



Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

AUFSÄTZE

- 193 Jieer Xu
Rangfolge der Auslegungskriterien
- 234 Aaron Christopher Stumpf
Digestenexegeese zu Paul. 13 ed. 4.8.32.14
- 252 Levin von Borries
Die Auswirkungen der §§ 675c ff. BGB auf den Bereicherungsausgleich in den Fällen des übersehenen Widerrufs und der fehlerhaften Zuvielüberweisung
- 271 Vera Greb
Die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO (und ihre Auswirkungen auf das EGBGB)

RECHTSPRECHUNG

- 291 Eleanor Benz
Commentary on the European Court of Human Rights' Judgment of 4 November 2014 in the case of *Tarakhel v. Switzerland*

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredakteure: David Carnal, Björn Centner, Alexander Schäfer

Michelle Adam	Florian Klein	Anne Schneider
Robin Azinovic	Garry Konrath	Sebastian Schwind
Philipp Bender	Leo Krause-Wichmann	Violetta Sefkow-Werner
Benedikt Bien	Michelle Leppin	Jülide Sözen
Paulina Fecht	Marisa Machacek	Christian Steck
Jakob Feldkamp	Till Meier	Christian Uhlmann
Louisa Gärtner	Anahita Mousavi	Katharina Wagner
Esther Gothein	Anton Müller	Aaron Waible
Vanessa Grifo	Alicia Pointner	Alexander Walker
Danya He	Alina Scheja	Hendrik Wendland
Katja Hieber	Florian Schmid	Roman Wolf
Marcel Kahl	Daniela Schmidt	Samuel Zeh
Yoo-Jin Kim		Valentine Wanbing Zheng

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	PD Dr. Christian Laue
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Martin Borowski	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Jens Bülte	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Gerhard Dannecker	Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Dieter Dölling	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.)
Prof. Dr. Stefan Geibel	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Burkhard Hess	Prof. Dr. Dagmar Richter
Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M.	Prof. Dr. Christian Walter
Prof. Dr. Stephan Kirste	Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M.	Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.

Ehemalige Chefredakteure:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10
69117 Heidelberg
www.studzr.de
E-Mail: verein@studzr.de

Zitiervorschlag: *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2015, S.

Jieer Xu*

Rangfolge der Auslegungskriterien

Abstract

In der deutschsprachigen Methodik ist die Frage umstritten, ob es eine Rangfolge der klassischen Auslegungskriterien (Grammatik, Systematik, Entstehungsgeschichte, Teleologie) gibt. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser Diskussion auseinander, indem vorgefundene Lösungsvorschläge gruppiert und kritisch betrachtet werden. Thematisch übergeordnet geht es um eine Rationalisierung der Rechtsanwendung sowie die Realisierung von Gesetzesbindung. Vor diesem Hintergrund soll die Rangfolgebildung die Verlässlichkeit der richterlichen Entscheidung gewährleisten. Der Beitrag zeigt, dass eine solche Rangfolge in der juristischen Methodik ein Wunschbild bleiben muss, und stellt notwendige Verknüpfungen zu den ewigen Kontroversen hinsichtlich eines „objektiven“ oder „subjektiven“ Auslegungsziels sowie der Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung her, die sich hinter der Rangfolgefrage verbergen.

* Die Verfasserin ist Studentin in der Examensvorbereitung an der Bucerius Law School, Hamburg. Der vorliegende Beitrag entstand im Sommer 2014 als Examensseminararbeit im Schwerpunktbereich „Grundlagen des Rechts“ bei Prof. Dr. Christian Bumke und Prof. Dr. Anne Röthel und wurde mit 17 Punkten bewertet. Gedankt sei an dieser Stelle Marcel Kahl für die Ermutigung zur Veröffentlichung.

I. Einleitung

Während der universitären Ausbildung wird dem Studenten der Rechtswissenschaft vermittelt, dass es bei der juristischen Klausur nicht darauf ankomme, zu einem bestimmten, der Lösungsskizze entsprechenden Ergebnis zu gelangen, sondern den eingeschlagenen Weg nachvollziehbar und strukturiert zu begründen.¹ Besonders vorbildlich sei dabei eine dialektische Erörterung der Argumente innerhalb der Kriterien des klassischen Methodenkanons, der die Auslegung einer Rechtsnorm nach ihrer Grammatik, Systematik, Entstehungsgeschichte und Teleologie umfasst.² Mit einer ernsthaften Argumentation komme man sodann zu einem „gut“ oder zumindest „noch“ vertretbaren Ergebnis.

Indes stellt sich bei der Rechtsanwendung durch die Gerichte nicht allein die Frage nach der Vertretbarkeit der richterlichen Entscheidung; im Mittelpunkt steht vielmehr ihre Richtigkeit oder zumindest Verlässlichkeit. Vor allem das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG verlangt, dass die Entscheidung auf methodisch korrektem Wege gefunden wird, in gewissen Maßen vorhersehbar ist und rational überprüft werden kann.³ In diesem Kontext sind die herkömmlichen Auslegungskriterien mit der Zeit unter heftige Kritik geraten: Sie würden nur noch selektiv eingesetzt, um ein vorgewähltes Ergebnis nachträglich zu rechtfertigen,⁴ und stünden insofern bei der Rechtsanwendung in Abhängigkeit zum Vorverständnis des Richters bzw. der gegenwärtigen Ideologie.⁵

¹ Es gilt der allgemeine Bewertungsgrundsatz, der sich bei berufsbezogenen Prüfungen aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch gewertet werden darf, vgl. BVerfGE 84, 34 (55); wörtlich „nicht das Ergebnis, sondern die Begründung“ sei ausschlaggebend, *Kudlich/Christensen*, Juristisches Argumentieren, JuS 2002, 144 (144).

² Vgl. *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 249 ff.; im Folgenden werden die Begriffe „Auslegungskriterien“ und „Canones“ grds. synonym für die Bestandteile des klassischen Methodenkanons verwendet, ohne sich damit einer bestimmten Methodenlehre anzuschließen.

³ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 175 ff.

⁴ Vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964, S. 117 m.w.N.; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien in der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, S. 123.

⁵ Gerade im nationalsozialistischen Unrechtsstaat wurde der Methodenkanon zur Festigung und sogar Verstärkung ungerechter Ziele missbraucht, *Raisch*, Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, 1995, S. 133; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 640.

Um eine willkürliche Methodenwahl zu unterbinden, hat sich in der deutschsprachigen Methodik die Diskussion über die Möglichkeit einer Rangfolge der Auslegungskriterien entwickelt. Die vorliegende Untersuchung arbeitet diese Diskussion auf (III.) und bezieht zu ihr Stellung (IV.). Die Problematik der Rangfolgefrage erschließt sich allerdings erst, wenn sie vor dem Hintergrund derjenigen Situation betrachtet wird, in der sich ihre Lösung bewähren muss: im Kontext der richterlichen Entscheidung (II.). Methodische Überlegungen dienen keinem theoretischen Selbstzweck, sondern erlangen praktische Relevanz in der Rechtsanwendung durch die Gerichte.⁶ Die Untersuchung wird zeigen, dass die Rangfolgebildung nicht geeignet ist, der Herausforderung der richterlichen Entscheidung gerecht zu werden (V.).

II. Herausforderung: Die richterliche Entscheidung

Im Folgenden konzentriert sich die Betrachtung der richterlichen Entscheidung auf die Auslegungstätigkeit, also die Normsinnerschließung im Einzelfall, welche bei der Subsumtion von konkreten Lebenssachverhalten unter abstrakte Rechtsnormen regelmäßig notwendig sein wird.⁷ Richterliche Entscheidung meint hier somit zunächst die Rechtsfindung auf Grundlage von Gesetzesnormen, insbesondere die Anwendung oder Nichtanwendung einer Rechtsnorm. Die Auslegung von Willenserklärungen im Allgemeinen ist damit kein Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit; auch die Entscheidung innerhalb von kollegialbesetzten Gerichten wird in diesem Rahmen nicht diskutiert.

Worin genau die Herausforderung der richterlichen (Einzel-)Entscheidung liegt, wird deutlich, wenn man sie aus unterschiedlichen Perspektiven betrachtet (1.) und sich die aus dieser Betrachtung hervorgehenden Anforderungen an ihre Methodik vor Augen führt (2.).

1. Perspektiven auf die richterliche Entscheidung

Die richterliche Entscheidung als rechtserheblicher Individualakt präsentiert sich in Form eines Urteils, wobei man richterliches Entscheiden als Vorgang (Herstellung des Urteils) und als Ergebnis (Darstellung des Urteils) charakterisieren kann.⁸ Vorgang und Ergebnis sind jedoch unweigerlich

⁶ So auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 675.

⁷ Ausführlich *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 104, 106 ff.; mit der herkömmlichen Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung wird sich in unten in Abschnitt **IV. 2.** auseinandergesetzt.

⁸ Vgl. *Bumke*, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1 (2, 15); *Schneider*, Theorie juristischen Entscheidens, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann,

miteinander verknüpft und unterscheiden sich vornehmlich in ihrer Fokussierung auf das Entscheidungssubjekt (Richter) einerseits und auf das Entscheidungsobjekt (Urteil) andererseits.

Der Richter sollte bei der Herstellung des Urteils bestrebt sein, die Unsicherheiten über die Richtigkeit der Normauslegung möglichst zu minimieren.⁹ Dabei ist er an das Gesetz gebunden (vgl. Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG), jedoch zugleich dazu verpflichtet, eine Entscheidung zu treffen (sog. Rechtsverweigerungsverbot)¹⁰. Ausgehend von der Perspektive des Richters als Entscheidungssubjekt besteht die Herausforderung in der Suche nach (methodischen) Verhaltensregeln für den Vorgang der Entscheidungsfindung.

Die textliche Fassung des Urteils mit seinen Entscheidungsgründen dient dagegen der Kontrollierbarkeit der Entscheidung mittels ihrer Darstellung.¹¹ Die Notwendigkeit der Darstellung hält den Richter zur Selbstkontrolle an und fördert so Methodenehrlichkeit;¹² durch die rationale Überprüfbarkeit der Urteilsgründe wird zugleich eine Fremdkontrolle ermöglicht. Die methodische Herausforderung der Darstellung liegt darin, Regeln der juristischen Argumentation zu finden, die eine Strukturierungshilfe für die Selbstkontrolle bieten und zugleich die Begründung für andere nachvollziehbar machen.

2. Methodik der richterlichen Entscheidung

Die richterliche Entscheidung hat damit verlässlich sowie rational nachvollziehbar zu sein und sich innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen zu bewegen. Die Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung eröffnet zwei verschiedene, aber keineswegs alternative, Herangehensweisen bei der methodischen Bewältigung dieser Herausforderung: Einerseits sollen

Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004 S. 348 (349).

⁹ Vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, 1996, S. 196.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 54, 277 (291); 88, 118 (123); *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl. 1999, Rn. 180 ff.; *Vogelauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent I, 2001, S. 188 ff.; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung. Argumentation – Beweis – Wertung, 2006, S. 116 ff.

¹¹ Zu den folgenden Überlegungen *Hoffmann-Riem*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (22).

¹² Vgl. *Rütbers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 653.

methodische Regeln dem Rechtsanwender im Entscheidungsprozess eine Handlungsanweisung bieten, die zu einem verlässlichen Ergebnis führt, andererseits sollen sie die Begründbarkeit der Entscheidung im Sinne ihrer rationalen Vertretbarkeit und damit ihre rechtsstaatliche Akzeptanz sichern.¹³

In beiden Fällen ist es Ziel der methodischen Bemühungen, Gesetzesbindung zu realisieren, denn wenn schon der Normtext notwendigerweise abstrakt und dadurch gewissermaßen unbestimmt ist, so muss jedenfalls seine Auslegung bei der Subsumtion von konkreten Lebenssachverhalten durch den Richter von Willkür und Beliebigkeit befreit sein. Gesetzesbindung ist dabei Ausdruck der zentralen Wertungen, auf denen demokratische Verfassungsstaatlichkeit beruht.¹⁴

a) *Auslegungskriterien*

Herkömmliches Hilfsmittel bei der Auslegungstätigkeit ist der klassische Methodenkanon, der die grammatische, systematische, entstehungsgeschichtliche und teleologische Auslegung umfasst. Ähnliche Kategorisierungen finden sich bereits im frühen 17. Jahrhundert bei *V.W. Forster*¹⁵ sowie später bei *Savigny*¹⁶. In ihrer heutigen Verwendungsform sind die Canones allerdings nach wie vor terminologisch wie inhaltlich umstritten.

¹³ *Hoffmann-Riem* (Fn. 11), 22.

¹⁴ *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates. Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur, 2015, S. 322 „Die zentrale Herausforderung der Methodenlehre im Verfassungsstaat ist [...] das Prinzip der Gesetzesbindung“; was Gesetzesbindung genau bedeutet und wie sie realisiert werden kann, wird sehr unterschiedlich von den verschiedenen methodischen Konzeptionen beantwortet, insofern sei auf spätere Ausführungen unten in Abschnitt **III**. verwiesen.

¹⁵ Vgl. *Schröder*, Juristische Hermeneutik im frühen 17. Jahrhundert: Valentin Wilhelm Forsters »Interpres«, in: FS Lange, 1992, S. 223, passim.

¹⁶ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, S. 212 ff. benennt als Elemente der Auslegung das grammatische, das logische, das historische sowie das systematische Element. Zu beachten ist, dass *Savigny* diese Elemente nur für die Auslegung von Gesetzen im „gesunden Zustand“ als ausreichend erklärt hat, *ebd.*, S. 222 ff., für die Auslegung „mangelhafter“ Gesetze mit „unbestimmtem“ oder „unrichtigem Ausdruck“ seien weitere (z.T. teleologische) Aspekte heranzuziehen. Eine derart klare Unterscheidung steht heute nicht im Zentrum der Gesetzesauslegung. Eine Abhängigkeit zwischen trefflicher Gesetzgebung und trefflicher Auslegung kann hier im Rahmen der Auslegungstätigkeit der Gerichte nicht behandelt werden.

