

Prof. Dr. Georg Bitter
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Vorlesung BGB AT

Grundzüge zivilrechtlicher Methodik

www.georg-bitter.de

VORLESUNG BGB AT
Methodenlehre

Thematischer Überblick

- Was ist, wozu dient „Methodik“?
- Rechtsfindung aus abstrakten Rechtssätzen
- Subsumtion
- Auslegung von Gesetzen
- Juristische Schlussformen

Methodik ist die Gesamtheit der in einer Fachwissenschaft angewandten Methoden.

- Methode (gr. *méthodos*, „das Nachgehen“, „das Verfolgen“) ist ein planmäßiges Verfahren zum Gewinnen von Ergebnissen.
- Der Gegenstand bestimmt die Methode, hier also: das (Zivil-)Recht.

- die Gesamtheit der Normen eines Gemeinwesens
→ Menschliche Verhaltensregelungen
- verwirklichte Verhaltensregelung
→ Anwendung und Durchsetzung der gesetzlichen Regeln
- Lösung von Gerechtigkeitsfragen
(„*ius est ars boni et aequi*“ – Digesten 1,1,1 [Sammlung römischer Rechtsschriften])
- im Zivilrecht insbesondere:
Güterverteilung und Interessenausgleich
→ Friedensordnung

- Das BGB stellt – wie das gesamte deutsche Recht – abstrakte Regeln auf.
- Lebenssachverhalte (das, was konkret geschehen ist) werden vom Rechtsanwender darauf überprüft, ob sie den abstrakten Regeln unterfallen.
- Abstrakte Regeln und darauf beruhende konkrete Entscheidungen müssen von den Rechtsunterworfenen als richtig und gerecht empfunden werden, damit sie Befolgung verlangen und friedensstiftende Wirkung entfalten können.

- Begründbarkeit und Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen
 - Legitimation gegenüber Rechtsunterworfenen
- keine bloße Entscheidung nach dem Gerechtigkeitssinn des Rechtsanwenders
 - Selbstkontrolle der Entscheidungsträger
- Berechenbarkeit von Entscheidungen
 - Rechtssicherheit
- Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips und Willkürverbots (Artt. 20 III, 28 I, 3 I GG)
 - Schutz vor staatlichem Rechtsmissbrauch

1. Ermittlung des tatsächlichen Geschehens (konkret)
2. Auffinden der möglicherweise einschlägigen Rechtsnorm (abstrakt)
3. Abgleich des tatsächlichen Geschehens mit der Rechtsnorm (Subsumtion)
4. Schlussfolgerung für das konkrete Geschehen (Entscheidung)

! Nur, wenn die Prämissen (1. – 3.) richtig gesetzt sind, führt der logische Schluss (4., Syllogismus) auch zum richtigen Ergebnis.

[zum Prüfungsaufbau vgl. Folien 28 ff. zur Vorlesung BGB AT – Allgemeine Rechtsgeschäftslehre]

- „(Wenn) ...*Voraussetzung(en)*..., (dann) ...*Rechtsfolge*...“
z.B. §§ 267 I 1, 117 I, 271 I, 286 I 1, 550 S. 1, 362 I, 146, 605 Nr. 1, 961, 138, 965 I BGB
- Voraussetzungen einer Norm = Tatbestand
- im ZivilR von besonderer Bedeutung: *Anspruchsgrundlagen*
z.B. §§ 280 I 1, 1004 I 1 und 2, 823 I, 433 I 1, II, 535 I 1, II, 985 BGB

- **Legaldefinitionen** (Begriffsbestimmungen durch das Gesetz)
 - ausgeschrieben, z.B. §§ 90, 90a S. 1, 276 II, 312c I und II, 1591, 1592 BGB
 - als Klammerdefinition, z.B. §§ 121 I 1, 184 I, 651a I 1, 1922 I, 1939 BGB
- **Vermutungen** (helfen über Schwierigkeiten bei der Sachverhalts-ermittlung hinweg)
 - widerleglich, z.B. §§ 1006 I 1, 280 I BGB
 - unwiderleglich, z.B. § 1566 II BGB
- **Fiktionen** (unterstellen, was tatsächlich nicht der Fall ist)
 - stets unwiderleglich, z.B. §§ 142 I, 892 I 1 BGB
- **Verweisungen** (vermeiden Wiederholungen)
 - auf andere Vorschriften, z.B. §§ 168 S. 3, 186, 200 S. 2, 312g I, 865, 948 I, 1192 I BGB
 - auf einzelne Tatbestandsvoraussetzungen oder Rechtsfolgen, z.B. §§ 146 Alt. 2, 280 II, III, 437 Nr. 1–3, 932 I 1 BGB

