

Belehrung über ein Widerrufsrecht; hier verteilt § 355 II 4 BGB die Beweislast explizit.

## 17. Zivilrechtliche Sanktionen gegen unanständiges Geschäftsgebaren

Erfreulich selten wird Verbraucherschutz im Zivilrecht mit Sanktionen verknüpft. Unter dem europäischen und dh auch angelsächsischen Einfluss kommen aber neue Normen in das BGB, die eine Straf-Komponente haben: § 241 a BGB zu unbestellten Warensendungen und § 661 a BGB über Gewinnvorspiegelungen. Beim letzteren hat der EuGH auch die prozessrechtliche Absicherung durchgesetzt.<sup>16</sup> In beiden Fällen wird der Richter davon freigestellt, die überkommene Dogmatik der

Willenserklärung und der Restitution nach § 249 BGB durchzubuchstabieren, damit der Verbraucher effektiv gegen unerwünschte Vertriebsformen geschützt wird. Das Ergebnis sollte Generalprävention sein. Für die Beurteilung dieser Normen ist es wichtig zu sehen, dass auch der innere Traditionsbestand des BGB vereinzelt Sanktionskomponenten kennt. Neben der Vertragsstrafe sei als Beispiel dafür § 285 BGB (§ 281 BGB aF) genannt, bei dem es nicht darauf ankommt, ob der enttäuschte Vertragspartner selber das günstige Geschäft des ungetreuen Vertragspartners hätte tätigen können, auf dessen Gewinn er nun Anspruch hat.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> EuGH NJW 2002, 2697

<sup>17</sup> Siehe statt vieler Medicus Schuldrecht I, 13. Aufl, Rn 390; vgl Nr 93 a RStBV

## Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten

Prof. Dr. Hans Kudlich, Bucerius Law School, Hamburg, und Dr. Dr. Ralph Christensen, Mannheim

Jeder, der juristisch arbeitet, kennt das Problem: Man sucht nach der Lösung eines Falles, hält sich an die von Gesetzssystematik und erlernten Schemata vorgegebenen Prüfungsreihenfolge und subsumiert schulmäßig – dennoch kommt man irgendwann an den Punkt, an dem man sich nicht sicher ist, ob das Gesetz den vorliegenden Fall nun »meint« oder nicht. Hier kommt die juristische Auslegungslehre ins Spiel, mit deren Hilfe man gerade diese Frage beantworten möchte. Im Folgenden soll zunächst kurz beschrieben werden, wie »Auslegung« überhaupt »funktioniert«; dabei wird ein Modell vorgestellt, das die verschiedenen Auslegungsüberlegungen als Versuche beschreibt, Bedeutungsmöglichkeiten von gesetzlichen Begriffen zu vermehren oder zu reduzieren (dazu sogleich I.). Im Anschluss daran wird anhand der gängigsten Kanones der Auslegung und mit einer Reihe von Beispielen illustriert, wie eine solche Reduzierung bzw Vermehrung von Bedeutung aussehen kann (dazu im Anschluss II.). Abschließend wird kurz untersucht, ob unter den unterschiedlichen Kanones eine – generelle oder zumindest grundsätzliche – Rangfolge angegeben werden kann (dazu zuletzt III.).

### I. Die Kanones der Auslegung als Instrument zur Reduzierung oder Vermehrung von Bedeutung

Nach traditionellem Verständnis besteht die Auslegung von Gesetzen darin, dass der Normtext so weit »ent-fal-

tet« (bzw »aus-gelegt«) wird, bis die in ihm gleichsam versteckte Lösung des Auslegungsproblems deutlich wird. Realistischer ist demgegenüber wohl die Annahme, dass die Lösung des Problems noch nicht wirklich in der Norm »steckt« (und daher dort auch nicht einfach »gefunden« werden kann). Vielmehr hat der Rechtsanwender den Konflikt über die Bedeutung des Normtextes tatsächlich selbst zu entscheiden. Er hat zwar das Gesetz, an das er nach Art 20 III, 97 GG gebunden ist, als zentralen Orientierungspunkt. Auch dieses entbindet ihn jedoch nicht von der Last, letztlich eine eigene Entscheidung zu treffen.<sup>1</sup> Dieses unterschiedliche Verständnis vom tatsächlichen Vorgehen bei der Auslegung, welches auch eher die Beschreibung als das wirkliche Vorgehen beim Auslegungsprozess betrifft, soll hier aber nicht vertieft werden. Denn unabhängig davon gilt: für die Entfaltung der oder aber die Entscheidung über die Bedeutung des Normtextes sind Hilfsmittel erforderlich. Diese bestehen in den sog Kanones der Auslegung, bei denen üblicherweise insb zwischen grammatischer, systematischer, historisch-genetischer und teleologischer Auslegung unterschieden wird.<sup>2</sup>

Wie »funktionieren« nun diese Kanones bei der Entscheidung über den Bedeutungskonflikt? Um diese

<sup>1</sup> Vgl näher Christensen/Kudlich Theorie richterlichen Begründens, 2001, passim, insb S 157 ff

<sup>2</sup> Daneben werden häufig auch noch die verfassungskonforme sowie – insb in neuerer Zeit – die richtlinienkonforme Auslegung genannt. Diese sollen jedoch im vorliegenden Zusammenhang aus Raumgründen nicht weiter vertieft werden.

Frage zu beantworten, muss man sich noch einmal den Ausgangspunkt unserer Überlegungen klar machen. Dieser war die Frage, ob ein bestimmter tatsächlicher Fall vom Gesetz »gemeint« ist, dh ob er »unter das Gesetz passt« oder nicht. Ein Fall wird dann immer um so weniger »unter das Gesetz passen«, wenn der fragliche Begriff eng verstanden wird, dh wenn die mit ihm verbundenen Bedeutungsmöglichkeiten reduziert werden können. Umgekehrt wird der Fall umso eher von einem Gesetzestext erfasst sein, wenn der dort verwendete Begriff weit verstanden wird, dh wenn die mit ihm verbundene Bedeutungsmöglichkeiten vermehrt werden. Mit anderen Worten: Kanones der Auslegung sind letztendlich Argumente für eine Vermehrung oder Reduzierung der Bedeutungsmöglichkeiten von gesetzlichen Begriffen, indem der Begriff in einen bestimmten Kontext gestellt wird. Bei der grammatischen Auslegung ist dies der Kontext des (insb Alltags-)Sprachgebrauchs; bei der systematischen Auslegung der Kontext der Verwendung des Begriffs in anderen Vorschriften, usw.<sup>3</sup>

## II. Bedeutungsreduzierung und Bedeutungs-erweiterung bei den einzelnen Kanones

### 1. Die grammatische Auslegung: Der Kontext der Alltags- und Gesetzessprache

a) Die grammatische Auslegung erschließt den Kontext der Alltagssprache und des Sprachgebrauchs des Gesetzes; daneben kann insb in Spezialregelungen für bestimmte Lebensbereiche auch der Fachsprachgebrauch der jeweiligen Gruppe eine Rolle spielen.<sup>4</sup> Dahinter steht der Gedanke, dass der Gesetzgeber einen Begriff im Zweifel so verwenden wird, wie er allgemein oder in Fachkreisen der geregelten Materie verwendet wird oder wie er ihn selbst an anderer Stelle im Gesetz verwendet. Da freilich wirkliche sprachliche Grenzen einer Begriffsverwendung allenfalls sehr weit gezogen werden können,<sup>5</sup> wirkt die grammatische Auslegung iS des oben genannten Gegensatzpaares der Bedeutungsreduzierung oder -mehrerung regelmäßig bedeutungsmehrend.<sup>6</sup> Selbst Verwendungsbeispiele in Wörterbüchern können nicht iS einer negativen Ausschlussfunktion bei Nichterwähnung bedeutungsreduzierend wirken, da sie keine abschließenden »Sprachgesetzbücher«, sondern nur Sammlungen nicht enumerativ aufgeführter Beispiele sind.