Bei der *grammatischen* Auslegung herrscht noch Einigkeit, dass damit die Auslegung nach der Semantik sowie der Syntax der Norm gemeint ist.¹⁷ Es hat sich der Terminus „Auslegung nach dem Wortlaut“ etabliert, wobei das Ergebnis als „Wortsinn“ der Norm bezeichnet wird.¹⁸ Erste Unsicherheiten entstehen angesichts der Variationsmöglichkeiten im Sprachgebrauch. Hat das *BVerwG* bspw. zu entscheiden, ob die Entnahme von Sand oder Kies unter den Gesetzesbegriff „Nutzung von Bodenschätzen“ subsumiert werden kann, wird zunächst der Sprachgebrauch des Alltags herangezogen.¹⁹ Dabei impliziert der Ausdruck „Bodenschätze“, dass der Gegenstand wertvoll und nicht allgemein zugänglich ist. Bodenschätze sind darum „Schätze“ des Bodens, nicht aber die Bestandteile des Bodens (in Form von Sand und Kies) selbst.²⁰ Der fachsprachliche oder gesetzgeberische Sprachgebrauch knüpft zumeist an diesen umgangssprachlichen Sprachgebrauch an, kann aber auch davon abweichen (eindrücklich z.B. die Unterscheidung zwischen „Besitz“ und „Eigentum“). Im Falle des „Bodenschatzes“ wurde keine feststehende Bedeutung in der (früheren) Gesetzgebung festgestellt, sodass es bei der umgangssprachlichen Deutung verblieb.²¹ Die Ermittlung des juristischen Sprachgebrauchs führt dazu, dass die grammatische Auslegung notwendigerweise im Vergleich zu anderen Rechtsnormen stattfindet und darum auch eine *historische* und insbesondere eine *systematische* Komponente umfasst.

Die *systematische* Auslegung betrachtet die Rechtsnorm im Bedeutungszusammenhang mit anderen Normen der Rechtsordnung, wobei Widerspruchsfreiheit Ausgangspunkt und Zielsetzung ist. Wie bereits gezeigt wurde, kann die Auslegung nach der Systematik sich auf den sprachlichen Kontext der Begriffsverwendung beziehen. Im Ursprung ist jedoch eine

¹⁷ Herkömmliche Darstellungen der Auslegungskriterien bei *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 436 ff.; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 320 ff. und *Engisch* (Fn. 7), S. 136 ff.

¹⁸ Vgl. *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik I. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11. Aufl. 2013, Rn. 351a; häufig auch synonym verwendet.

¹⁹ BVerwGE 85, 223 (227 f.).

²⁰ Diese Deutung ist nicht zwangsläufig, gerade bei zusammengesetzten Substantiven kann der erste Bestandteil unterschiedliche Funktion haben, wie das Beispiel vom Edelmesser (besteht aus Edelstahl, schneidet diesen aber nicht) und Kuchenmesser (besteht gerade nicht aus Kuchen, schneidet diesen aber) belegt. Sprache ist somit nichtnormativ und die Verständnismöglichkeiten sind nicht semantisch begrenzt, *Christensen/Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 391.

²¹ BVerwGE 85, 223 (228 f.).

systematisch-logische Auslegung gemeint,²² die logische Beziehungen zwischen den Gesetzesvorschriften ermittelt und dadurch Normwidersprüche zu vermeiden sucht. Hinweise darauf ergeben sich u.a. aus der Stellung der Norm in einem bestimmten Abschnitt oder auch ihrer Überschrift. Neben dem „äußeren System“ der Logik muss zudem auch das „innere System“ der Normzwecke und gesetzlichen Wertungen frei von Widersprüchen sein.²³ Die Auslegung nach der Systematik hat somit auch einen *teleologischen* Aspekt. Aus diesem Grund wird z.T. angenommen, dass die verfassungskonforme Auslegung Bestandteil der systematischen Auslegung sei.²⁴

Die *Entstehungsgeschichte* einer Norm gibt Aufschlüsse über die Regelungsabsichten und Normvorstellungen des Gesetzgebers sowie ihren Traditionszusammenhang. Deren Ermittlung mithilfe von Gesetzgebungsmaterialien wird (rechtsextern) als *genetische* Auslegung bezeichnet, während unter dem *dogmengeschichtlichen*²⁵ Aspekt (rechtsintern) die Norm aus der Geschichte ihrer juristischen Dogmatik untersucht wird.²⁶ Gerade bei der Auslegung nach der Entstehungsgeschichte ist die Terminologie uneinheitlich und es wird häufig von der *historischen* Auslegung gesprochen, ohne genauer zu differenzieren.²⁷ Die *historisch-teleologische* Auslegung nach dem gesetzgeberischen Normzweck (auch *subjektiv-teleologisch* genannt) wird zumeist als zentraler Ermittlungsaspekt der Entstehungsgeschichte verstanden.²⁸

²² Vgl. *Bydlinski* (Fn. 17), S. 442 ff. m.w.N.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1. Aufl. (Nachdruck) 2001, S. 295; a.A. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1982, S. 167 sehen die systematische Auslegung nicht als eigenständiges Kriterium zur *Ermittlung* des Normsinns, sondern nur zur *Festsetzung* des semantischen Gehalts der Norm.

²³ *Hasold*, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: FS Larenz, 1983, S. 211 (225).

²⁴ *Vogenauer* (Fn. 10), S. 37 m.w.N.; a.A. als Unterfall der teleologischen Auslegung *Bydlinski* (Fn. 17), S. 455 ff.; *Looschelders/Roth* (Fn. 9), S. 177 ff.; als eigenständiges Kriterium *Larenz* (Fn. 17), S. 339 ff.

²⁵ Zum Begriff *Gröschner et al.*, Rechts und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog, 2000, S. 3.

²⁶ *Brugger*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), 1 (26 f.); *Kirste*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2010, S. 56.

²⁷ *Haverkate*, Normtext – Begriff – Telos. Zu den drei Grundtypen des juristischen Argumentierens, 1996, S. 47 f. spricht dagegen der Entstehungsgeschichte die Eigenständigkeit als Auslegungskriterium ab, denn nach ihm ist der entstehungsgeschichtliche Aspekt notwendiger Bestandteil der drei anderen Auslegungskriterien; ähnlich *Hasold* (Fn. 23), 227.

²⁸ Zum „Willen des Gesetzgebers“ und dazu, welche Materialien bei der Ermittlung relevant sind, sei auf die aktuelle Aufarbeitung bei *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 372 ff. verwiesen.

Konflikte sind mit der semantischen Auslegung denkbar: So verbietet etwa § 400 BGB ausnahmslos die Abtretung von unpfändbaren Forderungen wie z.B. Unterhaltsansprüchen. Der gesetzgeberische Schutzzweck zielt dabei auf die Existenzsicherung ab. Die Abtretung müsste daher entgegen dem Wortlaut dennoch wirksam sein, wenn gleichwertige Gegenleistungen empfangen wurden.²⁹

Die sog. *objektiv-teleologischen* Kriterien zur Ermittlung des „Sinn und Zwecks“³⁰ der Norm kommen u.a. in Betracht, wenn sich der historische Normzweck nicht ermitteln lässt oder wenn dieser angesichts von Entwicklungen in Gesellschaft und Wissenschaft veraltet erscheint. Schwierig wird es, wenn Zweckerwägungen mit dem Wortlaut und den gesetzgeberischen Vorstellungen kollidieren, was bspw. bei der Subsumtion eines Lastkraftwagens unter den strafrechtlichen Tatbestand eines „bespannten Fuhrwerks“ der Fall war.³¹ Die Flexibilität (gibt es „objektive Zwecke“?) der teleologischen Auslegung führt dazu, dass sie einerseits hochgelobt, andererseits heftig kritisiert wird.³²

Auch wenn die Auslegungskriterien in enger Beziehung stehen und dadurch die Meinungen über ihre Inhalte auseinandergehen,³³ sind die Kategorien Grammatik, Systematik, Entstehungsgeschichte und Teleologie weiterhin diejenigen Kriterien, die bei der Auslegungstätigkeit durch die Gerichte verwendet werden.³⁴

b) Problem der Methodenwahl

Aus der vorangegangenen Vorstellung der Auslegungskriterien tritt merklich das Konfliktpotenzial zwischen ihnen zum Vorschein. In vielen Fällen mögen sie zum selben Ergebnis führen und dieses durch ihren Gleichlauf bestärken, in anderen ist jedoch ein Widerspruch zwischen verschiedenen

²⁹ BGHZ 4, 153; 13, 360; 59, 115; vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 735.

³⁰ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 364 betrachten die teleologische Auslegung nur eingeschränkt als eigenständiges Kriterium, weil sie nur mithilfe der anderen Kriterien belegt werden könne – sie sei daher keine Methode, sondern bereits Ergebnis.

³¹ BGHSt 10, 375 – Forstdiebstahl.

³² Vgl. *Hassold* (Fn. 23), 231 ff.; krit. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 801 ff.; aufklärend *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 339 f., 346 ff.

³³ Auffällig ist, dass es abgesehen von der Grammatik zu jedem Auslegungskriterium Stimmen gibt, die diesem den Rang eines selbstständigen Kriteriums absprechen, vgl. Fn. 22, 27, 30.

³⁴ Statt vieler BVerfGE 11, 126 (130); die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die Debatten innerhalb der Methodik – eine eingehende Analyse des gerichtlichen Umgangs mit den Auslegungskriterien kann daher nicht erfolgen; dazu *Vogenaier* (Fn. 10), S. 28 ff., 50 ff.

Auslegungskriterien zu erwarten. Gerade für solche Grenzfälle muss die Methodik Regeln aufstellen, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden.³⁵

Savigny betrachtete die Auslegungskriterien als „Elemente“ der Auslegung, die jeweils Teilaspekte darstellen, welche im Gesamtbild zusammengefügt werden müssten. Diese Vorstellung, dass die Auslegungskriterien keine selbstständigen und daher alternativ anwendbaren „Methoden“ im engeren Sinne seien, hat sich trotz der häufig anzutreffenden Bezeichnung als „Auslegungsmethoden“ bis heute gehalten,³⁶ allerdings ist das Problembewusstsein für Konfliktfälle zwischen den Auslegungskriterien im Kontext der richterlichen Entscheidung gewachsen.³⁷

Sofern es keine „Meta-Regel“³⁸ für die Anwendung der Auslegungskriterien gibt, erhält der Richter im Grunde die Möglichkeit, die für ein bestimmtes Ergebnis sprechenden Kriterien zu selektieren und diese Auswahl dabei methodisch unbegründet und damit nicht mehr nachvollziehbar zu belassen.³⁹ Diese scheinbare Beliebigkeit der Methodenwahl führt zu der Frage nach dem Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander,⁴⁰ wobei das Aufstellen einer Rangfolge naheliegt, um eine verlässliche Lösung von Kollisionsfällen zu gewährleisten.⁴¹

III. Reaktion: Diskussion der Rangfolgefrage

Als Reaktion auf die Herausforderung der richterlichen Entscheidung haben sich in der juristischen Literatur verschiedene Positionen zur Möglichkeit einer Rangfolge der Auslegungskriterien entwickelt, wobei Einigkeit weder im Ergebnis noch bei den Prämissen abzusehen ist. Dabei werden im Hinblick auf das Verhältnis der Auslegungskriterien nicht nur Rangfolgen im Sinne von

³⁵ *Zweigert*, Juristische Interpretation, Studium Generale 1954, S. 380 (383, 385).

³⁶ So *Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, 2012, S. 179 (180).

³⁷ *Buchwald*, Die *canones* der Auslegung und rationale juristische Begründung, ARSP 1993, 16 (26) bezeichnet die Auslegungskriterien in diesem Sinne als „ineffektiv“.

³⁸ Sozusagen eine Regel für die Anwendung von Regeln; vgl. zum Begriff *Hassemer*, Juristische Hermeneutik, ARSP 1986, 195 (204).

³⁹ So etwa *Gern*, Rangfolge der Auslegungsmethoden, VerwArch 1989, 415 (421 f.); vgl. *Haverkate* (Fn. 27), S. 5.

⁴⁰ *Engisch* (Fn. 7), S. 153; skeptisch gegenüber einer Hierarchie der Auslegungskriterien *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien in der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, S. 124 ff.

⁴¹ Im Folgenden konzentriert sich die Arbeit auf die herkömmlichen Auslegungskriterien des klassischen Methodenkanons, zumal die Rangfolgefrage in der Methodik im Allgemeinen nur bezüglich dieser gestellt wird.

Hierarchisierungen, sondern auch Reihenfolgen bzw. relative Vorränge unter den Kriterien vorgeschlagen.

Im Grunde offenbart die Rangfolgediskussion unterschiedliche Vorstellungen davon, wie die Gesetzesbindung der richterlichen Entscheidung realisiert werden soll.⁴² In ihr spiegeln sich die oben dargestellten Perspektiven wider, von denen aus man die richterliche Entscheidungsfindung betrachten kann: Sieht man die Rangfolgefrage als Problemaspekt einer nachvollziehbaren Darstellung, so entstehen dabei Ansätze, die als *begründungstheoretisch* charakterisiert werden können und einer festen Rangfolge tendenziell zurückhaltend gegenüberstehen (1.). Demgegenüber steht die Kritik *staatstheoretischer* Ansätze,⁴³ dass dabei herstellungsrelevante Faktoren ausgeblendet und daraus rechtsstaatliche und demokratische Defizite folgen würden. Diese wollen die Verwirklichung von Gesetzesbindung somit nicht allein an methodischen Erwägungen festmachen, sondern verfassungsrechtliche Komponenten heranziehen, um damit dem Richter konkrete Handlungsanweisungen zur Entscheidungsfindung zu geben und ihm zugleich die Grenzen seiner Tätigkeit aufzuzeigen (2.).

1. Begründungstheoretischer Ansatz: Abwägungslösung

Der begründungstheoretische Ansatz lässt sich durch die These beschreiben, dass das Rangfolgeproblem durch die Bedingungen einer vernünftigen Entscheidungsbegründung gelöst werden kann.⁴⁴ In der klassischen semantischen Methodenlehre finden sich dabei Variationen einer Stufenfolge (a), während *Alexys* Diskurstheorie Vernunftabwägungen als Lösung der Rangfolgefrage ansieht (b).

⁴² Anschaulich *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 111 ff. der von einem staatstheoretischen Standpunkt aus die Rangfolgefrage im Kapitel „Die Bindung des Richters an das Gesetz“ behandelt.

⁴³ Diese Gegenüberstellung bedeutet allerdings nicht, dass die begründungstheoretischen Ansätze keinerlei staats- und verfassungstheoretischen Erwägungen miteinbeziehen, es ist jedoch ein deutlich verschobener Schwerpunkt zu bemerken. Dasselbe gilt auch für die Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung, welche hier zur Veranschaulichung der Problematik dient und nicht suggerieren möchte, dass die jeweiligen Positionen ebenfalls eine solche Unterscheidung und Einordnung vornehmen.

⁴⁴ *Buchwald* (Fn. 37), 26.