- Unterordnung des Sachverhalts unter den Tatbestand einer Rechtsnorm
 - **Kern der juristischen Tätigkeit**
 - im Gegensatz zur Schlussfolgerung (einfacher Syllogismus) äußerst fehleranfällig
 - schwierig vor allem bei
 - nicht klar umrissenen Begriffen (z.B. Windkraftanlage = *Gebäude* i.S.v. § 94 BGB?) und
 - Abstrakta (Darlehen zu Zinssatz von 20% = *sittenwidrig* i.S.v. § 138 BGB?)
- ⇒ Auslegung des Gesetzes erforderlich

- Abstrakte Normen bedürfen der Interpretation (Bedeutungsfindung), bevor ein konkreter Sachverhalt darunter subsumiert werden kann.
- Ziel der Auslegung str.: Erforschung des Willens des Gesetzgebers (subjektive Auslegung) oder des Willens des Gesetzes (objektive Auslegung)?
 - ⇒ Wo liegt die Grenze zur richterlichen Rechtsfortbildung?
- wegen unvermeidlicher begrifflicher Unschärfe keine exakte Methode zur Wahrheitsfindung

- schwierig insbesondere bei Generalklauseln (z.B. §§ 138, 242, 307, 826 BGB)

Beispiel: AGB eines Mobilfunkdienstleisters

„Ein Guthaben, dessen Übertragung auf das Guthabenkonto mehr als sechs Monate zurückliegt, verfällt, sofern es nicht durch eine weitere Aufladung, die binnen eines Monats nach Ablauf der sechs Monate erfolgen muss, wieder nutzbar gemacht wird“,

Frage: Wird der Kunde i.S. von § 307 I, II Nr. 1 BGB *treuwidrig unangemessen benachteiligt*? (Vgl. OLG München NJW 2006, 2416.)

- bei Gründen für und wider eine bestimmte Auslegung kein absolut richtiges Ergebnis möglich
 - hermeneutische Wissenschaft (auf das Verstehen, Auslegen und Erklären von Texten gerichtet), keine Naturwissenschaft

- stattdessen Wertung zugunsten der besseren Gründe
 - Legitimationsproblem
 - Auslegungsregeln, um Entscheidung (so weit wie möglich) in rationale Bahnen zu lenken

- **vier anerkannte Auslegungskriterien** (BGH ZIP 2018, 876 [Rn. 34])

1. Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung)
2. Regelungszusammenhang (systematische Auslegung)
3. Normgeschichte (historische/genetische Auslegung)
4. Normzweck (teleologische Auslegung)

Beispiel 1: BGHZ 214, 94 = ZIP 2017, 660 (Rn. 37 ff.): Kündigung eines Bausparvertrags in der Ansparphase durch eine Bausparkasse gemäß § 489 I Nr. 2 BGB

Beispiel 2: BGHZ 217, 92 = ZIP 2018, 236 (Rn. 19 ff.): „Entfernung“ der Sache i.S.v. § 562a BGB bei vorübergehender Ausfahrt eines Fahrzeugs

- *davon zu unterscheiden*: Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen ⇔ §§ 133, 157 BGB
[siehe Folien 110 ff. zur Vorlesung BGB AT – Allgemeine Rechtsgeschäftslehre]

➤ Vorrang des *fachsprachlichen* Wortsinns

- Legaldefinitionen (Folie 9)
- Rechtsprechung und Literatur,
 - z.B. § 119 II BGB („verkehrswesentliche Eigenschaft“),
 - § 434 I BGB („Beschaffenheit“), § 812 I 1 BGB („Leistung“),
 - § 323 V 2 BGB („unerheblich“, dazu BGHZ 201, 290)

vor dem *allgemein-sprachlichen* Wortsinn

➤ keine Auslegung über die allgemein-sprachliche Wortbedeutung hinaus (Wortlautgrenze; BGHZ 197, 21 = ZIP 2013, 766 [Rn. 41]; str.)

- ⇒ evtl. Analogiebildung (dazu Folien 37 ff.)
- ⇒ evtl. richtlinienkonforme Rechtsfortbildung (dazu Folien 25 ff.)

