . . .                                                                                                                                         | 41  |
| <i>Reinhard Singer</i>                                                                                                                                                        |     |
| Lücken im Gesetz und deren Ausfüllung durch richterliche<br>Rechtsfortbildung am Beispiel des zivilrechtlichen Nachbarschutzes . .                                            | 53  |
| <i>Hailong JI</i>                                                                                                                                                             |     |
| Lücken im Gesetz und deren Ausfüllung durch richterliche<br>Rechtsfortbildung am Beispiel des zivilrechtlichen Nachbarschutzes<br>in China . . . . .                          | 75  |
| <i>Jan Busche</i>                                                                                                                                                             |     |
| Das Konzept des Wohnungseigentums . . . . .                                                                                                                                   | 101 |



*Weifei SUN*

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Einige Fragen in Bezug auf das Wohnungseigentum an Gebäuden<br>in China . . . . . | 109 |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Claudia Schubert*

|                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Die Vormerkung – ein Instrument zur Sicherung des Erwerbs<br>von Immobilien und beschränkt dinglichen Rechten an Grundstücken . . . . . | 115 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Shuanggen ZHANG*

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| Probleme bei der Vormerkung im chinesischen Recht . . . . . | 125 |
|-------------------------------------------------------------|-----|

*Jan von Hein/Lydia Beil*

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| Gutgläubiger Erwerb von Immobilien im deutschen Recht . . . . . | 133 |
|-----------------------------------------------------------------|-----|

*Baoyu LIU*

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Studie zur Rechtsnatur und Art der Schadenersatzhaftung<br>des Registrierorgans für Eintragungsfehler . . . . . | 143 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Dirk Looschelders*

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| Die Grundbuchberichtigung bei fehlerhaftem Grundbuch . . . . . | 173 |
|----------------------------------------------------------------|-----|

*Xiangxiang WU*

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Grundbuchberichtigung bei fehlerhaftem Grundbuch in China –<br>ein Versuch der Auslegung . . . . . | 181 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Torsten Körber*

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| Hypothek und Grundschuld als Sicherungsrechte . . . . . | 193 |
|---------------------------------------------------------|-----|

*Hongliang WANG*

|                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Die Einschränkung der Verfügungsmöglichkeit über mit einem<br>Pfandrecht belastete Immobilien . . . . . | 207 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Maik Wolf*

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Die Vermögenshaftung nach dem Haftungsverband der Hypothek<br>und Grundschuld . . . . . | 217 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Hui HUANG*

|                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Vom Rechtsideal zur Rechtspraxis – Diskussionsbericht über<br>Voraussetzungen und Schwierigkeiten bei der Entwicklung eines<br>chinesischen Gesetzkommentars zum Zivilrecht und die Möglichkeiten<br>einer deutsch-chinesischen Kooperation . . . . . | 235 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| Autorenverzeichnis . . . . . | 249 |
|------------------------------|-----|

# Übersetzungen der Titel der zitierten chinesischen Gesetze, Interpretationen und Entscheidungshinweise des Obersten Volksgerichts

|                                                                                                                                                            |                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|
| 96 Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China                            | 《最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见 试行》   |
| Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts                                                                                                                      | 《民法通则》                                |
| Bestimmung des obersten Volksgerichts über die Arbeitsweise der Leitentscheidungen der VR                                                                  | 《关于案例指导工作的规定》                         |
| Bodenschätzeressourcengesetz                                                                                                                               | 《矿产资源法》                               |
| Deliktshaftungsgesetz                                                                                                                                      | 《侵权责任法》                               |
| Ehegesetz                                                                                                                                                  | 《婚姻法》                                 |
| Erbrechtsgesetz                                                                                                                                            | 《继承法》                                 |
| Erläuterung, Gesetzgebungszweck und zusammenhängende Regelungen des Sachenrechtsgesetzes der VR China                                                      | 《中华人民共和国物权法: 条文说明、立法理由及相关规定》          |
| Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der konkreten Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen über Teileigentum an Gebäuden | 《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》 |
| Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu Fragen des Vertragsgesetzes II                                                                                 | 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》    |
| Erläuterungen zum Sicherungsrechtsgesetz                                                                                                                   | 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》       |
| Gerichtliche Interpretationen zu Fragen der Anwendbarkeit der Gesetze beim Rechtsfall über die Hausverwaltungsdienste                                      | 《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》     |
| Gesetz über einige Bestimmungen zur Feststellung des Grundstückseigentums und des Grundstücksnutzungsrechts                                                | 《确定土地所有权和使用权的若干规定》                    |

|                                                                                                                     |                                     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|
| Gesetz über Gesellschaften                                                                                          | 《公司法》                               |
| Gesetz zum Schutz der wilden Tiere                                                                                  | 《野生动物保护法》                           |
| Gesetzgebungsgesetz der Volksrepublik China                                                                         | 《中华人民共和国立法法》                        |
| Interpretationen über die Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes                                               | 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》   |
| Landverwaltungsgesetz                                                                                               | 《土地管理法》                             |
| Lokale Immobilienregistrierungsverwaltung der Provinz Zhejiang                                                      | 《浙江省房屋产权产籍管理条例》                     |
| Maßnahme zur Registrierung der Wohnung                                                                              | 《房屋登记办法》                            |
| Maßnahme zur Regulierung des Wohnungsvorabkaufs des Bauministeriums                                                 | 《城市商品房预售管理办法》                       |
| Methoden der Grundeintragung                                                                                        | 《土地登记办法》                            |
| Postgesetz                                                                                                          | 《邮政法》                               |
| Regulierung zu einigen Fragen über Verfahren in Eintragung der Gebäude                                              | 《房屋登记办法释义》                          |
| Sachenrechtsgesetz                                                                                                  | 《物权法》                               |
| Sicherungsrechtsgesetz                                                                                              | 《担保法》                               |
| Staatshaftungsgesetz                                                                                                | 《国家赔偿法》                             |
| Stellungnahme des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen zur Umsetzung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts | 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》 |
| Verfassung der Volksrepublik China                                                                                  | 《中华人民共和国宪法》                         |
| Verordnung über Gebäuderegistrierung                                                                                | 《房屋登记办法》                            |
| Verordnung über Landregistrierung                                                                                   | 《土地登记办法》                            |
| Verordnungen für die Übertragung des städtischen und kleinstädtischen staatseigenen Grundstücksnutzungsrechts       | 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》                |
| Vertragsgesetz                                                                                                      | 《合同法》                               |
| Verwaltungsverfahrensgesetz                                                                                         | 《行政诉讼法》                             |
| Wäldergesetz                                                                                                        | 《森林法》                               |
| Wassergesetz                                                                                                        | 《水法》                                |

Die einzelnen Gesetze können jeweils unter <http://chinas-recht.de/inhalt.htm> heruntergeladen werden.

