

## Bürgerliches Gesetzbuch

v. 18. 08. 1896 (RGBl. S. 195) i. d. F. der Bekanntmachung v. 02. 01. 2002 (BGBl. I 42), berichtigt am 22. 05. 2003 (BGBl. I 738), zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970)

### Einleitung

#### Literatur:

1. **Kommentare:** *BaRoth* BGB 3 Bände 1. Aufl 2003; *Dauner-Lieb/Heidel/Ring* Anwaltkommentar zum BGB 5 Bände, 1. Aufl 2005; *Erman* BGB, 2 Bände, 11. Aufl 2004; *Jauernig* BGB 11. Aufl 2004; *Juris-Praxiskommentar*, BGB, 7 Bände, 2. Aufl 2004/2005; *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, 4. Aufl 2001, Band 1a, 4. Aufl 2003; *Palandt* BGB, 65. Aufl 2006; *Reichsgerichtsratekommentar*, BGB, in Teilbänden, 12. Aufl 1974–1996; *Soergel* BGB, Bd 1 in 2 Teilbänden, 13. Aufl 1999/2000, Bd. 2a, 2002; *Staudinger* BGB, Bd. 1 in 2 Teilbänden, 12. Aufl 1979/1980; ab der 13. Bearbeitung in 5 Teilen und Neubearbeitungen (2004/2005/2004/2003/2004).
2. **Lehrbücher:** *Bork* Allgemeiner Teil des BGB, 2001; *Brehm* Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl 2002; *Brox* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 29. Aufl 2005; *Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 15. Aufl 1959/60; *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I 1, Die Personengesellschaft, 1977; Band I 2, Die juristische Person, 1983; Band II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl 1992; *Hübner* Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl 1996; *Köhler* BGB, Allgemeiner Teil, 29. Aufl 2005; *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl 2004; *Leipold* BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl 2004; *Medicus* Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl 2002; *Pawlowski* Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl 2003; *Rüthers/Stadler* Allgemeiner Teil des BGB, 13. Aufl 2003; *Schack* BGB, Allgemeiner Teil, 10. Aufl 2004; v. *Thur* Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bände, 1910/1914/1918.
3. **Materialien:** Vorlagen der Redaktoren für die 1. Kommission, hrg. von *W. Schubert* seit 1981; 1. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1888; *Motive*, 5 Bände, Amtl. Ausgabe, 1888; 2. Entwurf 1895; Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, 7 Bände, 1897–1899; 1., 2. und 3. Beratung des Entwurfs eines BGB im Reichstag, *Stenografische Berichte*, 1896; *Mugdan* Die gesamten Materialien zum BGB, 5 Bände, 1899; Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Darstellung der unveröffentlichten Quellen, hrg. von *HH Jakobs* und *W Schubert* seit 1978; *Staudinger* BGB-Synopse, 1896–2000, Neubearbeitung 2000, hrg von *Reppen, Schulte-Nölke, Strätz; Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I, 2003.

**A. Entstehung und Fortentwicklung des BGB. I. Ausgangspunkte.** Entscheidende Grundlage der Entwicklung eines Bürgerlichen Rechts war das Römische Recht (insbes *corpus iuris civilis* von 529/534 nChr). Ab dem 11./12. Jahrhundert kam es zur Rezeption des Römischen Rechts und anschließend über Jahrhunderte zur wissenschaftlichen Bearbeitung (Glossatoren, Postglossatoren). Trotz dieser Basis im gemeinen Recht führte die Entwicklung zu einer außerordentlich starken Rechtszersplitterung schon in der frühen Neuzeit, insbes aber auch seit Untergang des Alten Reiches (1806). Neben dem Gemeinen Recht bestimmten wichtige landesrechtliche Kodifikationen (Preußisches ALR von 1793, Badisches Landrecht von 1809, Bayerischer Codex von 1756, Sächsisches BGB von 1865 sowie der französische Code Civile im Rheinland) die Praxis. Die Idee der Rechtsvereinheitlichung wurde allgemeinpoltisch von der Nationalstaatsidee (s.u. Rn 5) und in Deutschland speziell durch die Reichsgründung 1870/71 stark gefördert (s.u. Rn 5, 6). Hinzu kam eine ökonomische Entwicklung des 19. Jahrhunderts im Übergang von einer Agrar- zur Industriegesellschaft, die zusammen mit massivem Bevölkerungswachstum Fortschritte in der einheitlichen Rechtsentwicklung notwendig erscheinen ließ (Entwicklung der Zollvereine nach 1815, insbes Allgemeiner Zollverein 1833, Allgemeine Deutsche Wechselordnung 1848, ADHGB 1861).

**II. Kodifikationsprobleme.** Im 19. Jahrhundert bildete sich überall in Europa im Zusammenhang mit der Nationalstaatsidee auch der Grundgedanke der Kodifizierung des Rechts sehr stark aus. Die Kodifikationsidee enthielt also sowohl politische Aspekte als auch den Wunsch nach einem einheitlichen Rechtswissenschaftlichen System. Auch in Deutschland wurde bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Schaffung einer zivilrechtlichen Kodifikation gefordert (*Thibaut* Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814). Der berühmte Widerspruch von *Friedrich Carl von Savigny* („Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, 1814) verzögerte diese Entwicklung, ohne sie letztlich aufhalten zu können. Die im politischen Bereich vielfach beklagte späte deutsche nationalstaatliche Entwicklung führte so im Bereich des Privatrechts am Ende des 19. Jahrhunderts zu einer ausgereiften Kodifikation, die in ihren Grundlagen noch heute Geltung besitzt und die Vorbild für vielfältige ausländische Entwicklungen geworden ist (s.u. Rn 12).

**III. Äußerer Gang der Entwicklung.** Unmittelbar nach der Reichsgründung 1870/71 begann der Prozess der Schaffung des BGB. 1873 wurde zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Reiches geschaffen (*lex Miquel-Lasker*). Über die Einsetzung einer Vorkommission und einer 1. Kommission im Jahre 1874 führte der Weg zum 1. Entwurf des Jahres 1888, der zusammen mit den Motiven veröffentlicht wurde. Die vielfältige und scharfe Kritik an diesem 1. Entwurf (insbes von *Gierke, Menger*) führte 1890 zur Einsetzung einer

