

NOMOSLEHRBUCH

Reimer

Juristische Methodenlehre

2. Auflage



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Franz Reimer,
Justus-Liebig-Universität Gießen

Juristische Methodenlehre

2. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3869-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8192-6 (ePDF)

2. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 2. Auflage

Das Gespräch über Juristische Methodenlehre nimmt wieder Fahrt auf. Das zeigen Bücher wie *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2017, *Jannis Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, *Thomas M.J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017 (2. Aufl. 2019), und *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, 2019. Unverändert das besondere Anliegen dieses Buches ist es, Hilfen zu geben für oft übergangene, aber ebenso oft entscheidende Schritte der Rechtsfindung: Klärung von Interessen- und Tatfragen, Identifikation einschlägiger Normen, Umgang mit Richterrecht, Nutzung von Spielräumen, Auflösung von Normkollisionen.

Für weiterführende Hinweise zur ersten Auflage danke ich vielen Leserinnen und Lesern aus Rechtswissenschaft und -praxis, namentlich Jens Adolphsen, Marietta Auer, Christian Baldus, Gabriele Britz, Hanjo Hamann, Horst Hammen, Jan Niklas Heinrich, Anna-Bettina Kaiser, Marcus Kreutz, José Maria Rodriguez de Santiago, Klaus Schönenbroicher, Margarete Spiecker, Paul Tiedemann und Markus Winkler. Bei der Neuauflage, die im Umfang nicht anwachsen sollte, habe ich mich auf die nötigsten Aktualisierungen und einige wenige Ergänzungen und Bereinigungen beschränkt. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte dabei das relevante Buch von *Effer-Uhe* und *Mohnert*, Psychologie für Juristen, 2019.

Ein herzlicher Dank für die umsichtige Vorbereitung der Neuauflage geht an Simone Gerner und Max Wördenweber, die Bitte um Anregungen und Kritik an Sie alle (franz.reimer@recht.uni-giessen.de). Gewidmet ist das Buch meiner Familie.

Gießen, September 2019

Franz Reimer

Aus dem Vorwort zur Erstaufgabe

In den unüberschaubaren Gebirgen des Rechts kann Juristische Methodenlehre ein Kompass sein, der die Orientierung erhöht. Für alle, die die Ebenen und Mittelgebirge des Grundstudiums hinter sich lassen und die Erste Prüfung vorbereiten, will dieses Buch ein solcher Kompass sein.

Den Ehrgeiz der Vollständigkeit hat es nicht. Die überbordende Literatur kann es nur ausschnittshaft dokumentieren. Viele der großen methodologischen Fragen – Logik und Rhetorik in der Rechtsanwendung, Tod und Auferstehung des Autors, Auslegung und Rechtsfortbildung, Kodifikation und Richterrecht – werden nur angetippt. Rechtsetzung und Rechtsgestaltung (Kautelarjurisprudenz), obwohl zu den schönsten Aufgaben von Juristinnen und Juristen gehörend, bleiben ausgeblendet. Völkerrecht, Kirchenrecht und sonstiges nichtstaatliches Recht können nur gelegentlich in Erinnerung gerufen werden. Schließlich bietet das Buch keine Methodenlehre für die *Rechtswissenschaft*, also für die im engen Sinne wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Recht; dies ist (unbeschadet aller Überschneidungen) die Domäne der Rechtswissenschaftstheorie.

Das Buch will vielmehr handlicher und handwerklicher Wegbegleiter sein. Sein Anliegen ist, Ihnen als Studierenden Handreichungen für typische Probleme aktueller Rechtsanwendung zu geben. Denn die Herausforderungen, denen eine bundesrepublikanische Juristin des 21. Jahrhunderts gegenübersteht, sind andere als jene, vor denen sich ein deutscher Jurist des 20. Jahrhunderts sah: Dort der häufig überschaubare Sachverhalt, hier oft das komplexe, unüberschaubare Geflecht von Vorgängen und Kommunikationen in pluralen Gesellschaften. Dort die als stabil und autark vorgestellte Kodifikation als Leitbild und Tätigkeitsfeld, hier ein fluides Recht, in dem Normsetzer unterschiedlicher Ebenen und Kodifikationen mit unterschiedlichen Regelungsanliegen für gleiche Sachverhalte konkurrieren. Dort informationshaltige, je für sich aussagekräftige Normtexte, hier Normtexte, die ihren Gehalt erst im Abgleich mit zahlreichen anderen Normtexten entfalten. Für die Rechtsanwendung heißt das: Sie ist mehr denn je Arbeit an Tatfragen (Rn. 67 ff.). Vor die Interpretation der Normen (des *Prüfungsmaßstabs*) schiebt sich als erhebliche Herausforderung die Interpretation des *Prüfungsgegenstands* (Rn. 132 ff.). Vor der Interpretation der einschlägigen Normen steht aber auch deren bewusste Identifikation (Rn. 164 ff.); dieser Zweisprung aus Identifikation und Interpretation gilt auch für Richterrecht (Rn. 454 ff.). Selbst die herkömmliche Interpretation geschriebenen Rechts verändert ihren Charakter, insoweit sie mehr und mehr von normtext- und kodifikationsexternen Gesichtspunkten beherrscht wird, etwa harmonisierender Interpretation in der Horizontalen und „konformer“ Interpretation in der Vertikalen (Rn. 629 ff.). Auf die Auslegung folgt häufig das Nutzen von Spielräumen; auch hierzu sollen Hinweise gegeben werden (Rn. 475 ff.).

Wie kann man mit diesem Buch arbeiten? Durch beharrliche Lektüre und Auseinandersetzung in der vorgegebenen Reihenfolge. Denn das Buch setzt auf den Zusammenhang von Verstehen und Anwenden. Falllösungshinweise heben hervor, welche Folgerungen besonders relevant für die universitäre Falllösung sind. Sie ergeben und erklären sich aber aus dem Zusammenhang, so dass im Zweifel das jeweils vorher Gesagte wichtiger, weil grundsätzlicher ist. Für die universitäre Falllösung ist das zurück- und ausblickende Kapitel G („Methodenlehre *revisited*“, Rn. 687 ff.) weniger erheblich; es will Anregungen zum Weiterdenken geben.

Aus dem Vorwort zur Erstauflage

Anhang I (Rn. 718 ff.) versucht mit Handreichungen zum Gutachtenstil, ein notorisches Problem in der universitären Lehr- und Prüfungspraxis durch Verdeutlichung der Grundgedanken zu entschärfen. Auch hier kommt es darauf an, dass Sinn und Vorteile des Gutachtenstils – im Vergleich zu Urteils- und Feststellungsstil – deutlich werden. Anhang II (Rn. 734) bietet ein kurzes Glossar, das Studierenden das Einfinden in die Begrifflichkeit der Methodenlehre erleichtern soll. Denn wie Jura insgesamt ist auch Methodenlehre eine Fremdsprache, die man lernen und üben muss: Sie hat ihr eigenes Vokabular und ihre eigene Grammatik. Hat man sie gelernt, so kann man sich mit mehr Menschen verständigen; und man gewinnt einen anderen Blick auf die Dinge. Daher verschont Sie das Buch auch nicht vor Fachausdrücken – von „Alternativität“ bis „Zirkel“ –, sondern will Sie ermutigen, sie sich anzueignen.

Der Kompass in der Hand macht die Mühen des Aufstiegs nicht geringer. Aber er kann helfen, Umwege und Abwege zu vermeiden. Denn am Ende lohnt der Weg doch.