*a) Stufenfolge und Subsidiaritätsgedanke*aa) Konzeption von *Larenz*

Hinsichtlich des Verhältnisses der Auslegungskriterien zueinander entwickelt *Larenz* eine Stufenfolge:⁴⁵ Der Wortsinn sei zugleich Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung, wobei *Larenz* zugesteht, dass in der Regel mehrere Bedeutungsvarianten möglich sind. Ausgehend vom Wortsinn sei der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes zu untersuchen und daraufhin die Regelungsabsicht und Zwecke des Gesetzgebers, an die der Rechtsanwender grundsätzlich gebunden sei. Im Gegensatz zu diesen historisch-teleologischen Kriterien seien die konkreten Normvorstellungen der Gesetzesverfasser nicht verbindlich und nur ergänzend zu berücksichtigen. Bestehen weiterhin Zweifel, seien erst dann objektiv-teleologische Kriterien heranzuziehen. Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung müssten dabei vermieden werden, weshalb den rechtsethischen Prinzipien von Verfassungsrang eine besondere Leitrolle zukomme.⁴⁶

Larenz betont, dass das Gewicht der Auslegungskriterien erst im Einzelfall und nicht abstrakt bestimmt werden könne.⁴⁷ Eine methodengerechte Lösung, gerade in Grenzfällen mit verbleibendem Beurteilungsspielraum, gebiete daher die Berücksichtigung sämtlicher Auslegungskriterien und die Begründung, weshalb ein bestimmtes Kriterium ausschlaggebend gewesen sei.⁴⁸

bb) Konzeption von *Bydlinski*

Ähnlich wie *Larenz* kritisiert *Bydlinski* den Versuch, ein feststehendes Rangverhältnis der einzelnen Auslegungskriterien zu postulieren, da die Auslegungskriterien je für sich Argumente von sehr verschiedener Stärke ergeben könnten. Weiterhin sei die Begrenzung der Rangfolgefrage auf

⁴⁵ Zu den folgenden Ausführungen *Larenz* (Fn. 17), S. 343 ff.

⁴⁶ „Verfassungskonformität“ wird als ein, wenn auch nachstehendes, Auslegungskriterium, aufgefasst, *ebd.*, S. 339.

⁴⁷ *Ebd.*, S. 345 f.

⁴⁸ *Larenz* erwähnt zudem abschließend die Möglichkeit, dass kein methodisch gesichertes Ergebnis erreicht werden könne, *ebd.*, S. 346. Der Richter dürfe dann eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen, sofern die damit verbundene Wertung als solche deutlich gemacht wird. Dieser knappe Hinweis ist wohl aufgrund seiner Angreifbarkeit mit der Studienausgabe *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 167 entfernt worden.

Kollisionsfälle problematisch, zumal dies voraussetzt, dass alle Kriterien tatsächlich zu Rate gezogen wurden.⁴⁹

Ausgehend von dieser Kritik entwickelt *Bydlinski* seine Antwort auf die Rangfolgefrage mithilfe des Subsidiaritätsgedankens. Danach ist „die Heranziehung einer sehr arbeitsaufwendigen und (oder) unsicheren Methode [...] sinnlos, wenn das betreffende Problem bereits vor ihrer Heranziehung gelöst ist“.⁵⁰ Ausgehend von diesem ökonomischen Ansatz bestimmt das sog. Einfachheitskriterium eine Stufenfolge nach der Intensität der Bemühungen, die für das Zusammentragen des jeweils notwendigen Rechtsgewinnungsmaterials erforderlich seien.⁵¹ Diese Stufenfolge ist nach *Bydlinski* abzubrechen, wenn eine Lösung mit den (kombinierten)⁵² „einfachen“ Auslegungskriterien gefunden wurde.⁵³

Im Grunde deckt sich die Stufenfolge von *Larenz* mit den Bestimmungen des Einfachheitskriteriums von *Bydlinski*. Allein die objektiv-teleologischen Kriterien werden im Vergleich zur herkömmlichen Stufenfolge herausgenommen und dienen als nachträgliche und stets notwendige „Begleitkontrolle“ zur Überprüfung der Lösung auf ihre konkrete Vereinbarkeit mit der sog. Rechtsidee.⁵⁴ Die richterliche Entscheidung sei somit nicht nur an das positive Recht gebunden, sondern müsse der Rechtsidee samt ihren Konkretisierungen (Rechtssprinzipien) entsprechen. Über die Canones hinaus werden von *Bydlinski* die Methoden der Rechtsgewinnung insgesamt in dessen „Rangtheorie“ miteinbezogen.⁵⁵

⁴⁹ *Bydlinski* (Fn. 17), S. 555.

⁵⁰ *Ebd.*, S. 559.

⁵¹ Je einfacher dieser Vorgang sei, desto verlässlicher würde das relevante Material in den Einzelfällen gefunden werden, weshalb das Einfachheitskriterium nicht nur der Zweckmäßigkeit dienlich sei, sondern durch Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung auch der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit, *ebd.*, S. 557. Zurückführen lassen sich die Elemente Zweckmäßigkeit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit auf die von *Radbruch* als Gegenposition zum strikten Rechtspositivismus entwickelten „Rechtsidee“, welche von *Bydlinski* aufgegriffen und auch seiner Rangtheorie zugrunde gelegt wird, *ebd.*, S. 294 ff.

⁵² Auch *Bydlinski* sieht keine scharfe Abgrenzung zwischen den Auslegungskriterien und erkennt, dass diese häufig ineinander übergehen, *ebd.*, S. 565.

⁵³ *Ebd.*, S. 559 ff.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 561; zur Rechtsidee und ihrem abstrakten Bezug auf die juristischen Methoden siehe Fn. 51.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 558, 650, neben den Canones seien dies die Analogie, die Rechtsfortbildung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Heranziehung des „Richterrechts“ und auf dem letzten Rang die rational nicht mehr begründbare „richterliche Eigenwertung“, welche

cc) Konzeption von *Looschelders/Roth*

Auch *Looschelders/Roth* vertreten eine „subsidiäre Stufenfolge“, die im Wesentlichen ebenfalls der Abfolge bei *Larenz* entspricht, im Vergleich zu *Bydlinski* jedoch einen schwächeren Subsidiaritätsgedanken innehat.⁵⁶ Subsidiarität meine nicht, dass die Auslegung nach einer „eindeutigen“ Stufe abgebrochen werden solle, sondern dass die früheren Auslegungsstufen den Rahmen für weitere Erwägungen auf den folgenden Stufen setzen.

Looschelders/Roth räumen ebenso wie *Larenz* und *Bydlinski* ein, dass ihre Stufenfolge keine feste Rangfolge abbildet, führen allerdings eine Differenzierung zwischen „Auslegungsmethoden“⁵⁷ und „Auslegungskriterien“ an. Mit „Auslegungskriterien“ sind die inhaltlichen Aspekte der Norm gemeint, die durch Auslegung ermittelt werden können. Im Hinblick auf diese Erkenntnisziele bestehe durchaus eine feste Rangfolge: Der Wortsinn habe für die Auslegung Vorrang vor der tatsächlichen Regelungsentscheidung, diese Vorrang vor der tatsächlichen Wertentscheidung, die wiederum Vorrang vor der mutmaßlichen. Diese Stufenfolge der Auslegung ergebe sich aus einer Inversion des Gesetzgebungsprozesses.⁵⁸

Welche „Methode“ letztlich den ausschlaggebenden Aspekt ermitteln kann, lasse sich aufgrund der mit ihnen verbundenen Unsicherheiten nicht abstrakt angeben.⁵⁹ Dennoch gebe es eine grundsätzliche Präferenz der historischen und genetischen Auslegung gegenüber der (objektiv-)teleologischen, da erstere trotz ihrer Unsicherheitsfaktoren⁶⁰ den Vorzug hätten, einen Schluss auf die tatsächlichen Regelungs- und Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu ermöglichen. Anders als bei *Larenz* und *Bydlinski* rücken damit Gerechtigkeitsvorstellungen⁶¹ im Rahmen der Auslegung zugunsten einer stärker betonten Bindung an den Gesetzgeber in den Hintergrund.

nur durch ihre Unvermeidlichkeit, soweit sie vorliegt, als legitimierte Methode der Rechtsfindung eingeordnet werden könne.

⁵⁶ *Looschelders/Roth* (Fn. 9), S. 193 ff.

⁵⁷ Hier als Auslegungskriterien bekannt. Es zeichnet sich ab, dass eine fehlende einheitliche Begriffsverwendung zu unglücklichen Missverständnissen führen kann, selbst *Looschelders/Roth* verwenden den Begriff der Auslegungskriterien wenig später wieder synonym mit dem der Auslegungsmethoden, *ebd.*, S. 195.

⁵⁸ *Ebd.*, S. 120 ff.

⁵⁹ *Ebd.*, S. 194.

⁶⁰ Fehlende Eindeutigkeit, Unvollständigkeit, verzerrte Darstellung der Beschlusserwägungen, *ebd.*, S. 194.

⁶¹ Bei *Larenz* (Fn. 17), S. 344 „das Postulat der Gerechtigkeit“, bei *Bydlinski* (Fn. 17), S. 559 die „Rechtsidee“.

dd) Kritische Betrachtung

Die Stufenfolge von *Larenz* enthält keine substantielle Aussage zu einer Rangfolge der Auslegungskriterien. Sie bietet lediglich eine Empfehlung für die Reihenfolge ihrer Prüfung ausgehend von der Grenzziehung durch Wortsinn und Systematik. Obgleich *Larenz* eine recht konkrete Verhältnisbestimmung unternimmt, lehnt er die Möglichkeit und auch die Notwendigkeit einer festen Rangfolge ab. Die Berechtigung im Rahmen der Rangfolgediskussion erhält die Stufenfolge von *Larenz* dadurch, dass „seine“ Prüfungsreihenfolge allgemein gebräuchlich ist⁶² und im Grunde den Ausgangspunkt weiterer Ansätze zur Rangfolgebildung, sei es in Ergänzung oder aus der Kritik heraus, bildet.

Im Sinne einer Erweiterung möchte *Bydlinski* explizit eine „Rangtheorie“ hinzufügen.⁶³ Seine sich aus dem Einfachheitskriterium ergebende Rangfolge verhält sich allerdings nur in dem besonderen Fall als tatsächliche Hierarchisierung, in dem verschiedene Kriterien etwa gleich starke gegensätzliche Argumente liefern.⁶⁴ Wann genau dieser Fall eintritt bzw. wie die Stärke der Argumente operationalisiert werden kann, erläutert *Bydlinski* nicht. Die begrenzte Leistungsfähigkeit seiner Theorie lässt sich ferner an drei Punkten festmachen: Erstens gibt es keinen Maßstab, wann ein problematischer Fall als eindeutig und „vollständig gelöst“⁶⁵ angesehen werden darf.⁶⁶ Zudem ist die oft maßgebliche „Vereinbarkeit mit der Rechtsidee“ höchst interpretationsbedürftig. Zweitens fehlt eine hinreichende Präzision und Trennschärfe der Auslegungskriterien, die für den Subsidiaritätsgedanken im Sinne *Bydlinskis* vorausgesetzt wird. Drittens sind die relevanten Gesetzesmaterialien heutzutage einfach abrufbar, weshalb das sog. Einfachheitskriterium an Überzeugungskraft verliert und bereits an der theoretischen Grundlage der Stufenfolge von *Bydlinski* zweifeln lässt.⁶⁷

Der „Rangtheorie“ von *Bydlinski* fehlt es somit gerade in schwierigen Fällen an Klärungspotenzial und ihr Mehrwert zur Stufenfolge von *Larenz* ist praktisch gering.⁶⁸ Vielmehr besteht ihre Leistung in der theoretischen Aufklärung

⁶² Vgl. *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl. 2012, S. 103.

⁶³ *Bydlinski* (Fn. 17), S. 554.

⁶⁴ Deutlich *Bydlinski* (Fn. 62), S. 106.

⁶⁵ *Bydlinski* (Fn. 17), S. 562.

⁶⁶ So bereits *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl. 1976, S. 95.

⁶⁷ *Ebd.*, S. 94 f. bezweifelt, dass ein verlässliches Kriterium zur Aufstellung einer Stufenfolge gefunden werden kann. Hierfür könnten nur unstrittige Entscheidungen als Anhaltspunkt genommen werden, die jedoch nichtssagend seien.

⁶⁸ Vgl. auch *Bydlinski* (Fn. 62), S. 106 selbst.

dahingehend, dass weniger komplexe Auslegungsprobleme bereits mit Hilfe von ein oder zwei Kriterien gelöst werden können und dieses Vorgehen auch methodengerecht ist.⁶⁹ Insofern ist der ökonomische Ansatz von *Bydlinski* für die Auslegungsarbeit nicht völlig untauglich, allerdings ungeeignet, die Rangfolgefrage zu beantworten.

Bei *Looschelders/Roth* rücken die Unsicherheitsfaktoren der Auslegungskriterien in den Vordergrund. Die Stufenfolge von *Looschelders/Roth* stützt sich dabei nicht auf ein Einfachheitskriterium, sondern ergibt sich aus der Inversion des Gesetzgebungsprozesses, wodurch sich die Gesetzesbindung des Richters realisieren soll.⁷⁰ Es lassen sich somit erste (allerdings rein formale) staatstheoretische Erwägungen erkennen. Sie werden jedoch nicht als solche expliziert und auch nicht als Begründung einer Rangfolge der Auslegungskriterien eingesetzt. Eine Rangfolge besteht bei *Looschelders/Roth* allein innerhalb der Erkenntnisziele. Dennoch gehen *Looschelders/Roth* davon aus, dass die Entstehungsgeschichte wie auch die anderen Kriterien nicht in allen Fällen klare Aussagen erzeugen, weshalb sie sich der klassischen Vorstellung anschließen, dass es auf eine Gewichtung, Kombination und Abwägung der Auslegungsgesichtspunkte im Einzelfall ankomme.

ee) Zwischenbilanz zur (subsidiären) Stufenfolge

Die in diesem Abschnitt vorgestellten Konzeptionen sind zweifelsohne als Leitfäden zur Entscheidungsfindung entwickelt worden.⁷¹ Ihre Einordnung als begründungstheoretische und damit im Schwerpunkt darstellungsorientierte Ansätze ist dennoch geboten, weil sie nicht zwischen Herstellung und Darstellung unterscheiden. Vielmehr gehen sie von der Annahme aus, dass Herstellung und Darstellung der richterlichen Entscheidung in einer Handlung aufgehen. Wie die Entscheidung über das Gewicht bzw. die Eindeutigkeit der Auslegungskriterien letztlich getroffen werden soll, kann eine Stufenfolge der Auslegungskriterien allerdings nicht beantworten und lässt damit maßgebliche Schritte im Vorgang der Entscheidungsfindung offen. Die Vertreter einer (subsidiären) Stufenfolge betonen damit den schöpferischen Aspekt der

⁶⁹ Ähnlich pragmatisch *Zeller*, *Auslegung von Gesetz und Vertrag. Methodenlehre für die juristische Praxis*, 1989, S. 51 ff., 374 ff.; Übersicht weiterer schweizerischer Literatur und gesetzlicher Auslegungsregeln *Schluep*, *Einladung zur Rechtstheorie*, 2006, Rn. 2338 ff.