*Bsp: Die Offenheit nicht nur des alltäglichen, sondern auch des gesetzlichen Sprachgebrauchs zeigt sich etwa daran, dass es sogar im Strafrecht, in dem wegen des strengen Bestimmtheitsgebots des Art 103 II GG eigentlich eine besonders enge Begriffsverwendung vorherrschen müsste, viele Beispiele dafür gibt, dass Begriffe weiter verstanden werden, als es ein Laie auf den ersten Blick erwarten würde: So kann zB*

*eine Urkunde iSd § 267 I StGB nicht nur ein feierlich unterzeichnetes Schriftstück mit Siegel oder zumindest Stempel oder Unterschrift sein, sondern auch ein Bierdeckel, auf dem die Bedienung für jedes konsumierte Getränk einen Strich gemacht hat.*

b) Eine Verengung der Verständnismöglichkeiten kommt daher praktisch nur in Betracht, wenn einem Normtext eine Bedeutung zugerechnet werden soll, die so weit von der üblichen Verwendung abweicht, dass sich die dafür erforderlichen Begründungslasten niemand mehr aufbürden möchte. So wird sich zB selbst bei noch so wichtigen Zweckerwägungen niemand davon überzeugen lassen, auf das Verhältnis zwischen Vater und Tochter die Vorschriften über Ehegatten (unmittelbar) anzuwenden, bei der Zerstörung eines Spiegels oder einer Vase die Tötungstatbestände heranzuziehen oder aber hinsichtlich der gewerberechtlichen Zulässigkeit einer Imbissbude die Anwendung der atomrechtlichen Genehmigungsvorschriften als einschlägig zu erachten.<sup>7</sup> Allerdings sind diese Beispiele nicht nur einigermaßen praxisirrelevant, sondern auch einfach zu lösen.<sup>8</sup>

c) Vielmehr wird das grammatische Argument im Regelfall zu einer Erweiterung der Verständnismöglichkeiten herangezogen werden bzw zum Nachweis (oder zumindest der Behauptung), dass die Verständnismöglichkeit keineswegs auf die Lesart festgelegt ist, die der Gegner vielleicht in einem ersten spontanen Zugriff vorschlägt. Eine Kontextualisierung, die auf das offene Medium der Sprache abstellt, eröffnet

<sup>3</sup> Diese »Funktion« ist vom zu Grunde gelegten Rechtsfindungsmodell wohl auch *unabhängig*; der Unterschied besteht nur darin, dass die Kanones nach traditioneller Auffassung eher als »Förderband« fungieren, das durch Reduzierung und Vermehrung von Möglichkeiten »die richtige« Bedeutung der Norm zu Tage bringt. Nach dem hier bevorzugten Modell dagegen sind sie Kontextlieferanten, die Argumente für die Festlegung der Rechtsanwenders im Bedeutungskonflikt liefern.

<sup>4</sup> Vgl dazu mit Beispielen auch Vogel Juristische Methodik, 1998, § 8 I 3 a, S 114

<sup>5</sup> Vgl näher Christensen/Kudlich (Fn 1) S 128 ff; in der Sprachwissenschaft wird davon ausgegangen, dass die Grenzen der Bedeutung erst bei der »Verständlichkeit« eines Begriffs erreicht sind – und diese sind notwendig sehr weit, da man im Alltagsgebrauch im Interesse einer weitgehenden Kommunikationsermöglichung das Prinzip der Nachsicht walten lässt und sich darum bemüht, seinen Gegenüber auch dann »richtig« zu verstehen, wenn er sich ungeschickt ausdrückt.

<sup>6</sup> Zu den Risiken der Wortlautauslegung und den Sprachfallen, in die man dabei geraten kann, vgl grdl Forgó in: Thier/Pfeifer/Grzimek (Hrsg) Kontinuitäten und Zäsuren in der europäischen Rechtsgeschichte, 1999, S 23 ff

<sup>7</sup> Umgekehrt sind Begründungslasten auch dann nur schwer zu tragen, wenn die Anwendung eines Normtextes in einem Fall ausgeschlossen sein soll, in dem ein Proto- bzw Stereotyp (vgl zum Begriff des Stereotyps knapp Lewandowski Linguistisches Wörterbuch, Bd III, 1980, Stichwort Stereotyp, S 919 mwN) des verwendeten Begriffes vorliegt: So wird schwer zu begründen sein, dass eine Vorschrift, die in einem allgemeinen Zusammenhang von allen »Vögeln« spricht, eine Amsel oder einen Spatzen nicht erfassen soll; dagegen erschiene es (zwar auch schwierig, aber) noch eher einmal vorstellbar, die Nichtanwendbarkeit einer Vorschrift über »Säugetiere« auf Delfine zu begründen.

<sup>8</sup> Ähnlich aus anderem Blickwinkel auch Schapp Methodenlehre des Zivilrechts, 1998, S 71

zumeist einen mehr oder weniger weiten Plausibilitätsspielraum. Dieser wird in konkreten Auslegungsvorgängen oft mit Sätzen wie »Die grammatische Auslegung ist demnach offen.« oder »Nach einer grammatischen Auslegung sind also beide Ansichten gleichermaßen vertretbar.« zum Ausdruck gebracht. Eine Verengung der Bedeutungsvarianten bleibt in wirklich problematischen Fällen zumeist anderen Kontexten vorbehalten.

*Bsp: Wenn im Streit um das Erfordernis eines »Absatzerfolges« bei der Handlungsvariante des »Absetzens« bzw »Absetzen-Helfens« in § 259 I StGB teilweise behauptet wird, schon die Formulierung: »wer (...) absetzt (...)« zeige, dass eine Vollendung nur bei Eintritt eines Absatzerfolges vollendet sein kann, so kann demgegenüber eingewandt werden, dass »absetzen« ohne Weiteres auch ein Verhalten als solches iS eines »auf Absatz gerichteten Tätigwerdens« beschreiben kann (wenngleich zugegebenermaßen das allgemeine Verständnis von Begriffen wie »töten« in § 212 StGB in eine andere Richtung weist – aber dieses Argument überschreitet bereits die Grenzen einer rein grammatischen Auslegung).*

## 2. Die systematische Auslegung: Der Kontext anderer gesetzlicher Regelungen

**a)** Die systematische Auslegung erschließt den Kontext des Gesetzes bzw der Rechtsordnung als Ganzes. Dahinter steht der Gedanke, dass der Gesetzgeber insg um eine möglichst widerspruchsfreie Regelung bemüht ist. Dass ihm dies nicht immer gelingt (und dass dies einer der Punkte ist, derentwegen die systematische Auslegung an ihre Grenzen stößt), ist unter Juristen hinlänglich bekannt. Ein weiteres Problem der systematischen Auslegung besteht auf den ersten Blick darin, dass die in Bezug genommene Stelle ihrerseits erst wieder »ausgelegt« werden muss, bevor etwas darüber ausgesagt werden kann, wie die eigentliche interessierende Norm iS einer widerspruchsfreien Regelung zu lesen wäre. Diese Schwierigkeit wird aber dadurch erheblich entschärft, dass die systematische Auslegung va herangezogen wird, wenn die in Bezug genommene Stelle (zumindest hinsichtlich der konkret interessierenden Aussage) in ihrer Bedeutung im Wesentlichen unstreitig, zumindest erheblich klarer oder aber – was mit Blick auf den praktischen Rechtsstreit schon genügen würde – wenigstens zwischen den am Rechtsstreit Beteiligten nicht umstritten ist. Schwerer wiegt hier schon eher, dass in manchen Fällen nicht ohne Weiteres klar ist, ob die in Bezug genommene Regelung eher Modell- oder Ausnahmecharakter hat, dh ob ihr dementsprechend hinsichtlich der auszulegenden Norm eher bedeutungserweiternde (gleichsam analogische) oder bedeutungsreduzierende (gleichsam gegenschießende) Wirkung zukommen soll.

**b)** Bedeutungsreduzierend wirkt die systematische Auslegung, wenn sich aus dem Zusammenhang mit einer anderen Regelung ergibt, dass ein Sachverhalt, der nach dem Sprachgebrauch noch unter den Anwendungsbereich der auszulegenden Norm fallen könnte, von dieser nicht erfasst sein soll, etwa um nicht die Voraussetzungen der spezielleren, dh hinsichtlich des fraglichen Sachverhalts »inhaltsreicheren« in Bezug genommenen Regelung zu unterlaufen.