2. Kommission, deren Arbeit 1895 mit einem 2. Entwurf (zusammen mit den Protokollen) endete. Schließlich wurde dieser Entwurf 1896 im Reichstag eingebracht (sog 3. Entwurf) und nach längeren Verhandlungen am 1.7.1896 verabschiedet. Das BGB ist am 1.1.1900 in Kraft getreten.
- 7 **IV. Fortentwicklung. 1. Die Zeit von 1900 bis 1945.** Während das BGB im Kaiserreich nahezu unverändert blieb, ergaben sich im Zuge des verlorenen 1. Weltkriegs und in der Zeit der Weimarer Republik eine Reihe von Änderungen (insgesamt 15 Novellierungen). Auch die Zeit des Nationalsozialismus führte rein äußerlich nicht zu grundlegenden Veränderungen des BGB. Geplant war, das Gesamtsystem des Bürgerlichen Rechts zu beseitigen und durch ein Volksgesetzbuch zu ersetzen, das jedoch nie in Kraft getreten ist. Die massiven Veränderungen des Bürgerlichen Rechts in der nationalsozialistischen Zeit vollzogen sich weitgehend im ideologischen Rechtsdenken und in der Rspr (vgl *Rüthers* Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968). Daneben ist die nationalsozialistische Sondergesetzgebung zu erwähnen (EheG, TestG, VerschG, BlutschutzG, ReichsbürgerG).
- 8 **2. Die Zeit von 1945 bis 2001.** Nach 1945 wurden zunächst durch Kontrollratsgesetze alle nationalsozialistischen Rechtsregeln beseitigt. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes wurde ab 1949 das BGB in seiner Fassung vor 1933 wiederum zur Grundlage des Privatrechts. In der Folgezeit wurde das BGB vielfach novelliert (135 Novellen zwischen 1949 und 2000). Hervorzuheben sind das GleichberG 1957, das FamRÄndG 1961, die vielfältigen Mietrechtsgesetze, das NichtehehenG von 1969, das 1. EhereformG von 1976, das AdoptionsG von 1976, das Gesetz zur Neuordnung der elterlichen Sorge von 1979, das BetreuungsG von 1990, die Änderungen des Namensrechts, das KindschaftsreformG 1997 sowie als vorläufiger Höhepunkt der Änderungen das SchuldrechtsmodernisierungG 2001 (s.u. Rn 9).
- 9 **3. Die Zeit von 2002 bis heute.** Die stärksten Eingriffe in das Gesamtsystem des BGB seit seinem Inkrafttreten hat das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v 26.11.01 (BGBl I 3138) gebracht, das zum 1.1.02 in Kraft getreten ist und zu einer Neubekanntmachung des BGB v 2.1.02 geführt hat (BGBl I 42, ber. 2902 und BGBl I 2003, 738). Diese Novellierung war zwar durch drei Richtlinien der EU veranlasst (s.u. § 13 Rn 2 u vor § 241 Rn 9), ging aber weit darüber hinaus („große Lösung“) und wollte insgesamt als eine grundlegende Überarbeitung des gesamten Schuldrechts (sowie des Verjährungsrechts) verstanden wissen werden. Dabei war es das erklärte Ziel des Gesetzgebers, zu einem einfacher handhabbaren und übersichtlicheren Recht zu gelangen (BTDRs 14/6040, S 98; *Däubler-Gmelin* NJW 01, 2281). Ob dies gelungen ist, darf füglich bezweifelt werden. Jedenfalls hat das deutsche Bürgerliche Recht durch diese Reform einen Europäisierungsschub erhalten, der es zu einer stetigen gesetzlichen Baustelle machen wird (vgl *Dauner-Lieb* AnwBl 04, 597, 601 und JZ 04, 1431). Seit Anfang 2002 hat das BGB dementsprechend bis Sommer 2005 bereits 19 weitere Veränderungen erfahren, darunter auch mehrfach Reparaturmaßnahmen zur Schuldrechtsreform.
- 10 **4. Fazit.** Insgesamt kann rückblickend auf die 110-jährige Geschichte des BGB gesagt werden, dass der Allgemeine Teil, das Sachenrecht und (mit meist familienrechtlich bedingten Abstrichen) auch das Erbrecht in ihren Grundstrukturen und allen wesentlichen Regelungen unverändert geblieben sind, während das Familienrecht und zuletzt im Jahre 2001 das Schuldrecht grundlegende Eingriffe und Umgestaltungen hinnehmen mussten. So muss die am BGB immer wieder geübte Kritik der Lückenhaftigkeit und der sozialen Unausgewogenheit deutlich hinter dem positiven Votum einer außerordentlich anpassungsfähigen Kodifikation des gesamten Bürgerlichen Rechts zurückstehen.
- 11 **V. Perspektiven.** Heute und in der weiteren Zukunft werden die Entwicklung des BGB sowie des gesamten Privatrechts außerordentlich stark von der europäischen Rechtsentwicklung beeinflusst und geprägt (s.u. Rn 28 ff). Die moderne Komplexität sozialer Beziehungen sowie die darauf aufbauende Komplexität zivilrechtlicher Normzusammenhänge (Stichwort: Verrechtlichung aller Lebensbereiche) führen zu einer ständig wachsenden Verfeinerung der Regelungen und Aufblähung des Rechtsstoffes. Im Zusammenhang mit der Neigung des Gesetzgebers, viele sonderprivatrechtliche Aspekte in das BGB zurückzuführen (AGB-Recht, Verbraucherschutzrecht), wird das Gesetz zunehmend unübersichtlicher, ohne an Geschlossenheit zu gewinnen. Die moderne Entwicklung macht so recht deutlich, wie gut gelungen insgesamt die Grundstruktur und die Systematik des BGB gewesen waren (das Familienrecht, das Arbeitsrecht und das Mietrecht aus naheliegenden Gründen einmal ausgenommen).
- 12 **VI. Die Ausstrahlungswirkung des BGB.** Das BGB ist ein (später) Teil einer großen europäischen Kodifikationswelle, die von Preußen (ALR 1794), Österreich (ABGB 1811) und Frankreich (Code Civil 1804) ausging und die im 19. Jahrhundert zur Schaffung von Zivilgesetzbüchern in weiten Teilen Europas führte (zB Niederlande 1838, Italien 1865, Portugal 1833/67, Spanien 1888/89, Schweiz 1907/12). Dabei hatte über lange Zeit insbes das französische Recht eine gewisse Vorbildfunktion. Das deutsche BGB hat mit seiner exzellenten Systematik und abstrakten Begrifflichkeit sodann im 20. Jahrhundert eine erhebliche Ausstrahlung auf die internationale Rechtsentwicklung ausgeübt und in seiner Vorbildfunktion das französische Recht teilweise abgelöst. Hingewiesen sei auf die weitgehende Rezeption des deutschen Rechts in Griechenland (1940), in Japan (1898) und China (1930) sowie den prägenden Einfluss bei Teil- und Neukodifikationen in Österreich

(1914), in Italien (1942), in Portugal (1966) und in den Niederlanden (1992). Zu erwähnen sind ferner die Einflüsse in Osteuropa, vor allem in den baltischen Staaten, in der Türkei, Brasilien (1916), Argentinien (1869), Mexiko (1928) und in Ostasien (Japan, Korea, China).

**B. Bürgerliches Recht als Kernbereich des Privatrechts; Begriff und Abgrenzungen. I. Begriff.** Das Privatrecht wird im Allgemeinen als Oberbegriff für alle normativen Regelungen verstanden, die nicht dem Öffentlichen Recht (s.u. Rn 14) unterfallen. Soweit die Bezeichnung Zivilrecht nicht identisch mit Privatrecht gebraucht wird, wird es einschränkend neben dem Wirtschaftsrecht und dem Arbeitsrecht als Kern und Schwerpunkt des Privatrechts verstanden. Bürgerliches Recht kann demgegenüber noch einmal deutlich einschränkend als das Allgemeine Zivilrecht (Privatrecht) in Abgrenzung zum Sonderprivatrecht gesehen werden (s.u. Rn 15).