⁷⁰ *Looschelders/Roth* (Fn. 9), S. 120 ff., 193.

⁷¹ Krit. *Haverkate*, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, 1977, S. 165 ff.

Auslegung, der methodisch nur durch die Darstellung der Entscheidung kontrollierbar gemacht werden kann.

b) Vernunftwägungen im Rahmen der Diskurstheorie

aa) Konzeption von *Alexy*

Hinsichtlich der Rangfolgefrage kommt *Alexy* zu dem Befund, dass keine der bislang vorgeschlagenen Stufenfolgen der Canones allgemeine Anerkennung gefunden habe.⁷² Die von ihm vertretene Diskurstheorie vermöge zwar ebenfalls keine verbindliche Stufenfolge aufstellen, allerdings könne sie zur Entschärfung des Problems beitragen, indem sie die Verwendung der Auslegungskriterien als verschiedene, stets allesamt zu berücksichtigende⁷³ Argumentformen regele.⁷⁴

Ausgangspunkt seiner Theorie der juristischen Argumentation ist, dass es beim juristischen Begründen letztlich um praktische Fragen gehe, also darum, was geboten, verboten und erlaubt sei.⁷⁵ Es komme daher eine pragmatische Dimension des Begründens hinzu.⁷⁶ Nach *Alexys* Konzeption ist eine Vorhersehbarkeit des Entscheidungsergebnisses bei Kenntnis der Regeln der Diskurstheorie nicht möglich oder erforderlich; allein die tatsächlich stattfindende oder vorgestellte Diskussion nach vernünftigen Regeln sei maßgeblich und auch hinreichend.⁷⁷ Um die Bindung an das geltende Recht sicherzustellen, wird eine Argumentationslastregel aufgestellt, die besagt, dass „Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen“, vorgehen, „es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen“.⁷⁸ Wann solche vernünftigen Gründe vorlägen, sei erst im Diskurs festzustellen und demnach der Vernunft der Rechtsanwender als Diskursteilnehmer überlassen. Das Problem der Rangfolge sei somit mit Mitteln der praktischen Argumentation zu lösen.⁷⁹

⁷² *Alexy* (Fn. 22), S. 303.

⁷³ Sog. Vollständigkeitsregel im Gegensatz zum Subsidiaritätsgedanken, *ebd.*, S. 306.

⁷⁴ Die Auslegungskriterien werden somit nicht als (methodische) Regeln verstanden; vgl. zur normtheoretischen Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. (Nachdruck) 2006, S. 71 ff. m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *ebd.*, S. 498.

⁷⁶ *Alexy* (Fn. 22), S. 304.

⁷⁷ *Ebd.*, S. 304.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 305.

⁷⁹ *Ebd.*

bb) Kritische Betrachtung

Ähnlich wie bei einer Stufenfolge der Auslegungskriterien hängt bei *Alexy* das Ergebnis der Auslegung von einer Gewichtung der Argumente im Einzelfall ab. Gesetzesbindung sei durch die Argumentationslastregel zu realisieren, jedoch wird anders als bei *Loosbelders/Roth* keine absolute Verbindlichkeit der gesetzgeberischen Entscheidungen statuiert. Die „Meta-Regel“ für die Anwendung der Auslegungskriterien bzw. Argumentformen ist somit keine feste Rangfolge, sondern die Vernünftigkeit und Konsensfähigkeit der Argumentation.

Mit der Beschreibung der Auslegungskriterien als Argumentformen unterstützt und betont *Alexy*, dass die Kriterien im Einzelfall zu Argumenten mit unterschiedlich starkem Gewicht führen können. Im Grunde bestätigt *Alexys* Theorie das Dilemma eines begründungstheoretischen Ansatzes zur Beantwortung der Rangfolgefrage: Sie erkennt, dass die Auslegungskriterien zu einer Problemstellung auf unterschiedliche Lösungen verweisen können und der Rechtsanwender sich entscheiden muss. Diese Entscheidung ist hinreichend zu begründen. Eine Rangfolge der Auslegungskriterien im Sinne einer Hierarchisierung kann jedoch durch die Bedingungen einer vernünftigen Begründung nicht hergeleitet werden, da man nicht im Allgemeinen voraussagen kann, welche Begründungsmöglichkeit im Einzelfall am überzeugendsten, also am vernünftigsten, sein wird.

c) Bilanz

Der begründungstheoretische Ansatz stellt keine feste Rangfolge auf, sondern ermittelt gewisse Beziehungen und Funktionen der Auslegungskriterien, die in eine Gesamtabwägung der Argumente miteinzubeziehen sind. Insgesamt führt dieser Ansatz damit zu einer Abwägungslösung.⁸⁰ Der Versuch einer abstrakten Verhältnisbestimmung vor der Abwägung im Einzelfall verschleiert, dass der begründungstheoretische Ansatz im Grunde keine Rangfolge der Auslegungskriterien anerkennt bzw. anerkennen kann.

Die Auslegungskriterien wurden von den bisher vorgestellten Positionen (z.T. unbewusst) im Rahmen der Darstellung, d.h. der Argumentation und Begründung, betrachtet,⁸¹ weshalb die staatsrechtliche Kritik, es sei keine methodische Disziplinierung des Herstellungsprozesses ersichtlich, geradezu

⁸⁰ *Larenz* (Fn. 17), S. 346.; *Bydlinski* (Fn. 17), S. 565; *Loosbelders/Roth* (Fn. 9), S. 196; *Alexy* (Fn. 22), S. 306.

⁸¹ Vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 11), 24.

folgerichtig scheint. Es stellt sich somit die Frage, ob die Auslegungskriterien auch im Rahmen des Herstellungsprozesses eine hinreichende Bedeutung erlangen können.⁸²

2. Staatstheoretischer Ansatz: Vorrangregeln

Der staatstheoretische Ansatz sieht die Lösung der Rangfolgefrage nicht in einer vernünftigen Begründung bzw. Darstellung der Entscheidung, sondern versucht, eine feste Rangfolge entsprechend dem Rang der normsetzenden Autorität aufzustellen und damit den Herstellungsprozess zu disziplinieren.⁸³ Hierbei spielen neben der Gesetzesbindung des Richters auch die Gewaltentrennung (konkret: die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung) sowie das Demokratieprinzip eine verstärkte Rolle. Dabei wird mitunter der Versuch unternommen, Vorrangregeln aus dem Verfassungsrecht, also dem Grundgesetz, abzuleiten (a), wohingegen die analytische Methodenlehre von *Koch/Rüßmann* ein rein staatstheoretisches Vorgehen für notwendig erachtet (b).

a) Bestimmung einer Rangfolge nach Verfassungsrecht

aa) Konzeption von *Rüthers*

Laut *Rüthers* sind Methodenfragen stets Verfassungsfragen.⁸⁴ Oberstes Gebot für den Rechtsanwender sei dabei die Bindung an das Gesetz (vgl. Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG). Methodenfragen betreffen im Kern die Gewaltentrennung zwischen Legislative und Judikative, weshalb der Richter bei der Auslegung keine eigenen Regelungsvorstellungen durchsetzen dürfe. Zudem liege die Zuständigkeit für die Setzung von Rechtsnormen allein bei demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorganen, und jede Lockerung der Gesetzesbindung führe demnach zu einem Abbau des Demokratieprinzips.⁸⁵

Bezüglich einer Rangfolge der Auslegungskriterien findet sich bei *Rüthers* die Unterscheidung zwischen Auslegungsziel und Auslegungsmitteln. Die Frage nach dem Auslegungsziel ist für ihn entscheidend. Dahinter verbirgt sich der Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie, in dem es kurz gefasst darum geht, ob das Ziel der Auslegung die Ermittlung des „Willens des Gesetzgebers“ (subjektive Theorie) oder des „Willens des Gesetzes bzw. des

⁸² Skeptisch *Hassmer* (Fn. 38), 204.

⁸³ *Buchwald* (Fn. 37), 26.

⁸⁴ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 705 ff.; so zu Methodenfragen des Zivilrechts BVerfGE 34, 269 (286 ff.); vgl. auch *Kirste* (Fn. 26), S. 49.

⁸⁵ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 708 f.

Rechtsanwenders“ (objektive Theorie) ist.⁸⁶ Auch wenn die Kontroverse durch die Aussage relativiert wird, dass beide Theorien zutreffende Teilaspekte erfassen,⁸⁷ zeigt *Rüthers'* vehemente Kritik an der objektiven Theorie, dass für ihn die Entscheidung des Gesetzgebers von ausschlaggebender Bedeutung für die Methodenwahl ist, er somit von einer „subjektiven“ Auslegungstheorie vorgeprägt ist.⁸⁸

Damit sei das Ziel der Auslegung die Ermittlung und Verwirklichung des ursprünglichen, historischen Normzwecks.⁸⁹ Grammatik, Systematik und Entstehungsgeschichte seien dagegen lediglich untergeordnete Hilfsmittel zur Ermittlung der gesetzgeberischen Interessenbewertung. Die Auslegung nach der Teleologie wird damit nicht als Auslegungskriterium, sondern als Zielsetzung für den Rechtsanwender gesehen. Weitere über den historischen Normzweck hinausgehende teleologische Erwägungen (vermeintlich „objektiv-teleologische“ Kriterien) dürften zudem kein Bestandteil der Auslegung sein, sondern müssten im Rahmen der Rechtsfortbildung als richterliche Rechtssetzung *praeter* oder *contra legem* bezeichnet werden.⁹⁰

bb) Konzeption der Strukturierenden Rechtslehre

Die von *F. Müller* am Verfassungsrecht entwickelte Strukturierende Rechtslehre distanziert sich von der semantischen Vorstellung, dass die Auslegung dem Verstehen der Rechtsnorm bzw. dem Finden des Normsinns diene.⁹¹ Vielmehr gilt es nach der von diesem Ausgangspunkt her formulierten Rechtsnormtheorie, die entscheidungserhebliche Rechtsnorm mit Informationen aus Normtext, Normprogramm und Normbereich erst herzustellen. Daher spricht die Strukturierende Rechtslehre auch nicht von Auslegung, sondern von Konkretisierung bzw. Normkonstruktion.⁹² Die Auslegungskriterien werden entsprechend als Konkretisierungselemente bezeichnet, wobei die *Canones* aufgrund ihres direkten Normtextbezugs

⁸⁶ Vgl. *ebd.*, Rn. 784, 796 ff.; zum Streit über die Auslegungstheorien siehe unten Abschnitt IV. 1.; *Larenz* (Fn. 17), S. 316 ff.; *Engisch* (Fn. 7), S. 159 ff.; krit. *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 442 ff., 493; Überblick über die historische Entwicklung bei *Mennicken*, Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie, 1970, passim.

⁸⁷ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 820.

⁸⁸ *Ebd.*, Rn. 806 ff.

⁸⁹ *Ebd.*, Rn. 726 ff., 730.

⁹⁰ *Ebd.*, Rn. 730d.

⁹¹ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 248 ff. kritisieren damit die positivistische Gleichsetzung von Rechtsnorm und Normtext.

⁹² *Ebd.*, Rn. 274 ff.

methodologische Elemente im engeren Sinn seien.⁹³ Dabei sollen die Standards der sog. Argumentationskultur die richterliche Entscheidung bis zu einem Willkür ausschließenden Maß voraussehbar machen können.⁹⁴ Die Konkretisierungselemente haben demzufolge die Aufgabe von Argumenten, wobei die Strukturierende Rechtslehre sich explizit von den Ansichten der (sprachpositivistischen) Argumentations- bzw. Diskurstheorie abgrenzt.⁹⁵

Die Gesetzesbindung nimmt innerhalb des Herstellungsvorgangs der Rechtsnorm eine zentrale methodische Disziplinierungsrolle ein. Konfliktsituationen, also frontale Gegensätze zwischen den einzelnen Konkretisierungselementen, müssten daher anhand von rechtsstaatlichen Maßstäben gelöst werden. Rangfolgeregeln orientieren sich mithin an der Nähe zum Normtext, der aufgrund seiner demokratischen Erzeugung sowie der rechtsstaatlichen Klarheits- und Bestimmtheitsgebote vorrangiger Bezugspunkt sei.⁹⁶ Dementsprechend haben in der Strukturierenden Rechtslehre die grammatische und die systematische Auslegung Vorrang; sie knüpfen direkt an den Normtext an und sind somit die am „unmittelbarsten und ausschließlichen auf Normtexte bezogenen Interpretationselemente“.⁹⁷

cc) Konzeption von *Gern*

Einen „abgeschlossenen“ Katalog stellt dagegen *Gern* auf. Die Rangfestlegung sei verfassungsrechtlich geboten und innerhalb eines verbindlichen Rechts der Methode zu finden.⁹⁸ Dieses sei Bestandteil der Gesamtrechtsordnung und daher dem Recht des Rechtsinhalts, also den Gesetzesnormen, gleichartig. Die herkömmlichen Auslegungskriterien seien durch Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip legitimiert, wobei gerade das Rechtsstaatsprinzip dazu geeignet sei, Rangaussagen zu treffen.⁹⁹ Der rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit sei nur verwirklicht, wenn der Bürger auf das im Normtext verfestigte Wort vertrauen könne. Die anderen Kriterien seien für den Bürger

⁹³ Darüber hinaus gebe es lösungstechnische, rechtspolitische, rechtsvergleichende und die Theorie-Elemente der Konkretisierung, *ebd.*, Rn. 350, 431 f.

⁹⁴ *Ebd.*, Rn. 179 ff.

⁹⁵ *Ebd.*, Rn. 256; die Argumentationstheorie sieht das Recht als Erkenntnisgegenstand und entwickelt ihre (Methoden)lehre auf Grundlage einer externen Rationalität der Philosophie bzw. Vernunft – die Strukturierende Rechtslehre möchte hingegen Recht als Ergebnis der Arbeit im Entscheidungsvorgang betrachten und knüpft ihre Argumentationskultur an die juristisch konkrete Rationalität des Verfassungsstaats.