*Bsp:<sup>9</sup> Wird ein Vertragspartner arglistig getäuscht oder gar bedroht, könnte man alleine mit Blick auf den Normtext des § 138 I BGB ohne weiteres auf den Gedanken kommen, dass der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt und daher (ex lege) nichtig ist. Es spricht sogar einiges dafür, dass in diesen Fällen der Verstoß gegen die guten Sitten näher liegt als zB bei einer bloßen (sei es auch noch so signifikanten) Übersicherung. Gleichwohl geht die hM überzeugend davon aus, dass arglistige Täuschung oder rechtswidrige Drohung nicht zur Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit führen, da ansonsten die Anforderungen des § 123 BGB unterlaufen würden: Dieser ist die speziellere Norm für den Fall der Täuschung und in seiner Regelung inhaltsreicher. § 123 BGB setzt nun für die Unwirksamkeit iVm § 124 BGB voraus, dass der Getäuschte bzw Bedrohte den Vertrag anfight und dabei auch bestimmte Fristen einhält. Um diese gesetzgeberische Wertung nicht zu unterlaufen, muss eine – an sich durchaus vorstellbare – Lesart des § 138 BGB ausgeschlossen werden, die auch auf Täuschung oder Drohung basierende Verträge dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterwerfen will. Die mögliche Bedeutung des Merkmals »Verstoß« gegen die guten Sitten« wird mithin um diese Variante reduziert.*

Zum anderen kann eine Reduzierung der Bedeutungsmöglichkeiten durch eine spezielle (und hinsichtlich der spezifischen Auslegungsfrage einhellige) Verwendungsweise des entsprechenden Begriffs an anderer Stelle des Gesetzes erfolgen; allerdings muss dazu geklärt werden, ob der Begriff überhaupt im gleichen Sinne verwendet werden soll.

*Bsp: Der BGH hatte zu entscheiden, ob der Begriff des »Eindringens« in den Körper beim sexuellen Missbrauch von Kindern nach § 176 a I Nr 1 StGB voraussetzt, dass ein entgegenstehender Wille des Opfers überwunden wird.<sup>10</sup> Nach allgemeinem Sprachgebrauch wäre es zumindest möglich, ein »Eindringen in den Körper« bei der Beschreibung sexueller Handlungen immer dann anzunehmen, wenn etwas irgendwie in den Körper des Sexu-*

<sup>9</sup> Zum Folgenden knapp Palandt-Heinrichs BGB, 61. Aufl, § 138 Rn 15

<sup>10</sup> Vgl BGH NJW 1999, 2977 m Anm Hörnle NSTZ 2000, 310. Im konkreten Beispiel hatte der Täter an seinem kindlichen Opfer den Oralverkehr vollzogen. Damit wurde zugleich die Frage aufgeworfen, ob die gesetzliche Beschreibung der sexuellen Handlung, die »mit einem Eindringen in den Körper verbunden« ist, auch den Fall erfasst, in dem ein Teil des Opfers in den Körper des Täters gelangt.

alpartners gelangt. Allerdings könnte für ein engeres, auf die Überwindung eines entgegenstehenden Willens sprechen, dass das Gesetz den Begriff des »Eindringens« beim Hausfriedensbruch nach § 123 StGB nach seit jeher einhelliger Ansicht in der Weise verwendet, dass der Täter gegen oder zumindest ohne den Willen des Opfers in die geschützte Räumlichkeit gelangen muss; diese Lesart des Wortes »eindringen« könnte daher auch der erst später geschaffenen Vorschrift des § 176 a I Nr 1 StGB zu Grunde zu legen sein. Der BGH allerdings geht davon aus, dass trotz der Verwendung des gleichen Begriffs insoweit eine andere Bedeutung gelten soll,<sup>11</sup> dh die Bedeutungsreduzierung durch den Kontext der Verwendung an anderer Stelle scheitert daran, dass dem Begriff dort eine andere Bedeutung zugemessen wird: Der Senat selbst leitet dieses unterschiedliche Verständnis bei den Sexualdelikten aus einem Vergleich mit den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger (die keinen entgegenstehenden Willen bilden können) ab; in der Lit wird außerdem darauf abgestellt, dass beim Hausfriedensbruch zahlreiche Möglichkeiten einer wertungsärmeren Formulierung (zB »betreten«) bestanden hätten, die es bei Sexualdelikten nicht ohne weiteres gebe.<sup>12</sup>

Ein weiteres Beispiel im Bereich des Verfassungsrechts ist die Auslegung des Begriffs der »öffentlichen Gewalt« in Art 19 IV GG und Art 93 I Nr 4 a GG sowie der »verfassungsmäßigen Ordnung« in Art 2 I, 20, 9 II, 18 II GG ua. Zwar spricht zunächst eine gewisse Vermutung dafür, dass dasselbe Wort in unterschiedlichen Vorschriften auch dieselbe Bedeutung hat. Diese Vermutung kann aber mit Sachargumenten widerlegt werden. Man spricht hier in der verfassungsrechtlichen Lit oft von »funktionsdifferenter Auslegung«, weil die Sachargumente meist bei der Funktion der Norm ansetzen.

c) Eine zusätzliche Erweiterung der Bedeutung auf Grund der Systematik (oder auch eines anderen Kontextes) kommt zwar regelmäßig nicht gegenüber der weiten grammatischen Auslegung in Betracht, wohl aber gegenüber einer bereits durch andere Kontexte (scheinbar) reduzierten Lesart. Die Systematik kann dann zeigen, dass doch ein weiteres Verständnis überzeugender ist, obwohl auf den ersten Blick andere Gesichtspunkte für eine Einengung zu sprechen schienen. Dies ist dann der Fall, wenn der Vergleich mit einer anderen Vorschrift zeigt, dass eine bestimmter, durch ein engeres Verständnis ausgeschlossener Sachverhalt, offenbar doch vom Gesetz erfasst sein soll.

Bsp: So lässt der Wortlaut des 1998 neu gefassten § 250 I Nr 1 b StGB, wonach ein qualifizierter Fall des Raubes vorliegt, »wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder überwinden« zwar durchaus die Lesart zu, dass

dieses Mittel nicht objektiv gefährlich sein muss, sondern auch eine objektiv ungefährliche Scheinwaffe zur Bedrohung genügen kann. Es ließe sich aber mit Blick auf den hohen Strafraumen sowie auf die Tatsache, dass das Element der Drohung bereits im Grundtatbestand des einfachen Raubes nach § 249 StGB berücksichtigt ist, ein Zweck der Vorschrift postulieren, nach dem nur objektiv gefährliche Gegenstände den Tatbestand der Qualifikation erfüllen. Ein Blick in die inneratbestandliche Systematik zeigt jedoch, dass bereits § 250 I Nr 1 a StGB alle »Waffen oder anderen gefährlichen Werkzeuge« erfasst. Soll diesen »anderen gefährlichen Werkzeugen« neben den »Waffen« eine eigenständige Bedeutung zukommen, muss Nr 1 a alle objektiv gefährlichen Gegenstände erfassen. Dann aber müssen mit »sonstigen Werkzeugen« gerade (wenn nicht sogar nur!) objektiv ungefährliche Gegenstände gemeint sein.<sup>13</sup>

### 3. Die historische und genetische Auslegung: Der Kontext früherer Regelungen und der Gesetzgebungsgeschichte

a) Die historische und genetische Auslegung erschließen die Kontexte früherer Texte: die historische Auslegung den von früheren Rechtsnormen, die genetische den der Gesetzesmaterialien. Dahinter steht der Gedanke, dass der Gesetzgeber sich bei seiner Arbeit zum einen an Vorläuferregelungen – sei es ihnen folgend, sei es gerade bewusst neue Wege einschlagend – orientiert und dies auch oft in den Materialien zum Ausdruck bringen wird.<sup>14</sup> Wo es keine unmittelbaren Vorläuferregelungen gibt – zB in den letzten Jahren in der Gesetzgebung zu den neuen Entwicklungen in der Informationstechnologie – wird im Gesetzgebungsverfahren umso mehr Anlass bestehen, das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung und die damit verfolgten Ziele offen zu legen und zu diskutieren. Freilich ist auch dieser Kontext mit Schwierigkeiten (und dh für die Argumentation: mit Einfallstoren für evtl Einwände) verbunden: So ist zB »der Gesetzgeber« keine homogene Gruppe, was die Bedeutung einzelner Äußerungen (etwa eines Abgeordneten) stark relativieren kann. Des Weiteren wird das Gesetzgebungsverfahren nicht immer mit Blick auf die spätere Funktion als

<sup>11</sup> Vgl BGH NJW 1999, 2977; zustimmend insoweit Hörnle NSTz 2000, 310

<sup>12</sup> Vgl Hörnle NSTz 2000, 310

<sup>13</sup> Vgl näher Kudlich JR 1998, 357

<sup>14</sup> Auch die unkommentierte Übernahme älterer Regelungen kann allerdings von Bedeutung sein und uU so gedeutet werden, dass der Gesetzgeber eine bekannte Praxis zur Kenntnis genommen und keinen Anlass dazu gesehen hat, diese zu ändern. Dies kann ein Argument für die weitere Auslegung iS der bisher geübten Praxis sein. Im deutschen System kodifizierten Rechts wird diese Übernahme allerdings nicht als so zwingend angesehen wie im angloamerikanischen Rechtskreis, wo einer richterlichen Auslegung, die in einem späteren Gesetzgebungsverfahren kein Anlass zur Änderung war, Gesetzeskraft zubilligt wird.