➤ Ermittlung des juristischen Wortsinns durch Bildung von Extremfällen, Fallvergleich, Näherung

„Zugang“ i.S. von § 130 I 1 BGB

- Verfassen der Willenserklärung (–)
- Lesen durch Empfänger (+)
- Einwurf in dessen Briefkasten (+/–)

„Gebäude“ i.S. von § 94 I 1 BGB

- Haus (+)
- Hundehütte (–)
- Windmühle (+)
- Windkraftanlage (+/–)

➤ Bedeutungswandel möglich im historischen und sozialen Gefüge (z.B. „sittenwidrig“ – §§ 138, 826 BGB)

➤ amtliche Überschrift ist (als Schlagwort) nicht entscheidend, jedenfalls nicht im Vergleich zum klaren Normtext (BGH ZIP 2018, 876 [Rn. 37 ff.]

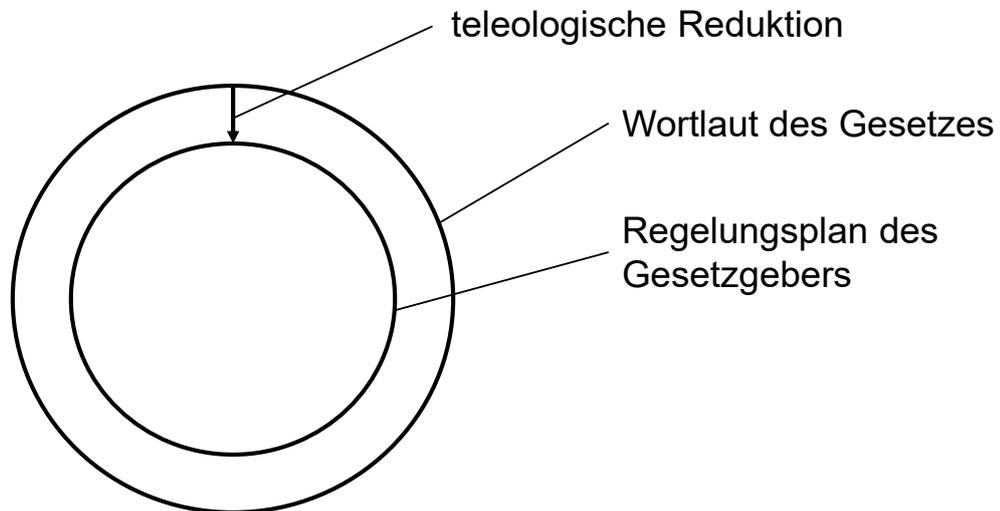
- Normumgebung
 - § 823 I 1 BGB: „sonstiges Recht“ = absolut geschütztes Rechtsgut
 - §§ 985, 986 I 1, 987 ff. BGB: „Besitzer“ = nichtberechtigter Besitzer
- Stellung im Gesetz
 - §§ 651a ff. BGB: in Buch 2, Abschn. 8, Titel 9 über den „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ geregelt, deshalb beim „Erbringen“ der Reiseleistungen *Erfolg* geschuldet
- Speziellere Vorschrift (*lex specialis*)
 - §§ 434 ff. BGB: verdrängen in ihrem Anwendungsbereich §§ 119 II, 121 BGB
 - § 312g II Nr. 10 BGB: Ausnahmecharakter gebietet enge Auslegung;
reine Internet-Auktion keine „Versteigerung“ i.S.v. § 156 BGB → § 355 I 1 BGB (+)
- Einheit der Rechtsordnung
 - Vermeidung von Widersprüchen, Harmonisierung
 - § 826 BGB: „vorsätzlich“: wie im Strafrecht genügt bedingter Vorsatz

- Entstehungsgeschichte (RefE, RegE, Beschlussempfehlungen der Ausschüsse, Protokolle)
 - instruktiv BGHZ 214, 94 = ZIP 2017, 660 (Rn. 42 ff.)
- Entstehungskontext (Vorgeschichte, Gesetzesänderungen)
 - Kodifikation oder Korrektur von Rechtsprechungsgrundsätzen?
(vgl. BGHZ 146, 264, 271 ⇔ § 19 II 2 InsO i.d.F. des MoMiG)
- Entwicklungsgeschichte (Rechtsprechung, gesellschaftliche Veränderungen, „Wandel der Normsituation“)
- Bindungswirkung der Gesetzesbegründung str.:
„verobjektiviertes Normverständnis“ ⇔ offene Rechtsfortbildung (Folie 19)