⁹⁶ *Ebd.*, Rn. 439.

⁹⁷ *Ebd.*, Rn. 438, 445.

⁹⁸ *Gern* (Fn. 39), 431.

⁹⁹ *Ebd.*, 432 ff.

weit weniger erkennbar und verständlich und seien demnach einem eindeutigen Wortlaut unterzuordnen.¹⁰⁰

Ist der Wortlaut mehrdeutig, aber ein anderes Kriterium eindeutig, so sei das eindeutige Auslegungskriterium allein entscheidend. Für den Kollisionsfall bei nicht eindeutigen Wortlaut und gegenläufigen Ergebnissen der anderen Kriterien sei das „Recht der Rangfestlegung“ heranzuziehen. Dieses ergebe sich aus der Gesamtrechtsordnung, insbesondere der Verfassung. Ist keine passende Prioritätenregel aufzufinden, so sei die auszulegende Norm wegen Verstoßes gegen den rechtsstaatlichen Bestimmungsgrundsatz unwirksam.¹⁰¹

dd) Kritische Betrachtung

Die Bestimmung einer Rangfolge aus dem Verfassungsrecht hat das Problem, dass für die Entnahme methodischer Aussagen aus dem Grundgesetz dieses zunächst selbst ausgelegt werden muss, wofür bereits die methodischen Regeln vorliegen müssten, die es gerade zu ermitteln gilt.¹⁰²

Während *Rütbers* und *Müller/Christensen* dieses Problem durchaus erkennen,¹⁰³ übersieht *Gern* es bei seinem Rangfolgesystem völlig. Es liege ein Verfassungsverstoß vor, wenn die verfassungsrechtlich gebotene Methodenwahl missachtet werde – das ist zirkulär.¹⁰⁴ Ferner hinkt das vom ihm aufgestellte Rangfolgesystem an dem Kriterium der Eindeutigkeit.¹⁰⁵

Die Feststellung, der Wortlaut sei „eindeutig“, ist oftmals erst das Ergebnis einer Interpretation mithilfe von Aspekten aller Auslegungskriterien. Häufig ist der Befund jedoch, dass ein vermeintlich eindeutiger Wortlaut nach Heranziehung anderer Auslegungskriterien doch mehrdeutig ist. Auch die

¹⁰⁰ *Ebd.*, 434.

¹⁰¹ *Ebd.*, 436.

¹⁰² *Pawlowski* (Fn. 10), Rn. 7 vergleicht dieses Problem mit dem *Albertschen* Münchhausen-Trilemma aus der Philosophie: „Man kann nicht erkennen, wie man erkennt, solange man keine Erkenntnis hat“.

¹⁰³ *Rütbers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 710 bezeichnen es als methodische Aporie (Ausweglosigkeit); *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 456 sprechen von möglichst rationalen arbeitsfähigen Regelvorschlägen aus den methodenbezogenen Rechtsstaatsnormen, die keine absolut sicheren Methoden sind; *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, 1989, S. 221 f. begegnet diesem Einwand mit einem Vorverständnis der Verfassung, siehe dazu unten Abschnitt IV. 1. c).

¹⁰⁴ Vgl. *Gern* (Fn. 39), 435.

¹⁰⁵ Vgl. Kritik zur überkommenen sog. Eindeutigkeitsregel im Sinne der „Sens-Clair-Doktrin“ *Rütbers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 732 ff.

Vorstellung, dass die anderen Auslegungskriterien für sich genommen eindeutig seien und getrennt voneinander funktionieren können, ist illusionär. Zudem müsste *Gern* davon ausgehen, dass sich im Kollisionsfall stets „gleich eindeutige“ Auslegungsergebnisse gegenüberstehen. Der nicht allzu seltene Fall, dass sämtliche Auslegungskriterien mehr oder weniger unsicher sind, wird ignoriert. Neben diesen Eindeutigkeitsvorstellungen verwundert zudem die Aussage, dass bei einem offenen Rangproblem die Auslegung misslungen und die auszulegende Norm unwirksam sei.¹⁰⁶ Dies zeugt von einem zu engem Verständnis des Bestimmtheitsgebots und ist schwerlich mit dem Rechtsverweigerungsverbot vereinbar. Auch gesetzlich unklar geregelte Fälle müssen entschieden werden, denn die Grenzen der Gesetzesbindung können nicht Grenzen der Entscheidungsfähigkeit sein.¹⁰⁷ In vielerlei Hinsicht ist das Vorgehen *Gerns* zu rigoros, um ein praktikables Rangfolgesystem aufstellen zu können.¹⁰⁸

Die Unterschiede zwischen *Rüthers* und der Strukturierenden Rechtslehre sind wiederum auf ihre Hintergründe und methodischen Anliegen zurückzuführen. *Rüthers* warnt vor einer Erweiterung der Richtermacht durch die objektiv-teleologische Auslegung, die sich an Gerechtigkeitsmaßstäben wie der Rechtsidee orientieren soll.¹⁰⁹ Dieser u.a. bei *Larenz* und *Bydlinski* vorzufindende Bestandteil der Auslegung werde benutzt, um eigene Wertentscheidungen in der richterlichen Entscheidung zu verdecken.¹¹⁰ Gesetzesbindung bei der Auslegung bedeutet für *Rüthers* daher die Erforschung und Offenlegung der Regelungsabsichten des historischen Gesetzgebers.

Die Sinnhaftigkeit der *Rüthers'schen* Unterscheidung von Auslegungsziel und Auslegungsmittel kann in Frage gestellt werden,¹¹¹ denn ein Unterschied zwischen der Ermittlung des Regelungswillens des Gesetzgebers als Kernbestandteil der historischen Auslegung und dem historischen Normzweck als „Auslegungsziel“ ist bei ihm nicht zu erkennen.¹¹² Es wird allerdings hier im Besonderen ersichtlich, dass die teleologische Auslegung im Grunde

¹⁰⁶ *Gern* (Fn. 39), 436.

¹⁰⁷ Vgl. *Koch/Rißmann* (Fn. 22), S. 181.

¹⁰⁸ Krit. zum Ansatz von *Gern* auch *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 985 und *Arnim/Brink*, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz. Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik, 2001, S. 214.

¹⁰⁹ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 806 ff.

¹¹⁰ *Ebd.*, Rn. 801 f.

¹¹¹ So *Wismeyer* (Fn. 14), S. 338 f.

¹¹² *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 783.

nur begrenzt ein selbstständiges Auslegungskriterium ist.¹¹³ Diese Unselbstständigkeit oder auch Totalität erklärt, weshalb die Teleologie regelmäßig als das „Primat“ der Auslegung bezeichnet wird.¹¹⁴

Die Strukturierende Rechtslehre hat dagegen einen anderen Ausgangs- und Schwerpunkt und erklärt sich die praktisch hohe Bedeutung der teleologischen Auslegung anders. Auslegung ist für sie nicht bloße Rechtserkenntnis, sondern konstruktivistische Rechtserzeugung ausgehend vom Normtext. Gesetzesbindung bedeutet demnach, dass sich die richterliche Entscheidung auf den Normtext zurückführen lassen muss, weshalb die normtextnahen Kriterien der Grammatik und Systematik im Konfliktfall einen grundsätzlichen Vorrang haben. Das impliziert nicht, dass sie dem Wortlaut eine besonders hohe Leistungsfähigkeit zuschreiben würde. Im Gegenteil – die Strukturierende Rechtslehre steht der sprachlichen Präzisierung durch den Autor skeptisch gegenüber.¹¹⁵ Mit Gesetzesbindung ist daher nicht die strenge Bindung an den Normtext gemeint, sondern sie bezieht sich auf die Struktur eines Herstellungsprozesses.¹¹⁶ *Christensen/Kudlich* ergänzen das Kriterium der Normtextnähe später um das Kriterium der konkreten Intensität.¹¹⁷ Dies bestätigt, dass die Strukturierende Rechtslehre ebenfalls keine abstrakte Rangfolge aufzustellen sucht, denn die Konkretisierungselemente seien nur im Einzelfall als Argumente für die Arbeit mit dem Normtext erheblich.¹¹⁸ Abstrakt normstrukturell sei das Gewicht eines Arguments umso größer, je näher es am Normtext steht. Es müsse allerdings eine konkrete Bewertung im Einzelfall hinzukommen, wobei eine Abstufung in den Kategorien Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz denkbar sei.¹¹⁹ Möglich sei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel bedeute, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident sei ein Argument, wenn im Moment keine Alternativen denkbar sind. Mithilfe dieser doppelten Unterscheidung erklärt sich die Vereinbarkeit eines Vorrangs normtextnaher Argumente mit der praktisch vorgefundenen hohen Bedeutung der

¹¹³ Vgl. *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 364.

¹¹⁴ Vgl. *Hassold* (Fn. 23), 231 m.w.N.; Zusammenstellung hauptsächlich strafrechtlicher Literatur zur Rangfolgefrage bei *Rahlf*, Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre, in: Neumann/Rahlf/von Savigny, 1976, S. 17 (26) mit dem Ergebnis, dass es eine gewisse Einigkeit über die Vorrangstellung der teleologischen Methode gebe.

¹¹⁵ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 178, 351c ff.

¹¹⁶ *Christensen* (Fn. 103), S. 303.

¹¹⁷ *Christensen/Kudlich* (Fn. 20), S. 377 f.

¹¹⁸ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 433.

¹¹⁹ Zu den folgenden Ausführungen *Christensen/Kudlich* (Fn. 20), S. 378.

teleologischen Argumente: Die grammatische Auslegung sei zwar abstrakt normstrukturell vorrangig, ihrer Intensität nach jedoch häufig lediglich als „möglich“ zu klassifizieren. Dagegen seien teleologische Argumente abstrakt normstrukturell nachrangig, ließen aber die Entscheidung über die Anwendbarkeit einer Norm am ehesten „evident“ erscheinen (gerade die historisch-teleologischen Argumente).

Im Ergebnis kommt die Strukturierende Rechtslehre mit dieser Ergänzung einer konkreten Gewichtung der Argumente zu einer ähnlichen Konzeption wie *Loosbelders/Roth*, die eine abstrakte Rangfolge verneinen, aber eine Rangordnung von Erkenntniszielen aufstellen.¹²⁰ Diese Übereinstimmung sehen auch *Christensen/Kudlich* und bemerken dazu, dass diese Ähnlichkeit zu einem eher tradiert-positivistischen Verständnis nicht verwundern müsse.¹²¹ Die konstruktivistische Methodenlehre arbeitet nicht mit wesentlich anderen Methoden als die semantische Lehre, möchte jedoch durch eine andere Perspektive auf den Herstellungsprozess bei der Entscheidungsfindung aufmerksam machen. Zugleich zeigt diese Übereinstimmung, dass der staatsrechtliche Ansatz nicht im krassen Widerspruch zum begründungstheoretischen Ansatz steht, sondern vielmehr durch zusätzliche Vorrangregeln die Entscheidungsfindung anleiten möchte. Diese Vorrangregeln beziehen sich im Endeffekt allerdings auf vorliegende Argumente aus den Auslegungskriterien und nicht auf ihre abstrakte Anwendung, was dadurch deutlich wird, dass die Strukturierende Rechtslehre einen Rangfolgebedarf allein für tatsächliche Kollisionsfälle (von ergiebigen Kriterien) sieht.¹²²

b) Bestimmung einer Rangfolge nach staatsrechtlichen Auslegungszielen

aa) Konzeption von *Koch/Rüßmann*

Koch/Rüßmann sehen die Antwort der Rangfolgefrage nicht im Verfassungsrecht, sondern postulieren staatsrechtliche Erwägungen als (einzig möglichen) Lösungsansatz.¹²³ Eingangs kritisieren sie eine Alternativität zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie, die als fundamentale Kontroverse der Rangfolgeproblematik vorgeordnet sei.¹²⁴ Die Probleme und

¹²⁰ Siehe oben Abschnitt **III. 1. a) cc**).

¹²¹ *Christensen/Kudlich* (Fn. 20), S. 378 Fn. 410.

¹²² *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 434.

¹²³ *Koch/Rüßmann* (Fn. 22), S. 177 bewerten die These von der Unlösbarkeit des Rangfolgeproblems als Resultat einer Beschränkung auf begründungstheoretische Gesichtspunkte oder einer fehlenden Trennung von begründungs- und staatsrechtlichen Argumenten.

¹²⁴ *Ebd.*, S. 177; zum Theorienstreit siehe unten Abschnitt **IV. 1.**

Divergenzen im Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie seien allerdings im Grunde Rangfolgeprobleme.¹²⁵ Letztere würden jedoch als Diskussion über Auslegungsregeln missverstanden anstatt als Diskussion über Auslegungsziele betrachtet. Dadurch werde verschleiert, dass die Rangfolgediskussion eine staatstheoretische Kontroverse sei.¹²⁶ Mithilfe von staatstheoretischen Begründungshinweisen kommen sie zu drei Auslegungszielen, die drei klassischen Auslegungskriterien entsprechen sollen: Wortsinn, gesetzgeberischer Zweck und vernünftiger Zweck (Gesagtes, Gewolltes und Vernünftiges).¹²⁷ Der Vorrang des Wortsinns vor den Zwecken des Gesetzgebers wird mit der Schriftform der Verfassung begründet, die zudem die Rechtsordnung als eine geschriebene vorsehe.

bb) Kritische Betrachtung

Nach *Koch/Rießmann* ist die Rangfolgefrage mit einem staatstheoretischen Ansatz relativ einfach zu beantworten und bereitet keine besonderen Schwierigkeiten.¹²⁸ Sie distanzieren sich von dem Versuch, aus der Verfassung Methodenaussagen zu ziehen, denn die Rangfolgefrage müsse auch beantwortet werden können, wenn es keine Verfassungsnorm gebe, die eine Bindungsfrage anspricht.¹²⁹ Ein Unterschied zum Vorgehen der zuvor besprochenen „verfassungstheoretischen“ Ansätze ist jedoch nicht vorhanden, denn auch „rein“ staatstheoretische Erwägungen stützen sich notwendigerweise auf den demokratischen Verfassungsstaat.

Wie *Rießmann* später selbst feststellt, ist die Bestimmung einer Rangfolge aus staatstheoretischer Perspektive komplizierter als ursprünglich behauptet.¹³⁰ Umstritten ist dabei das Verhältnis zwischen dem Wortlaut (dem Gesagten) und dem gesetzgeberischen Zweck (dem Gewollten). Beide Auslegungskriterien drücken eine Bindung aus.¹³¹ Das Argument, dass die Verfassung eine geschriebene sei und diese die Rechtsordnung ebenfalls als geschriebene

¹²⁵ *Ebd.*, S. 178.