Inhalt

Vorwort zur 2. Auflage	5
Aus dem Vorwort zur Erstauflage	6
Auswahlbibliographie	13
Abkürzungsverzeichnis	21
A. Wozu und in welchem Sinne „Juristische Methodenlehre“?	23
I. Die Herausforderungen für die Methodenlehre	23
1. Herausforderungen durch die derzeitige Rechtsordnung	23
2. Herausforderungen für die Rechtsanwender	26
II. In welchem Sinne „Methodenlehre“?	28
III. Prämissen	29
1. Aufgabenabhängigkeit der Methoden	29
2. Gegenstandsabhängigkeit der Methoden	31
<i>Inkurs:</i> Begriff der Rechtsnorm	32
<i>Inkurs:</i> Verfassungsauslegung	35
3. Vorverständnisabhängigkeit der Methoden	39
<i>Inkurs:</i> Syllogismus oder Enthymem?	41
IV. Zum Rechtsstatus der Methodenregeln	43
V. Jenseits der Methodenregeln	50
VI. Methodenlehre – ein Zwischenergebnis	53
B. Den Sachverhalt verstehen	54
I. Interessen verstehen	54
1. Bedeutung der Interessenanalyse	54
2. Arten von Interessen	56
3. Deutung der Interessen	57
4. Interessenanalyse und Sachverhaltsanalyse	58
5. Interessenanalyse in der universitären Falllösung	58
6. Insbesondere: Das Hilfgutachten	60
II. Abläufe und Situationen verstehen	62
1. Bedeutung und Rollenabhängigkeit der Sachverhaltsaufarbeitung	62
2. Schichten der Sachverhaltsaufarbeitung	63
3. Bildung eines Rohsachverhalts	64
4. Tatsächliche Bewertungen und Einordnungen	66
5. Rechtliche Bewertungen und Einordnungen	68
6. Notwendige Vergewisserungen	69
7. Hinzuziehung externen Sachverständs	71
8. Sachverhaltsformulierung	72
9. Sachverhaltsarbeit in der universitären Falllösung	72
III. Willens- und Wissenserklärungen verstehen	76
1. Erklärungen ohne Rechtsfolgewillen	77
<i>Inkurs:</i> Law and Culture, Law as Culture	78
2. Willenserklärungen (Erklärungen mit Rechtsfolgewillen)	81
a) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen	81

Inhalt

b) Empfangsbedürftige Willenserklärungen	82
<i>Inkurs:</i> Auslegung von Rechtsgeschäften und von Rechtsvorschriften	84
c) Zivilprozessuale Willenserklärungen (Prozesshandlungen)	85
d) Willenserklärungen im Öffentlichen Recht	86
IV. Übungsfall	89
C. Das Recht verstehen	93
I. Recht lesen	93
II. Geschriebenes Recht verstehen	94
1. Rechtsvorschriften identifizieren	94
a) Formen der Anwendbarkeit von Normen	96
b) Gliederungen der Rechtsgeflechte	98
aa) Internationale Dimension: Auslandsbezug	99
bb) Supranationale und föderale Dimension: Mehrebenenbezug	100
cc) Vertikale Dimension: Rechtsquellenhierarchie	101
dd) Horizontale Dimension: Spezialitätsverhältnisse	107
ee) Territoriale Dimension: Räumlicher Anwendungsbereich	113
ff) Temporale Dimension: Zeitlicher Anwendungsbereich	115
c) Rechtsvorschriften verifizieren	119
2. Rechtsvorschriften interpretieren	119
a) Der dreifache Auslegungsbegriff	120
aa) Auslegung erster Stufe: unbewusste Auslegung	120
bb) Auslegung zweiter Stufe: bewusste Auslegung	121
cc) Auslegung dritter Stufe: Konformauslegung (modifizierende und korrigierende Auslegung)	122
b) Auslegungszuständigkeit und Auslegungsbefugnis	122
c) Ziele der Auslegung	125
aa) Objektive oder subjektive, aktuelle oder entstehungszeitliche Perspektive?	125
bb) Hauptpositionen in der Kontroverse	125
<i>Inkurs:</i> Die amerikanische Debatte zur Verfassungskonformauslegung – living constitution oder original intent?	127
cc) Kriterien für die Kontroverse	128
dd) Stellungnahme: Unentbehrlichkeit der subjektiv-historischen Perspektive	128
<i>Inkurs:</i> Wille des Gesetzgebers?	129
d) Gegenstand der Auslegung	133
<i>Inkurs:</i> Normstrukturen	133
e) Auslegungsgesichtspunkte	138
aa) Wortlautauslegung	144
bb) Systematische Auslegung	159
cc) Historische und genetische Auslegung	171
dd) Teleologische Auslegung	175
ee) Rechtsvergleichende Auslegung?	185
ff) Topische Auslegung?	193
gg) Verfassungsorientierte Auslegung?	194
hh) Praxisorientierte Auslegung?	196
ii) Präjudizienorientierte Auslegung?	197
jj) Sonstige Kanones?	198

f) Zwischenergebnis	199
g) Übungsfall	201
3. Rechtsvorschriften kombinieren	205
a) Rückgriff auf erläuternde Rechtssätze	206
b) Rückgriff auf modifizierende Rechtssätze	208
c) Rückgriff auf vollständige Rechtssätze (Verweisungen)	209
d) Rückgriff auf verstärkende Rechtssätze?	211
III. Gesprochenes Recht verstehen	212
1. Begriff und Eigenarten gesprochenen Rechts	213
2. Erscheinungsbild und Bestandteile von Gerichtsentscheidungen	214
3. Lektüre und Verständnis von Gerichtsentscheidungen	216
4. Auslegung von Gerichtsentscheidungen	217
5. Insbesondere: Präjudizien	219
D. Das Recht konkretisieren – Spielräume nutzen	222
I. Abwägungen als Querschnittsherausforderung in der Rechtsanwendung	225
Inkurs: Ökonomische Analyse des Rechts als Abwägungshilfe	230
II. Das Beispiel wertausfüllungsbedürftiger Begriffe	234
III. Das Beispiel der Verfassungsprinzipien	236
1. Begriff und exemplarische Bedeutung	236
2. Anwendungsfelder und Erscheinungsformen	237
3. Normative Wirkungen und Risiken	238
4. Hilfestellungen zur Anwendung	238
IV. Das Beispiel des Ermessens	241
1. Begriff, Abgrenzungen, Formen	241
2. Dimensionen des Ermessens	242
3. Rechtliche Bindungen	243
4. Methodologische Hilfestellungen	243
Inkurs: Gerechtigkeit als methodologisches Argument	245
V. Das Beispiel normübergreifender Abwägungen	246
E. Das Recht fortbilden	251
I. Auslegung und Rechtsfortbildung	251
II. Analogie	253
1. Begriff, Abgrenzung und Formen	253
2. Grund, Grenzen und Gefahren	254
3. Voraussetzungen	255
a) Fehlen von Analogieverboten	256
b) Vorliegen einer Regelungslücke	259
c) Wertungsgleichheit der Sachverhalte	262
4. Besonderheiten der Gesamtanalogie	265
5. Wirkungen	268
6. Zusammenfassung	268
III. Bildung und Anwendung eines Rechtsgrundsatzes	269
1. Begriff und Abgrenzungen	269
2. Bildung des Rechtsgrundsatzes durch Induktion	270
3. Anwendung des Grundsatzes durch Deduktion	272