# Die Auslegung von Gesetzen als methodisches Problem

*Helmut Köhler*

## I. Einführung

### *1. Die Gesetzesauslegung als Problem*

Gesetze werden erlassen, um das Zusammenleben der Menschen zu regeln. Um Regelungen zu treffen, muss sich der Gesetzgeber aber der Begriffe der Sprache bedienen, die in ihrem Bedeutungsgehalt unbestimmt oder mehrdeutig sein können. Auch das noch so sorgfältig gefasste Gesetz kann Zweifel über seinen Inhalt und seine Tragweite hervorrufen. Dies schon deshalb, weil der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes nicht überschauen oder vorhersehen kann, auf welche Fälle es möglicherweise Anwendung finden kann. Besonders gelagerte Ausnahmefälle können übersehen sein. Bei zunächst eindeutig erscheinendem Sinn kann durch spätere Änderung der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder technologischen Verhältnisse ein Bedeutungswandel eingetreten sein oder es können Gesetzeslücken erkennbar werden. Je älter ein Gesetz ist, desto problematischer kann seine Anwendung werden. Können, um nur ein Beispiel zu nennen, die im 19. Jahrhundert für das BGB entwickelten Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen (§§ 145 ff. BGB) auch im Zeitalter des Internets noch ohne Weiteres Geltung beanspruchen?

Aus derartigen Zweifeln können Ungewissheit und Streit darüber erwachsen, was eine Regelung im Einzelnen bedeutet und welche Fälle sie erfasst. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer Gesetzesauslegung. Ihr Ziel ist es, die Bedeutung und damit die Reichweite eines Gesetzes (oder einer einzelnen Rechtsnorm oder eines darin enthaltenen Begriffs) zu erschließen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, wer befugt ist, Gesetze mit verbindlicher Wirkung auszulegen und wie die Auslegung zu erfolgen hat.

### *2. Die Befugnis zur Gesetzesauslegung*

Die Befugnis zur verbindlichen Gesetzesauslegung und damit zur Gesetzeskonkretisierung kann in den jeweiligen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt sein. Auch in Deutschland gab es dafür unterschiedliche Regelungsmodelle. Das ist aber nicht Gegenstand dieses Vortrags. Nur so viel sei gesagt, dass bei Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich der für die Rechtsstreitigkeit zuständige

Richter zur Gesetzesauslegung befugt, aber auch verpflichtet ist. Es gilt das sog. Rechtsverweigerungsverbot. Eine Pflicht zur Aussetzung des Verfahrens und zur Vorlage an ein anderes Gericht, das die Auslegungsfrage zu klären hat, besteht in Deutschland nur im Hinblick auf das Europäische Recht (Vorlage an den EuGH) und das Verfassungsrecht (Vorlage an das BVerfG).

## II. Die Notwendigkeit einer Methodenlehre zur Gesetzesauslegung

Unserer heutigen Verfassung und Denkweise entspricht es, dass der Richter unabhängig ist, er also Auslegungsfragen nicht nach Weisung einer politischen Instanz zu entscheiden hat. Andererseits gilt für ihn das Willkürverbot. Er darf also Auslegungsfragen nicht willkürlich, nach seinem Belieben oder Gutdünken entscheiden. Vielmehr hat er seine Auffassung, wie eine Auslegungsfrage zu entscheiden ist, zu begründen. Das ist die Grundlage dafür, seine Entscheidung nachzuvollziehen und zu überprüfen.

Dazu braucht der Rechtsanwender aber Wegweiser, Maßstäbe oder Grundsätze für die Auslegung des Gesetzes. Sie sollen ihm helfen, eine Lösung zu finden, die dem Willen des Gesetzgebers entspricht und zugleich als „gerecht“, „richtig“ oder „vernünftig“ anzusehen ist. Zugleich sollen sie ihm als Kontrolle für die „Richtigkeit“ seiner Auslegung im Einzelfall dienen.

Diese Hilfen lassen sich als Methoden der Gesetzesauslegung bezeichnen. Sie sollten grundsätzlich von jedem Richter in gleicher Weise angewandt werden. Denn nur dies gewährleistet eine einheitliche und für die Rechtsunterworfenen (Bürger, Unternehmen) und ihre Anwälte berechenbare Rechtsanwendung (Rechtssicherheit).

## III. Die geschichtliche Entwicklung

Das „Wie“ der Gesetzesauslegung steht nicht gleichsam naturgesetzlich fest. Vielmehr ist dies Gegenstand der Diskussion. Dementsprechend gibt es nicht „die Methodenlehre“ schlechthin. Vielmehr haben sich dazu im Laufe der Zeit unterschiedliche Auffassungen entwickelt. Diese Entwicklung kann hier nicht nachgezeichnet, sondern nur mit Stichworten dargestellt werden. Als einer der ersten deutschen Juristen, die sich mit Fragen der Gesetzesauslegung befassten, gilt *Friedrich Carl von Savigny*, der in der ersten Hälfte des 19. Jahrhundert lehrte. Eine eigentliche Methodenlehre entwickelte dann *Friedrich Puchta*, die unter dem Namen „Begriffsjurisprudenz“ bekannt wurde: Diese Lehre ging vom Recht als einem logisch aufgebauten System aus und glaubte mit Hilfe logisch-deduktiver Ableitungen aus Grundbegriffen und rechtlichen „Konstruk-

tionen“ Antworten auf bestehende Auslegungsfragen gewinnen zu können. Sie wurde später abgelöst durch die sog. „Interessenjurisprudenz“ von *Philipp Heck*, die hinter den Begriffen bestimmte Interessen erblickte und auf dieser Grundlage Antworten zu gewinnen versuchte. Eine radikal andere Sichtweise vertrat die sog. Freirechtsschule (u. a. *Hermann Kantorowicz*), die die Gesetzesauslegung weitgehend von dem Willen und dem Rechtsgefühl des Richters abhängig machte. Seit der Zeit nach dem 2. Weltkrieg wandte sich die deutsche Rechtswissenschaft verstärkt der sog. „Wertungsjurisprudenz“ (u. a. *Harry Westermann*, *Karl Larenz*) zu. Ihr Anliegen ist es, bei der Auslegung von Gesetzen in erster Linie danach zu fragen, wie der Gesetzgeber in seinen Regelungen bestimmte Interessenkonflikte bewertet hat, um daraus Antworten auf offene Fragen zu gewinnen.