Auslegungshilfe geführt, so dass Lücken und Widersprüche nicht stets vermieden werden. So kann ein Gedanke in einer frühen Entwurfsbegründung auftauchen und in einer späteren fehlen; dann aber ist fraglich, ob dieser Gesichtspunkt letztlich fallen gelassen oder als selbstverständlich nicht noch einmal aufgegriffen worden ist.

**b)** Bedeutungsreduzierend kann der genetische Kontext etwa wirken, wenn sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, dass die Regelung für ganz bestimmte Fallgruppen geschaffen wurde, bei denen nach der bisherigen Rechtslage eine unerwünschte Lücke bestand. Für die Auslegung ergibt sich dann nicht nur positiv, dass die Norm auf diese Fallgruppen anwendbar sein sollte, sondern möglicherweise auch negativ, dass andere Fälle, die gar nicht in den thematischen Anwendungsbereich der lückenhaften alten Regelung fielen, auch durch die Neufassung nicht erfasst werden sollen. Darüber hinaus kann der historische Kontext Bedeutungen ausschließen, wenn Gründe dafür bestehen, dass mit einer Regelung in einer bestimmten Frage nicht über den bisherigen Zustand hinaus bzw vor allem nicht hinter den früheren Stand zurückgegangen werden sollte. Denkbare Bedeutungsvarianten, die einen solchen Rückschritt bedeuten würden, wären danach ausgeschlossen.

*Bsp:* Nach § 263 a StGB wird bestraft, wer »in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beeinflusst«. Ein ganz zentraler Streitpunkt bei dieser Vorschrift ist nun, wann eine Datenverwendung »unbefugt« iS der 3. Alt erfolgt ist.<sup>15</sup> Teilweise wird hier in einer sog subjektiven Theorie darauf abgestellt, ob die Datenverwendung dem (erkennbaren) Willen des »Berechtigten« widerspricht; damit würden aber nicht nur betrugspezifische, sondern auch untreueähnliche Handlungen erfasst. Nun deuten aber nicht nur die gesetzliche Überschrift »Computerbetrug« und die systematische Stellung hinter der Betrugsvorschrift des § 263 StGB, sondern auch die Gesetzgebungsgeschichte auf ein engeres Verständnis hin: § 263 a StGB sollte nämlich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht ein umfassendes »Vermögensdelikt in Fällen mit EDV-Bezug« sein, sondern gerade die Lücke schließen, die bei der Anwendung des § 263 StGB entstehen kann, weil Computer nicht iS des Betrugstatbestandes »getäuscht« werden bzw keinem »Irrtum« unterliegen können.<sup>16</sup> Daher wird überwiegend eine einschränkendere Auslegung des Merkmals »unbefugt« auf Fälle »betrugsnahen« Verhaltens vorgezogen, dh auf Verhaltenswei-

sen, denen ein »Täuschungswert« zukommen würde, wenn sie nicht gegenüber einem Computer, sondern gegenüber einem Menschen vorgenommen würden.<sup>17</sup>

Der zweitgenannte Fall der Nichtunterschreitung des bisherigen status quo lässt sich am Regelungssystem der §§ 305 ff BGB exemplifizieren:<sup>18</sup> Nach §§ 307 ff BGB unterliegen allgemeine Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle; bei dieser sind nach § 309 BGB bestimmte Klauseln generell (»ohne Wertungsmöglichkeit«) unzulässig, nach § 308 BGB bestimmte Klauseln bei Überschreitung bestimmter relativer Grenzen (zB »unangemessen hoch«; »ohne sachlichen Grund«, sog Klauseln mit Wertungsmöglichkeit) unzulässig sowie nach der Generalklausel des § 307 I BGB solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig, die »den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen«. Nach § 310 I BGB finden allerdings ua §§ 308 und 309 BGB keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem »Unternehmer« verwendet werden. Wird nun gegenüber einem Unternehmer eine Klausel verwendet, die gegen §§ 308, 309 BGB verstoßen würde, stellt sich die Frage, ob sie wenigstens einer Kontrolle nach dem anwendbar bleibenden § 307 BGB unterworfen ist: Die Systematik der §§ 307 ff BGB erscheint hier durchaus ambivalent, da die og Frage akut wird, ob den §§ 307 BGB Modellcharakter oder iVm § 310 BGB gegenüber Unternehmern gerade Gegenschlusscharakter zukommt. Ein Hinweis ergibt sich hier aber aus der Gesetzgebungsgeschichte: Die unzulässigen Klauseln der §§ 308, 309 BGB (die bis zur Schuldrechtsreform in §§ 10, 11 AGBG geregelt waren) schreiben im Wesentlichen die vor Inkrafttreten des AGBG ergangene obergerichtliche Rspr fort, die Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle alleine nach § 242 BGB unterworfen hatte. Die hierzu ergangene Rspr betraf aber zumindest teilweise durchaus auch den Geschäftsverkehr unter Kaufleuten. Da aber nicht davon auszugehen ist, dass durch AGBG das Schutz- bzw Kontrollniveau hier hinter das vor Erlass des Gesetzes zurückgenommen werden sollte, spricht der historische Kontext dafür, in die Inhaltskontrolle bei Verträgen mit Unternehmern über § 307 BGB (der in seiner Anknüpfung an Treu und Glauben ja gerade § 242 BGB ähnlich ist) gerade auch die Punkte einzubeziehen, die in §§ 308, 309 BGB geregelt sind. Dabei sind allerdings die Besonderheiten des kaufmännischen bzw unternehmerischen Geschäftsverkehrs mit der Maßgabe zu berücksichtigen, dass sie in die Wertungsmöglichkeiten des § 308 BGB mit einfließen und § 309 BGB den zwingenden Charakter nehmen.

<sup>15</sup> Vgl nur den Überblick bei Tröndle/Fischer StGB, 51. Aufl, § 263 a Rn 8 ff

<sup>16</sup> Krit zu diesem gängigen Verständnis aber in neuerer Zeit Achenbach in: Dölling/Erb (Hrsg) Gössel-FS, 2002, S 481 ff

<sup>17</sup> Für den »Bankomatenmissbrauch« hat nun auch der BGH NJW 2002, 905 der subjektiven Theorie eine Absage erteilt, die auch Abhebungen durch den berechtigten Karteninhaber erfasst.

<sup>18</sup> Diese Vorschriften ersetzen seit 2002 das frühere AGBG.

c) Demgegenüber wirken historisch-genetische Kontexte bedeutungserweiternd, wenn nach grammatischer Auslegung und insb anderen Kontexten die Anwendbarkeit einer Norm auf einen bestimmten Sachverhalt eher nicht gegeben erscheint, sich aber aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt, dass dieser Sachverhalt durchaus erfasst sein sollte.<sup>19</sup> In diesen Fällen ist zu prüfen, ob der gesetzgeberische Wille im Gesetz nicht doch so weit Ausdruck gefunden hat, dass die Bedenken gegen die Anwendung der Norm überwunden werden können, bzw ob die Vorschrift nicht wenigstens auf so viele Fälle angewendet werden sollte, wie mit Blick auf die anderen Kontexten noch vereinbar ist.