- konkreter Gesetzeszweck (z.B. § 766 S. 1 BGB: Übereilungsschutz)
- abstrakter Gesetzeszweck (Gerechtigkeit, Effektivität, Praktikabilität)
- Ziel des Gesetzgebers maßgeblich, nicht „verobjektivierter Gesetzeszweck“ (str.; a.A. BGHZ 197, 21 = ZIP 2013, 766 [Rn. 37]) → ggf. Rechtsfortbildung in den Grenzen des Art. 20 III GG
- im Zweifel Vorrang des Normzwecks vor anderen Auslegungskriterien
- Grenzen: Wortlaut, eindeutiger gesetzgeberischer Wille (BGHZ 178, 355 = NJW 2009, 1068 [Rn. 17]; BGHZ 197, 21 = ZIP 2013, 766 [Rn. 41])
- Grenze: einseitige Übergewichtung von Einzelmotiven des Gesetzgebers (BGHZ 202, 59 gegen BAGE 139, 235: keine Ausdehnung des Bargeschäftsprivilegs aus § 142 InsO zum Schutz der Arbeitnehmer und zu Lasten der übrigen Gläubiger)
- Normzweck bedeutsam für teleologische *Reduktion* und *Extension*

- teleologische *Reduktion* (einschränkende Auslegung):
 - vom Wortlaut erfasster Fall wird aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen, weil er kein entsprechendes Regelungsbedürfnis auslöst ⇒ Grafik b.w.
 - setzt eine ungewollt fehlende Begrenzung des Tatbestands voraus (BGHZ 202, 302 [Rn. 13]: „verdeckte Regelungslücke“; vgl. zur Analogie Folie 37)
 - z.B. kein Haftungsprivileg für Minderjährige nach § 828 II 1 BGB, wenn Unfall sich im *ruhenden* Verkehr ereignet
 - unterscheide: über den Regelungswillen des Gesetzgebers hinausgehender Wortlaut ⇔ Fehler in der Willensbildung des Gesetzgebers (dann evtl. normbegrenzende Rechtsfortbildung); vgl. BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 – Quelle

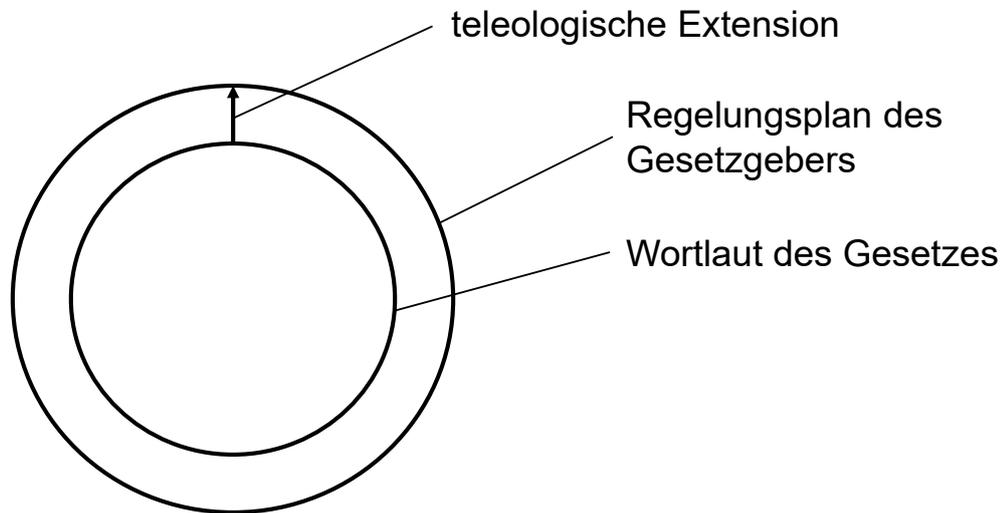
➤ teleologische *Reduktion* (einschränkende Auslegung):



➤ teleologische *Extension* (erweiternde Auslegung):

- Wortlaut wird so weit verstanden, dass auch solche Fälle erfasst werden, die bei engem Verständnis nicht darunter fallen würden, für die aber ein entsprechendes Regelungsbedürfnis besteht ⇒ Grafik b.w.
- z.B. Anfechtungsrecht nach § 119 II BGB auch bei Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaft eines nicht-körperlichen Gegenstands (entgegen dem Wortlaut des § 90 BGB): Kauf einer vermeintlich durch Bürgschaft besicherten Forderung
- Unterscheide: Wortlaut bleibt hinter der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zurück ⇔ fehlende Regelungsabsicht (dann evtl. Rechtsfortbildung durch Analogie; vgl. Folien 37 ff.)