Inhalt

F. Das Recht modifizieren und korrigieren	273
I. Umgang mit Redaktionsversehen und Übersetzungsfehlern	273
II. Umgang mit Diskrepanzen von Normtext und Norm	275
1. Teleologische Reduktion	275
2. Teleologische Extension	279
3. Sonstige teleologische Korrekturen	280
III. Umgang mit Normenkollisionen	280
1. Kollisionen mit höherrangigem Recht: Konformauslegung?	280
a) Verfassungskonforme Auslegung	281
b) Europarechtskonforme Auslegung	287
aa) Primärrechtskonforme Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts	288
bb) Primärrechtskonforme Auslegung von Sekundär- und Tertiärrecht	291
cc) Richtlinienkonforme Auslegung	292
c) Völkerrechtskonforme Auslegung?	297
aa) Nach dem Grundgesetz	298
bb) Nach Unionsrecht	301
d) Blick zurück: Strukturprobleme der Konformauslegungen	302
2. Kollisionen mit gleichrangigem Recht: Konkordanz?	303
G. Methodenlehre <i>revisited</i>	305
I. Methodenlehre als Wahrnehmungslehre und Erkenntniskritik	305
II. Methodenlehre als Übersetzungslehre	307
III. Methodenlehre als Rhetorik	308
IV. Methodenlehre als Vertrauenssicherung	310
V. Methodenlehre als Kooperationsangebot an die Normsetzer	312
Anhang I: Handreichungen zum Gutachtenstil	313
Anhang II: Glossar	325
Stichwortverzeichnis	331

B.

B. Den Sachverhalt verstehen

“... fact and law do not belong to two different worlds,
as if fact occupied the earthly space of crude factuality
and law was accommodated
in a celestial universe of pure normativity.”
*François Rigaux*¹

- 67 „Mit den Sachverhaltsfeststellungen betreten wir ein Gebiet, das in der Rechtswissenschaft und in der juristischen Ausbildung sehr stiefmütterlich behandelt wird. Die Tatfrage gilt als Domäne der Praxis, dazu noch der untergerichtlichen Praxis“² – diese über dreißig Jahre alte Feststellung ist nach wie vor zutreffend. Das ist umso bedauerlicher, als Tatfragen und Rechtsfragen auf vielfältige Weise aufeinander bezogen sind.³ Im Folgenden sollen einige studien- und prüfungsrelevante Einstiegshinweise zum Verständnis von Sachverhalten gegeben werden.
- 68 „Der Sachverhalt“ ist allerdings eine Abstraktion: ein Ausschnitt aus dem breiten Fluss der Geschichten,⁴ Geschehnisse und Entwicklungen – ein Ausschnitt, den das jeweilige Interesse des jeweiligen Betrachters bestimmt. Daher ist die Schulung des Sensoriums für Interessen (I.) besonders wichtig. Gegenstand der Aufmerksamkeit müssen neben tatsächlichen Abläufen und Situationen (II.) auch Willens- und Wissenserklärungen (III.) sein. Der Jurist muss nicht nur Normen lesen, deuten und verstehen können, sondern auch Situationen, Geschehnisse und Äußerungen. Text-Hermeneutik ist gegenstandslos ohne Fall-Hermeneutik.⁵ Auch diese zielt auf Verstehen: Der Anspruch bei der Sachverhaltsarbeit sollte sich darauf richten, Fakten nicht nur zu konstruieren oder zu rekonstruieren, sondern so weit wie möglich von innen her nachzuvollziehen, also Einzelelemente in ihrem Zusammenhang, ihren Wechselwirkungen und ihren Bedeutungen für die betroffenen Personen zu erfassen.

I. Interessen verstehen

1. Bedeutung der Interessenanalyse

„Die Fragen der juristischen Hermeneutik
werden nicht von den Texten,
sondern von den Fällen her gestellt.“
*Theodor Mayer-Maly*⁶

- 69 Dass es für die Anwältin zentrale Bedeutung hat, das Problem, nämlich Lage und Interesse (oder besser: Interessen) des Mandanten zu verstehen,⁷ ist selbstverständlich.

1 The Concept of Fact in Legal Science, in: P. Nerhot (Hrsg.), *Law, Interpretation and Reality*, 1990, S. 38 (48).
2 Koch/Rüßmann, *Begründungslehre*, S. 9; ferner Wolf, *Richterliche Entscheidungsroutinen* (Fn. A 16), S. 75 (81) „nahezu völlige Missachtung ... durch die juristische Methodenlehre“. Jetzt aber Strauch, *Methodenlehre* (Fn. A 29), S. 155 ff.
3 Vgl. hierzu neben Rigaux, *The Concept of Fact* (Fn. 1) Joachim Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965; Arne Upmeyer, *Fakten im Recht*, 2010, S. 24 ff.; Strauch (Fn. A 29), S. 527 ff.
4 Zu ihrer Relevanz in der Rechtsanwendung bereits Wilhelm Schapp, *In Geschichten verstrickt* (1953), 4. Aufl. 2004, S. 108 ff. mit dem Hinweis, dass „auch das Gesetz in eine, zu einer Geschichte gehört und selbst wieder eine Geschichte ist“; es stehe „mitten zwischen den Geschichten als Geschichte, die sich auf viele Geschichten bezieht“ (S. 110).
5 Vgl. Alexander Hollerbach, *Rechtswissenschaft*, in: *Staatslexikon*, 7. Aufl. 1988, Bd. 4, Sp. 751 (757f.); ähnlich Upmeyer, *Fakten im Recht*, S. 164: *Tatsachenfindungsprozess als „Deutungsprozess“*.
6 Auslegen und Verstehen, JBl. 1969, S. 413 (414).
7 Vgl. § 43 Satz 1 BRAO; § 1 Abs. 3 BORA; § 35 Abs. 2 HessJAG u.a.

Praxiserfahrung: „Was ist das wohlverstandene rechtliche Interesse und Ziel des Mandanten überhaupt? Jeder mit dem anwaltlichen Dienstvertrag verbundene Auftrag bedarf ... stets der sorgfältigen Prüfung und unzweideutigen Definition, bevor anwaltlich gehandelt werden kann.“⁸

Aber auch Richter sind im Regelfall zur umfassenden Konfliktlösung berufen;⁹ dies setzt zwingend ein Verstehen der Beweggründe und Beschränkungen der Parteien¹⁰ und damit ein gelingendes Gespräch¹¹ voraus.