*Bsp: Dieses Zusammenspiel lässt sich an Hand einer Entscheidung des BGH zur Auslegung des § 177 StGB idF durch das 33. StrÄndG verdeutlichen: Danach lag ein besonders schwerer Fall der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung) ua in Fällen vor, in denen »der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt, die dieses besonders erniedrigen, insb wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung)«.<sup>20</sup> Der 3. Strafsenat hatte nun zu entscheiden, ob der Tatbestand dieses Regelbeispiels in einem Fall erfüllt war, in dem der Täter das Opfer gewaltsam zur Ausübung des Oralverkehrs zwang, indem er es am Kopf packte und mit beiden Händen zu seinem Geschlechtsteil zog.<sup>21</sup> Der Senat verneinte diese Frage mit grammatischen und systematischen Argumenten, weil im Falle des erzwungenen Oralverkehrs nicht der Täter am Opfer, sondern das Opfer (gezwungenermaßen) am Täter sexuelle Handlungen vornehme. Diese Unterscheidung ergebe sich aus anderen Vorschriften über den strafrechtlichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, die allesamt sowohl die Handlungen des Täters am Opfer als auch diejenigen des Opfers am Täter explizit erwähnten.*

*Historisch-genetische Kontexte allerdings deuten in eine andere Richtung:<sup>22</sup> Im Gesetzesentwurf zum 33. StrÄndG wurde offenbar auch der vom Täter erzwungene Oralverkehr durch das Opfer als erfasst betrachtet: Dies ergibt sich nicht nur aus dem nicht näher differenzierenden Sprachgebrauch, sondern auch aus der Erläuterung als »Eindringen des Geschlechts-gliedes (. . .) als orale oder anale Penetration«,<sup>23</sup> welche als Bild für den vom Täter am Opfer durchgeführten Oralverkehr eher schief ist. Auch in den – für den bereits abgeschlossenen Gesetzgebungsvorgang freilich weniger ausschlaggebenden – Materialien der kurze Zeit später erfolgenden Ergänzung um eben jenes »oder an sich von ihm vornehmen lässt«, maß der Rechtsausschuss der Ergänzung nur klarstellenden Charakter bei.<sup>24</sup> Um den in den Materialien zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willen möglichst zu berücksichtigen, ohne die normtextnäheren systematischen und grammatischen Kontexte unzulässig*

*zu überspielen, sprechen daher gute Gründe dafür wenigstens solche Handlungen noch als Vornahme »am Opfer« zu erfassen, in denen keine (wenngleich auf Zwang beruhende) passive Inanspruchnahme des Opfers vorliegt, sondern die Aktivität zumindest auch beim Täter liegt.<sup>25</sup> Im konkret zu entscheidenden Fall nun hatte sich der Täter nicht etwa weitgehend passiv verhalten und nur durch die Kraft einer Drohung das Opfer zur Durchführung des Oralverkehrs genötigt, sondern vielmehr dessen »Kopf in beide Hände« genommen und »zu seinem Geschlechtsteil« gezogen. Jedenfalls diese Vorgehensweise kann selbst unter Berücksichtigung der systematischen Einwände als sexuelle Handlung am Opfer gesehen werden.*

#### 4. Die teleologische Auslegung: Sinn und Zweck der Norm

a) Die teleologische Auslegung erschließt den Regelungszweck des Gesetzes, so wie er sich dem Interpreten – durchaus auch unter Berücksichtigung weiterer Kanones – darstellt. Dahinter steht der Gedanke, dass der Gesetzgeber Normen so gestalten bzw verstanden wissen möchte, dass die mit dem Gesetz bzw der einzelnen Norm verfolgten Ziele möglichst gut erreicht werden. Soweit – wie häufig – durch die Förderung eines dieser Ziele andere an sich schützenswerte Interessen zwangsläufig beeinträchtigt werden, kann der teleologische Kontext auch Anhaltspunkte dafür geben, wie restriktiv eine Norm zum Nutzen dieser anderen Interessen noch ausgelegt werden darf, ohne dass der Regelungszweck der Norm gefährdet wird. In Fällen, in denen dabei die Anwendung einer Vorschrift gewissermaßen über die Wortlautgrenze hinaus zurückgenommen wird, wird üblicherweise nicht mehr von teleologischer Auslegung, sondern von einer teleologischen Reduktion gesprochen.<sup>26</sup>

<sup>19</sup> Ein solcher Fall kann im Zusammenspiel von historischen und genetischen Elementen auch vorliegen, wenn die Regelung nach früherer Rechtslage im Wesentlichen unumstritten war und sich aus den Materialien nichts dafür ergibt, dass durch eine (einen anderen Punkt betreffende) Änderung auch die Anwendbarkeit auf den fraglichen Fall in Frage gestellt werden sollte. In einem ähnlichen Sinne lässt sich im Übrigen – nur auf der Basis früherer Rspr statt früherer gesetzlicher Regelungen – das og Beispiel der §§ 307 ff BGB als Fall der Bedeutungserweiterung deuten: Die Bedeutungsvarianten des § 307 BGB werden in dem Maße erweitert, in dem die Bedeutungsvarianten der Ausschlussnorm des § 310 BGB reduziert wird.

<sup>20</sup> In dieser Fassung galt § 177 II StGB nur vom 1. 7. 1997 bis 1. 4. 1998. Durch das 6. StrRG wurde die im Folgenden streitige Frage durch die Ergänzung der Handlungen, die der Täter am Opfer vornimmt, durch solche, die er »an sich von ihm vornehmen lässt«, geklärt.

<sup>21</sup> BGH JR 2000, 475 m Anm Kudlich

<sup>22</sup> Vgl zum Folgenden näher Kudlich JR 2000, 476 f

<sup>23</sup> Vgl BT-Ds 13/732, S 6 sowie zu einem insoweit gleich lautenden früheren Entwurf bereits BT-Ds 13/2463, S 7

<sup>24</sup> Vgl BT-Ds 13/9064, S 12

<sup>25</sup> Dass hierbei nämlich oft Überschneidungen vorstellbar sind, wird beim Geschlechtsverkehr als »Paradefall« der sexuellen Handlung deutlich, bei dem auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass dieser nicht am oder vom Opfer, sondern »mit« ihm vollzogen wird.

<sup>26</sup> Vgl nur Larenz/Canaris Juristische Methodenlehre, 1995, S 210 f

*Bsp für Letztere ist etwa die teleologische Reduktion des Verbots von Inschlaggeschäften nach § 181 BGB, der dem Schutz des Vertretenen vor Interessenkollisionen beim Vertreter dient: Dieses Verbot soll unanwendbar sein, wenn solche Kollisionen nicht drohen, weil das Geschäft dem Vertretenen in jedem Fall nur rechtliche Vorteile bringt. Die mit dem Vertretungsverbot verbundenen Einschränkungen der Vertragsfreiheit und der Flexibilität rechtsgeschäftlichen Handelns sind in diesen Fällen dann zur Erreichung des Normzwecks des § 181 BGB nicht erforderlich. Auch die Beschränkung von Rechten wegen Missbrauchs ohne spezielle gesetzliche Regelung wird teilweise als Fall der teleologischen Reduktion verstanden.<sup>27</sup>*

Solche teleologischen Erwägungen liegen natürlich auch anderen Argumenten teilweise zu Grunde, so dass sich Überschneidungen ergeben: So können historisch-genetische Auslegung oder Systematik auf einen bestimmten Sinn hindeuten, der dann als Argument für oder gegen eine Lesart herangezogen wird. Die teleologische Auslegung soll aber nach traditionellem Verständnis auch einen Rückgriff auf Regelungszwecke zulassen, die weniger spezifisch zum Ausdruck gebracht und dem Gesetz eher vom Interpreten nach seinem Verständnis zugebilligt werden. Dies macht die teleologische Auslegung nicht nur besonders anfällig für den Einfluss eigener rein subjektiver Anschauungen des Rechtsanwenders, sondern auch jeweils eine genaue Prüfung erforderlich, ob durch den Rückgriff auf ein vermeintliches Telos nicht andere, normtextnähere Kontexte vernachlässigt werden. Außerdem ist auch der Schritt hin zur Annahme eines bestimmten Regelungszweckes plausibel zu machen, weshalb die teleologische Auslegung eigentlich auch bereits den komplexeren, zusammengesetzten Schlussformen zuzuordnen ist.