#### IV. Gesetzliche Auslegungsregelungen und richterrechtliche Auslegungsgrundsätze

##### *1. Vorrang gesetzlicher Auslegungsregeln*

Soweit der Gesetzgeber selbst Anordnungen getroffen hat, wie ein Gesetz auszulegen ist, sind diese Regeln selbstverständlich zu beachten, wobei natürlich auch solche Auslegungsregeln des Gesetzgebers ihrerseits wieder auslegungsbedürftig sein können.

##### *2. Richterrechtliche Auslegungsregeln*

Fehlen – wie zumeist – Auslegungsregeln des Gesetzgebers, so muss der Richter grundsätzlich selbst entscheiden, nach welchen Methoden er ein Gesetz auslegt. Wenngleich in den Einzelheiten vieles umstritten ist, so hat sich doch heute in Deutschland eine gewisse Grundübereinstimmung in der Frage nach den Methoden der Gesetzesauslegung herausgebildet. Sie stellt gewissermaßen eine „Auswertung“ der Denkanstöße und Meinungsströmungen vergangener Zeiten dar. Von dieser Grundübereinstimmung lassen sich auch die obersten Gerichte in Deutschland, also das Bundesverfassungsgericht und die obersten Gerichte des Bundes, insbesondere der Bundesgerichtshof, leiten. Selbst der Europäische Gerichtshof hat sich davon inspirieren lassen. Dies schließt es nicht aus, dass die Gerichte bereit sind, in gewissen Grenzen neue Denkansätze zu übernehmen (z. B. die „ökonomische Analyse des Rechts“).

## V. Das Ziel der Gesetzesauslegung

Der Frage nach den Methoden der Gesetzesauslegung vorgelagert ist die Frage nach dem Ziel der Gesetzesauslegung: Darüber bestand und besteht keine völlige Einigkeit. Wie so häufig stehen sich dabei eine objektive und eine subjektive Theorie gegenüber. Nach der subjektiven Theorie ist das Ziel der Gesetzesauslegung die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers. Je älter ein Gesetz ist und je stärker sich die Verhältnisse seit Schaffung des Gesetzes geändert haben, desto weniger kann es aber allein auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers ankommen. Vorherrschend ist daher die objektive Theorie. Danach ist der im Zeitpunkt der Gesetzesanwendung maßgebende Sinn des Gesetzes zu ermitteln.<sup>1</sup> Bei der Ermittlung des Sinngehalts darf sich der Rechtsanwender also nicht ausschließlich von den Regulationsabsichten des historischen Gesetzgebers leiten lassen, sondern er muss darüber hinaus auch die zwischenzeitliche Entwicklung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft sowie die Änderung der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse berücksichtigen.<sup>2</sup>

## VI. Die „klassischen“ Methoden der Gesetzesauslegung

### 1. Überblick

Ausgehend von dieser Zielsetzung stehen dem Rechtsanwender vier Auslegungsmethoden nebeneinander zur Verfügung.<sup>3</sup> Um ihre Funktionsweise in der Praxis zu verdeutlichen, will ich eine Vorschrift aus dem Deliktsrecht, nämlich die Haftung des Tierhalters nach § 833 BGB, herausgreifen und ihre Anwendung in einem konkreten Fall verdeutlichen:

#### a) Die Rechtsnorm

„§ 833 BGB. Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beob-

<sup>1</sup> BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, BVerfGE 11, 126 (130).

<sup>2</sup> Vgl. BGH 04.10.1982 – GSZ 1/82, BGHZ 85, 64 (67f.).

<sup>3</sup> Vgl. BGH 30.06.1966 – KZR 5/65, BGHZ 46, 74 (76); BVerfG 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, BVerfGE 48, 246 (256).

achtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.“

### *b) Der Fall*

Ein Bienenschwarm des Imkers A hatte ein Pferd des B überfallen und es durch Bienenstiche getötet. B verlangte von A Schadensersatz nach § 833 S. 1 BGB. A berief sich auf den Haftungsausschluss des § 833 S. 2 BGB für die Halter von Haustieren.<sup>4</sup>

### *c) Die Auslegungsfragen*

Um § 833 S. 1 BGB anzuwenden, sind mehrere Fragen zu klären: (1) Fällt die Tötung eines Tiers unter § 833 S. 1 BGB? (2) Ist ein Imker „Tierhalter“? (3) Ist die Biene eine „Haustier“? (3) Dienen die Bienen dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters? (4) Hat der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt?

## *2. Die grammatikalische Auslegung*

Die grammatikalische Auslegung setzt am Gesetzeswortlaut an und fragt nach dem Wortsinn, wie er sich aus dem allgemeinen oder speziell juristischen Sprachgebrauch und den Regeln der Grammatik ergibt. Der noch mögliche Wortsinn legt zugleich die Grenzen zulässiger Auslegung fest, jenseits derer die Lückenfüllung oder Rechtsfortbildung beginnt. (In anderen Rechtsordnungen wird dies noch als Teil der Auslegung angesehen.)

Beispiel:

Im „Bienenfall“ ist zu klären, ob die Tötung eines Pferds im Rechtssinne eine „Beschädigung einer Sache“ ist. Hier handelt es sich um einen juristischen Fachbegriff, der in § 90 BGB als „körperlicher Gegenstand“ definiert ist. Ein Pferd ist nach § 90a S. 1 BGB an sich keine Sache. Aber nach § 90a S. 3 BGB sind auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Daher kann § 833 BGB analog angewendet werden.

Weiter ist zu klären, ob eine Biene ein „Haustier“ i. S. d. § 833 S. 2 BGB ist. Bei der Auslegung dieses Begriffs ist auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch abzustellen. Danach gehören zu den Haustieren nur solche Tiere, die „der Beaufsichtigung und dem beherrschenden Einfluss des Halters unterstehen“. Da diese Möglichkeit bei Bienen nicht besteht, sind sie nicht als Haustiere anzusehen.

---

<sup>4</sup> Vgl. RG 19.11.1938 – VI 127/38, RGZ 158, 388.



### 3. Die systematische Auslegung

Die systematische Auslegung fragt nach dem Sinnzusammenhang, in den der Rechtssatz oder der einzelne Rechtsbegriff hineingestellt ist. Ihr Ziel ist es, die innere Kohärenz eines Gesetzeswerks und damit die Widerspruchsfreiheit zu gewährleisten. Sie ist insbesondere bei einem systematisch aufgebauten Gesetzeswerk, wie dem BGB, hilfreich.

Beispiel:

Wenn § 833 S. 2 BGB von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt spricht, ist das im gleichen Sinne zu verstehen wie bei § 276 Abs. 2 BGB.