Praxiserfahrung: Die eigentlichen Motive werden sich „kaum im Klagevortrag erschöpfen, sondern in den meisten Fällen in einem Gefühl wurzeln, von der Gegenseite schlecht behandelt worden zu sein, das meist erst in mündlicher Verhandlung angesprochen wird. So hört man etwa im Arzthaftungsprozess nicht selten die Nebenbemerkung des zu seinem heutigen Befinden nach § 141 ZPO angehörten Patienten, der beklagte Arzt habe noch nicht einmal ein Wort des Bedauerns über die Lippen gebracht – vielleicht hätte man dann von einer Klage abgesehen.“¹²

Die Schlüsselbedeutung der Interessenermittlung gilt auch für Rechtsanwender in der Verwaltung: Der Mitarbeiter einer Bauaufsichtsbehörde, der bei Prüfung der Bauunterlagen feststellt, dass das Vorhaben in der konkret beantragten Form nicht genehmigungsfähig ist, muss sich wegen der Entscheidung über Nebenbestimmungen,¹³ durch die u.U. die Genehmigungsfähigkeit hergestellt werden kann, ebenfalls mit der Interessenlage des Bauantragstellers auseinandersetzen. Der Notar haftet, wenn er entgegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG („den Willen der Beteiligten erforschen“) in der Urkunde nicht den wahren Willen wiedergibt, denn er schuldet eine interessengerechte Vertragsgestaltung.¹⁴ Selbst bei der schulmäßigen Rechtsanwendung im Rahmen der Ausbildung sind die Interessen der initiativ werdenden Partei der archimedische Punkt: Sie geben – bei der Suche nach passenden Rechtsnormen – das Kriterium dafür, welche Normen überhaupt als „passende“ in Betracht kommen. Dieser **Primat der Interessenermittlung** für Sachverhaltsverständnis,¹⁵ Rechtsermittlung und Konfliktlösung hat Vorwirkungen auf die juristische Ausbildung.¹⁶ Hier wie da kommt es auf ein waches und geschultes Sensorium für die jeweiligen Interessen an.

8 Franz Kasper, Der Anwalt im Kampf ums Recht, JZ 1995, S. 746 (752).

9 Vgl. insbes. § 139 ZPO. Zum Ausloten der Parteiinteressen als wesentlichem Verfahrensschritt auch des Richters Wolf, Richterliche Entscheidungsroutinen (Fn. A 16), S. 75 (81).

10 Von „Motivationsanalyse“ spricht für die rechtswissenschaftliche Arbeit Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 (189 ff.); ders., Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, S. 2 (5).

11 Patrick Gödicke, Das gelungene Gespräch. Zur Anschauung der Lebensverhältnisse in der richterlichen Rechtsfindung, in: FS Schapp, 2010, S. 176 (insbes. 181 ff.).

12 Gödicke (Fn. 11), FS Schapp, 2010, S. 176 (191).

13 Vgl. § 58 Abs. 1 LBO BW i.V.m. § 36 Abs. 1 LVwVfG; Art. 68 Abs. 1 BayBO i.V.m. Art. 36 Abs. 1 BayVwVfG; § 74 Abs. 4 HBO u.a.

14 BGH, Urt. v. 28.4.1994, IX ZR 161/93, NJW 1994, S. 2283.

15 Hierzu insbesondere Hruschka, Konstitution (Fn. 3), S. 20 ff.; in der Sache dürfte es keinen Unterschied machen, mit Hoffmann-Riem, Methoden (Fn. A 23), S. 32, als Ausgangspunkt ein „lösungsbedürftiges Problem“ zu nehmen.

16 Die von § 5 a Abs. 3 Satz 1 DRiG und den Juristenausbildungsgesetzen und Prüfungsordnungen geforderten Schlüsselqualifikationen (bspw. § 6 Abs. 1 HessJAG) haben in Gestalt von Verhandlungsmanagement, Streit-schlichtung, Mediation, Vernehmungslehre auch die Interessenanalyse und Sachverhaltsaufarbeitung zum Gegenstand.

B. DEN SACHVERHALT VERSTEHEN

70 Selbstverständlich hat die Interessenanalyse nicht nur Schlüsselfunktion für das Verstehen des Sachverhalts, sondern auch für alle weiteren Aspekte juristischer Problem- oder Konfliktlösungshilfen, etwa für Vorschläge

- zur Rechtsgestaltung (insbesondere Vertrags- und Testamentsgestaltung, aber auch Gestaltung öffentlich-rechtlicher Rechtsakte),
- zur Mediation; diese ist ein (von mehreren Prozessordnungen in Bezug genommenes¹⁷) „vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“ (§ 1 Abs. 1 MediationsG),¹⁸
- zur Antragstellung im Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren,
- zu Vergleichsverträgen, seien sie zivilrechtlich, seien sie öffentlich-rechtlich, seien sie materiellrechtlich oder prozessrechtlich.¹⁹

Sollen diese Wege zum Ziel führen, setzen sie eine genaue Kenntnis der Interessenlage der Beteiligten (und ggf. der Hintergrundpersonen, vgl. Rn. 73) voraus. Nur wenn der gewählte Weg deren Interessen berücksichtigt und im Wesentlichen abbildet oder aber nachhaltig transformiert, stellt er eine bleibende Konfliktlösung dar. Dazu kann es sinnvoll sein, über den Kreis der (zunächst) Beteiligten hinaus Betroffene einzubinden²⁰ und sie zum Beispiel zu Vertragspartnern zu machen.

2. Arten von Interessen

71 Dabei ist zwischen materiellen (insbes. finanziellen), ideellen, emotionalen Interessen, aber auch zwischen den Oberflächeninteressen, wie sie in Wünschen, Fragen und formalisiert in Anträgen zum Ausdruck kommen, und den weniger offensichtlichen Interessen, den **Hintergrund- und Tiefeninteressen**, zu unterscheiden. Neben den geäußerten Anliegen und Zielen – beispielsweise Prozesserfolg und dadurch Erhalt des streitgegenständlichen Geldbetrags – spielen oft hinter- und untergründige Motive eine Rolle, die zuzeiten sogar dominant sind, so dass es zu irrational erscheinenden Situationen und Äußerungen kommen kann.

Beispiel: Der polternde Anwalt verliert den Prozess in Bausch und Bogen. Der Mandant aber ist glücklich: „Endlich hat er es ihnen einmal gesagt.“

Es handelt sich – vornehmlich bei Auseinandersetzungen natürlicher Personen – dann um eine andere Rationalität, die der Jurist, wenn nicht verstehen, so doch nachvollziehen muss (nicht zuletzt, weil das jeweilige rechtsförmige oder formlose Verfahren dabei nicht nur als Ventil auf persönlicher Ebene dient, sondern zugleich eine gesellschaftliche Funktion erfüllt).

72 Zu den Interessen der Beteiligten kann neben dem Erfolg bzw. der Abwehr des jeweiligen Sachanliegens zählen

- eine Entscheidung oder Konfliktlösung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums, insbesondere: eine schnelle Entscheidung,

17 Vorschlagsrecht des Gerichts nach § 278 a Abs. 1 ZPO (auch i.V.m. § 173 Satz 1 VwGO, § 155 Satz 1 FGO, § 202 Satz 1 SGG), § 54 a Abs. 1 ArbGG, § 36 a Abs. 1 Satz 1 FamFG; vgl. ferner § 124 TKG.

18 Näher Roland Fritz/Dietrich Pielsticker (Hrsg.), Kommentar zum Mediationsgesetz, 2013; Stefan Kessen/Markus Troja, Ablauf und Phasen einer Mediation, in: Haft/von Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 14.

19 Den Vergleich bezeichnet Kasper (Fn. 8), JZ 1995, S. 746 (749) emphatisch als „private[n] Friedensvertrag“.

20 Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag im Falle des § 58 LVwVfG bzw. § 125 s.-h. LVwG ohnehin erforderlich.

I. Interessen verstehen

B.

- eine Entscheidung oder Konfliktlösung in einer bestimmten Atmosphäre oder in einem bestimmten Modus, z.B. auf gesichtswahrende Weise,
- eine öffentliche oder gerade umgekehrt nicht-öffentliche, diskrete Entscheidung oder Konfliktlösung,
- eine Entscheidung oder Konfliktlösung, in deren Verlauf oder in deren Dokumentation bestimmte Interessen als berechtigt oder unberechtigt anerkannt werden,
- eine Entscheidung oder Konfliktlösung, die der unterlegenen Partei jedenfalls das Gefühl gibt, alles versucht zu haben.