¹²⁶ *Ebd.*, S. 183.

¹²⁷ *Ebd.*, S. 182; der Auslegung nach der Systematik käme gegenüber der grammatischen Auslegung nur eigenständige Bedeutung i.S.v. Widerspruchsfreiheit zu, welches jedoch kein Gebot zur *Ermittlung* des Gesetzesgehalts sei, sondern eines zur *Festsatzung*, *ebd.*, S. 167; eine grundsätzlich zustimmenden Neuevaluierung dieser Rangfolge bei *Rießmann*, *Möglichkeit und Grenzen der Gesetzesbindung*, in: Alexy et al., *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 2003, S. 135 ff.

¹²⁸ *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 182, 184.

¹²⁹ *Rießmann* (Fn. 127), 141.

¹³⁰ *Ebd.*, 142 ff.

¹³¹ So auch *Alexy* (Fn. 22), S. 305.

vorsehe, ist ein reines Formargument, welches keine Rückschlüsse auf die Funktionen der Gesetzesbindung zulässt.¹³²

c) *Bilanz*

Auch wenn die Folgerungen aus dem staatstheoretischen Ansatz nicht einheitlich sind, ist ihnen gemein, dass sie im Gegensatz zu einem begründungstheoretischen Ansatz feste Vorrangregeln erstellen. Jedoch beziehen sich diese Rangregeln zumeist auf ergiebige „Teilergebnisse“ der Auslegungskriterien; so soll die Regelungsabsicht des Gesetzgebers gegenüber objektiv-teleologischen Überlegungen vorrangig sein. Die Bestimmung der Regelungsabsicht lässt sich jedoch nicht allein mit der Entstehungsgeschichte beantworten; ferner sind die Gesetzesmaterialien als Sprachtext gleichfalls auszulegen, weshalb gerade in schwierigen Fällen Kollisionen und Unsicherheiten auftreten können, für die dann keine Vorrangregeln existieren. Dem staatstheoretischen Ansatz gelingt damit lediglich das Aufstellen von Regeln, die nur beschränkt zur Klärung der Rangfolgefrage beitragen. Eine Antwort im Sinne einer klaren Hierarchisierung der Auslegungskriterien liefert sie hingegen nicht.

3. Zwischenergebnis: Skepsis gegenüber einer Rangfolge

In der Diskussion findet sich als positive Antwort auf die Rangfolgefrage zunächst eine zeitliche Abfolge der Prüfung im Sinne einer Reihenfolge, die jedoch zur Bewältigung der methodischen Herausforderungen der richterlichen Entscheidung nicht beitragen kann. Auch die Vorstellung einer Rangfolge als Filtersystem, bei dem die nächste Stufe nur angesteuert werden soll, wenn man zuvor zu keinem Ergebnis gekommen ist, taugt nur bedingt dazu, einen verlässlichen Entscheidungsmaßstab in Konfliktfällen zu liefern. Versucht man schließlich, das Gewicht der jeweiligen Auslegungskriterien zu hierarchisieren, ergibt die Analyse der verschiedenen Ansätze, dass es sich dabei stets um abstrakte Vorrangregeln zwischen bereits gefundenen Ergebnissen handelt und ein absolutes Rangverhältnis nicht aufgestellt werden konnte.

In Anbetracht dieser Auseinandersetzung ist es verständlich, dass sich in der Literatur zahlreiche Stimmen finden, die eine Rangfolgebildung grundsätzlich ablehnen.¹³³ Im Grunde teilen sie die Einsicht des begründungstheoretischen

¹³² *Rißmann* (Fn. 127), 143; dazu aus britischer Perspektive *Gardner*, Can There Be a Written Constitution?, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2009, passim.

¹³³ *Esser* (Fn. 40), S. 122 ff.; *Kriele* (Fn. 66), S. 85 ff.; *Raisch*, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, S. 38; *Brugger* (Fn. 26), 21; *Pawłowski* (Fn. 10), Rn. 7; *Hassemer*, Rechtssystem und Kodifikation:

Ansatzes, dass eine abstrakte Wertigkeitsrangfolge nicht existiert. Sie sind jedoch der Meinung, dass auch eine Stufenfolge der Auslegungskriterien, welche die Methodenwahl tatsächlich disziplinieren könnte, unerreichbar sei.¹³⁴ Dahinter steht häufig die Anschauung, dass die Vorstellung eines „richtigen“ Ergebnisses verfehlt sei und die richterliche Entscheidung durch methodische Regeln nicht vorbestimmt werden könne.¹³⁵ Es ist somit ein zunehmend schöpferisches Verständnis von der Richterarbeit zu erkennen. Insbesondere *Esser* sieht eine Abhängigkeit der Entscheidung vom (rechtspolitisch geprägten) Vorverständnis, wobei er nicht nur den Methodenpluralismus i.S.d. Methodenwahl, sondern auch die Gegensätzlichkeit („Antinomie“) der Auslegungskriterien beklagt.¹³⁶

Jedoch entspringt das Bedürfnis nach einer Rangfolge genau diesen Antinomien, wie etwa, dass die Entstehungsgeschichte der „objektiven“ ratio legis widersprechen kann. Die Unmöglichkeit einer Rangfolge kann daher nicht mit der Unvereinbarkeit der Kriterien in Problemfällen bewiesen werden. Nach Betrachtung der Diskussion ist freilich Skepsis angezeigt. Gesetzesbindung als Ziel der Bemühungen um eine Rangfolge ist zunächst selbst konkretisierungsbedürftig und letzten Endes zu allgemein, sodass das Scheitern der Rangfolgebildung nicht verwunderlich ist. Verlässlichkeit und Rationalität der richterlichen Entscheidung werden in der Diskussion nicht als Maßstäbe einer methodischen Lösung verwendet, sondern als sichere Konsequenz einer erfolgreichen Rangfolgebildung unterschätzt. Eine klare Verneinung der Möglichkeit einer Rangfolge wird indes durch ungeklärte (überflüssige?) Kontroversen und (paradigmatisch?) unterschiedliche Prämissen erschwert, die im nächsten Abschnitt (IV.) beleuchtet werden.

Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 251 (262 f.); weniger streng, aber dennoch ablehnend *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 50 f.

¹³⁴ So untersucht *Kriele* (Fn. 66), S. 85 ff. die Anforderungen eines „idealen“ Stufenkatalogs und stellt fest, dass ein solcher nicht gefunden werden kann; man müsse an Beispielfällen prüfen, welche Rangfolge zu den sichersten Ergebnissen führt, was jedoch an der Intersubjektivität der Bewertungen der Ergebnisse scheitern müsse; krit. *Koch/Rißmann* (Fn. 22), S. 183, die *Kriele* einem begründungstheoretischen Ansatz zuordnen, weshalb eine Rangfolgebildung aus deren Perspektive nicht funktionieren kann.

¹³⁵ *Hassemer* (Fn. 38), 204, die Auslegungskriterien seien Mittel der Darstellung, nicht Herstellung der Gesetzesauslegung – sie seien nicht ergebnisbestimmend, sondern dienen der Legitimation einer Auslegungshypothese in ihrer Begründung.

¹³⁶ *Esser* (Fn. 40), S. 123 ff.; *ders.*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964, S. 117 ff.

IV. Befund: Unzulänglichkeit der Rangfolgelösungen

Hinter der Diskussion um die Möglichkeit und Gestaltung einer Rangfolge der Auslegungskriterien verbergen sich die ewige Kontroverse zwischen den sog. Auslegungstheorien (1.) sowie das Bedürfnis nach einer Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung (2.). Dadurch rücken die konkreten methodischen Herausforderungen der richterlichen Entscheidung in den Hintergrund, weshalb im nächsten Schritt die Praktikabilität einer Rangfolgebildung ohne diese irreführenden Abgrenzungsversuche erprobt wird (3.).

1. Irreführende Abgrenzung Nr. 1: Auslegungstheorien

Regelmäßig wird der Streit um das Ziel der Auslegung als theoretisches Fundament der Rangfolgefrage bezeichnet und dieser vorangestellt.¹³⁷ Gestritten wird, ob der Auslegung eine „subjektive“ oder eine „objektive“ Theorie zugrunde gelegt werden soll. Selbst Autoren, die diesen Streit als im Wesentlichen überwunden betrachten, sehen darin weiterhin einen wichtigen Aspekt der Rangfolgefrage und setzen die Kontroverse damit innerhalb der Rangfolgediskussion fort.¹³⁸

a) Subjektiv gegen objektiv?

Die Grundthese der subjektiven Theorie lässt sich mit der Suche nach dem historischen Willen des Gesetzgebers zusammenfassen, wohingegen die objektive Theorie das Ziel der Gesetzesauslegung in der Erschließung des dem Gesetz selbst innewohnenden Sinnes erblickt, der sich im Zeitablauf wandeln könne.¹³⁹ Dabei geht es nicht nur um die Frage nach der Verbindlichkeit von Regelungsabsichten und Normvorstellungen des Gesetzgebers, sondern auch um jene nach dem maßgeblichen zeitlichen Kontext der Auslegung. Insofern ist die Dichotomie zwischen objektiv und subjektiv bereits begrifflich unscharf,

¹³⁷ Ott, Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, ZSR 1973, 247 (247 f.); Gern (Fn. 39), 421; Looschelders/Roth (Fn. 9), S. 31; Melin, Gesetzesauslegung in den USA und Deutschland. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (CISG), 2005, S. 277; Walz, Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, 482 (483); Engisch (Fn. 7), S. 175 f.

¹³⁸ Bydlinski (Fn. 17), S. 436 bezeichnet die Frage nach dem Auslegungsziel als unzureichende Annäherung an die Rangfolgefrage; Kriele (Fn. 66), S. 86; Koch/Rießmann (Fn. 22), S. 177 ff.; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 632; Arnim/Brink (Fn. 108), S. 237; Bydlinski (Fn. 62), S. 34.

¹³⁹ Fleischer, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: ders., Mysterium „Gesetzesmaterialien“. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 2013, S. 1 (6 f.).

zumal sich dahinter im Grunde neben den herkömmlichen Paarungen „objektiv-geltungszeitlich“ und „subjektiv-historisch“ auch die Kombinationen „objektiv-historisch“ und „subjektiv-geltungszeitlich“ verbergen können.¹⁴⁰

Entscheidend ist hier, dass im demokratischen Verfassungsstaat eine rein objektive Auslegungstheorie, die eine Einbeziehung der gesetzgeberischen Vorstellungen für unzulässig erachtet, nicht mehr haltbar ist und auch nicht mehr vertreten wird.¹⁴¹ Zieht die objektive Theorie sog. objektiv-teleologische Kriterien heran, so müssen diese Zwecke aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG ebenso eine normative Rückkopplung aufweisen und sich damit auf einen positiven Rechtsakt (insbesondere Verfassung und Gesetz) zurückführen lassen.¹⁴² Der Rekurs auf „Gerechtigkeitsvorstellungen“ oder auf die „Rechtsidee“, wie er bei *Larenz* und *Bydlinski* zu finden ist, verwirrt insofern, als damit im Verfassungsstaat keine metarechtlichen Überlegungen gemeint sein können. Ferner sehen auch Vertreter der subjektiven Theorie die Möglichkeit, dass die Regelung des Gesetzgebers nicht mehr zeitgemäß ist, und lassen daher eine richterliche Rechtsfortbildung zu.¹⁴³ Damit wird das Hauptanliegen der objektiven Theorie, nämlich die Anpassung des Gesetzes an veränderte Verhältnisse, gewissermaßen auf anderem Weg verwirklicht.¹⁴⁴

Eine Differenz zwischen subjektiver und objektiver Theorie besteht daher nur noch in Nuancen, weshalb die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie keine Hilfe bei Methodenfragen bietet. Vielmehr werden die dahinterstehenden Interessen nun innerhalb der Rangfolgefrage erörtert, wobei insbesondere der Rang der historischen Auslegung umstritten ist.¹⁴⁵ Die sog. Kombinationstheorie, die häufig als Vereinigungslösung vorgeschlagen wird,¹⁴⁶ ist letztlich Ausdruck davon, dass zwischen den beiden

¹⁴⁰ *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 179; für die gängigen Argumente, die im Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie angeführt werden, sei auf die Darstellung von *Melin* (Fn. 137), S. 236 f. verwiesen.

¹⁴¹ Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 341 f. m.w.N.

¹⁴² *Ebd.*, S. 316 f. m.w.N.

¹⁴³ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 730.

¹⁴⁴ *Melin* (Fn. 137), S. 251.

¹⁴⁵ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 180 bezeichnet dies als methodologische Kernfrage.

¹⁴⁶ *Larenz* (Fn. 17), S. 316 ff.; *Brugger* (Fn. 26), 19; vgl. auch *Melin* (Fn. 137), S. 252; krit. zu diesen Vereinigungsversuchen *Schroth*, Theorie und Praxis der subjektiven Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 67 f.

Theorien kein zwingender Gegensatz besteht, wie die überkommene Kontroverse es vermuten lässt.¹⁴⁷

b) Methodische Aussagekraft des „Auslegungsziels“

Mangels tatsächlicher Divergenz erübrigt sich die Frage somit, ob nun der „Wille des Gesetzgebers“ oder der „Wille des Gesetzes“ das Ziel der Auslegung sei. Die Frage nach dem Auslegungsziel wirft nämlich an sich keine Probleme auf: Betrachtet man mit der klassischen (hermeneutischen) Methodenlehre die Norm als Bedeutungsgegenstand, bei dem man den Inhalt durch Rechtserkenntnis erfassen kann, ist Ziel der Auslegung das Verstehen der Norm. Sieht man dagegen den Auslegungsprozess zunehmend als Herstellungsprozess einer Entscheidungsnorm (Norm als Praxis bzw. als soziale Handlung),¹⁴⁸ so liegt das Ziel der Auslegung darin, eine inhaltlich und methodisch korrekte Rechtsnorm zu erarbeiten und dementsprechend den Fall richtig zu entscheiden.¹⁴⁹ Diese „Ziele“ können kaum eine konkrete Hilfe bei der Beantwortung von Methodenfragen sein und resultieren schlicht aus den grundlegend verschiedenen Perspektiven der semantischen und konstruktivistischen Methodenlehre.

c) Paradigmatische Differenz im Vorverständnis

Die Probleme, die zu einer Unterscheidung zwischen subjektiv und objektiv verleitet haben, sind nun verlagert in der Rangfolgediskussion vorzufinden. Es stellt sich dort nicht die Frage nach *dem* Auslegungsziel, sondern nach einer Rangfolge von „Auslegungszielen“ im Sinne von Teilergebnissen der Auslegung,¹⁵⁰ wobei eine solche nur bedingt Aufschluss über eine Rangfolge der Auslegungskriterien bei unklaren Fällen geben kann.¹⁵¹

Es wird insbesondere diskutiert, ob das vom Gesetzgeber „Gewollte“ dem „Gesagten“ vorgeht oder nicht.¹⁵² Die unterschiedlichen Ergebnisse¹⁵³ lassen

¹⁴⁷ Vgl. *Bumke* (Fn. 8), 29.