### 4. Die historische Auslegung

Die historische Auslegung fragt nach den Vorstellungen des Gesetzgebers bei Erlass des Gesetzes und greift dabei auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Gesetzesmaterialien usw.) zurück.

Beispiel:

Die Haftungsleichterung des § 833 S. 2 BGB bezieht sich nur auf solche Haustiere, die „dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt“ sind. Um dies zu konkretisieren, ist ein Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte des § 833 S. 2 BGB hilfreich, der vor allem eine Entlastung der kleinen und mittleren landwirtschaftlichen und gewerblichen Betriebe bezweckt.

### 5. Die teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung fragt nach dem Zweck des Gesetzes („ratio legis“). Dahinter steht die Erwägung, dass jedes Gesetz eine gerechte und sachgemäße Regelung, insbesondere einen angemessenen Interessenausgleich bewirken soll. Der Zweck des Gesetzes lässt sich zumeist aus der Entstehungsgeschichte erschließen. Bei europäischen Rechtsnormen ergibt er sich aus den in das Gesetz aufgenommenen Erwägungsgründen. Finden sich darin keine konkreten Anhaltspunkte, ist die „ratio legis“ dem zu entnehmen, was vernünftigerweise mit der Regelung bezweckt sein kann. Ziel der teleologischen Auslegung ist es daher, ungerechte und sachwidrige Ergebnisse zu vermeiden.

Beispiel:

§ 833 S. 1 BGB legt die Haftung für das Verhalten eines Tiers demjenigen auf, der „das Tier hält“ (sog. „Tierhalter“), ohne diesen Begriff zu definieren. Es wäre nicht sachgemäß, diese strenge Haftung jedem aufzuerlegen, der – wie

etwa der Finder – das Tier nur kurzfristig und in fremdem Interesse in seine Obhut übernimmt. Die Haftung kann vernünftigerweise nur dem auferlegt werden, der über das Tier im eigenen Interesse eine nicht nur vorübergehende Herrschaft ausübt. Denn er ist am ehesten in der Lage, das Risiko durch vorbeugende Maßnahmen zu beherrschen und etwa durch Abschluss einer Versicherung aufzufangen.

In den gedanklichen Zusammenhang der teleologischen Auslegung gehört auch das vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Prinzip der praktischen Wirksamkeit einer Rechtsnorm („*effet utile*“). Eine Norm soll so ausgelegt werden, dass sie nach Möglichkeit ihre praktische Wirksamkeit entfalten kann.

#### *6. Das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander*

Die genannten vier Auslegungsmethoden stehen zueinander im Verhältnis der wechselseitigen Ergänzung.<sup>5</sup> Das Schwergewicht liegt jedoch auf der teleologischen Auslegung. Je nachdem, ob danach ein Begriff weit oder eng auszulegen ist, spricht man von weiter (extensiver) oder enger (restriktiver) Auslegung. Auch die sachgerechte Anwendung der Auslegungsmethoden garantiert freilich nicht stets ein eindeutiges, allein „richtiges“ Ergebnis. In jede Auslegung fließt vielmehr ein Element persönlicher Wertung und Entscheidung hinein. Freilich darf der Richter, wenn er das Gesetz auslegt, nur solche Wertungskriterien in seine Entscheidung aufnehmen, die in der Rechtsordnung und ihrem „inneren System“ vorgezeichnet sind. Dies ist der Sinn der Bindung des Richters an das Gesetz.

#### *7. Die Berücksichtigung ranghöherer Rechtsnormen bei der Auslegung*

Die Auslegung eines Gesetzes hat sich darüber hinaus an übergeordneten Rechtsnormen zu orientieren. Dies kann man als Anwendungsfall der systematischen Auslegung bezeichnen.

Zu den übergeordneten Rechtsnormen gehört in Deutschland die Verfassung (Grundgesetz). Lässt ein Gesetz mehrere Auslegungen zu, ist diejenige vorzuziehen, die der Wertentscheidung der Verfassung als dem ranghöheren Gesetz besser entspricht (sog. „verfassungskonforme Auslegung“).<sup>6</sup> Hinzu kommt der Vorrang europäischer Rechtsnormen vor dem nationalen Recht. Bei Gesetzen, die zur Umsetzung einer „Richtlinie“ der Europäischen Union geschaffen wurden, ist die Auslegung vorzuziehen, die dem Inhalt der Richtlinie in der ihr vom Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV gegebenen Auslegung entspricht (sog. „richtlinienkonforme Auslegung“).<sup>7</sup>

<sup>5</sup> BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, BVerfGE 11, 126 (130).

<sup>6</sup> Vgl. BGH 04.05.1987 – II ZR 211/86, BGHZ 101, 24 (27).

<sup>7</sup> BGH 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 Rn. 19ff.

## VII. Die Rechtsfortbildung

### 1. Die Ausfüllung von Gesetzeslücken

Kein Gesetz ist in dem Sinne vollständig, dass es auf jede denkbare Rechtsfrage bei seiner Anwendung eine Antwort gäbe. Die auch nach Auslegung verbleibenden „Gesetzeslücken“ sind dabei aus den Grundprinzipien des Gesetzes heraus auszufüllen („gesetzesimmanente Lückenfüllung“). Hierbei handelt es sich im eigentlichen Sinne nicht mehr um Gesetzesauslegung, sondern um Rechtsfortbildung, wenngleich natürlich die Grenzen fließend sind.

#### a) Analogie

Enthält ein Gesetz für einen bestimmten Fall keine Regelung (sog. offene Lücke), wohl aber für einen ähnlichen Fall, entspricht es dem Gebot der Gleichbehandlung, die Regelung auch auf jenen Fall zu erstrecken. Dieses Verfahren bezeichnet man als Analogie. Ob die Ähnlichkeit so weit geht, dass eine Analogie geboten ist, bestimmt sich nach dem Sinn und Zweck der Regelung.

Beispiel:

Nach § 179 Abs. 1 BGB haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Vertragspartner nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz. Ratio legis ist der Gedanke, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht das Vertrauen des anderen hervorruft und enttäuscht.<sup>8</sup> Sie gebietet die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den Boten und auf den unter fremden Namen Handelnden.<sup>9</sup>

Stets setzt die Analogie eine – gemessen an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers – „planwidrige Unvollständigkeit“ der gesetzlichen Regelung voraus.<sup>10</sup> Anstelle der Analogie ist daher ein Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) vorzunehmen, wenn der Gesetzgeber bewusst eine Rechtsfrage nicht in einem bestimmten Sinne geregelt hat.