Bei Personenmehrheiten in einem Lager (etwa einer Streitgenossenschaft) kann nicht von einer einheitlichen Interessenlage ausgegangen werden; gegebenenfalls sind die Beweggründe und Ziele der Streitgenossen verschieden oder gar teilweise gegenläufig. Ferner kann es auch auf die **Interessen von Hintergrundpersonen** ankommen, etwa die der nicht beteiligten Ehefrau. Dann sitzen verborgene Akteure am Verhandlungstisch.

73

Praxiserfahrung: „Die Rede ist beispielsweise von Haftpflichtversicherern einerseits und Rechtsschutzversicherern andererseits. Zumindest ihre Funktion als Prozesskostenfinanzierer nimmt regelmäßig starken Einfluss auf die Bereitschaft zum Rechtsstreit und die Art und Weise, wie er geführt wird: Der seit Jahrzehnten Rechtsschutzversicherte meint etwa, dass er seine Versicherungsprämien nicht umsonst gezahlt haben darf, und verweigert sich jeder gütlichen Einigung mit seinem Nachbarn über den Grenzbewuchs mit der Folge eines langen, durch eine Beweisaufnahme komplizierten und für die Staatskasse extrem teuren Prozesses, da der Streitwert Bagatellgrenzen kaum überschreitet.“²¹

Solche Hintergrundinteressen und Hintergrundpersonen nicht wahrzunehmen, erschwert es, das Verhalten der Beteiligten zu verstehen und gegebenenfalls zu lenken. Verfahrens- oder prozessrechtliche Konsequenz kann eine Hinzuziehung,²² Vernehmung als Zeugen,²³ Einbeziehung als Vertragspartei o.ä. sein.

3. Deutung der Interessen

Es handelt sich bei der Interessenanalyse also um eine komplexe Auslegungs- und Interpretationsaufgabe, bei der explizite und implizite Äußerungen der Beteiligten und Betroffenen ausgewertet werden müssen. Wo es um tatsächliche Feststellungen (im Gegensatz zu Prognosen) geht, darf der Rechtsanwender weder das (naiv verstandene) Bild eines *homo oeconomicus*²⁴ noch eine andere Typisierung zugrunde legen; vielmehr muss er bei der Interessenanalyse bis zum Ende individualisieren. Die **individualisierende Interessenermittlung** ist ein Gebot der Gerechtigkeit, aber auch der Zweckmäßigkeit, für den Richter darüber hinaus ein Imperativ, der aus der (im Rechtsstaatsprinzip zu verortenden²⁵) allgemeinen Justizgewährungspflicht folgt.

74

Anspruchsvoll ist die Deutungs Aufgabe auch deshalb, weil die Interessen der Beteiligten und der Hintergrundpersonen selbstverständlich nicht statisch sind, sondern sich im Verlauf des jeweiligen Verfahrens ändern können. Diese **Wandelbarkeit der Interessen**

75

21 Wolf, Richterliche Entscheidungsroutinen (Fn. A 16), S. 75 (85).

22 Für das Verwaltungsverfahren vgl. § 13 Abs. 2 Satz 1 L/VwVfG bzw. § 78 Abs. 2 Satz 1 s.-h. LVwG.

23 Bspw. nach § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 L/VwVfG bzw. § 84 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 s.-h. LVwG.

24 Hierzu aus der ausgedehnten Literatur Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 29 ff. unter Betonung des Charakters eines nützlichen, nämlich Prognosen ermöglichenden Modells (S. 39 f.).

25 Andreas Voßkuhle/Anna-Bettina Kaiser, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch, JuS 2014, S. 312 (313).

B. DEN SACHVERHALT VERSTEHEN

sen ist an sich eine pure Selbstverständlichkeit; im Bestreben nach Reduktion von Komplexität unterstellt man aber häufig unhinterfragt ihre Stabilität. Ob sich die Anliegen und Ziele der Parteien wandeln, hängt nicht nur vom Verfahrensverlauf und der Kommunikation zwischen den Beteiligten ab (selbstverständlich besteht sowohl für den Verwaltungsjuristen, der Bürger oder Unternehmen beraten darf oder ggf. muss,²⁶ wie für die Anwältin²⁷ und den Richter²⁸ die grundsätzliche Möglichkeit, seinerseits auf die Interessen der anderen Akteure Einfluss zu nehmen), sondern auch von Rand- und Rahmenbedingungen, die, weil sie außerhalb des Streitgegenstands liegen, nicht automatisch zur Sprache kommen. Insofern kann eine gelegentliche behutsame Verge- wissung über die aktuellen Interessen und die äußeren Restriktionen des/der Beteilig- ten sinnvoll sein.

- 76 Die Deutung der Interessen zielt auf das Entwickeln und Präzisieren derjenigen **Fragen**, die durch Rechtsanwendung zu lösen sind und ohne die die Rechtsanwendung sinnlos wäre; die Frage ist „die formulierte Spezifizierung des Interesses.“²⁹

4. Interessenanalyse und Sachverhaltsanalyse

- 77 Die Interessenanalyse ist Voraussetzung der Sachverhaltsanalyse,³⁰ geht ihr aber nicht voraus, sondern verschränkt sich mit ihr. Neue Informationen zum Sachverhalt können die möglichen Interessen der Akteure in ein anderes Licht stellen; neue Hinweise zu Interessen können den bisher ermittelten Sachverhalt fraglich, unvollständig oder falsch erscheinen lassen. Wenn es um komplexe Wirtschaftsvorgänge, Transaktionen und Projekte geht, lassen sich Rahmenvorgaben, Abläufe und Interessen nur gemein- sam verstehen. Insofern ist die **verschränkte Sachverhalts- und Interessenanalyse** eine unabgeschlossene Aufgabe, die wechselseitiges Nachfragen bedingt und nur durch die Notwendigkeit eines Verfahrensabschlusses (einer Entscheidung) und ggf. die entspre- chenden verfahrens- und prozessrechtlichen Vorschriften zu einem – erzwungenen – Ende kommt.

Praxiserfahrung: „Mitdenken und fragen, fragen, fragen.“³¹

5. Interessenanalyse in der universitären Falllösung

- 78 Auch in der universitären Falllösung ist die Interessenanalyse – was häufig übersehen wird – von überragender Bedeutung. Sie hat *zwei* Gegenstände: sachverhaltsimmanent die Interessen der Betroffenen im Fall, ferner die Aufgabenstellung. Die **Interessen der Betroffenen im Fall** genau zu ermitteln, ist Voraussetzung dafür, Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte richtig, eben interessengerecht auszulegen.³² Hierbei ist eine ge- wisse Kreativität gefragt.

Falllösungshinweis: „Ein gutes Hilfsmittel für die Stimulierung der Auslegungskreativität ist ... folgendes: Bei der Lösung juristischer Übungsaufgaben versetzt sich der Aufgabenlö-

26 Nach Fachgesetz (wie §§ 4, 16 HeimG; § 3 HGB) oder nach § 25 Abs. 1 LVwVfG bzw. § 83 a Abs. 1 s.-h. LVwG.

27 § 3 Abs. 1 BRAO, § 1 Abs. 3 BORA.

28 Vgl. § 139 ZPO, auch i.V.m. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG; § 86 Abs. 3, § 87 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 1 VwGO; § 112 Abs. 2 Satz 2 SGG.