- teleologische *Extension* (erweiternde Auslegung):



- Einfachgesetzliche Vorschriften müssen so weit wie möglich im Sinne des höherrangigen Rechts ausgelegt werden.
 - ⇒ z.B. §§ 535 I 2, 538, 541 BGB, Art. 5 I 1 Hs. 2 GG – Duldung einer Parabolantenne (BVerfGE 90, 27; BGH NJW 2006, 1062)
- bei Unmöglichkeit verfassungskonformer Auslegung (z.B. wegen eindeutigen Wortlauts)
 - ⇒ Gericht muss die Norm dem BVerfG zur Entscheidung über die Vereinbarkeit mit dem GG vorlegen (Art. 100 I GG).

- betrifft die Auslegung von Vorschriften, die auf europäisches Gemeinschaftsrecht zurückgehen (Art. 288 AEUV)
- Auslegung erfolgt im Einzelnen nach nationaler Methodik (beispielhaft BGH NJW 2005, 53; ZIP 2017, 725 [Rn. 33 ff.]; siehe auch BGH NJW 2021, 1008 [Rn. 28: innerstaatliche Rechtstradition als Grenze])
- Auslegung nach nationalem Recht hat sich *so weit wie möglich* am Wortlaut und Zweck der umzusetzenden Richtlinie zu orientieren (EuGH Slg. 2006, I-6057 = NJW 2006, 2465 [Rn. 108 ff.] – Adeneler)
- keine europarechtliche Bindung, soweit der Sachverhalt außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie steht (zu „Null-Prozent“-Verbraucherkrediten *Schürnbrand*, ZIP 2015, 252)

- keine Auslegung *contra legem*, wenn nationaler Gesetzgeber ausdrücklich von den Richtlinienvorgaben abweicht (selten; vgl. BGH NJW 2006, 3200 [Rn. 12 ff.] m. Anm. *Lorenz*; EuGH NJW 2008, 1433 [Rn. 18 ff.] – Quelle; BGH NJW 2021, 1008 [zu § 475 Abs. 2 BGB a.F. ⇒ Folie 31])
- aber nach nationalem Recht zulässige Rechtsfortbildung ist geboten (BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 – Quelle ⇒ Folien 28 f.; BGH JZ 2012, 468 [Rn. 28 ff.] m. krit. Anm. *Höpfner*; instruktiv BGHZ 207, 209 [Rn. 34 ff.]; *Maier*, ZIP 2015, 1156, 1161 ff.)
- bei fehlender Möglichkeit europarechtskonformer Auslegung bleibt die nationale Vorschrift anwendbar (Beispiel: BGH NJW 2021, 1008: § 475 Abs. 2 BGB a.F.), aber der Betroffene hat gegen den Mitgliedstaat einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung des EU-Rechts (EuGH ZIP 2019, 1185, 1188 [Rn. 60])

- keine Vorlagepflicht zum EuGH, falls eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich wäre, ohne die Grenzen der verfassungsrechtlichen Bindung des Richters an das Gesetz zu überschreiten (BVerfG ZIP 2013, 924; BGH NJW 2021, 1008, Rn. 47)

- Fall: Käuferin K bestellt beim Versandhandel V im Sommer 2007 ein Herd-Set zum Preis von 500 Euro. Es wird im August 2007 geliefert. Im Januar 2008 stellt K fest, dass sich an der Innenseite des zu dem Herd-Set gehörenden Backofens die Emaille-Schicht abgelöst hat. Eine Reparatur ist nicht möglich. Die Verkäuferin ist zur Lieferung eines neuen Gerätes nur gegen Zahlung eines Nutzungsentgeltes von 70 Euro bereit. Dieses Entgelt entspreche der zeitanteiligen Nutzung des Altgerätes von August 2007 bis Januar 2008.
- AGL für den Nachlieferungsanspruch: §§ 437 Nr. 1, 434, 439 BGB
- Gegenanspruch auf Wertersatz gem. § 439 V i.V.m. § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB?
- Wertersatz inzwischen ausgeschlossen nach § 475 III 1 BGB (= § 474 V 1 BGB i.d.F. vom 13.6.2014)

- Art. 3 der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG
 - (1) ...
 - (2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder ...
 - (3) Zunächst **kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen**, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.
Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn ...
Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muß innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.
 - (4) Der Begriff "unentgeltlich" in den Absätzen 2 und 3 umfaßt die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.