**II. Abgrenzung zum Öffentlichen Recht.** Dem Privatrecht steht als Gegensatz das Öffentliche Recht ggü, das im Wesentlichen das Staats- und Verwaltungsrecht, das Sozialrecht, das Steuerrecht, das Strafrecht sowie die Verfahrensrechte umfasst. Für den Gerichtszugang (§ 13 VVG, § 40 VwGO), für die Rechtsträger sowie die Rechtsfolgen des Handelns und die Handlungsformen ist die Unterscheidung von zentraler Bedeutung. Öffentliches Recht ist geprägt durch das Tätigwerden von Trägern hoheitlicher Gewalt, wobei aus öffentlich-rechtlichen Normen nur derjenige berechtigt oder verpflichtet wird, der selbst Hoheitsträger oder ein Rechtssubjekt ist, das durch Hoheitsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielfalt verpflichtet ist (neuere oder modifizierte Subjektstheorie, Sonderrechtstheorie). Deutlich wird der Unterschied im Alltag häufig dadurch, dass sich im Privatrecht die Beteiligten in einem Verhältnis der Gleichordnung gegenüberstehen, während im Öffentlichen Recht ein Über-Unterordnungsverhältnis besteht (Subjektionstheorie, Subordinationstheorie). Typische Handlungsform im Privatrecht ist daher die Willenserklärung und der Vertrag, während im Öffentlichen Recht die am häufigsten zu beobachtende Handlungsform der Verwaltungsakt ist.

**III. Allgemeines Privatrecht und Sonderprivatrechte.** Kennzeichnend für das Bürgerliche Recht ist der Grundgedanke eines allgemeinen Privatrechts, das jeden Bürger betrifft. Dem stehen Sonderbereiche für Kaufleute, Arbeitnehmer und andere Privatpersonen ggü, deren spezifischer Rechtskreis nur dort angesprochen ist, wo das privatrechtliche Verhalten gerade in seiner Sondereigenschaft vor sich geht. Daher trennt man zwischen dem Bürgerlichen Recht als dem allgemeinen Privatrecht und den Sonderprivatrechten (Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Wettbewerbsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Privatversicherungsrecht, Urheberrecht, Kartellrecht usw).

**IV. Bürgerliches Recht und Verfahren.** Die prozessuale Durchsetzung von Rechten ist in Deutschland geprägt durch eine Aufteilung in insgesamt 5 Zweige der Gerichtsbarkeit (ordentliche Gerichtsbarkeit, Arbeitsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Sozialgerichtsbarkeit, Finanzgerichtsbarkeit). Unter dem Dach der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind aus rein historischen Gründen die Zivilgerichtsbarkeit, die Strafgerichtsbarkeit und die Freiwillige Gerichtsbarkeit eingeordnet. Das Verfahren in bürgerlichen Streitigkeiten ist der ZPO und in einigen Teilen daneben dem FGG zugeordnet. Ausgenommen ist das gesamte Arbeitsrecht, das im ArbGG eigene Gerichte und eine eigene Verfahrensordnung aufweist. Verfahrensrecht als formelles Recht (im Unterschied zum materiellen Recht) ist zwar generell öffentliches Recht, das Zivilprozessrecht hat jedoch didaktisch und organisatorisch zwangsläufig eine große Nähe zum materiellen Privatrecht aufzuweisen (Gedanke des formellen und materiellen Justizrechts). Entscheidend für die Trennung von materiellem und formellem Recht ist der Grundgedanke, wonach materielles Recht Rechtsverhältnisse entstehen und subjektive Rechte erwerben lässt, formelles Recht dagegen der Feststellung sowie Verwirklichung oder Sicherung dieser Rechte dient. Die Unterscheidung von formellem und materiellem Recht weist dogmatische sowie praktische Bedeutung auf. Die Begriffe, Inhalte und Ziele beider Rechtsgebiete sind teilweise unterschiedlich, auch im Unterschied von Landes- und Bundesrecht, im Geltungsbereich der Normen sowie iRd Revisibilität folgen beide Bereiche unterschiedlichen Regelungen.

**C. Aufbau und Grundprinzipien. I. Äußere Einteilung und Systematik.** Das BGB ist in 5 Bücher eingeteilt. Zusammen mit dem EGBGB enthält es die nach ihrem Regelungsgehalt voneinander deutlich abgegrenzten Bereiche des Schuldrechts, des Sachenrechts, des Familienrechts und des Erbrechts sowie des Kollisionsrechts. Dagegen ist das 1. Buch des BGB (Allgemeiner Teil) ein besonderes Beispiel für abstrakt-generelle Tatbestände, die „vor die Klammer“ gezogen sind. Dieser Gesetzesstil wird auch innerhalb des 1. Buches sowie in den weiteren Büchern vielfältig verwendet. Dadurch enthält das 1. Buch des BGB die Grundstrukturen des gesamten Privatrechts und geht in seiner Bedeutung teilweise sogar darüber hinaus. Der Preis für diese Regelung ist ein hoher Abstraktionsgrad, der die Aufzählung konkreter Fallbeispiele in der Regel vermeidet und sich durch abstrakt-generelle Tatbestände, durch Legaldefinitionen sowie durch Verweisungen und Generalklauseln auszeichnet. Die strikte juristische Fachsprache des BGB hat die Langlebigkeit und Flexibilität dieser Kodifikation erst ermöglicht, im krassen Gegensatz etwa zum Preußischen Allgemeinen Landrecht. Die Übernahme der von der Pandektistik entwickelten Systematik des Privatrechts sollte Rechtsklarheit und Rechtsvereinheitlichung herbeiführen, nicht dagegen vollkommen neues Recht schaffen.