**b)** Durch die Ausrichtung am Regelungszweck, der einerseits zu erreichendes Ziel, andererseits aber auch Grenze von Einschränkungen anderer schützenswerter Interessen ist, kann auch das teleologische Argument bedeutungserweiternd oder reduzierend wirken. Für welche Richtung es streitet, hängt davon ab, ob eine bestimmte streitige Lesart zur Erreichung des Zweckes hilfreich wäre oder nicht. Damit kann gerade die teleologische Auslegung auch bei der gleichen Vorschrift teils bedeutungserweiternd, teils bedeutungsreduzierend wirken.

*Bsp einer solchen »dipolen« Wirkrichtung ist die Frage der Konvaleszenz von Rechtsgeschäften, die nach § 1365 BGB nichtig sind: Nach dieser Vorschrift sind während des (gesetzlichen) Ehegüterstandes der Zugewinnngemeinschaft Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, die ein Ehegatte über sein Vermögen im Ganzen tätigt, von der Genehmigung des anderen Ehegatten abhängig. Dabei gilt als »Vermögen im gan-*

*zen« iSd § 1365 BGB nach hM auch ein einzelner Vermögensgegenstand, wenn dieser – wie häufig bei Grundstücken – »so gut wie das ganze Vermögen« (dh ca 90 – 95 % des Vermögens) ausmacht. Die §§ 1365 ff BGB enthalten dabei keine Regelung über eine sog Konvaleszenz, dh über ein Wirksamwerden von solchermaßen schwebend unwirksamen Rechtsgeschäften durch die Scheidung oder den Tod eines der beiden Ehegatten. Allerdings ist der Gedanke einer zumindest grds möglichen Konvaleszenz ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der etwa in der (auf § 1365 BGB allerdings nicht unmittelbar anwendbaren) Vorschrift des § 185 II BGB unvollkommen Ausdruck gefunden hat. Daher ist nach allgemeiner Zivilrechtsdogmatik auch eine Konvaleszenz vorstellbar, wenn kein ausdrückliche Regelung im Umfeld einer Unwirksamkeitsnorm getroffen wird. Insoweit ist also der Normtext des § 1365 BGB iVm dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Konvaleszenz einer Interpretation zugänglich, die Konvaleszenzen zulassen würde. Je nachdem, unter welchen Voraussetzungen eine solche angenommen wird, würde damit die Bedeutung des § 1365 BGB enger oder weiter gefasst, seine Bedeutungsvarianten also vermehrt oder reduziert.*

*Bei der Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Konvaleszenz eintritt, wird nun entscheidend auf die ratio des § 1365 BGB abgestellt.<sup>28</sup> Diese besteht nun nicht etwa darin, dass bei Ehegatten im gesetzlichen Güterstand generell Einschränkungen der Verfügungsgewalt bestehen sollten, da die Zugewinnngemeinschaft als »Gütertrennung mit Zugewinnausgleich« gerade von einer fortgesetzten Trennung der Vermögensmassen während des Bestandes der Ehe ausgeht. Die Verfügungs- und Verpflichtungsbeschränkungen hinsichtlich des Vermögens im Ganzen sollen vielmehr zunächst die Erhaltung einer gemeinsamen Lebensgrundlage während der Ehe sichern. Legt man dies zu Grunde, wäre es an sich konsequent, eine Konvaleszenz bei jeder Beendigung des Güterstandes, gleich aus welchem Grund, zuzulassen. Demgegenüber wird aber angeführt, Zweck des § 1365 BGB sei darüber hinaus auch die Sicherung des Zugewinnausgleichs.<sup>29</sup> Dies hat zur Folge dass weder bei der Scheidung (als wichtigstem Fall der Beendigung des Güterstandes unter Lebenden) noch beim Tod des Verfügenden eine Konvaleszenz eintritt: im ersten Fall hat der Ehegatte einen Zugewinnausgleichanspruch nach §§ 1372 ff BGB, im zweiten Fall findet ein Zuge-*

<sup>27</sup> Differenzierend und mwN Kudlich Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, 1998, S 86 f; allgemein zur Einordnung des Missbrauchsarguments auch Christensen/Kudlich in: Feldner/Forgó (Hrsg) Norm und Entscheidung, 2000, S 189 ff

<sup>28</sup> Vgl zum Folgenden auch Palandt-Brudermüller § 1365 Rn 19

<sup>29</sup> Dabei wird – ebenso wie hinsichtlich des Schutzes der Lebensgrundlage – darauf abgestellt, dass das Vermögen im Ganzen dieser Funktion besser gerecht wird, als evtl im Ausgleich erworbene Vermögensvorteile, deren Erhalt zum einen unsicher sein kann und die – insb beim Erhalt von Geld gegen ein Grundstück – oft »flüchtiger« und damit weniger sicher erscheinen.

*winnausgleich entweder mittelbar durch die Berücksichtigung bei der Erbquote nach § 1371 I BGB oder aber in bestimmten Fällen nach § 1371 II iVm §§ 1373 ff BGB statt. Dagegen kommt eine Konvaleszenz grds in Betracht, wenn nicht der Verfügende, sondern der zustimmungsberechtigte andere Ehegatte verstirbt: Wenn er nicht mehr lebt, bedarf es weder eines Schutzes seiner Lebensgrundlage noch seines Zugewinnausgleichsanspruchs. Dass möglicherweise andere Beteiligte von einer Unwirksamkeit profitieren würden, ist dagegen unerheblich, da sie gerade nicht in den persönlichen Schutzbereich des § 1365 BGB fallen.<sup>30</sup>*

### III. Rangfolge der Kontexte

1. In der tradierten Auslegungslehre wird als ein »Kardinalproblem«<sup>31</sup> die Frage nach dem Verhältnis der unterschiedlichen Auslegungsmethoden bzw anders formuliert: nach dem Vorrang einer Methode vor anderen Methoden gestellt.<sup>32</sup> Vielfach wird dabei scheinbar von einem Primat der teleologischen Auslegung ausgegangen.<sup>33</sup>

2. Andererseits zeigen sich va in der Praxis – teils ausgesprochen, teils der Sache nach – gerade auch Präferenzen für die grammatische und systematische Auslegung als normtextnächste Argumente. Zu denken ist hier zunächst an die vom *BVerfG* unter dem etwas missverständlichen Titel »objektive Auslegungslehre« eingeführte Regel für die Vorzugswürdigkeit von Argumenten. Danach soll im Konfliktfall die historische und genetische Auslegung hinter der grammatischen bzw systematischen Auslegung zurücktreten. Denn letztere stünden näher am Normtext und erlaubten auch den Normunterworfenen eine bessere Orientierung.<sup>34</sup>

Des Weiteren deutet auch die stereotyp wiederholte Formel, wonach »der Wortlaut die äußerste Grenze der Auslegung« bilde, in diese Richtung.<sup>35</sup> Geht man aber – wie oben bereits kurz angedeutet – davon aus, dass (zumindest in Fällen, über die vor Gericht ernsthaft gestritten wird) eine alleine *durch* die Sprache definierte Grenze problematisch zu ziehen ist,<sup>36</sup> könnte der – für die praktische Rechtsarbeit angesichts seiner Verbreitung offenbar gleichwohl praktikable – Hinweis auf die Wortlautgrenze sinnvollerweise als starke Betonung des grammatischen Auslegungsarguments zu verstehen sein: Spricht der grammatische Kontext in hohem Maße für eine bestimmte Lesart, so können andere Kontexte nur ausnahmsweise eine entgegenstehende Lesart lege artis begründen. Eine solches großes Gewicht des grammatischen Arguments liegt insb vor, wenn der Gegenstand, auf den eine Norm angewandt werden soll, ein Standardgebrauchsbeispiel der Verwendung eines Begriffs darstellt. Ist dagegen die Verwendung entweder eine untypische, nur im juristischen Sprachgebrauch erfolgende und

auf Zweckerwägungen beruhende, oder die gesetzliche Formulierung eher zufällig, können andere Kontexte umso eher das grammatische Element ausstechen.