- Fall: Käufer tritt wegen Mängeln der Kaufsache nach §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB vom Kaufvertrag zurück, ohne dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung i.S.v. § 323 I BGB gesetzt zu haben.
- Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG kennt ein Fristsetzungserfordernis nicht, sieht aber vor, dass „die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung innerhalb einer angemessenen Frist [...] zu erfolgen hat“ und der Käufer u.a. Vertragsauflösung verlangen kann, „wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat.“ (Rn. 26)
- keine richtlinienkonforme (gänzliche) Reduktion des Fristsetzungserfordernisses, da der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht verändert werden darf (Rn. 47)

- Fall: Der Verbraucher erwirbt ein gebrauchtes KFZ bei einem Unternehmer. Die Gewährleistungsfrist (§ 438 BGB) wird in den AGB des Verkäufers auf ein Jahr verkürzt. Eine nach Ablauf der Jahresfrist erhobene Klage wird abgewiesen.
- Nach nationalem Recht zulässige Verkürzung der Verjährungsfrist wegen § 475 Abs. 2 BGB a.F. bzw. später § 476 Abs. 2 BGB (Rn. 18)
- Verkürzung verstößt aber gegen Art. 5, 7 der (früheren) Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG (Rn. 19 ff.)
 - anders nunmehr die Richtlinie (EU) 2019/771 (Rn. 24)
- keine europarechtskonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung in dem Sinne möglich, dass die Vorschrift ersatzlos entfällt oder die Haftungsdauer (statt der Verjährung) auf ein Jahr verkürzt werden kann (Rn. 25 ff., insbes. Rn. 30 ff.)

- arg. **e contrario** (lat. „aus dem Gegenteil“): Umkehrschluss
 - baut häufig auf einer unbenannten – aber für die Wahrheit des Ergebnisses entscheidenden! – Prämisse auf
 - z.B. Formfreiheit im Zivilrecht: einzelne Verträge und Willenserklärungen unterliegen einem Formerfordernis (z.B. §§ 311b I 1, 518 I 1, 766 S.1, 2247 I BGB), alle anderen deshalb nicht
 - Prämisse: das Gesetz regelt die Frage der Formbedürftigkeit abschließend
 - problematisch vor allem bei Aufzählungen: abschließend (dann Umkehrschluss möglich) oder beispielhaft (dann allenfalls Analogieschluss)
 - z.B. §§ 281 II, 323 II BGB: Nachfristsetzung entbehrlich beim relativen Fixgeschäft?

- arg. **ad absurdum** (lat. „ins Ungereimte“): Widerlegung des kontradiktorischen Gegenteils
- Widerlegung kann logisch zwingend oder bloß wertend sein (in letzterem Fall häufig *petitio principii* – Vorwegnahme des Ergebnisses)
 - z.B. §§ 358, 359 BGB a.F.: wenn unentgeltliche Darlehensverträge nicht erfasst sind, dann kann der Kreditgeber durch seine Vertragsgestaltung über die Rechte des Verbrauchers bestimmen (so Müller, WM 2015, 701 ff. gegen BGHZ 202, 302; wie Müller jetzt §§ 358 II, 359, 515 BGB n.F.)
→ wertende Widerlegung
 - z.B. §§ 1000 S. 1, 994 ff., 986 I 1 BGB: wenn das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 ein Recht zum Besitz i.S.v. § 986 I 1 gäbe, entfielen die Voraussetzungen des Anspruchs aus §§ 994 ff. (nämlich der besitzrechtslose Besitz) und damit auch das Zurückbehaltungsrecht
→ logische Widerlegung