- 18 **II. Privatautonomie.** Auf der Basis einer bürgerlich-liberalen Grundhaltung und einem sehr individualistischen Menschenbild hat sich das BGB ganz selbstverständlich für die Privatautonomie als Grundprinzip der Privatrechtsordnung entschieden. Wesentliche Ausprägung dieser Entscheidung ist die Vertragsfreiheit in ihren Teilaspekten der Abschlussfreiheit und der Inhaltsfreiheit (vgl auch die Eigentumsfreiheit, die Eheschließungsfreiheit sowie die Testierfreiheit). Diese allen Rechtssubjekten eingeräumte Befugnis, ihre privatrechtlichen Angelegenheiten selbständig und eigenverantwortlich sowie nach dem eigenen Willen zu gestalten, ist heute in Art 2 GG verankert. Zentrale Handlungsform dieser Rechtsgestaltung ist die Willenserklärung bzw der Vertrag. Dieses Instrumentarium sichert zugleich das entscheidende Steuerungsinstrument der Rechtssubjekte in einer Marktwirtschaft ab. Andererseits ist in der durch Verträge gestalteten Privatautonomie zugleich die Erwartung enthalten, dass die Vertragsfreiheit systemgerecht funktioniert und damit auch einen Ausgleich entgegengesetzter Interessen iSd Richtigkeitsgewähr des Vertrages zustande bringt. Damit ist das zentrale Problem des BGB angesprochen, das der Gesetzgeber im Laufe der vergangenen 100 Jahre und in jüngerer Zeit verstärkt durch Sondergesetze und gesetzliche Teilmaßnahmen absichern will. Typisch für diese Entwicklung ist die Entstehung und Ausbreitung eines eigenständigen Arbeitsrechts iRv Sondergesetzen (seit 1919), die Schaffung eines eigenständigen Kartellrechts (1957), die gesetzliche Regelung der Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1976) sowie die umfangreichen Sonderregelungen im Mietrecht (Wohnraumbewirtschaftung nach 1945 sowie Schaffung eines sozialen Mietrechts). Trotz dieser vielfältigen Maßnahmen und der intensiven Verstärkung des Verbraucherschutzes in neuerer Zeit bleibt der Grundsatz der Privatautonomie von prägender Bedeutung. Wo er in Gefahr ist, seine grundlegende Bedeutung zu verlieren (vgl die Diskussion um ein umfassendes Antidiskriminierungsgesetz), muss der Gesetzgeber höchste Vorsicht walten lassen.
- 19 **III. Verantwortlichkeit.** Die im Privatrecht bestehende grds Handlungsfreiheit der Rechtssubjekte kann nicht schrankenlos gewährt sein. Sie muss vielmehr mit einer entsprechenden Verantwortlichkeit allen Tuns einhergehen. Echte privatrechtliche Gestaltungsfreiheit ohne eigenverantwortliches Handeln ist nicht denkbar. Daher ist es ein weiteres selbstverständliches Grundprinzip des BGB, dass jedes Rechtssubjekt für die Folgen seines privatrechtlichen Handelns (sei es nach Vertrag oder Gesetz) verantwortlich ist. Typische Ausprägung dieser generellen Verantwortlichkeit ist die Bindung des Rechtssubjekts an abgegebene Willenserklärungen und geschlossene Verträge (pacta sunt servanda). Im Deliktsrecht ist die Verantwortlichkeit des Rechtssubjekts durch den Grundsatz geprägt, dass Jedermann für die schuldhaft Verletzung der Rechtsgüter einstehen muss (§§ 823 ff). Im Falle eines Schadenseintritts ohne zurechenbares Handeln gilt dagegen der Satz „casum sentit dominus“. Dem widerspricht es nicht, dass der Gesetzgeber in besonders gelagerten Fällen auch Tatbestände der Gefährdungshaftung geschaffen hat (Tierhalter, Kfz-Halter, Produktgefahr, Arzneimittelhaftung). In allen diesen Fällen wird nämlich keine Zufallshaftung statuiert, sondern es wird eine Haftung für eine besondere Gefahrenquelle geschaffen, für die der Haftende die Verantwortung trägt.
- 20 **IV. Sozialschutz.** Die dem BGB zu Grunde liegende Privatautonomie (s.o. Rn 18) kann nicht schrankenlos gewährt werden. Wo die Erwartung des BGB versagt, dass privatrechtliche Selbstbestimmung zu einem Ausgleich entgegengesetzter Interessen führen werde, dort muss auf normativem Wege der Schutz des Schwächeren abgesichert werden. Angesichts des im Grundgesetz verankerten Sozialstaatsprinzips (Art 20 I GG) ist auch dies eine Selbstverständlichkeit. Freilich darf Sozialschutz nur dort eingreifen, wo anderenfalls ein Mindestmaß an Vertragsgerechtigkeit verloren geht. Daher ist es richtig, wenn das Privatrecht dem Minderjährigen starken Schutz gewährt, wenn im Arbeitsrecht, im Mietrecht und im Bereich des Verbraucherschutzes typische Sozialschutzelemente vorhanden sind und wenn darüber hinaus durch Generalklauseln sichergestellt ist, dass extreme Übervorteilung einzelner Rechtssubjekte vermieden wird (vgl §§ 134, 138, 226, 826). Dagegen ist eine Übersteigerung des Verbraucherschutzgedankens ebenso gefährlich wie der Versuch, jedes privatrechtliche Ungleichgewicht durch die Rspr zu verhindern. Nicht überzeugen kann deshalb die Rspr im Bürgschaftsrecht, wonach sich jeder Volljährige, der sehenden Auges ein Risikogeschäft wie die Bürgschaft abgeschlossen hat, dann ohne weiteres vom Vertrag lösen kann, wenn er einkommens- und vermögenslos ist (vgl § 765 Rn 21 ff). Die Zielrichtung des Schutzgedankens dieser Rspr, eine dauerhafte Überschuldung einzelner Personen zu vermeiden, muss im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht Beachtung finden. Daher hat der Gesetzgeber zu Recht im Jahre 1999 in der Insolvenzordnung die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung statuiert. Diese gesetzgeberische Entscheidung müsste an sich zu einer Veränderung der Bürgschaftsrspr führen.
- 21 **V. Vertrauensschutz.** Ein weiteres Grundprinzip des BGB ist der im rechtsgeschäftlichen Bereich an vielen Stellen verankerte Gedanke des Vertrauensschutzes. Im Interesse eines funktionsfähigen Rechtsverkehrs muss sich jedes Rechtssubjekt auf das rechtserhebliche Verhalten anderer ebenso verlassen können wie auf Rechtsverhältnisse, die die Basis für weitergehende Rechtsfolgen darstellen können. Typische Ausprägungen dieses Grundsatzes des Vertrauensschutzes sind daher die vermutete Richtigkeit öffentlicher Register, der zulässige Schluss von Besitzverhältnissen auf das Eigentum, das Vertrauen auf die Gültigkeit und die Richtigkeit von Erklärungen, der Schutz bestehender Vertretungsmacht im Rahmen vertrauenswürdiger Umstände usw.
- 22 **D. Geltungsbereich. I. Zeitlicher Geltungsbereich.** Das BGB ist am 1. 1. 1900 in Kraft getreten (Art 1 EGBGB). Die damaligen zeitlichen Übergangsregelungen sind in Art 153 ff EGBGB enthalten. Soweit nach

1900 Änderungen des BGB eingetreten sind, sind die jeweiligen Übergangsvorschriften in den Art 219 ff EGBGB enthalten. Insbes sind die Überleitungsvorschriften zum neuen Schuldrecht in Art 229 EGBGB niedergelegt. Für die neuen Bundesländer ist das BGB in seiner damaligen Fassung am 3.10.1990 in Kraft getreten (vgl Art 230 EGBGB sowie für die Übergangsregelungen Art 231 ff EGBGB).