*Bsp: So lässt etwa die hM im Strafrecht als Urkunde iSd § 267 StGB jede verkörperte Gedankenerklärung genügen, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt oder geeignet ist und ihren Aussteller erkennen lässt.<sup>37</sup> Darunter sollen auch sog zusammengesetzte Urkunden fallen, die aus einem »Beweiszeichen« und seinem Bezugsobjekt bestehen, also etwa das Kfz-Kennzeichen mit dem zugehörigen Fahrzeug, das Preisschild mit der dazugehörigen Ware ua.<sup>38</sup> Nun ist ein in eine Plastikhülle eingeschweißtes Hemd mit einem schwer lösbar aufgeklebten Preisetikett sicher kein Standardgebrauchsbeispiel der Verwendung des Begriffs »Urkunde« in der Alltagssprache, sondern die Erweiterung des strafrechtlichen Urkundenbegriffs erfolgte nur mit Blick auf den Normzweck der Sicherheit des Rechtsverkehrs; dementsprechend ist die Abgrenzung gerade zwischen (für zusammengesetzte Urkunden ausreichenden) Beweiszeichen und bloßen »Kennzeichen« im Einzelnen sehr streitig, und auch die Anforderungen an die ausreichend feste Verbindung zwischen Beweiszeichen und Bezugsobjekt (gerade im og Fall der Ware mit Etikett) sind zweifelhaft. Daher kann das grammatische Argument des (hier ausschließlich strafrechtlichen) Sprachgebrauchs jeweils relativ leicht durch andere Kontexte »überspielt« werden. Soweit es sich dagegen um eine notariell gefertigte, mit einem Siegel versehene »Urkunde« als einem der Standardgebrauchsbeispiele in der Alltagssprache handelt, wird*

**30** Gerade Aussagen über den (sachlichen oder persönlichen) »Schutzbereich« einer Norm sind oft durch teleologische Überlegungen bedingt: Die Festlegung, welche Fälle bzw Personen geschützt werden sollen, setzt die Entscheidung über die mit der Norm verfolgten Ziele voraus.

**31** So etwa die Einschätzung bei Kaufmann in: ders./Hassemer (Hrsg), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 1994, S 30, 165

**32** Vgl zum Problem auch Looschelders/Roth Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S 192 ff, die auf S 192 (mwN in Fn 3) zutreffend darauf hinweisen, dass es nicht der lex artis entspricht, von mehreren Kanones selektiv nur denjenigen herauszugreifen, der das selbst favorisierte Ergebnis stützt.

**33** Vgl aus der Rspr des *BVerfG*: BVerfGE 1, 299, 312; 11, 126, 130 f; aus der Rspr der Fachgerichtsbarkeiten exemplarisch BGHSt 17, 21, 23; aus der primär dogmatischen Lit etwa Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, § 17 IV 1 b, S 156 mwN in Fn 14; Wessels/Beulke Strafrecht Allgemeiner Teil, 2003, Rn 57

**34** Vgl in diesem Zusammenhang auch die – allerdings explizit nicht als »feste Rangordnung« verstandene – »subsidiäre Stufenfolge« der Rechtsgewinnung (grammatische und systematische Interpretation/historische und genetische Interpretation/teleologische Interpretation), die Looschelders/Roth (Fn 32), S 193 f skizzieren

**35** Vgl statt vieler nur aus der Rspr des *BVerfG* BVerfGE 92, 1; aus der des BGH in Strafsachen (Art 103 II GG!) BGHSt 29, 129, 133

**36** Gegen die Wortlautgrenze als Grenze durch die Sprache Christensen Was heißt Gesetzesbindung, 1989, S 283 ff mwN

**37** Vgl nur mwN Küper Strafrecht Besonderer Teil – Definitionen mit Erläuterungen, 2002, S 294

**38** Vgl zur zusammengesetzten Urkunde Küper (Fn 37) S 303, zum Beweiszeichen ebd, S 297

der grammatische Kontext nur schwer durch andere Argumente überwunden werden können.<sup>39</sup>

Ein Beispiel für eine »eher zufällige« Formulierung kann dagegen im Einzelfall die Verwendung des Plurals sein. So stellt etwa § 306 StGB ua das Inbrandsetzen von »Gebäuden«, § 152 a StGB ua das Verfälschen von »Zahlungskarten« unter Strafe. Der Plural bildet in diesen ohnehin relativ umfangreichen Tatbeständen sprachliche Vereinfachungen, weil die Substantive ohne (bestimmte oder unbestimmte) Artikel verwendet werden können, und wird auch nicht durch zusätzliche Attribute wie »mehrere«, »eine Vielzahl von«, »mindestens x« oÄ unterstrichen. Dementsprechend konnte der BGH in einer neueren Entscheidung zu § 152 a StGB ausführen: »Der Wortlaut der Norm zwingt nicht zu dieser (sc mindestens zwei Karten voraussetzenden) Auslegung. Das StGB enthält seit seinem In-Kraft-Treten in vielen Vorschriften des Besonderen Teils die Mehrzahl statt der Einzahl (. . .), ohne dass damit gesagt sein soll, es müsse sich um eine Mehrheit handeln.« Daher können hier die anderen Kontexte nach Ansicht des Senats das grammatische Element überspielen: »Entstehungsgeschichte und Systematik stützen die gegenteilige Auslegung (. . .). Sinn und Zweck der Norm sprechen ebenfalls gegen eine einschränkende Auslegung – wie der zu beurteilende Fall besonders deutlich macht –, weil eine einzelnen Zahlungskarte wegen der bis zu ihrer Einziehung gegebenen Wiederverwendungsmöglichkeit über ein besonders großes Gefährdungspotenzial für den Zahlungsverkehr verfügt.«<sup>40</sup>

3. Dies spricht dafür, die vorgebrachten Argumente in doppelter Weise zu bewerten,<sup>41</sup> nämlich abstrakt normstrukturell sowie konkret nach ihrer Intensität: Normstrukturell ist das Gewicht eines Arguments um so größer, je näher es am Normtext steht. Das heißt, textbezogene Argumente schlagen Normbereichsargumente aus dem Feld, und diese wiederum bloß rechtspolitische Bewertungen usw. Neben diese Einordnung des Arguments in die Normstruktur als »direkt textbezogen«, »indirekt textbezogen« und »normgelöst«, muss eine konkrete Bewertung treten, die sich allerdings nur schwer vom jeweiligen Fall abheben lässt. Eine denkbare Abstufung wären die Kategorien Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz.<sup>42</sup> Möglich ist dabei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel heißt, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident ist ein Argument, wenn im Moment keine Alternativen denkbar sind.

Diese doppelte Unterscheidung macht auch die beiden scheinbar widersprüchlichen Ansätze von der teleologischen Auslegung als »Königdisziplin« einer- und dem Vorrang normtextnaher Argumente andererseits miteinander kompatibel: Die grammatische Auslegung ist zwar abstrakt-normstrukturell vorrangig, fällt aber ihrer Intensität nach häufig nur unter

die Kategorie »möglich«; die teleologische Auslegung ist abstrakt-normstrukturell zwar nachrangig, lässt aber – wenn man das als erkannt geglaubte Telos als verbindlich unterstellt – die Einschlägigkeit oder Nichteinschlägigkeit einer Norm am ehesten »evident« erscheinen.<sup>43</sup>

4. Speziell für die vielfach so exponiert genannte teleologische Auslegung und ihre Stellung innerhalb der Auslegungskanonens ist dabei noch auf Folgendes hinzuweisen: Der Wert eines teleologischen Arguments als zusammengesetzter Schlussform hängt letztlich entscheidend vom Wert seines ersten Bestandteils ab, also davon, woraus der »Sinn und Zweck des Gesetzes«, der als Argument herangezogen werden soll, abgeleitet wird: Die Spannbreite ist hier enorm. Auf der einen Seite des Spektrums stehen die Fälle, in denen der Zweck eines gesetzlichen Regelungskomplexes – je nach Gestaltung – in einer Präambel, vorangestellten Erwäggründen (wie sie aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft bekannt sind) oder einleitenden Vorschriften (so zB § 1 BImSchG, § 1 I BauGB) niedergelegt sind. Solche Zwecksetzungen sind normstrukturell ebenso besonders zu beachten wie zB die Angabe des Regelungszwecks nachfolgender Normen in einer (amtlichen) Abschnittsüberschrift. Normstrukturell schon etwas weniger, aber immer noch vergleichsweise wichtig sind Zwecke, die sich aus historischen und insb genetischen Kontexten ergeben, etwa aus den Zwecken, die im Gesetzgebungsverfahren für ein Gesetz angegeben werden. Normstrukturell die geringste Bedeutung haben teleologische Argumente,

39 Dem steht im Übrigen auch nicht entgegen, dass strafprozessrechtlich ein solches Schriftstück uU nicht als Urkunde, sondern als Augenscheinsobjekt behandelt wird, wenn es nicht verlesen, sondern etwa seine Beschaffenheit (zB bei zur Klärung der Frage, ob es manipuliert worden ist) untersucht werden soll: Ein Gegenstand kann selbstverständlich mehreren Beschreibungen unterfallen: ein Schriftstück kann natürlich ebenso wie ein Stein oder ein Messer auch ein Augenscheinsobjekt sein – nur interessiert es dann im konkreten Fall nicht in dieser Funktion.