#### b) Teleologische Reduktion

Die gesetzliche Regelung kann sich auf einen Fall erstrecken, auf den die ratio legis nicht zutrifft. Dann liegt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes vor.<sup>11</sup> In diesem Fall entspricht es dem Gebot, Ungleiches ungleich zu behandeln, diesen Fall vom Anwendungsbereich der Norm auszunehmen. Das Gleiche gilt, wenn der Zweck einer ande-

<sup>8</sup> Vgl. BGH 08.02.1979 – VII ZR 141/78, BGHZ 73, 266 (269).

<sup>9</sup> Vgl. BGH 03.03.1966 – II ZR 18/64, BGHZ 45, 193 (195).

<sup>10</sup> BGH 13.11.2001 – X ZR 134/00, BGHZ 149, 165 (174).

<sup>11</sup> Dazu BGH 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 22.

ren Norm die Einschränkung gebietet. Dieses Verfahren bezeichnet man als „teleologische Reduktion“.

## 2. Das Verbot der Auslegung *contra legem*

Die Auslegung einer Rechtsnorm findet ihre Grenze im verfassungsrechtlichen Verbot des „Judizierens *contra legem*“, nämlich einer Auslegung, die mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch steht und seine Wertung verfehlen oder verfälschen würde.<sup>12</sup>

## 3. Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Die Gerichte sind nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebunden. Der Begriff des Rechts umschließt mehr als die Summe der Gesetze, ist andererseits nicht gleichbedeutend mit einem „Naturrecht“. Er erfasst vielmehr die Rechtsprinzipien, die aus der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen fließen und gegenüber dem geschriebenen Gesetz als Korrektiv wirken können. Daraus ergibt sich aber zugleich die Ermächtigung für den Richter, sich über das Gesetz hinwegzusetzen, wenn das „Recht“ es fordert.<sup>13</sup>

Eine Rechtsfortbildung *contra legem* kommt freilich nur in ganz seltenen Ausnahmefällen in Betracht, da die Bindung des Richters an das Gesetz unverzichtbarer Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist. Die bloße *Unzweckmäßigkeit* einer gesetzlichen Regelung ist noch kein Grund, sich über sie hinwegzusetzen. Der Richter darf nicht seine eigenen rechtspolitischen Erwägungen verwirklichen, sondern muss insoweit die Entscheidung des Gesetzgebers respektieren.<sup>14</sup> Voraussetzung der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung ist vielmehr ein unabweisbares Bedürfnis nach einer Regelung, die sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt, andererseits aber den Wertvorstellungen der Verfassung entspricht.

# VIII. Die Methoden der Gesetzesauslegung in der deutschen Juristenausbildung

Ziel der Juristenausbildung an deutschen Universitäten ist es seit jeher, die Studierenden in der Gesetzesauslegung zu schulen. So gibt es nahezu an allen größeren Juristischen Fakultäten in Deutschland spezielle Vorlesungen zur Methodenlehre, zumindest wird in den Einführungsveranstaltungen die Methodenlehre mitbehandelt. Der juristische Unterricht in den einzelnen Disziplinen ist

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG 25.01.2010 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, NJW 1973, 1221 (1225).

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG 25.01.2010 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193 Rn. 52.

immer zugleich darauf gerichtet, den Inhalt gesetzlicher Regelungen im Wege der Auslegung verständlich zu machen. Deutsche Studenten lernen keine Gesetze auswendig, sondern werden darin geschult, anhand der ihnen zur Verfügung stehenden Gesetzestexte mit den Regelungen umzugehen und dementsprechend die Regelungen auszulegen.

Im Hinblick auf die Freiheit der akademischen Lehre ist jeder Hochschullehrer darin frei, seine eigene Sichtweise der Methodik der Gesetzesauslegung darzulegen. Jedoch wird er zumindest darlegen, von welchen Auslegungsgrundsätzen sich die Gerichte und die Mehrheit der Hochschullehrer leiten lassen. Eine wirkliche Kontroverse in Fragen der „richtigen“ Gesetzesauslegung, wie es sie unter dem Einfluss politischer Strömungen in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts gab, ist derzeit nicht zu verzeichnen.

## IX. Zusammenfassung und Bewertung

Derzeit herrscht in der deutschen Rechtsprechung und Lehre weitgehende Übereinstimmung darüber, nach welchen Methoden Gesetze auszulegen sind. Es sind dies die klassischen Methoden der grammatikalischen, systematischen, historischen und vor allem teleologischen Auslegung. Sie ergänzen einander, jedoch besitzt die teleologische Auslegung im Zweifel Vorrang.

Diese Konzeption hat sich im Ganzen bewährt. Sie garantiert zwar keine richtige, eindeutige und jedermann überzeugende Gesetzesauslegung. Daher wurde auch kritisiert, die herkömmlichen Auslegungsmethoden würden dem Richter nur dazu dienen, ein von ihm vorher nach seinem „Rechtsgefühl“ oder „Vorverständnis“ (*Josef Esser*) als richtig angesehenes Auslegungsergebnis zu rechtfertigen. Das mag im Einzelfall so sein, ermöglicht es jedoch dem Richter zumindest, seine subjektiv gefundene Auslegung anhand dieser Maßstäbe zu überprüfen. Vor allem aber zwingen die genannten Auslegungsmethoden den Richter dazu, sein Auslegungsergebnis rational zu begründen. Das dient der Verständlichkeit des Rechts und der Rechtssicherheit. Zugleich ist dies die Grundlage für eine Überprüfung der „Richtigkeit“ und gegebenenfalls einer Korrektur des Auslegungsergebnisses.

# Der Wille des historischen Gesetzgebers bzw. der objektive Gesetzessinn am Beispiel der Entwicklung des Eigentumsbegriffs im deutschen und chinesischen Recht

*Franz Jürgen Säcker*

## I. Das lückenhafte Gesetz und das lückenlose Urteil

Eine Wissenschaft der Auslegung, d. h. eine wissenschaftliche „Hermeneutik“, kann es nur geben, wenn es eine Methode gibt, mit deren Hilfe die Objektivität einer aus einem Text abgeleiteten Aussage überprüfbar ist. Der Richter hat nach dem Rechtsverweigerungsverbot<sup>1</sup> Antworten allerdings auch dazu geben, wo die Erkenntnisquelle des Juristen, das Gesetz, eine Antwort schuldig bleibt. Der Richter hat bei Schweigen des Gesetzes kein Redeverbot gemäß dem wissenschaftstheoretischen Prinzip: „Worüber man nicht reden kann, darüber muss man schweigen“ (*Wittgenstein*), sondern der Richter muss fallbezogen die Antwort geben, die der Gesetzgeber gegeben hätte, wenn er das Problem gesehen und nicht geschwiegen hätte. Da der Richter im Gegensatz zum Gesetzgeber seine Entscheidung begründen muss, muss er den von ihm aufgestellten gesetzesergänzenden Sollenssatz angeben, der seine konkrete Entscheidung trägt.<sup>2</sup>