**II. Räumlicher Geltungsbereich.** Grds beschränkt sich der räumliche Geltungsbereich des BGB auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Soweit allerdings ein Rechtsfall Auslandsberührungen persönlicher, sachlicher oder räumlicher Art aufweist, stellt sich für die Frage der Anwendung des materiellen Rechts eine kollisionsrechtliche Vorfrage. Dieser Bereich des sog Internationalen Privatrechts ist in den Art 3 ff. EGBGB geregelt (im Einzelnen s dort). Theoretisch kann es auch innerhalb des deutschen Staatsgebietes zu Kollisionsfragen kommen (interlokales Privatrecht). So hat sich insbes vor 1990 im Verhältnis zur DDR ein Problem des innerdeutschen Kollisionsrechts ergeben. Die DDR hatte zwar nach 1949 ebenfalls das BGB beibehalten, es allerdings im Jahre 1975 durch ein eigenes Zivilgesetzbuch ersetzt. Seit dem 3.10.1990 ist diese Problematik aber beseitigt (vgl Art 230 ff EGBGB). 23

**III. Sachlicher Geltungsbereich.** Grds enthält das BGB diejenigen Normen, die die allgemeinen privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Rechtssubjekten regeln. Insofern steht es im Gegensatz zum gesamten Bereich des Öffentlichen Rechts (s.o. Rn 14). Soweit einzelne Normen grenzüberschreitend wirken (vgl insbes §839), hat der Gesetzgeber diese Grenzziehung bewusst durchbrochen. Auch die Gerichtszuständigkeit nimmt nicht selten auf solche Durchbrechungen Rücksicht (vgl §40 II VwGO). Im Ergebnis setzt daher die Anwendung des BGB die Qualifizierung eines rechtlichen Sachverhalts als privatrechtlich voraus, ohne dass dieser Sachverhalt in spezieller Weise durch Sonderbestimmungen geregelt wäre (Sonderprivatrecht). Das Bürgerliche Recht gilt im gesamten Bereich der Bundesrepublik Deutschland als Bundesrecht. Landesrecht kann es im Einzelfall nur insoweit geben, als der Bundesgesetzgeber von seiner bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat (vgl Art 72 I, Art 74 I Nr 1 GG). Soweit vor dem Jahr 1900 privatrechtliches Landesrecht bestanden hat, ist es gem Art 55 EGBGB außer Kraft getreten. Zum Teil gilt dieses Landesrecht allerdings kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch heute noch fort (vgl Art 56 ff EGBGB). 24

**E. Einbettung in das Verfassungsrecht. I. Das BGB unter der Geltung des Grundgesetzes.** Seit dem Jahre 1949 muss sich auch das BGB dem GG unterordnen und den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Dies hat insbes im Bereich des Familienrechts weitreichende Auswirkungen gehabt, gilt aber auch für alle übrigen Teile des BGB. In der Praxis am stärksten hat sich die Existenz des modernen Verfassungsrechts dadurch ausgewirkt, dass die Grundrechte auf das Privatrecht einwirken (s.u. Rn 26). Diese Entwicklung ist vor allem durch das Verständnis der Grundrechte nicht nur als bloße Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern auch als Teilhaberechte sowie Ausdruck einer objektiven Wertordnung gefördert worden. 25

**II. Bindung an die Grundrechte (Drittwirkung).** Die Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rspr als unmittelbar geltendes Recht (Art 1 III GG). Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von privatrechtlichen Normen seit 1949 an die Grundrechte gebunden ist. Soweit das vorkonstitutionelle Privatrecht mit dem GG unvereinbar ist, kann es nicht fortgelten. Diese legislative Bindung des Privatrechts an das Grundgesetz ist anerkannt und unproblematisch. Innerhalb der Anwendung der Rechtsnormen des BGB ist aber auch die Rspr von der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte betroffen. Daher haben die Gerichte zu Recht die wertorientierte Bedeutung der Grundrechte für die Auslegung und Fortbildung des Privatrechts anerkannt und in vielfältiger Weise ausgebaut (zur Bedeutung einzelner Grundrechte im Privatrecht s.u. Rn 27). Andererseits stellt die auf Art 2 I GG beruhende Privatautonomie die im Privatrecht handelnden Rechtssubjekte von der Beachtung der Grundrechte frei. Ein Rechtssubjekt kann ohne Bindung an Art 3 GG Verträge schließen (oder ablehnen). Diese Auffassung muss freilich dort Einschränkungen hinnehmen, wo grundrechtliche Einwirkungen auch im Privatrecht anzuerkennen sind. Der Streit über den Umfang dieser Einwirkungen wird seit 50 Jahren geführt und hat unter den Aspekten der unmittelbaren Drittwirkung (*Nipperdey, Leisner, Ramm*) contra mittelbare Drittwirkung der Grundrechte (*Dürig, Bachof, Flume, Raiser, Hübner* sowie das BVerfG in st. Rspr. seit der Lüth-Entscheidung BVerfGE 7, 198) der Lehre von den Schutzpflichten des Gesetzgebers zur Sicherung des objektiven Gehalts der Grundrechtsnormen (*Canaris, Stern, Hager, Höfling*, ferner BVerfGE 39, 1, 42; BVerfGE 81, 242) sowie der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht vielfältige Kontroversen hervorgebracht. Heute besteht Einigkeit, dass eine Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht anzuerkennen ist und dass sich diese Einwirkung vor allem im Verständnis und bei der Auslegung der Generalklauseln (§§ 138, 242, 826), darüber hinaus aber auch im gesamten Privatrecht iRd Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zeigt. Weiter ist festzuhalten, dass die Privatautonomie dort weichen muss, wo privatrechtliche Akte auf einer faktisch erzwungenen Zustimmung des Betroffenen beruhen. In diesem Bereich müssen nach heute allgemeiner Auffassung die Grundrechte zur Kontrolle privatrechtlichen Handelns herangezogen werden. Somit stellt sich heute als eigentliches Kernproblem der Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht die Abwägung dar, ob im Einzelfall eine faktische Ausschaltung der Privatautonomie durch grundrechtsrelevantes Machtungleichgewicht vorliegt, das letztlich ein ergebnisorientiertes Heranziehen der Grundrechte erforder- 26

dert. Diese Frage kann nur unter Abwägung aller Aspekte des Einzelfalles entschieden werden (so zu Recht auch MüKo/Säcker Einl Rn 59).

27 **III. Die Bedeutung einzelner Grundrechte im Privatrecht.** Die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht hat sich im Laufe der vergangenen 50 Jahre in einer unendlichen Fülle von Einzelentscheidungen ausgewirkt. Von herausragender Bedeutung ist die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf der Basis von Art 1, 2 GG gewesen. Auch die grundrechtliche Absicherung der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit in Art 2 I GG und ihre vielfältigen Auswirkungen sind hier zu nennen. Von grundlegender Bedeutung ist weiterhin die Ausgestaltung der Meinungs- und Pressefreiheit im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zum Ehrenschatz auf der Basis von Art 5 GG gewesen. Ebenfalls grundlegend für die Ausgestaltung und die vielfältigen Bindungen des Eigentums an die verfassungsrechtlichen Vorgaben (Sozialbindung) ist die Heranziehung von Art 14 GG. Hervorhebung verdient außerdem das Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht in seinen vielfältigen Schattierungen auf der Basis von Art 3 GG.

28 **F. Europäische Privatrechtsentwicklung. I. Europäisches Recht als Rechtsquelle des deutschen Privatrechts.** Eine wichtige Quelle des deutschen Privatrechts ist heute auch das Recht der europäischen Gemeinschaften (Gemeinschaftsrecht). Teilweise ergibt sich dies aus der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts (1, 2). Zum Teil kommt es zu einer mittelbaren Einwirkung des Gemeinschaftsrechts, insbes durch Richtlinien (3). Schließlich dürfen die Einwirkungen der Rspr in diesem Zusammenhang nicht unterschätzt werden (4).