¹⁴⁸ Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 209 ff.

¹⁴⁹ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 443.

¹⁵⁰ So sehen *Koch/Rißmann* die Auslegungszielkontroverse sowie die Rangfolgeproblematik auf gleicher Ebene angesiedelt und stellen daher eine Rangordnung von Auslegungszielen auf (das Gesagte, das Gewollte, das Vernünftige). Ähnlich verfahren *Looschelders/Roth*, und *Rüthers* erstellt eine Rangfolge zwischen Auslegungsziel und Auslegungsmitteln.

¹⁵¹ Vgl. die Ausführungen in den Abschnitten **III. 1. a) cc); III. 2. a) dd); III. 2. b) bb).**

¹⁵² Dabei muss sich die Frage nach einer Vorrangregel auf die Fälle beschränken, in denen Wortsinn und Regelungsabsicht des Gesetzgebers sich eindeutig widersprechen oder in gleichem Maße mehrdeutig sind. Angesichts der begrenzten Leistungsfähigkeit

auf die ursprüngliche Kontroverse zwischen subjektiver und objektiver Theorie schließen. Diese Theorien sind verfassungstheoretisch betrachtet Rekonstruktionsversuche eines angemessenen Verhältnisses von Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Rahmen der Gewaltentrennung.¹⁵⁴ Daraus ergeben sich unterschiedliche Vorstellungen davon, wie Gesetzesbindung bei der richterlichen Entscheidung realisiert werden soll, welche sich dann in der Rangfolgefrage niederschlagen.

Wie die Analyse der Diskussion bereits gezeigt hat, lässt sich die Frage nach der Rangfolge auch verfassungs- bzw. staatsrechtlich nicht letztbegründbar beantworten. Die Differenzen in den Vorstellungen bezüglich der Gesetzesbindung, welche nur unzureichend von der Unterscheidung zwischen subjektiv und objektiv wiedergegeben werden, haben somit einen „paradigmatischen“ Charakter.¹⁵⁵ Wie *Wischneyer* zutreffend bemerkt, ist dies eine Konsequenz der Offenheit einer Verfassungsordnung, in der Geltungsansprüche nicht nur innerhalb, sondern auch über den Rahmen dieser Ordnung ausgetauscht werden können.¹⁵⁶

Nach *Bumke* findet sich eine entscheidende paradigmatische Differenz in der Gegenüberstellung von einem gerichts- und einem parlamentszentrierten Verständnis von Rechtsprechung. Bei einem parlamentszentrierten Verständnis liegt die Aufgabe des Richters nachdrücklich darin, einen parlamentarisch sanktionierten Konsens zu bewahren, wohingegen bei einem richterzentrierten Verständnis der Richter seine von der Verfassung verliehene gestaltende Rolle aktiver nutzen darf.¹⁵⁷ Ob man nun bei der Rangfolgefrage eher dem Normtext

von Sprache, sowohl vom Normtext als auch von Gesetzesmaterialien, dürfte dieser Fall theoretischer Natur bleiben.

¹⁵³ Für den Vorrang von Grammatik und Systematik *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 184; *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 440; genau anders *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, S. 340 f.; *Rüthers/Fischer/Birke* (Fn. 5), Rn. 743.

¹⁵⁴ *Wischneyer* (Fn. 14), S. 348; vgl. auch *Hassold*, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive und objektive Theorie der Gesetzesauslegung, ZZP 94 (1981), 192 (197).

¹⁵⁵ *Bumke* (Fn. 8), 5, 11.

¹⁵⁶ *Wischneyer* (Fn. 14), S. 348 f.

¹⁵⁷ Vgl. *ebd.*, S. 321; beide Positionen lassen sich im Rahmen des Grundgesetzes begründen, vgl. *Bumke* (Fn. 8), 6 ff., 10 mit Fn. 37, sowie dann exemplarisch die jeweiligen Beiträge von *Bumke*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 ff., und *Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung statt richterliche

oder der gesetzgeberischen Regelungsabsicht den Vorzug gibt, lässt sich zumindest in Grundzügen mit dem jeweiligen verfassungstheoretischen Vorverständnis erklären.

Daneben besteht zudem die paradigmatische Differenz eines statischen („entstehungszeitlichen“) und eines dynamischen („geltungszeitlichen“) Rechtsverständnisses, die in der Regel, aber nicht zwangsläufig, jeweils mit einem parlaments- bzw. gerichtszentrierten Verständnis einhergehen.¹⁵⁸ Die suggerierte Alternativität zwischen subjektiver und objektiver Theorie vermag diese Probleme nicht zu strukturieren, weshalb dieses Begriffspaar aufgegeben werden sollte.¹⁵⁹

2. Irreführende Abgrenzung Nr. 2: Auslegung und Rechtsfortbildung

Ein letztverbleibender Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Theorie besteht allein dann, wenn die herkömmliche Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung bemüht wird.¹⁶⁰ Es fällt auf, dass die Vorrangregel „Gesagtes“ vor „Gewolltem“ im Rahmen der Auslegung bei der Rechtsfortbildung genau umgekehrt wird.¹⁶¹ Um die „richtige“ Vorrangregel anwenden zu können, müsste somit die Abgrenzung hinreichend klar sein. Der Verdacht drängt sich auf, dass die Probleme der richterlichen Entscheidung sich aus der Rangfolgefrage entfernen und in die Diskussion zur Zulässigkeit von Rechtsfortbildung migrieren. So kritisiert *Rüthers* die Einbeziehung von „objektiv-teleologischen“ Kriterien in die Auslegung, lässt diese allerdings bei der Rechtsfortbildung zu. Demgegenüber ziehen diejenigen, die „vernünftige Zweckerwägungen“ bei der Auslegung erlauben,¹⁶² diese erst zu Rate, wenn die restlichen Auslegungskriterien keine Orientierung mehr bieten, die Determination durch das Gesetz also an seine Grenze stößt. Insofern unterscheidet sich die Stufenfolge der Auslegung vom Stufenmodell der Rechtsanwendung anscheinend nur terminologisch. Eine Untersuchung der Notwendigkeit, Möglichkeit und Fragwürdigkeit der Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung lohnt daher auch im Hinblick auf die Rangfolgefrage.

Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Bumke, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49 ff.

¹⁵⁸ *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 350 ff.

¹⁵⁹ Vgl. *ebd.*, S. 324 f.

¹⁶⁰ *Hassold* (Fn. 154), 197.

¹⁶¹ *Koch/Rüßmann* (Fn. 22), S. 257; *Neuner* (Fn. 42), S. 115.

¹⁶² Vgl. exemplarisch *Larenz* (Fn. 17), S. 344.

a) Rechtsfortbildung: Wortlautgrenze und Lückensuche

Die semantische Methodenlehre ist sich über die Grenzfunktion des Wortlauts relativ einig. Die Auslegung einer Rechtsnorm muss mit ihrem möglichen Wortsinn im Einklang stehen, ansonsten befindet sich der Richter im Bereich der Rechtsfortbildung.¹⁶³ Aus diesem Grund ist auch keine Bindung an das „Gesagte“ mehr möglich. Die methodische Basis der Rechtsfortbildung bildet dabei die Figur der offenen oder verdeckten Gesetzeslücke.¹⁶⁴ Allerdings sind die Tätigkeiten bei Auslegung und Rechtsfortbildung im Grunde dieselben und gehen fließend ineinander über.¹⁶⁵ Die Feststellung, dass eine *Auslegung* nicht mehr vom Wortsinn umfasst ist und dass eine Gesetzeslücke vorliegt, steht immer am Ende einer Auslegungstätigkeit.¹⁶⁶ Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Rechtsfortbildung einer eingehenderen Begründung bedarf als eine Auslegung in Grenzfällen, denn beide müssen rational dargelegt und nachvollziehbar sein.¹⁶⁷ Der Wortsinn als Abgrenzungskriterium ist dabei durch seine Vagheit sowie die Möglichkeit technischer Festlegung so manipulierbar, dass er keine zuverlässige Grenzziehung zwischen Wortauslegung und Lückenfüllung leisten kann.¹⁶⁸

b) Rechtsanwendung: Rechtserkenntnis oder Rechtserzeugung?

Die semantische Betrachtung der Norm als Bedeutungsgegenstand führt zu der Vorstellung, dass Rechtsanwendung bloße Rechtserkenntnis sei. Dies ist allerdings eine rhetorische Fassade, denn die suggerierte Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der richterlichen Entscheidung kann nur begrenzt eingelöst werden, was die Rangfolgediskussion aufzeigt. Die Entscheidungsverantwortung wird auf den Gesetzgeber verlagert, wohingegen die richterliche Verantwortung zunehmend verschleiert wird.¹⁶⁹ Als

¹⁶³ Vgl. statt vieler *Buchwald* (Fn. 37), 27.

¹⁶⁴ *Bumke*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 (36).

¹⁶⁵ *Larenz* (Fn. 17), S. 366 spricht von „Fortsetzung der Auslegung“; *Hasold* (Fn. 23), S. 211 (220 f.) m.w.N. nennt die „Wesensgleichheit“.

¹⁶⁶ Eindrücklich BVerwGE 129, 93 (95 ff.), erst die Auslegung nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck führte zur Ablehnung einer Gesetzeslücke.

¹⁶⁷ Vgl. *Pan'łowski* (Fn. 10), Rn. 507; a.A. *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 20.

¹⁶⁸ *Kriele* (Fn. 66), S. 233; *Buchwald* (Fn. 37), 16 (45 f.); *Bumke* (Fn. 164), 40. Das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG sowie die Rechtserzeugung contra legem werden hier nicht untersucht.

¹⁶⁹ Vgl. *Haverkate* (Fn. 71), S. 165; zum Grenzziehungsversuch *ibd.*, S. 156: „Der Richter steht unter dem Gesetz; was aber das Gesetz sagt, darüber befindet der Richter.“

Alternativmodell bietet sich der (konstruktivistische) Gedanke der Rechtserzeugung an, mit dem zugleich die wenig gewinnbringende und ungenaue Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aufgegeben wird.¹⁷⁰ Dieser Ausgangspunkt ermöglicht zudem die methodische Einordnung der Konkretisierung von Prinzipien wie etwa Grundrechten. Der Richter ist bei allen Formen der Rechtserzeugung an die gesetzliche Gesamtkonzeption und die anerkannten Grundsätze der Rechtsordnung gebunden.¹⁷¹ Eine Rangfolgebildung der Auslegungskriterien muss sich demnach auf die Rechtserzeugung insgesamt beziehen und darf nicht an der vermeintlichen Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung halt machen.

3. Praktikabilität der Rangfolgebildung

Die aufgezeigten Irrwege innerhalb der Diskussion führen schließlich zu der Frage, ob das eingangs festgestellte Bedürfnis nach Gesetzesbindung, Verlässlichkeit und Rationalität der richterlichen Entscheidung überhaupt mithilfe einer Rangfolge der Auslegungskriterien befriedigt werden kann. Der Befund, dass die bisherigen Rangfolgelösungen keine allgemeine Anerkennung gefunden haben, liefert noch nicht den Beweis, dass eine Rangfolgebildung im Rahmen der richterlichen Rechtserzeugung unmöglich ist. Die Praktikabilität der Rangfolgebildung hängt dabei von der Leistungsfähigkeit der Auslegungskriterien (*a*), dem Umgang mit dem schöpferischen Element der richterlichen Entscheidung (*b*) sowie der möglichen Legitimation von konkreten Vorrangregeln (*c*) ab.

a) Leistungsfähigkeit der Auslegungskriterien

Nach der Leistungsfähigkeit der Auslegungskriterien entscheidet sich, ob eine Rangfolge unter ihnen tatsächlich zu einem erhöhten Maß an Rationalität und Legitimationsfähigkeit der richterlichen Entscheidung führen kann.¹⁷²

aa) Aufgabe(n)

Die Aufgabe der Auslegungskriterien besteht darin, die Entscheidungsfindung

¹⁷⁰ Bumke (Fn. 164), 37; vgl. bereits Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960 (1. Aufl. 1934), S. 350 ff.; Absage an die dualistische Konzeption der Rechtsarbeit bei Müller/Christensen (Fn. 18), Rn. 145, 147; aus Gründen der Einheitlichkeit und Verständlichkeit wird im Folgenden der Begriff „Auslegung“ weiterhin verwendet.

¹⁷¹ Bumke (Fn. 164), 41.

¹⁷² So Neuner (Fn. 42), S. 112; vgl. auch Schönemann, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, in: FS Klug, 1983, S. 169 (173).

anzuleiten und die möglichen Argumente zu strukturieren. Dabei erfüllen die einzelnen Auslegungskriterien verschiedene Funktionen:¹⁷³ Die Auslegung nach der Grammatik und der Entstehungsgeschichte der Norm drückt eine Bindung an den Normtext bzw. an die gesetzgeberische Entscheidung aus. Die systematische Auslegung dient u.a. der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Teleologische Erwägungen können sowohl bei der Entstehungsgeschichte als auch bei der Systematik entscheidend sein. Selbstständige Bedeutung erhält die Teleologie, wenn es um die Berücksichtigung von anerkannten Rechtsgrundsätzen geht. Alle Auslegungskriterien sind somit geeignet, rechtsstaatliche Gebote (Bestimmtheit, Systemgerechtigkeit, demokratische Legitimation) zu verwirklichen. Diese Antinomien in ihrer Funktion, welche *Esser* zu der Schlussfolgerung geführt haben, dass eine Hierarchisierung der Auslegungskriterien unmöglich sei, dürfen allerdings nicht überbewertet werden;¹⁷⁴ so führt bspw. die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte nicht zwangsläufig zu einer „demokratischeren“ Entscheidung, denn bei der Gesetzesauslegung können Brüche im komplexen Gesetzgebungsprozess nicht stets nachvollzogen werden.

bb) Unbestimmtheit des Methodenkanons

Das zentrale Problem der Rangfolgebildung liegt weniger in den divergierenden Funktionen der Auslegungskriterien,¹⁷⁵ als darin, dass über die Auslegungskriterien (und ihre Funktionen) ohne Einzelfallbezug nur sehr abstrakt gesprochen werden kann. Gerade bei den teleologischen Kriterien wird deutlich, dass es sich bei den Auslegungskriterien lediglich um Oberbegriffe handelt, die nicht trennscharf voneinander zu unterscheiden sind. Hinsichtlich der Einteilung der Auslegungskriterien existiert weder terminologisch noch inhaltlich Einigkeit.¹⁷⁶ Dies mindert den Wert einer Rangfolge gerade in problematischen Fällen. Auch die Eigenheiten und speziellen Grundprinzipien der verschiedenen Rechtsgebiete müssen bei der Auslegung berücksichtigt werden, weshalb die Auslegungskriterien für die Problemlösung nicht abschließend sein können.¹⁷⁷ So ist eine „fahrlässige“ Handlung beim

¹⁷³ Vgl. *Alexy* (Fn. 22), S. 302; krit. *Esser* (Fn. 40), S. 124.