40 BGH NJW 2000, 3580 f

41 Für eine »nachvollziehbare Gewichtung« der Argumente und anschließende »Berücksichtigung je nach ihrem Gewicht« auch Zippelius Juristische Methodenlehre, 1999, § 10 VI, S 63, der zutreffend auch darauf hinweist, dass bei widerstreitenden »Auslegungsargumenten . . . keine streng rationale Rangordnung zwischen ihnen bestehe«. Ob dann allerdings eine Gewichtung »nachvollziehbar« ist, deren »Leitgedanke« die Suche nach »der gerechtesten Lösung« sein soll (so Zippelius ebd) erscheint angesichts der äußerst schwierigen Operationalisierung des Gerechtigkeitsbegriffs zumindest wieder zweifelhaft.

42 Vgl Luhmann Gesellschaftsstruktur und Semantik, 1993, S 119, 163 f, 201 f, 204 f

43 Ganz ähnlich beschreiben Looschelders/Roth (Fn 32) S 194, diesen Zusammenhang mit den Worten: »Eine solche Rangordnung besteht zwar im Hinblick auf die verschiedenen Auslegungskriterien (der Wortsinn hat für die Auslegung Vorrang vor der tatsächlichen Regelungsentscheidung, diese wiederum Vorrang vor der mutmaßlichen). Zu beachten ist jedoch, dass die Schlüsse, welche die einzelnen Methoden auf die betreffenden Kriterien und damit mittelbar auf den Inhalt der Norm zulassen, von Fall zu Fall mehr oder weniger unsicher sind, und es deshalb nicht möglich ist, abstrakt anzugeben, welche Auslegungsmethode im konkreten Auslegungsfall dazu verhelfen wird, das ausschlaggebende Auslegungskriterium zu ermitteln; dies hängt ganz davon ab, welche Auslegungsmethode in concreto mit den größeren Unsicherheitsfaktoren behaftet ist bzw zu den verlässlichsten Erkenntnissen führt.«

die ohne Stütze im Normtext oder den Materialien auf allgemeinen Erwägungen und rechtspolitischen Erwägungen beruhen. Obwohl die dadurch erzielten Ergebnisse oftmals durchaus »sinnvoll« erscheinen mögen, sind sie stets dem Verdacht ausgesetzt, dass der Normtextanwender nur seine Vorstellung von der richtigen Behandlung eines Sachproblems hinter dem Schlagwort der »teleologischen Auslegung« versteckt.

#### IV. Fazit

Letztlich muss der Rechtsanwender (dh va: der Richter) den ihm vorliegenden Fall selbst entscheiden. Die

Auslegungskanon der juristischen Methodenlehre können ihm dabei aber richtig eingesetzt wertvolle Hilfsmittel sein. Dies gilt auch, wenn man sich von der Vorstellung des bloßen Nachvollzugs einer im Gesetz vorvollzogenen Entscheidung löst und die eigene Entscheidung des Rechtsanwenders über einen durchaus existenten Bedeutungskonflikt akzeptiert. Durch die stufenweise Vermehrung oder aber Reduzierung von Bedeutungsmöglichkeiten mit Hilfe von Standards, die in der juristischen Argumentationskultur anerkannt sind, wird der Richterspruch rational überprüf- und kritisierbar – zwar meist nicht dahingehend, ob er die einzig mögliche, wohl aber ob er eine lege artis begründete und vertretbare Entscheidung ist.

## Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess

– Übergänge, Verflechtungen und Wechselwirkungen –

Mag. rer. publ. Sven Hinterseh, RR, Berlin

### I. Einleitung

Das Prozessrecht wird durch die Natur des jeweiligen materiellen Rechts<sup>1</sup> in erheblichem Umfang geprägt.<sup>2</sup> Dies folgt schon aus der Tatsache, dass das Prozessrecht gerade zum Schutz und zur Verwirklichung des materiellen Rechts geschaffen wurde. Im hier zu untersuchenden Verwaltungsprozess ist diese Verbindung intensiver als im Zivil-<sup>3</sup> oder Strafprozess. Ganz allgemein versteht man unter einem Verwaltungsverfahren (im weiteren Sinne) jede auf den Erlass einer Entscheidung, die Vornahme einer sonstigen Maßnahme oder den Abschluss eines Vertrages gerichtete Tätigkeit der Verwaltungsbehörden.<sup>4</sup> Nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (§ 9 Hs 1) ist Verwaltungsverfahren nur »die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines VA oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist.« Unter einem Verwaltungsprozess versteht man dagegen ganz allgemein das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten.

Das Verhältnis des Verwaltungsverfahrens zum Verwaltungsprozess ist sowohl durch die Trennung beider Verfahrenstypen als auch deren funktionalem Zusammenhang bestimmt. Bevor aber nun untersucht werden soll, inwieweit speziell das Verwaltungsverfahren iSd VwVfG in den Verwaltungsprozess »einstrahlt« bzw. Übergänge, Verflechtungen und Wechselwirkungen vorliegen (IV.), soll vorab auf die Eigenheiten von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess (II.) und deren Gemeinsamkeiten (III.) einge-

gangen werden. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf einfachgesetzliche Überschneidungen. Außen vor bleiben dagegen etwaige Abhängigkeiten aus verfassungsrechtlicher Sicht.

### II. Unterschiede

Während der Verwaltungsprozess primär dem Schutz und der Durchsetzung individueller Rechte<sup>5</sup> dient, steht für die Verwaltung im Regelfall die wirksame, zweckmäßige und rasche Umsetzung von Rechtsnormen und damit die Verwirklichung des öffentlichen Interesses im Vordergrund.<sup>6</sup> Das geltende Recht, das

<sup>1</sup> Gewöhnlich unterscheidet man in der Jurisprudenz zwischen materiellem und formellem Recht (Verfahrensrecht). Während Normen des materiellen Rechts den Inhalt einer Entscheidung unmittelbar bestimmen, legen Normen des formellen Rechts äußere Anforderungen an Form und/oder Verfahren fest, die auf dem Weg zur Entscheidung und für deren Erlass zu beachten sind (vgl. Maurer Allg. Verwaltungsrecht, 12. Aufl., § 10 Rn 9, 14). Das Prozessrecht selbst ist auch formelles Recht, da es das Verfahren zur Realisierung der vom materiellen Recht begründeten Rechte und Pflichten bereitstellt.

<sup>2</sup> Vgl. Lorenz Verwaltungsprozessrecht, 2000, S V; Martens ZRP 1977, 209, 211; Jauernig JuS 1971, 329

<sup>3</sup> Vgl. Zöllner AcP 190 (1990), 471

<sup>4</sup> Vgl. Maurer (Fn 1) § 19 Rn 1

<sup>5</sup> Dies wird besonders an solchen Regelungen deutlich, die die Sachentscheidung des VG von subjektiven Rechtsbeeinträchtigungen abhängig machen (zB die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO, das Feststellungsinteresse nach § 43 I VwGO bzw § 113 I 4 VwGO oder die Antragsbefugnis nach § 47 II VwGO). Vgl. Johlen DÖV 2001, 582, 584

<sup>6</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer VwVfG, 7. Aufl., Einf Rn 44; Ule Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., S 5; Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner-Schmidt-Abmann VwGO, Stand: Januar 2000, Einl Rn 196; Martens Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985, § 2 Rn 50