Der Glaube an das Dogma, dass das Gesetz auf alle in der Realität sich stellenden Sachverhalte Antworten bereithält, ist heute ebenso überwunden<sup>3</sup> wie der, der Gewaltenteilungslehre Montesquieus<sup>4</sup> zugrunde liegende, Glaube daran, dass der Urteilsinhalt immer derselbe sei, gleichgültig, welcher Jurist ihn ausspreche. Die Gesetze geben auf viele Fragen keine, auf viele Fragen nur vage, generalklauselartig formulierte Antworten; sie sind mit Leerformeln und Formelkompromissen übersät.<sup>5</sup> Viele Normen verdanken ihre Entstehung daher richterlicher Fortbildung des Rechts. Es handelt sich bei ihnen nicht um juristi-

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Ekkehard Schumann*, Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZZ 81 (1968) 83 ff.

<sup>2</sup> Näher dazu *Franz Jürgen Säcker*, Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP 58 (1972) 215 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei *Claus Wilhelm Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, 17 ff.

<sup>4</sup> *Charles de Montesquieu*, De l'esprit des lois, Tome premier (1769) liv. XI, chap. VI, 271; der Richter sei nichts anderes als „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“.

<sup>5</sup> Näher zum Folgenden *Franz Jürgen Säcker*, Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, ZRP 1971, 145 ff.

sche „Entdeckungen“<sup>6</sup> i. S. einer Entbergung von im Gesetz verborgenen Weisheiten, sondern um gesetzeseergänzendes Richterrecht.

Der Richter kennt die Grenzen des vom Gesetz erhobenen Regelungsanspruchs, die sich auch bei noch so fleißigem Lesen des Gesetzestextes und Nachdenken über seinen Sinn nicht erweitern lassen. Gesetzliche Wertungen können nur da binden, wo sie vorhanden sind. „Die Dringlichkeit einer Frage kann keine Antwort erzwingen, sofern keine wahre zu erlangen ist; weniger noch kann das fehlbare Bedürfnis, auch nicht das verzweifelte, der Antwort die Richtung weisen.“<sup>7</sup> Diese Einsicht beherrscht seit Überwindung der Begriffsjurisprudenz durch die Interessenjurisprudenz<sup>8</sup> die juristische Methodenlehre; ihr ist bewusst, „dass ein sehr großer Teil, vielleicht der weitaus größte Teil der zweifelhaften Rechtsfragen, auf dem Vorhandensein von Gesetzeslücken beruht“.<sup>9</sup> Alles andere wäre romantische Selbsttäuschung.<sup>10</sup>

Die moderne Methodenlehre und Rechtspraxis verzichten daher auf formal-begriffsjuristisches Argumentieren<sup>11</sup> und versuchen nicht mehr, den Anschein zu erwecken, man könne, wenn man einen Gesetzestext nur gründlich genug lese, aus ihm für jeden Fall eine Lösung herauslesen.<sup>12</sup> Texte können semantisch nicht mehr hergeben, als in sie hineingedacht ist. In Wahrheit geht es darum, notwendige Fortbildungen des Gesetzes, wenn der alte Normtext bestimmte Probleme nicht regelt, offen zu erörtern und sach- und systemgerechte Lösungen neu zu entwickeln. Wir brauchen, wie *Popper* zu Recht festgestellt hat, beides: die Rechtssicherheit der alten Texte und die Gerechtigkeit, der sich die richterliche Rechtsfortbildung verpflichtet weiß. Es muss invariante Gesetze, die Rechtssicherheit garantieren, geben und gleichwohl, wenn nötig, Neuerungen, da die bestehenden Gesetze nie hinlänglich komplett sind.<sup>13</sup>

Linguistisch gibt es keine hermeneutisch-dialektisch zu entdeckende Wahrheit, die als Antwort auf *neue* Problemlagen einem Text verstehend entnommen und anderen als allein richtig mitgeteilt werden kann. Die Situationsbezogen-

<sup>6</sup> Vgl. *Hans Dölle*, Juristische Entdeckungen, Kongressvortrag aus Deutscher Juristentag 42, Bd. 2 (1957) B1–22.

<sup>7</sup> *Theodor W. Adorno*, Negative Dialektik (1966) 209.

<sup>8</sup> Vgl. dazu eingehend *Eugen Bucher*, Was ist „Begriffsjurisprudenz“?, ZBernJV 102 (1966) 274 ff.; *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, 433 ff.

<sup>9</sup> *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914) 174.

<sup>10</sup> *Rafael Gutiérrez Girardot*, Ist Rechtsphilosophie überhaupt noch möglich?, ARSP 51 (1965), Beiheft 41, 155 ff.; näher dazu *Franz Jürgen Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Einl. Rn. 81 ff.

<sup>11</sup> *Georg Friedrich Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Bd. 1 (1828) 144 ff.

<sup>12</sup> *Josef Esser*, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: FS Ludwig Raiser (1974) 517 ff., 525: „Die Begriffe ergeben nicht mehr, als in sie hineingedacht worden ist. Der Syllogismus funktioniert nicht schon durch die Garantie des logischen Denkens, sondern erst durch die Vollständigkeit der Prämissen, die mit der Kasuistik ergänzt und abgewandelt werden müssen.“

<sup>13</sup> Vgl. *Karl Popper/John C. Eccles*, The Self and Its Brain (1977) 25.

heit der hermeneutischen Wahrheit ist – so *Gadamer* – „so grundlegend, dass das Erkennen eines endlichen Wesens nie nach allen Seiten hin gesichert werden kann“. Das Moment der Produktivität des Verstehens tritt somit in sein volles Recht und gewinnt Einfluss in die Wahrheitsproblematik.