29 **1. Primäres Gemeinschaftsrecht und Verordnungen.** Unmittelbar gilt im deutschen Privatrecht insbes das primäre Gemeinschaftsrecht. Dies besteht in erster Linie aus den Gründungsverträgen, vor allem dem EG-Vertrag. Hinzu kommen die von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen Änderungs- und Ergänzungsverträge sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts. Aus dem Bereich des sekundären Gemeinschaftsrechts haben unmittelbare Wirkung die Verordnungen (Art 249 II EG). Sie bedürfen daher keiner Umsetzung in nationales Recht, sind allerdings im Kernbereich des Privatrechts bisher selten anzutreffen.

30 **2. Grundfreiheiten.** IRD unmittelbaren Geltung des primären Gemeinschaftsrechts ragen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags heraus. Besondere Bedeutung haben das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 12 I EG), die Warenverkehrsfreiheit (Art 23, 25, 28 EG), die Freizügigkeit von Personen und insbes von Arbeitnehmern (Art 39 EG), die Niederlassungsfreiheit (Art 43 EG), die Dienstleistungsfreiheit (Art 49 EG), die Kapitalverkehrsfreiheit (Art 56), schließlich die Regelungen über das Verbot mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen (Art 29 EG), die Regelungen im Bereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts sowie der verbotenen Beihilfen (Art 81, 87, 88 EG) und das Gebot gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art 141 I EG). Grundrechte enthält der EG-Vertrag bisher noch nicht. Allerdings hat die Rspr des EuGH Grundrechte bereits in vielfältiger Weise zur Geltung gebracht. Darüber hinaus nimmt Art 6 II des EU-Vertrages auf die Grundrechte der EMRK Bezug. Die EMRK selbst gilt in Deutschland als einfaches Gesetzesrecht.

31 **3. Richtlinien.** Von sehr großer Bedeutung sind im deutschen Privatrecht die europäischen Richtlinien, durch die die einzelnen Mitgliedstaaten verpflichtet werden, ihr nationales Recht an den Inhalt der Richtlinien anzupassen. Erst die Umsetzung dieser Richtlinien führt zur Angleichung und Rechtsanwendung. Die Zahl der privatrechtsrelevanten Richtlinien ist sehr groß (zu einer Aufzählung vgl MüKo/Säcker Einl Rn 201 ff). Die Kenntnis der Richtlinien ist für die europarechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts von großer Bedeutung (s.u. Rn 35). Bisher hat die Umsetzung der Richtlinien in Europa nur in sehr begrenztem Umfang eine Rechtsvereinheitlichung gebracht, weil die großen Spielräume bei der Umsetzung der Richtlinien dazu führen, dass die einzelnen Nationen sie sehr unterschiedlich ausfüllen.

32 **4. Rechtsprechung.** Besondere Bedeutung für die europarechtliche Entwicklung des deutschen Privatrechts weist die Rspr des EuGH auf. Dieser ist über das Vorabentscheidungsverfahren gem Art 234 EG in der Lage, die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem EG-Recht bindend zu prüfen und festzulegen. Darüber hinaus sind auch alle nationalen Gerichte verpflichtet, ihr Recht gemeinschaftskonform auszulegen. Dazu sind die Gerichte wie alle anderen Organe der Mitgliedstaaten gem Art 10 EG verpflichtet. In der Praxis kann die Bedeutung der Rspr des EuGH heute wohl kaum überschätzt werden.

33 **II. Die Anwendung des europäischen Rechts.** Für das unmittelbar geltende Gemeinschaftsrecht besteht ein Anwendungsvorrang (EuGH NJW 64, 2371; NJW 99, 2355; BVerfGE 73, 378). Die unmittelbar geltenden Normen des Gemeinschaftsrechts stehen im Rang auch über dem Grundgesetz. Für das richtige Verständnis des Gemeinschaftsrechts sind die Textfassungen aller Amtssprachen gleichrangig zu berücksichtigen und autonom auszulegen (s.u. Rn 35).

34 **III. Auf dem Weg zu einem europäischen (internationalen) Einheitsrecht.** Über die bisherigen punktuellen Entwicklungen hinaus gibt es vielfältige Bestrebungen für ein europäisches Zivilgesetzbuch bzw für internationales Einheitsrecht. So hat das Europäische Parlament 1989 und 1994 die Organe der EG aufgefordert, mit der Vorbereitung eines einheitlichen europäischen ZGB zu beginnen. Die Kommission hat inzwischen einen Aktionsplan für ein europäisches Vertragsrecht vorgelegt. In diesem Bereich sind sachliche Erfolge noch nicht zu erkennen. Weitaus erfolgreicher sind bisher verschiedene nichtstaatliche Organisationen und

private Arbeitsgruppen, die Vorschläge für ein Einheitsrecht erarbeiten. Hervorhebung verdienen die Lando-Gruppe, die „Principles of European Contract Law“ vorgelegt hat (Teil 1 1995, Teil 2 2000, Teil 3 2003, Übersetzung in ZEuP 2000, 675 und 2003, 894), sowie die Arbeitsgruppe von UNIDROIT, die „Principles of International Commercial Contracts“ vorgelegt hat (1994, 2. Aufl 2004; Text in ZEuP 1997, 890). Alle diese Texte sind an sich privater Natur, sie wirken aber durch ihren Einfluss auf die nationalen Gesetzgeber mittelbar rechtsvergleichend. So haben z. B. die UNIDROIT Principles nachweislich bereits die Gesetzgeber in Deutschland, China, Estland, Litauen, Russland und Ungarn sowie die Kommission beeinflusst.

**IV. Die europarechtskonforme Auslegung.** Die deutschen Gerichte haben eine aus Art 10 EG herrührende Pflicht zur europarechtskonformen und insbes zur richtlinienkonformen Auslegung. Diese Pflicht verlangt, die Auslegung des Rechts in einer Weise vorzunehmen, dass dabei soweit wie möglich die Vorgaben des unmittelbar geltenden Europarechts sowie der Richtlinien Beachtung finden. Dies setzt voraus, dass der Richter sich bei jeder Anwendung des Rechts auch des Inhalts der zu Grunde liegenden Richtlinie vergewissert und sodann die deutschen Regelungen im Lichte der europarechtlichen Vorgaben auslegt.