- arg. **a maiore ad minus** (lat. „vom Größeren auf das Kleine“): das Mehr umfasst das Weniger
- logisch zwingend nur, wenn das Verhältnis vom Mehr zum Weniger ebenfalls logisch und nicht wertend ist
 - z.B. §§ 314, 543, 626 BGB: wer außerordentlich fristlos kündigen darf, ist auch zur befristeten Kündigung berechtigt, die weniger belastend wirkt
 - häufig fehlbezeichnetes arg. **a fortiori** (dazu Folie 36), z.B.: wer ein Wegerecht für seinen Traktor hat, dürfe das Nachbargrundstück „erst recht“ mit dem Motorrad überqueren

- arg. **a minore ad maius** (lat. „vom Kleineren auf das Große“)
 - logisch zwingend nur für negative Aussagen
 - z.B. Haftung im Gefälligkeitsverhältnis:
Die aus §§ 521, 599, 690 BGB geschlossene Aussage, der Gefällige hafte immer nur für grobe Fahrlässigkeit, ist falsch, weil das Auftragsrecht (§§ 662 ff. BGB) im Gegensatz zu Schenkung, Leihe und unentgeltlicher Verwahrung kein Haftungsprivileg enthält.
 - ⇒ Examensfall von *Jotzo*, JuS 2019, 622, 627: Haftungsprivileg für den Gefälligen?
 - Schluss aus positiver Aussage zumeist fehlbezeichnetes arg. **a fortiori** bzw. verdeckter Analogieschluss (s. Folien 36, 39)

- arg. **a fortiori** (lat. „vom Stärkeren“): „Erst-Recht-Schluss“
 - nicht logisch zwingend, sondern wertend
 - z.B. fehlendes Erklärungsbewusstsein: wer nach § 118 BGB nicht gebunden wird, obwohl er bewusst den Tatbestand einer Willenserklärung setzt, könne „erst recht“ nicht gebunden sein, wenn ihm dieses Bewusstsein fehlt
 - ABER: nach § 116 I BGB stehen nicht erkennbare Willensmängel der Wirksamkeit einer Erklärung nicht entgegen, und § 118 BGB ist im Hinblick auf den Verkehrsschutz des BGB Ausnahmenvorschrift
 - Gleichbehandlungsproblem
 - verdeckter Analogieschluss
 - ALLERDINGS: Anfechtungsrecht *analog* § 119 I BGB („erst recht“; Folie 34)

➤ **arg. *a simile*** (lat. „vom Ähnlichen“): Analogieschluss

- führt zur entsprechenden Anwendung einer Rechtsnorm auf einen nicht geregelten Fall (Wertung! - nicht zwingend)
- Voraussetzungen:
 1. **planwidrige Regelungslücke** (unbewusst nicht geregelter Sachverhalt)
 2. **vergleichbare Interessenlage** wie beim normierten Fall

BGH ZIP 2018, 2018, 2023 (Rn. 58): „Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.“

➤ **Analogieschluss** (Fortsetzung)

- z.B. § 119 I BGB analog: Anfechtungsrecht nicht nur bei fehlendem Geschäftswillen, sondern auch schon bei fehlendem Erklärungsbewusstsein
- z.B. § 1004 I BGB analog: Da nach § 823 I BGB für die Verletzung nicht bloß des Eigentums, sondern aller absolut geschützten Rechtsgüter Schadensersatz zu leisten ist, muss ebenso nicht bloß der Eigentümer, sondern jeder Träger eines absoluten Rechts die Beseitigung und Unterlassung der Störung dieses Rechts verlangen können.
- keine Analogie zu spezialgesetzlichen Normen (str.),
z.B. § 350 HGB: keine Anwendung auf Kleinunternehmer, Freiberufler oder geschäftsführende Gesellschafter

➤ Analogieschluss (Fortsetzung)

- keine Analogie zu Ausnahmegesetzen (str.),
z.B. § 312g II Nr. 10 BGB: keine Anwendung auf „unechte“ Versteigerungen
(reine Internet-Auktionen)
- problematisch häufig bei Aufzählungen (abschließend oder beispielhaft?)
- vielfach als vermeintlich logischer „Erst-Recht-Schluss“ getarnt (Folien 34-36)
- steht im Spannungsfeld zwischen legitimer Rechtsfortbildung und unzulässiger richterlicher Rechtsetzung (dazu BVerfG NJW 2011, 836 [Rn. 52 ff.];
ZIP 2012, 1402 [Rn. 72 ff.]
→ Gewaltenteilung, Artt. 20 II, III, 28 GG
→ Methodenehrlichkeit verbietet Rechtsfortbildung im Kleid der Auslegung

© 2019-2021

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de