Die moderne subjektive Interpretationstheorie trägt dem Rechnung, indem sie den Geltungsanspruch des Gesetzes nicht über dessen semantische Bedeutung hinaus ausdehnt,<sup>14</sup> sondern die Rolle des Richters anerkennt, der ein Problem entscheiden muss, das der Gesetzgeber nicht gesehen bzw. nicht geregelt hat.<sup>15</sup>

So handelt es sich z. B. beim Eigentumsrecht um ein Grundrecht, das gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG der gesetzlichen Regelung bedarf. Der Gesetzgeber hat Inhalt und Schranken des Eigentums unter Beachtung der Grundentscheidung der Verfassung für den Schutz des Eigentums festzulegen. Dabei hat der Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Gestaltungsbereich, der nach den persönlichen und sozialen Funktionen des Eigentumsobjekts zu konkretisieren ist.<sup>16</sup>

Der weite Spielraum der inhaltlichen Ausgestaltung des Eigentums wird besonders beim Schutz des Anteilseigentums deutlich. Der verfassungsrechtliche Schutz des Anteilseigentums umfasst zwar nicht nur die vermögensrechtliche Stellung des Aktionärs, sondern auch dessen mitgliedschaftsrechtliche Stellung. Der Umfang der Mitgliedschaftsrechte richtet sich dabei aber nach dem Inhalt des einfachen Gesellschaftsrechts, u. a. danach, ob es sich um eine werbende Gesellschaft oder um eine in der Insolvenz befindliche Gesellschaft handelt. Im Einzelnen ist hier vieles streitig.

Das gilt z. B. auch für die Frage, ob der Eigentumsschutz auch die Baufreiheit schützt. Für die einen ist die Baufreiheit Ausübung der Nutzungsbefugnis des Eigentümers; für die anderen ist die Befugnis zur baulichen Nutzung des Grundstücks eine Rechtsposition, die nicht im Eigentum wurzelt, sondern durch das öffentliche Recht den Eigentümern konstitutiv zugeteilt wird.<sup>17</sup>

## II. Die das Schweigen des Gesetzes überwindende Rechtsfortbildung

Die vorstehende analytische Beschreibung der faktisch unentrinnbaren Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume des Rechtsanwendungstabs ist als sol-

<sup>14</sup> *Arnold Brecht*, Politische Theorie (1961) 136ff., 219ff., 336.

<sup>15</sup> Es geht der subjektiven Auslegungstheorie gerade nicht um die Erweiterung des normativen Aussagegehalts, sondern um die Ermittlung der mit der Norm verbundenen realen Intention des Gesetzgebers.

<sup>16</sup> Vgl. näher *Reinhard Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, Vorbm § 903 Rn. 1; *MüKo BGB/Säcker* (Fn. 10) § 903 Rn. 15.

<sup>17</sup> Vgl. zum Streitstand *Joachim Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 40; *MüKo BGB/Gaier* (Fn. 16) § 903 Rn. 26.



che methodologisch wertfrei, hat aber gleichwohl politische Implikationen. Der Rechtsanwendungsstab muss seine Entscheidung, soweit sie sich nicht aus dem Gesetz ergibt, durch die Kraft der Begründung an Gesetzgebers Statt legitimieren, d.h. die materiale Verantwortung für die Gerechtigkeit des Ergebnisses übernehmen. Eine Schuldzuweisung an den Gesetzgeber ist nicht möglich.

Der konservativ orientierte Jurist verbindet mit der geisteswissenschaftlichen Interpretationsmethodik allerdings immer noch die Hoffnung, dass der Umfang richterrechtlicher Neuerungen bei äußerlichem Festhalten an der geisteswissenschaftlichen Interpretationstheorie geringer sein werde als bei offener Rechtsfortbildung. Er hofft, dass der gesellschaftliche und ökonomische Status quo sich auf diesem Wege besser aufrechterhalten lässt als bei offener Anerkennung einer richterlichen Rechtsfortbildungsbefugnis.<sup>18</sup> Die Wahl einer bestimmten Methodologie ist nie völlig frei von politischen Fernwirkungen. Für konservative Juristen ist die Anerkennung einer offenen Rechtsfortbildungsbefugnis mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz unvereinbar. Für an der Realität des Rechtsgewinnungsprozesses orientierte, auf Scheinbegründungen verzichtende Juristen ist dies dagegen die Grundlage, neue rechtspolitische Lösungen im Rahmen der Lücken des Gesetzes zu erreichen.<sup>19</sup>

Die Offenheit der Interpretation bei Schweigen des Gesetzes bedeutet nun nicht, dass jede beliebige Interpretationshypothese berechtigt ist. Der Text ist keine Spielwiese für unbegrenzte Semiose und unendliche Interpretationsspiralen.<sup>20</sup> Interpretation sucht nach der *intentio auctoris* (der Absicht des Textautors), nicht nach der *intentio lectoris* (der Absicht des Interpreten), der den Text selbstherrlich so lange zurechtklopft, bis er den Inhalt annimmt, den der Interpret für seine Zwecke braucht. Es geht um Auslegung, nicht um kreative Benutzung des Textes für außertextuelle Zwecke.<sup>21</sup> Wissenschaftliche Interpretation ist keine konstruktivistische Rechtfertigungslehre, die jede beliebige Interpretation autorisiert; sie dient mangels entsprechender Möglichkeit dazu auch nicht der Legitimierung der „guten“ Interpretation, sondern der Delegitimierung der „schlechten“; es geht um die Zurückweisung voreiliger Inanspruchnahme und Vereinnahmung des Textes.<sup>22</sup> Vom Standpunkt der inneren Kohärenz ist eine Interpretation nur dann akzeptabel, wenn sie von einer anderen Stelle des Gesetzes nicht in Frage gestellt wird, sondern in einer vom Gesamttext her kohärenten Weise Sinn macht.<sup>23</sup> Die Theorie der Auslegung hat der Gefahr zu begeg-

<sup>18</sup> John Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit* (1993).

<sup>19</sup> Vgl. dazu zutreffend Dieter Reuter, *Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht*, RdA 1985, 321 (323).

<sup>20</sup> Jacques Derrida, *Grammatologie* (1996).

<sup>21</sup> Vgl. dazu Umberto Eco, *Die Grenzen der Interpretation* (1995) 47 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Popper/Eccles, *Self* (Fn. 13) 431.