Bei der Auslegung des europäischen Rechts und ebenso bei der Auslegung des gemeinschaftsrechtlich determinierten deutschen Privatrechts ergeben sich wichtige Abweichungen und Besonderheiten zur nationalen Rechtsauslegung. Zwar können grds auch hier diejenigen Kriterien herangezogen werden, die im nationalen Recht die Auslegung prägen, also die grammatische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung. In der Praxis sind zusätzlich die Präjudizien des EuGH für die Auslegung von eminent wichtiger Bedeutung. Im Einzelnen gelten allerdings wichtige Besonderheiten, die sich schon bei der Auslegung nach dem Wortlaut sehr deutlich zeigen. So kann der Richter nicht vom deutschen Gesetzestext ausgehen, sondern er muss berücksichtigen, dass die europarechtlichen Texte in allen Amtssprachen in gleicher Weise bedeutsam sind. Zusätzlich gilt es zu beachten, dass das europäische Recht autonom auszulegen ist und von einer autonomen Begrifflichkeit geprägt ist. Es können also normative deutsche Begriffe im deutschsprachigen Text nicht automatisch nach deutschem Rechtsinhalt verstanden werden. Dies gilt selbstverständlich, wenn ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff in das nationale Recht eingefügt worden ist. Es entsteht in diesem Falle also eine gemeinschaftsrechtliche Prägung eines an sich deutschen Begriffs. Weitere Probleme ergeben sich, wenn der deutsche Gesetzgeber im Bereich europarechtlich geprägter Rechtsbereiche auf nationale Rechtsbegriffe verweist (Hybrid-Begriff). Auch hier wird die Auffassung vertreten, dass der nationale Rechtsbegriff nunmehr europarechtlich zu verstehen ist. Dies kann im Einzelfalle auch bedeuten, dass der Begriff entgegen dem deutschen Recht europarechtliche Beschränkungen erzwingt (vgl für § 13 den Streit, ob der Begriff des Verbrauchers auf natürliche Personen beschränkt ist). Ein weiteres Problem besteht bei einer überschießenden nationalen Gesetzgebung, die die Umsetzung von Richtlinien auf Sachverhalte ausdehnt, die nicht in deren Anwendungsbereich liegen. Auch hier ergibt sich die Frage, ob die Auslegung im Bereich dieser überschießenden Gesetzgebung europarechtlich zu erfolgen hat oder ob es zu einer gespaltenen Auslegung kommt. Überwiegend wird bisher die Auffassung vertreten, dass eine gespaltene Auslegung zulässig sei (vgl statt Aller Palandt/Heinrichs Einl Rn 44). Allerdings kann sich bereits aus innerstaatlichem Recht das Gebot zu einer einheitlichen und damit europarechtskonformen Auslegung ergeben.

In gleicher Weise wie die grammatische Auslegung ist auch die historische, die systematische und die teleologische Auslegung europarechtskonform vorzunehmen. Dabei hat iRd Argumentation nach dem Sinn und Zweck der Norm das Gemeinschaftsrecht eine überragende Bedeutung. Insbes bei Richtlinien ergibt sich aus den vorangestellten Erwägungsgründen in der Regel eine Fülle von Ansatzpunkten, um den Zweck der Richtlinie und damit des gesamten Normenkomplexes zu verdeutlichen. Darüber hinaus wird in der Rspr des EuGH iRd teleologischen Auslegung vor allem auch der *effet utile* herangezogen und betont. Dies bedeutet, dass das Gemeinschaftsrecht so auszulegen ist, dass es seine volle gemeinschaftsrechtliche Wirkung entfalten kann. Es handelt sich bei diesem Auslegungskriterium also um den Grundsatz der Effektivität der Auslegung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht. Ziel ist die praktische Durchsetzung einheitlicher und gemeinschaftsrechtlicher Positionen.

Umfassend und vertiefend zur europäischen Privatrechtsentwicklung (mit umfangreichen Nachweisen) zuletzt *Gebauer/Wiedmann* Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 1. Aufl 2005; *MüKo/Säcker* 4. Aufl Einl Rn 186 ff; grundlegend ferner *Roth*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 25 ff.

**G. Anwendung, Auslegung und Fortbildung des Privatrechts. I. Das klassische Subsumtionsmodell.** Rechtsanwendung ist ohne ein methodisches (also kontrolliertes und kontrollierbares) Vorgehen nicht denkbar. Anderenfalls könnte Rechtsanwendung weder Rechtssicherheit gewähren noch gerichtliche Überprüfung ermöglichen. Dem Missbrauch des Rechts wäre Tür und Tor geöffnet, wie „die unbegrenzte Auslegung“ (*Rüthers*) in der NS-Zeit gezeigt hat. Eine wissenschaftlich kontrollierbare Rechtsanwendung geht bis heute vom klassischen Subsumtionsmodell aus. Dies bedeutet, dass ein Rechtssatz (also eine normative Regelung, ein Sollen) einem tatsächlichen Geschehen (Sachverhalt, Tatfrage, Sein) ggü gestellt wird. Anschließend wird iRd Syllogismus als eines logischen Schlussverfahrens aus der Gegenüberstellung des Rechtssatzes (Obersatz) und des Sachverhalts (Untersatz) ein Schlusssatz gefolgert. Dieser Schlusssatz ist die Rechtsfolge, die Konsequenz oder das Urteil aus der vorgenommenen Rechtsanwendung im konkreten Fall. Die dabei vorgenom-

mene Subsumtion stellt einen Vergleich und eine Annäherung von Obersatz und Untersatz durch Definitionen, Auslegung und Konkretisierung des Obersatzes dar, bis letztlich das Enthaltensein des Untersatzes im Obersatz (oder dessen Negation) evident feststellbar wird. Daraus ergeben sich die für jede Rechtsanwendung klassischen Fragen und konkreten Konsequenzen. Es muss im Einzelfall ein passender Obersatz aus dem Gesamtstoff des Rechts gefunden werden. Dieser muss ausgelegt, konkretisiert und notfalls im Wege der Rechtsfortbildung hergestellt werden. Ferner bedarf es der Ermittlung des konkreten Sachverhalts, dessen wesentliche Sachverhaltsteile dem rechtlichen Merkmal gegenüberzustellen sind. Der sodann zu ziehende logische Schluss und damit die Erzielung der Rechtsfolge bildet den Abschluss der Rechtsanwendung.

38 Insgesamt ist das klassische Modell der Rechtsanwendung universell einsetzbar und zeitlos. Die wissenschaftliche Diskussion über die Methoden im Recht hat allerdings gezeigt, dass es eine zwingende Methodensicherheit und Richtigkeitsgewähr nicht gibt und nicht geben kann. Richterliche Entscheidung ist nicht endgültig und zwingend vorprogrammiert. Die eigentliche Streitfrage besteht darin, wie groß der freie richterliche Spielraum ist und wie weitgehend die Bindung an das Gesetz erfolgen kann.