29 Hruschka, Konstitution (Fn. 3), S. 22.

30 Vgl. Hruschka, Konstitution (Fn. 3), S. 20: „Frage als Voraussetzung der Sachverhaltsbildung“. Auch insoweit ist das Fragenaufwerfen der Schlüssel zur juristischen Tätigkeit, näher Rn. 696.

31 Erfahrung einer Anwältin in einer Großkanzlei in Frankfurt/Main.

32 Näher Rn. 124 ff. mit Fallbeispiel Rn. 154 ff.

ser abwechselnd in die Rolle des Verteidigers oder des Staatsanwalts, des Anwalts des Klägers oder des Beklagten, und versucht mit allem Einsatz, Argumente für seine Seite zu finden bzw. die Argumente der Gegenseite zu widerlegen. Die dabei gewonnenen Argumente pro und contra schreibt man unter getrennten Punkten untereinander. Dann verschafft man sich einen Überblick darüber, welcher Standpunkt die besseren Argumente für sich hat. Diesen Standpunkt begründet man dann unter Widerlegung aller gegenteiligen Argumente.³³

Am Sachverhalt soll dabei nicht herumgedeutelt werden, was zum Teil in die missverständliche Formel gefasst wird: „Keine Auslegung des Sachverhalts!“³⁴ Selbstverständlich ist der Sachverhalt auszulegen, nämlich verstehend nachzuvollziehen – nur darf er nicht umgedeutet, verzerrt, deformiert werden.

Von gleicher Bedeutung ist die Analyse der **Aufgabenstellung**. Was meinen Fragen wie „Zu Recht?“, „Wie ist die Rechtslage?“ oder „Hat ein Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg?“; was bedeutet ein Auftrag wie „X ist irritiert und sucht einen Rechtsanwalt auf, der prüfen soll, ob die von der Y-GbR gegen ihn geltend gemachten Ansprüche bestehen. – Die Antwort des Rechtsanwalts ist in einem Gutachten vorzubereiten!“? Auch die Fragestellung muss also verstanden³⁵ und dafür ausgelegt werden.³⁶ Dem dienen die allgemeinen Kriterien; man wird hier von den Grundsätzen ausgehen können, die für empfangsbedürftige Willenserklärungen gelten, d.h. auf die Rechtsgedanken der §§ 133, 157 BGB abstellen können; maßgeblich dürfte danach sein, wie der Leser die Aufgabenstellung bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte (Rn. 140).

Beispiele: Die Aufgabenstellung „Zu Recht?“ fragt nach der inhaltlichen Berechtigung des jeweiligen Anliegens, in der Regel also – wegen des Zusammenhangs – nach der materiellen Rechtslage.

Die Frage „Wie ist die Rechtslage?“ richtet sich auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten; es geht damit typischerweise um das Bestehen von Ansprüchen (d.h. die Klärung, wer von wem was verlangen kann) und ggf. zusätzlich um die prozessuale Durchsetzung³⁷ – freilich sind hier nicht notwendig alle denkbaren Rechtsbeziehungen und Durchsetzungsmöglichkeiten zu behandeln, sondern nur die, die den Interessen der Beteiligten entsprechen.³⁸ Bereits in der Auslegung der Aufgabenstellung zeigt sich damit die Fähigkeit des Rechtsanwenders zur sinnvollen Auswahl (Relevanzprinzip³⁹).

Die lakonische Frage „Strafbarkeit der Beteiligten?“ zielt auf eine umfassende Prüfung aller Beteiligten hinsichtlich aller in Frage kommenden Straftatbestände. Nur ausnahmsweise mag sich einmal die Frage stellen, ob eine ganz am Rand erwähnte Person „Beteiligte“ ist (zu bejahen jedenfalls für Personen, die im konkreten Fall als Gehilfen in Betracht kommen).

Die Frage „Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?“ fordert zur Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage auf (die, sofern der Sachverhalt dies nicht tut, im Öffentlichen Recht zu klassifizieren ist, bspw. als Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO). Formuliert die Aufgabenstel-

33 Schroeder (Fn. A 174), JuS 1980, S. 310 (311 f.).

34 Schroeder (Fn. A 174), JuS 1980, S. 310 (312).

35 Beaucamp/Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Rn. 413 mit Beispielen Rn. 415 ff.

36 Zutreffend Schmalz, Methodenlehre, Rn. 473. Allerdings kommt eine juristisch nicht sinnvolle Fragestellung kaum jemals vor, so dass sich m.E. auch nicht die Frage nach einer Umformulierung stellt (a.A. Schmalz, Rn. 474 f.).

37 Schmalz, Methodenlehre, Rn. 476 u.ö.

38 Vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 38 Rn. 2 mit Beispielen. Insofern irreführend Schmalz, Methodenlehre, Rn. 476: „grundsätzlich umfassend zu verstehen, d.h. es sind alle möglichen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten ... zu behandeln“.

39 Rn. 62; dieses Relevanzprinzip (Schmalz, Methodenlehre, Rn. 596: „Notwendigkeitsprinzip“) ist ein durchgängiger Leitfaden für die Fall- und Problemlösung, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

B. DEN SACHVERHALT VERSTEHEN

lung dagegen „Hat ein Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg?“, muss der sinnvollste, also in der gegebenen Situation für die betreffende Person interessengerechteste Rechtsbehelf identifiziert und benannt werden, bspw. ein Widerspruch (§§ 68 ff. VwGO).

- 80 Nicht selten beschränkt sich allerdings die Aufgabenstellung auf einen Teilaspekt („Ist die Klage des K begründet?“, „Welche Ansprüche hat A gegen B?“, „Ist der Bescheid wirksam?“). Solche Beschränkungen müssen strikt beachtet werden. Wer hier auch die *Zulässigkeit* der Klage bzw. Ansprüche von B gegen A bzw. die Rechtmäßigkeit des Bescheids (anstatt seiner Wirksamkeit) prüft, hinterlässt beim Korrektor einen verheerenden Eindruck und hat für die eigentlichen Probleme, die die Aufgabenstellung gelöst wissen will, meist nicht mehr genug Zeit.

Falllösungshinweis: Bei der Auslegung der Aufgabenstellung machen Studierende immer wieder grobe (und leicht vermeidbare) Fehler. Es sind häufig Flüchtigkeitsfehler, leider mit gravierenden Auswirkungen: der Prüfung von nicht Gefordertem oder der Nichtprüfung von Gefordertem. Die Weichen hier falsch zu stellen, heißt, die Arbeit von Anfang an auf ein falsches Gleis zu setzen. Es empfiehlt sich daher, die Aufgabenstellung zuerst, also schon *vor* dem Sachverhalt zu lesen, und ihr so die größte Aufmerksamkeit zu sichern!

- 81 Im Rahmen der Aufgabenstellung müssen Sie alle *veranlassten* rechtlichen Gesichtspunkte abarbeiten. Veranlasst ist ein Prüfungspunkt, wenn er eine hinreichende oder eine notwendige Bedingung⁴⁰ für die zur Prüfung gestellte Rechtsfolge (Bestehen eines Anspruchs, Nichtigkeit des Bescheids o.ä.) darstellt. Veranlasst kann er aber auch schon dann sein, wenn sich Sachverhaltsinformationen auf ihn beziehen. Für Äußerungen der Personen im Sachverhalt („Einlassungen“) ist zu unterscheiden: Sie können richtige oder falsche Rechtsansichten zu relevanten Prüfungspunkten enthalten, so dass Sie den argumentativen Wert in der Sache unterscheiden müssen; die Einlassungen können aber – was die Ausnahme ist – auch irrelevante Prüfungspunkte ansprechen, so dass Sie die Äußerungen zur Klarstellung nützen müssen, dass und warum es auf diese Punkte nicht ankommt.