<sup>23</sup> Vgl. dazu Umberto Eco, *Lektor in fabula* (1992).

nen, dass der Interpret glaubt, jeden beliebigen Weg einschlagen zu dürfen, weil er das Gefühl hat, alles sei erlaubt, wenn man es nur geschickt begründe.<sup>24</sup>

Trotz aller Unsicherheit, die mit der Lektüre des Gesetzestextes häufig verbunden ist, darf der Jurist sich aber nicht zum souveränen Textproduzenten aufschwingen; er ist und bleibt auch gegenüber einer altherwürdigen Norm Textrezipient.<sup>25</sup> Die Interpretationskompetenz berechtigt nicht zu beliebigen Aussagen über den Gesetzesinhalt; sie verbietet das bewusste Misreading. Auslegung ist eine an Regeln gebundene, entziffernde „regulierte Transformation dessen, was bereits geschrieben worden ist“<sup>26</sup>. *Umberto Eco*<sup>27</sup> stellt daher zu Recht fest, dass in vielen Fällen niemand daran zweifelt, dass eine bestimmte Interpretation unhaltbar ist. „Würde Jack the Ripper uns sagen, er habe seine Taten aufgrund einer Inspiration begangen, die ihn beim Lesen des Evangeliums überwältigte, so würden wir zu der Ansicht neigen, er habe das Neue Testament auf eine Weise interpretiert, die zumindest ungewöhnlich ist.“ *Eco* fügt hinzu: „Man wird angesichts der Ergebnisse seines Misreadings nicht sagen können, Jack sei das Vorbild, anhand dessen man Studenten erklären sollte, wie man mit einem Text umgeht.“ Ein Jurist handelt nicht gerecht und verantwortungsbewusst, wenn er sich auf kein Recht bezieht und keine Regel für vorgegeben hält, vielmehr frei von allen Regeln und Prinzipien judiziert.<sup>28</sup> Das Bundesverfassungsrecht gibt dem Grundeigentümer nur das Recht, sein Grundstück „im Rahmen der Gesetze“ zu bebauen.<sup>29</sup>

Besonders umstritten ist, ob das Eigentumsrecht auch das Recht des Wohnungsmieters zum Besitz einschließt. Das Bundesverfassungsgericht<sup>30</sup> hat dies bejaht mit der Begründung, dass eine dem Sacheigentum vergleichbare rechtliche Zuordnung der Wohnung zum Mieter bestehe (§§ 861, 862 BGB) und diesem Schadensersatzansprüche bei der Verletzung des Rechts zum Besitz als einem sonstigen Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB zustünden. Das Bundesverfassungsgericht hat damit ein Teileigentum zwischen Vermieter und Mieter „erfunden“, das dem BGB fremd ist. Für den Gesetzgeber des BGB ist wesent-

<sup>24</sup> Vgl. *Jacques Derrida*, *Le Facteur de la Vérité*, in: *Poétique* Bd. 21 (1975) 96 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Paul Ricœur*, *Die Interpretation* (1969) 33 ff.; *Derrida*, *la Vérité* (Fn. 24) 96 ff.; gegen die von *Charles S. Peirce* vertretene Theorie der unendlichen Interpretation.

<sup>26</sup> *Michel Foucault*, *Archäologie des Wissens* (1981) 200; *Ulla Haselstein*, *Entziffernde Hermeneutik* (1991).

<sup>27</sup> *Eco*, *Interpretation* (Fn. 21) 78; ferner *Nicola Rowe*, *Recht und sprachlicher Wandel* (1999) 31 ff.

<sup>28</sup> *Jacques Derrida*, *Gesetzeskraft*, *Der „mystische Grund der Autorität“* (1991) 48.

<sup>29</sup> BVerfG 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263 (276); BVerfG 22.05.2001 – 1 BvR 1512/97, 1 BvR 1677/97, BVerfGE 104, 1 (11); dazu *Peter Badura*, in: *Bänder/Maihofer/Vogel*, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 1994, 685.

<sup>30</sup> BVerfG 26.05.1993 – 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 (5 f.); kritisch dazu: *Horst Sendler*, *Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte durch die Hintertür?*, NJW 1994, 709; *Otto Depenheuer*, *Der Mieter als Eigentümer?*, NJW 1993, 2561.

licher Inhalt des Eigentums ein exklusives, alle Personen ausschließendes Verfügungs- und Nutzungsrecht. Fallen Verfügungs- und Nutzungsrecht (zeitweise) auseinander, wie es bei der Vermietung einer Sache der Fall ist, so entsteht kein in zwei einander komplementär ergänzende Sphären funktionell geteiltes, in Ober- und Untereigentum zerfallendes Eigentum. Es verbleibt vielmehr nach der Dogmatik des BGB beim ungeteilten Eigentum, aus dem lediglich einzelne Befugnisse in Form von beschränkt dinglichen Rechten (*iura in re aliena*) abgespalten werden können. Dies entspricht dem klassischen römisch-rechtlichen Eigentumsbegriff, nach dem zwei Personen nicht gleichzeitig mit getrennten Befugnissen Eigentümer sein können (Digesten 13.6.5.15). Eigentum ist immer „*dominium plenum*“. Das Bundesverfassungsgericht hat den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff dagegen wesentlich weiter ausgedehnt und ihn auch auf schuldrechtliche Nutzungsbefugnisse erstreckt und so dadurch die Sozialpflichtigkeit des „klassischen“ Eigentümers konkretisiert. Für den BGB-Gesetzgeber wäre dies unvorstellbar gewesen. Hier zeigt sich, wie die Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Wandel offen sind.

### III. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Entspricht der konkret zu beurteilende Sachverhalt keinem der durch gesetzgeberische Wertentscheidung geregelten Sachverhaltstypen,<sup>31</sup> so entscheidet der Richter über den ihm zur Entscheidung vorgelegten Fall nicht aufgrund einer heteronom bestimmten Kognition, sondern letztlich aufgrund autonomer De-zision,<sup>32</sup> auch wenn er im Vergleich zu den in Betracht kommenden Entscheidungsalternativen<sup>33</sup> das Urteil fällt, das sich am besten in das Gefüge der bestehenden normativen Wertentscheidungen einfügt.

Das Schweigen des Gesetzes kann nicht mittels „objektiver“ Auslegung überbrückt werden. Die objektive Auslegung ist subjektiv; sie transportiert die Vorverständnisse des Interpreten in den auszulegenden Text und verdeckt damit den Umstand, dass der Interpret „klüger“ ist als der Textautor. Zutreffend verdeutlicht *Gadamer*<sup>34</sup> diesen Sachverhalt mit den Worten: „Der Text bringt eine Sache zur Sprache, aber dass er das tut, ist am Ende die Leistung des Interpre-

<sup>31</sup> Vgl. *Kaarle Makkonen*, Zur Problematik der juristischen Entscheidung (1965) 207.

<sup>32</sup> Das BAG AP HausarbeitstagsG NRW § 1 Nr. 19 spricht von „Willensentscheidung“; ähnlich bereits RG JW 1922, 910.

<sup>33</sup> Vgl. *Martin Kriele*, Kriterien, Kriterien der Gerechtigkeit (1963) 172; *Josef Esser*, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil (1965) 313; *Walther Ecker*, Gesetzesauslegung vom Ergebnis her, JZ 1967, 265; kritisch *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, 106; *Niklas Luhmann*, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969) 1 (5); *ders.*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974) 31; *Roland Dubischar*, Vorstudium zur Rechtswissenschaft (1974) 171.

<sup>34</sup> *Hans-Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode (1990) 391.