39 **II. Die Rechtsgrundlagen: Norm und Richterrecht.** Gem Art 20 III GG besteht für die Exekutive und die Judikative eine generelle Bindung an Gesetz und Recht. Damit ist es zwingend die Aufgabe jedes Rechtsanwenders, das im konkreten Fall einschlägige Recht aufzusuchen. Dieses einschlägige Recht ist jedenfalls das gesetzte Recht, also jeder durch staatlich geregeltes oder anerkanntes Verfahren geschaffene normative Satz. Hinzu kommt zwingend das Gewohnheitsrecht, also das nicht förmlich gesetzte, sondern durch längere tatsächliche Übung entstandene Recht, wobei die Übung eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muss, und die Norm von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt werden muss (BVerfGE 22, 121). Neben dem gesetzten Recht und dem Gewohnheitsrecht werden richterrechtliche Entwicklungen bis heute allgemein nicht als Rechtsquelle anerkannt, sondern sie bilden nur eine Rechtserkenntnisquelle (Ausnahme § 31 BVerfGG). Auch wenn die faktisch sehr große Bedeutung des Richterrechts unbestritten ist, hat diese theoretische Position der Ablehnung von Richterrecht als Rechtsquelle wichtige Bedeutung: So kann die Rspr durch spätere Entscheidung eine frühere Auffassung jederzeit abändern, es entsteht dabei kein Rückwirkungsproblem, eine richterliche Entscheidung bedarf niemals der Aufnahme ins BGBL. (Ausnahme Entscheidungen des BVerfG nach § 31 BVerfGG) und es gibt nach deutschem Recht keine strikte Präjudizienbindung. Das Aufsuchen der entscheidungserheblichen Rechtsnorm führt insbes auch zu der Problematik des Vorrangs von Rechtsnormen, also zur **Normenpyramide**. Nach anerkannter Auffassung sind zunächst die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art 25 GG) sowie das Völkergewohnheitsrecht zu beachten, sodann das Recht der Europäischen Union, weiterhin deutsches Bundesverfassungsrecht und erst danach das formelle Bundesrecht (Bundesgesetze, Gewohnheitsrecht, EMRK). Im Rang nach dem formellen Bundesrecht kommt sodann das materielle Bundesrecht (Verordnungen, Satzungen) und anschließend das Landesrecht (vgl Art 31 GG), also die jeweilige Landesverfassung, die Landesgesetze und schließlich Verordnungen und Satzungen eines Landes.

40 **III. Die Auslegung: Das richtige Normverständnis.** Die Auslegung einer Norm bedeutet, den Sinngehalt des jeweiligen Rechtssatzes richtig zu erfassen. Dabei helfen allgemeine und anerkannte Auslegungsgrundsätze. Seit Savigny ist es üblich, die vier klassischen Auslegungsgrundsätze der grammatischen, historischen, systematischen und der teleologischen Auslegung zu trennen. Ausgangspunkt einer Auslegung ist stets der Wortlaut, der Wortsinn und der Satzbau einer Norm (grammatische Auslegung). Dabei helfen Legaldefinitionen sowie ein häufig vorhandener spezieller juristischer Sprachgebrauch, aber auch der allgemein übliche Sprachgebrauch, auf den die Rspr teilweise zurückgreift (vgl BGH NJW 82, 1278 mit Zitat aus dem Duden). Von Bedeutung ist weiterhin die historische Auslegung, insbes die Entstehungsgeschichte der Norm und die dabei niedergelegten Gesetzesmaterialien. Diese Auslegung ist allerdings niemals alleiniger Maßstab, da nach ganz hM im Konfliktfalle der objektivierte Wille des Gesetzgebers gilt, also eine objektive Normauslegung vorzuziehen ist. Ein wichtiger und selbstverständlicher Auslegungsgrundsatz ist der Systemzusammenhang, der dem Rechtsanwender vielerlei Hinweise geben kann. Das beginnt bei amtlichen Überschriften, bei gleichen Begriffen an verschiedenen Stellen, bei Schlussfolgerungen aus der Stellung innerhalb eines Gesetzbuchs, eines Rechtsgebiets oder umliegender Normen. Ferner können Schlussfolgerungen a minore ad maius sowie ein Umkehrschluss oder die Feststellung, dass bei anderer Auslegung eine benachbarte Norm überflüssig würde, typische systematische Folgerungen erlauben. Von zentraler praktischer Bedeutung bei der Auslegung ist die teleologische Auslegung, die also nach Sinn und Zweck einer Norm fragt. Dabei geht es stets um den Gesetzeszweck, nicht um die Interessen der beteiligten Personen. IRd Auslegung nach dem Gesetzeszweck sind auch allgemeine Rechtsprinzipien zu berücksichtigen, ebenso kann eine Folgenabschätzung berücksichtigt werden.

41 Zusätzlich zu den genannten vier klassischen Auslegungsmodalitäten ist auch die verfassungskonforme Auslegung zu berücksichtigen, die sich aus der Überordnung der Verfassung über das formelle Gesetzesrecht ergibt (s.o. Rn 39). Weiterhin ist die europarechtskonforme bzw richtlinienkonforme Auslegung zu beachten (s.o. Rn 35). Schließlich wird manchmal auch von der sog berichtigenden Auslegung gesprochen. Dabei handelt es sich nicht mehr um Auslegung im klassischen Sinn, sondern bereits um einen Schritt in Richtung auf die

Rechtsfortbildung. So wird nicht selten der Wortlaut einer Norm durch teleologische Reduktion oder teleologische Extension eingeengt oder ausgeweitet.

**IV. Die Arbeit am Sachverhalt: Die Tatfrage.** Der konkrete Sachverhalt bildet den Untersatz des Syllogismus iRd klassischen Subsumtionsmodells (s.o. Rn 37). Neben der Auffindung der einschlägigen Rechtsgrundlagen und ihrer Auslegung bedarf es also auch regelmäßig einer umfangreichen Sachverhaltsarbeit. Dabei sind insbes drei Schritte zu beachten, nämlich die Auswahl und Konkretisierung des Sachverhalts nach seiner rechtlichen Relevanz, sodann die beweismäßige Feststellung dieses Sachverhalts (Überzeugungsbildung des Richters) sowie die Würdigung des bewiesenen relevanten Sachverhalts im Hinblick auf die vorhandenen Normen. Trotz dieser engen Verknüpfung von Rechtsfrage und Tatfrage iRd Subsumtion bedarf es einer strikten Trennung beider Bereiche. Dies wird insbes bei der Beweislast sowie in der Revisionsinstanz als einer reinen Rechtsinstanz deutlich. 42

**V. Die Rechtsfortbildung.** Es ist heute allgemein anerkannt, dass jedes Gesetz notwendigerweise lückenhaft ist. Das betrifft insbes die offenen Gesetzeslücken (Formulierungslücke) sowie die verdeckten Gesetzeslücken (planwidrige Wertungslücke). Solche Gesetzeslücken können im Normtext von Anfang an enthalten sein, sie können sich aber auch durch spätere Entwicklungen ergeben. Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot an den Richter, eine Entscheidung in jedem Rechtsstreit zu treffen, ergibt sich zwangsläufig die Aufgabe, auch Rechtsfortbildung iSe Lückenschließung zu betreiben. Dabei kommt insbes eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung, vor allem durch Analogie in Betracht. Voraussetzung für eine Analogie ist das Vorliegen einer Regelungslücke, die planwidrig ist, sowie eine Analogiebasis und ein Analogieschluss. Daneben ist auch eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung zulässig (Rechtsfortbildung präter legem bzw extra legem, aber intra ius). Eine solche Rechtsfortbildung ist im Bedarfsfalle von jedem Richter zu leisten (vgl §§ 511 IV, 553 II, 574 II ZPO, § 132 IV GVG). Die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung stellt eine Fortbildung contra legem dar. Allerdings ist im Einzelfall die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung nur sehr schwer zu ziehen. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gewaltenteilung, der Gesetzesbindung sowie die aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes bedarf es aber trotz aller Schwierigkeiten einer Abgrenzung von zulässiger Rechtsfortbildung und verbotener Fortbildung contra legem. 43