6. Insbesondere: Das Hilfsgutachten

- 82 Punkte, deren Behandlung nach den oben genannten Kriterien veranlasst ist, müssen Sie unabhängig davon prüfen, ob der Bearbeitervermerk Ihnen eine vollständige Prüfung bzw. die Anfertigung eines Hilfsgutachtens aufgibt.⁴¹ Aus dem Fehlen eines solchen Hinweises lässt sich kein Umkehrschluss ziehen (weil ein solcher Hinweis angesichts des im Prinzip umfassenden Prüfungsauftrags häufig als deklaratorisch betrachtet wird⁴²). Das führt zur notorischen Frage, wann ein Hilfsgutachten anzufertigen ist. Zunächst zum Begriff: Unter Hilfsgutachten versteht man das vom bisherigen Lösungsweg entbehrlich gemachte, durch die in Sachverhalt und Aufgabenstellung aufgeworfenen Rechtsfragen aber veranlasste weitere Gutachten.

40 Zur sprachlichen Differenzierung im Gutachten vgl. Rn. 725.

41 Vgl. *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, Rn. 832.

42 So wohl auch *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 585.

Das Hilfgutachten ist daher abzugrenzen⁴³

83

- von der **Hilfsbegründung**: Diese gibt für ein Teilergebnis (den Gegenstand der Hauptbegründung) eine weitere, ersatzweise greifende Begründung.⁴⁴ Das Hilfgutachten führt demgegenüber den Lösungsweg über ein Teilergebnis hinaus weiter (und kann dementsprechend zu einem anderen Gesamtergebnis führen).
- vom **Hilfsantrag**: Dieser führt ein ersatzweise greifendes (anderes) Ziel, eine andere Fragestellung ein. Das Hilfgutachten beantwortet demgegenüber (weiter) die von der Ausgangsaufgabenstellung aufgeworfene Frage.
- von der **mehrfachen Begründung** einer Rechtsfolge: Sie gibt mehrere Gründe für ein- und dieselbe Rechtsfolge, wobei die Gründe anders als im Fall der Hilfsbegründung nicht in einem Eventualverhältnis stehen, also nicht nur hilfsweise greifen, sondern nebeneinander zur Anwendung kommen. Typisches Beispiel ist die Prüfung von Rechtswidrigkeitsgründen (oder Verfassungswidrigkeitsgründen; Nichtigkeitsgründen usw.) im Öffentlichen Recht: Der zu überprüfende Hoheitsakt muss vollständig auf Rechtsfehler – im Widerspruchsverfahren auch auf Zweckmäßigkeitsfehler (§ 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO) – kontrolliert werden (letztlich eine prozedurale Folge aus der Rechtsbindung der Gewalten nach Art. 20 Abs. 3 GG und der Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG); dies geschieht *nicht* im Hilfgutachten.

Seinen **Sinn** hat das Hilfgutachten darin, es dem Rechtsanwender zu ermöglichen, mit den anderen Rechtsanwendern (als Anwalt etwa mit dem entscheidenden Gericht; als berichterstattende Richterin mit den Richterkollegen im Kollegialgericht, als Student mit dem Aufgabensteller) gesprächsfähig zu bleiben – auch wenn diese einen anderen Lösungsweg einschlagen. Dem Prüfling erlaubt es, den Sachverhalt auszuschöpfen und die durch ihn aufgeworfenen Rechtsfragen (auch bei ungewolltem Abweichen von der Musterlösung) zu behandeln. Insofern stellt das Hilfgutachten keinen Verstoß gegen das Relevanzprinzip,⁴⁵ sondern eine Folgerung aus ihm dar.

84

Ein Hilfgutachten *muss* angefertigt werden, wenn ansonsten der Weg zur Abarbeitung der in Sachverhalt und Aufgabenstellung vorgegebenen Rechtsfragen versperrt wäre. Hierher zählt insbesondere der Fall, in dem sich die Fallfrage mit prozessrechtlichen Gesichtspunkten beantworten lässt, dadurch aber die im Sachverhalt enthaltenen materiellrechtlichen Probleme unerörtert bleiben.⁴⁶ Hauptbeispiel hierfür ist die unzulässige Klage. Ist nach ihren Erfolgsaussichten (und nicht bloß nach ihrer Zulässigkeit) gefragt, muss hier – im Hilfgutachten – der verbleibende Teil der Zulässigkeit und die Begründetheit behandelt werden.⁴⁷ Ein Hilfgutachten *darf nicht* angefertigt werden, nur damit Rechtsfragen erörtert werden können, die in Sachverhalt und Aufgabenstellung nicht angelegt sind.

85

Falllösungshinweis: Musterlösungen sehen in ihrem Hauptlösungsweg vergleichsweise selten ein negatives Zwischenergebnis mit der Folge eines Hilfgutachtens vor, weil dies den juristischen Schönheitssinn des Aufgabenstellers meist nicht befriedigt. Den Bearbeiter sollte dieser bloße Erfahrungswert aber nicht dazu bewegen, die Lösung entgegen seiner inhaltlichen Auffassung dahin gehend zurechtzubiegen, dass es nicht zu einem Hilfgutach-

86

43 Die Ausführungen folgen *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 587.

44 Näher und instruktiv *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 578 ff.

45 Zum Relevanzprinzip oben Rn. 62 sowie resümierend Rn. 707.

46 *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 584; weitere Beispielfälle bei *Schmalz*, Rn. 586.

47 Dies gilt wiederum nicht, wenn die materiellen Fragen auch ohne Hilfgutachten zur Sprache kommen; vgl. anhand einer Verfassungsbeschwerde das Beispiel Rn. 116 sowie – als Kontrast – sogleich Fn. 48.

B. DEN SACHVERHALT VERSTEHEN

ten kommt. Von derartigen taktischen Überlegungen ist generell – auch jenseits der Frage des Hilfsgutachtens – abzuraten, weil sie

- Überzeugungen unnötig zur Disposition stellen: Selten gerät einem Bearbeiter in der universitären Prüfungspraxis eine inhaltlich abweichende Position zum Nachteil, sofern das jeweilige juristische Problem erkannt und entfaltet wird;
- daran krankt, dass taktische Überlegungen aufgrund der Vielzahl der unbekannten Faktoren (insbesondere der Praxis des jeweiligen Aufgabenstellers) stets äußerst fehleranfällig sind.⁴⁸

- 87 Das Hilfsgutachten ist nach dem Zwischenergebnis, das die weitere Prüfung an sich verbauen würde, durch Leerzeile (o.ä.) deutlich abzusetzen und mit der Überschrift „Hilfsgutachten“ – ggf. kombiniert mit der Bezeichnung des verbleibenden Prüfungsabschnitts (etwa: „Hilfsgutachten: Begründetheit der Klage des K“) – einzuleiten. Die weitere Prüfung gründet auf der Fiktion, dass das Zwischenergebnis nicht negativ, sondern positiv ist, also die Weiterprüfung erlaubt. Einer dahin gehenden Klarstellung im Text von Hausarbeit oder Klausur bedarf es in der Regel nicht.⁴⁹

II. Abläufe und Situationen verstehen

„Als Juristen haben Sie die Aufgabe, das Verhältnis Ihres speziellen Falles zum ganzen Universum zu sehen.“
*Oliver Wendell Holmes Jr.*⁵⁰

1. Bedeutung und Rollenabhängigkeit der Sachverhaltsaufarbeitung

- 88 In der juristischen Berufspraxis ist das Erheben und Auswerten von Informationen über Tatfragen ein Tätigkeitsschwerpunkt. Nach einem geflügelten Wort kommt auf einen Zentner Tatsachenfragen (100 kg) ein Lot Rechtsfragen (also 16 gr.).⁵¹ Es handelt sich bei der Sachverhaltsaufarbeitung auch nicht etwa nur um einen dominanten Komplex, der *vor* oder *neben* der Aufarbeitung der Rechtslage stünde. Die einschlägigen Rechtsvorschriften sind oft unverständlich ohne ein Verständnis der Sachfragen und der Problemstrukturen des Realbereichs. Das „**juristische Verständnis hat notwendig das Verständnis der Lebenswelt zur Grundlage**“;⁵² beides ist untrennbar miteinander verschränkt. So wichtig die Sachverhaltsarbeit demnach ist, so kurz kommt sie in der Ausbildung, insbesondere im Studium. Das ist insofern nicht verwunderlich, als es zahlreiche spezifische Anforderungen in den einzelnen juristischen Tätigkeitsfeldern gibt.

48 Zum Beispiel sah eine öffentlich-rechtliche Klausur in der staatlichen Pflichtfachprüfung in Hessen die Prüfung der Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde vor, die (in der Prüfungspraxis durchaus atypisch) mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig war und deshalb im Hilfsgutachten weitergeprüft werden musste.

49 Anders aber *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 592.

50 Zit. n. *Harold J. Berman*, Recht und Revolution, 1995, S. 11.

51 *Burkhard Hess/Friedrich Lent/Othmar Jauernig*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 23 I Rn. 5; zit. bei *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 669.

52 *Schapp*, Methodenlehre des Zivilrechts, S. 118; nach der Konzeption *Friedrich Müllers* bestimmen Sachbereich bzw. (konkreter) Fallbereich zusammen mit dem (aus dem Normtext destillierten) Normprogramm den Normbereich mit; Normprogramm und Normbereich ergeben die Rechtsnorm und die aus ihr individualisierte Entscheidungsnorm, so dass Sachfaktoren die Rechtsnorm mitprägen: *Müller/Christensen*, Methodik, Bd. 1, Rn. 16.

Beispiele: Die Planfeststellungsbehörde ermittelt und bewertet bei Großvorhaben unter Umständen über Jahre hinweg; Gegenstand der Ermittlungen sind u.a. hochkomplexe naturwissenschaftliche Fragen.⁵³ – Die mit Unternehmenstransaktionen beschäftigte Anwältin muss sich in einem physischen oder elektronischen Datenraum zurecht finden, den ihr der Mandant zur Verfügung gestellt hat.⁵⁴ – Der Richter in einer Arzthaftungskammer des Landgerichts hat sich mithilfe von Gutachtern mit medizinischen Fachfragen auseinanderzusetzen. – Der Revisionsrichter ist von Tatfragen weitgehend freigestellt,⁵⁵ aber auch er prüft beispielsweise die Auslegung von Verwaltungsakten und (beschränkt) auch von Willenserklärungen Privater nach⁵⁶ und muss sich dafür in die zugrunde liegenden Sachverhalte eindenken.

Dementsprechend gibt es für einzelne Fragen hochspezialisierte Hand- und Lehrbücher.⁵⁷ Techniken der Sachverhaltsermittlung sind aber vor allem Erfahrungswissen, Frucht des *training on the job* und längerer beruflicher Tätigkeit.

Jenseits solcher bereichsspezifischer und rollenbezogener Erkenntnisse und Empfehlungen besteht die Gefahr, dass Handreichungen sehr abstrakt werden. Dennoch bleibt Raum für allgemeine Lehren und Einsichten, die dann im Laufe der Ausbildungsstationen und beruflichen Tätigkeiten konkretisiert und modifiziert werden können und müssen. Solche abstrahierten Erkenntnisse haben nicht den Sinn, als Handlungsanweisungen oder gar Checklisten zu dienen; sie sollen vielmehr für bestimmte Probleme sensibilisieren und Wahrnehmungshilfen für sie bereitstellen. Die folgenden Abschnitte versuchen dies für die singulären – auf den Einzelfall bezogenen – Tatsachen (sog. *ad-judicative facts*); die für die Rechtsanwendung ebenfalls wichtigen generellen Tatsachen (*legislative facts*) kommen später zur Sprache (Rn. 368 f.).

89

2. Schichten der Sachverhaltsaufarbeitung

Zwei Schichten der Sachverhaltsarbeit lassen sich unterscheiden:

90

- Die „Vorstellung des konkreten Lebensfalles, des (geschehenen) Sachverhaltes“.⁵⁸ Es geht hier darum, ein vollständiges und zutreffendes – intersubjektiv tragfähiges – Bild desjenigen Geschehens zu erarbeiten, das für die Tatbestände jener Normen relevant sein könnte, die ihrer Rechtsfolge nach den Interessen des Antragstellers, Widerspruchsführers, Klägers, Rechtsmittelführers (usw.) entsprechen. Diese erste Schicht der Sachverhaltsarbeit besteht ihrerseits natürlich aus zahlreichen Teilschichten und -schritten, die sehr grob mit der Bildung eines Rohsachverhalts (unten 3.), tatsächlichen Bewertungen (4.), rechtlichen Bewertungen (5.) und mit Vergewisserungen (6.) beschrieben werden können.
- Die „Feststellung, daß dieser Sachverhalt sich tatsächlich zugetragen hat“.⁵⁹ Es handelt sich hierbei um die verwaltungsverfahrensrechtliche oder prozessrechtliche

53 Beispielsweise beantragte die Fraport AG im September 2003 die Planfeststellung zur Erweiterung des Flughafens Frankfurt am Main; das im Verfahren ausgelegte Planwerk umfasste 60 Aktenordner, von denen etwa die Hälfte die Darstellung der Planung, die andere Hälfte deren Auswirkungen betraf (Fachgutachten u.a. zu Lärm, Luft, Natur und Landschaft, Klima, Altlasten, Hydrologie, Hydrogeologie, Vogelschlag); im Dezember 2007 wurde der Planfeststellungsbeschluss unterzeichnet.

54 Maya Baußmann/Vanessa Wettner, Strategien zur Aufarbeitung des Sachverhalts, in: Reimer (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, S. 143 (154).

55 Vgl. §§ 545 f. ZPO; § 73 ArbGG; § 337 StPO; § 137 VwGO; § 173 VwGO i.V.m. § 546 ZPO; § 162 SGG; § 118 FGO.

56 Statt aller Krüger, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. 2016, § 546 Rn. 6, 9.

57 Wie Rolf Bender/Armin Nack/Wolf-Dieter Treuer (Begr.), Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. 2014 (ein Buch, das Pflichtlektüre für Studierende, spätestens für Referendarinnen und Referendare sein müsste).

58 Larenz, Methodenlehre, S. 278, unter Hinweis auf Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 19.

59 Larenz, Methodenlehre, S. 278, ebenfalls unter Hinweis auf Engisch.