¹⁷⁴ *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 336 m.w.N.

¹⁷⁵ *Haverkate* strukturiert die juristische Argumentation mithilfe von drei Grundtypen (die normtext-bezogene, die begriffliche und die Zweck-Argumentation) zu. Dabei geht auch *Haverkate*, (Fn. 27), S. 49 f. von einer Unvereinbarkeit dieser drei unverzichtbaren Argumentationstypen aus und lehnt, ähnlich wie *Esser*, eine Hierarchisierung ab.

¹⁷⁶ Vgl. *Hassemer* (Fn. 38), 203.

¹⁷⁷ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 674.

Schadensersatzanspruch im Ergebnis anders auszulegen als eine „fahrlässige“ Handlung in Bezug auf eine Straftat;¹⁷⁸ und im Erbrecht gelten andere Grundprinzipien als im Handelsrecht, die bei der Auslegung maßgeblich sein können. Solche Überlegungen führen aus der abstrakten Methodenlehre in die rechtslagenabhängige Rechtsdogmatik.¹⁷⁹

Zudem deckt der klassische Methodenkanon nicht alle Aspekte ab, die bei der Auslegung relevant oder gar maßgeblich sein können.¹⁸⁰ Im Zivilrecht hat etwa die verfassungskonforme und die rechtsvergleichende Auslegung an Bedeutung gewonnen, im öffentlichen Recht ist die Abwägung¹⁸¹ in Form der praktischen Konkordanz von hoher methodischer Bedeutung. Auf allen Rechtsgebieten spielen dabei zunehmend die europarechtskonforme Auslegung, die Zulässigkeit von Folgenerwägungen sowie der Umgang mit Präjudizien eine Rolle.¹⁸² Diese Ergänzungen sind zum Teil von anderer Struktur als die herkömmlichen Auslegungskriterien und sind daher schwierig in die Rangfolgefrage einzubeziehen. Es deuten sich eine Unvollständigkeit und letztlich die Untauglichkeit der Rangfolgebildung für die Anleitung der richterlichen Entscheidung an.

cc) Koinzidenz, Kompensation, Kollision

In den meisten Fällen ist trotz des Konfliktpotenzials der Auslegungskriterien Einigkeit unter den Rechtsanwendern auch ohne eine verbindliche Rangfolge vorzufinden. Die Auslegungskriterien stehen nicht isoliert nebeneinander oder gar in strenger Konkurrenz zueinander, vielmehr überschneiden sich ihre Aussagen, ergänzen sich regelmäßig und erläutern sich so gegenseitig. Für das Phänomen eines weitgehenden Konsenses gibt es unterschiedliche Erklärungstheorien, sei es aus hermeneutischer Sicht das gemeinsame Vorverständnis oder aus konstruktivistischer Sicht die Funktionsfähigkeit der Argumentationskultur.¹⁸³ Nur in schwierigen Kollisionsfällen wird eine Rangfolge tatsächlich benötigt, um eine beliebige Methodenwahl zu

¹⁷⁸ Im Strafrecht gibt es zudem strengere verfassungsrechtliche Anforderungen (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG).

¹⁷⁹ Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, Rechtstheorie 2008, S. 1 (15 ff.); Voraussetzungen von dogmatischen Begriffen bei Raisch (Fn. 133), S. 78 ff.

¹⁸⁰ Vgl. Ott (Fn. 137), 255 ff.; Brugger (Fn. 26), 22 ff. schlägt eine interne Differenzierung statt einer externen Ergänzung vor, dies würde eine Rangfolgebildung jedoch nicht gerade leichter machen; krit. Hassemer (Fn. 179), 10.

¹⁸¹ Aktuelle Überlegungen bei Müller/Mastronardi, „Abwägung“. Herausforderung für eine Theorie der Praxis, 2014, passim.

¹⁸² Hassold (Fn. 23), 233 ff.; Raisch (Fn. 5), S. 185 ff.

¹⁸³ Vgl. Wischmeyer (Fn. 14), S. 325 m.w.N.; skeptisch Schönemann (Fn. 172), 174.

unterbinden.¹⁸⁴ Jedoch führen gerade in diesen Fällen die Auslegungskriterien zur Kontingenz der Ergebnisse. Dies steht im engen Zusammenhang mit der begrenzten Leistungsfähigkeit bzw. Unbestimmtheit der Auslegungskriterien, denn in problematischen Fällen ist oftmals nicht einmal der Kern des jeweiligen Kriteriums angewendet auf den Einzelfall eindeutig. Eine Rangfolge würde somit in den Fällen scheitern, in denen bereits gegensätzliche und gleich überzeugende Argumente innerhalb einer Argumentform gefunden werden können.¹⁸⁵

dd) Verlässlichkeit und Rationalität

Nimmt man nicht die Realisierung von Gesetzesbindung, wohinter sich wie oben dargestellt eine paradigmatische Differenz verbirgt, sondern die Verlässlichkeit und Rationalität der richterlichen Entscheidung als Maßstab der Rangfolgebildung, kommt man zu dem Befund, dass aufgrund der mangelnden Trennschärfe, Einheitlichkeit und Eindeutigkeit der Auslegungskriterien allein eine Rangfolge die Herausforderungen der richterlichen Entscheidung nicht bewältigen kann.

Die Auslegungskriterien schaffen zweifelsohne eine spezifische Denk-, Argumentations- und Begründungsweise bei der richterlichen Entscheidung.¹⁸⁶ Die Verlässlichkeit der Entscheidung kann dabei realistisch betrachtet nicht vollständig erreicht werden,¹⁸⁷ weshalb allein eine möglichst weitgehende Verlässlichkeit bemüht werden kann. Nach dem Gesagten sind die Auslegungskriterien weniger als klare Methodenregeln, denn als Argumentformen anzusehen, weshalb die juristische Methodenlehre mehr und mehr zu einer Argumentationslehre wird.¹⁸⁸

Der Auslegungsprozess ist somit kein deduktives Schema eines syllogistischen Schlusses,¹⁸⁹ sondern konzentriert sich auf die argumentative Vertretbarkeit der Lösung. Die Rationalität, und damit die Wissenschaftlichkeit der Argumentation, wird dabei durch die Forderung nach Sättigung der Auslegungskriterien gesichert, d.h. es müssen stets sowohl empirische Prämissen (Sprachgebrauch, Behauptungen über Regelungsabsichten des

¹⁸⁴ Ott (Fn. 137), 254.

¹⁸⁵ Vgl. zur dialogischen Argumentation Puppe (Fn. 2), S. 249 ff.

¹⁸⁶ Bumke (Fn. 8), 27.

¹⁸⁷ Vgl. Bumke, (Fn. 164), 37.

¹⁸⁸ Vgl. Morlok (Fn. 36), 182 f.; Alexy (Fn. 22), S. 301; „Argumentationskultur“ bei Müller/Christensen (Fn. 18), Rn. 179.

¹⁸⁹ Gesetzesbindung durch Deduktion ist damit nicht zu realisieren, Hassemer (Fn. 179), 3 ff.

Gesetzgebers, frühere Rechtszustände) als auch normative Prämissen (Zweckvorstellungen) offengelegt werden.¹⁹⁰ Dadurch wird die bloße Behauptung unterbunden, dass ein bestimmtes Ergebnis zwangsläufig aus einem Auslegungskriterium folge. Die Argumentation wird dadurch nachvollziehbar gemacht und mittels der Darstellung im Urteil der Kontrolle durch andere ausgesetzt.¹⁹¹ Wenn somit von einer „richtigen“ Entscheidung gesprochen wird, kann damit keine absolute, sondern nur eine konsensuale Richtigkeit im Sinne von Vertretbarkeit und Akzeptanz gemeint sein. Betrachtet man die Auslegungstätigkeit als Rechtserzeugung, so bezieht sich der Begriff von Richtigkeit auf das funktionelle Geflecht verschiedener Entscheidungsprozesse.¹⁹²

b) Schöpferisches Element der richterlichen Entscheidung

Die schöpferische Natur der juristischen Entscheidung kann damit nicht geleugnet werden und ist auch allgemein anerkannt.¹⁹³ Fraglich ist lediglich, wie mit diesem Entscheidungs- und Wertungscharakter der richterlichen Tätigkeit umzugehen ist, denn die Bemühungen um eine Rangfolge entstammen gerade dem Bedürfnis, dieses schöpferische Element kontrollierbar zu machen. Dabei muss man nicht so weit wie *Kelsen* gehen und die Auslegungskriterien als völlig untauglich für den Rationalisierungsprozess der Entscheidungsfindung bewerten.¹⁹⁴ Auch wenn die Auslegungskriterien als Argumentformen hauptsächlich der Darstellung einer Entscheidung dienen, können sie die Entscheidungsfindung unterstützen. Die Ansätze zur Rangfolgebildung spiegeln die verschiedenen Vorstellungen wider, inwieweit eine Rationalisierung mithilfe der Methodik möglich ist: Der begründungstheoretische Ansatz überlässt die letztentscheidende Abwägung einer externen Rationalität, während der staatsrechtliche Ansatz aus dem Verfassungsstaat konkrete Vorrangregeln für die Entscheidungsfindung abzuleiten versucht.

Diese beiden Ansätze sind im Ergebnis miteinander vereinbar.¹⁹⁵ Geht man davon aus, dass die Auslegungskriterien Sammelbezeichnungen für bestimmte Argumentformen sind, ist die Folge, dass grundsätzlich alle Auslegungskriterien

¹⁹⁰ *Raisch* (Fn. 5), S. 137; *Alexy* (Fn. 22), S. 302.

¹⁹¹ *Garrn*, Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen, 1986, S. 19: „Entscheidungen sind rational, soweit sie begründbar sind.“

¹⁹² *Christensen* (Fn. 103), S. 267.

¹⁹³ *Esser* (Fn. 40), S. 71 ff., 174 ff.; *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 327 f. m.w.N.; BVerfGE 34, 269 (287 f.).

¹⁹⁴ *Kelsen* (Fn. 170), S. 349 ff.

¹⁹⁵ Was *Christensen/Kudlich* bereits angedeutet haben, vgl. oben Abschnitt III. 2. a) dd).

denselben Rang haben und in einer Gesamtabwägung im Einzelfall miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Liegen jedoch hinreichend klare Teilergebnisse der Auslegung vor, so ist es denkbar, konkrete Vorrangregeln zu formulieren, die dann einer Abwägungslösung vorgehen.¹⁹⁶

Es ist dennoch stets eine konkrete Gewichtung der Argumente vonnöten, weshalb das schöpferische Element nicht völlig eliminiert werden kann. Die durch eine Rangfolge der Auslegungskriterien vollständig gebundene Entscheidung ist damit lediglich Fiktion, die gerade das fördert, was sie verhindern wollte, nämlich die Möglichkeit unkontrollierbarer Willkür durch den Richter.¹⁹⁷ Rationalität und Verlässlichkeit bedeuten damit nicht das Beseitigen, sondern das Offenlegen der erforderlichen und tatsächlich erfolgenden Wertungen.¹⁹⁸

c) *Legitimation von Vorrangregeln*

Da die Rangfolgebildung im Sinne einer ordinalen Anordnung aller Auslegungskriterien nicht nur aufgrund von paradigmatischen Differenzen schwierig, sondern wegen der begrenzten Leistungsfähigkeit der Canones unmöglich ist, verbleibt zur methodischen Disziplinierung der richterlichen Entscheidung nur die Möglichkeit konkreter Vorrangregeln. Damit ist nicht der unbedingte Vorrang eines Auslegungskriteriums gemeint (z.B. das Primat der teleologischen Auslegung oder jenes der Entstehungsgeschichte), sondern der Vorrang von bestimmten Teilergebnissen gegenüber anderen. Diese Vorrangregeln müssen staatstheoretisch legitimiert werden, d.h. es bedarf auch hier einer abstrakten Abwägung der Kriterien. Aufgrund der Offenheit der Verfassung und dem daraus resultierenden Mangel an einem intersubjektiven Maßstab ist die Letztbegründbarkeit auch hier unwahrscheinlich.¹⁹⁹ Es bleibt somit bei konsensfähigen Leitlinien, wie dass die gesetzgeberische Regelungsabsicht²⁰⁰ grundsätzlich beachtlich ist, die allerdings präsumtiv sind

¹⁹⁶ *Canaris*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: FS Medicus, 1999, S. 25 (58 ff.).

¹⁹⁷ *Kriete* (Fn. 66), S. 96; vgl. *Haverkate* (Fn. 71), S. 136 ff.

¹⁹⁸ *Haverkate* (Fn. 71), S. 168; *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 269.

¹⁹⁹ *Riehm* (Fn. 10), S. 69 f.

²⁰⁰ „Der“ Gesetzgeber sowie „sein Wille“ bedürfen ferner einer näheren Untersuchung und Bestimmung, die jedoch den Umfang dieser Arbeit sprengen würde; dazu *Baldus/Theisen/Vogel*, „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung. Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, 2013, passim, die den sog. Gesetzgeberwillen als Fiktion betrachten; a.A. *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 372 ff.

und damit lediglich Empfehlungscharakter haben.²⁰¹

V. Fazit

Die Untersuchung zeigt, dass die Auslegungskriterien als Argumentformen zu verstehen sind und weder unter- noch überschätzt werden sollten. Eine methodologisch erfasste Argumentationskultur hilft dabei, die richterliche Entscheidung in gewissen Maßen verlässlich und insbesondere rational kontrollierbar zu machen. Allerdings kann eine Rangfolge in Form einer Hierarchisierung der Argumentformen aufgrund des Abwägungscharakters der Argumentation nicht aufgestellt werden. Einzelne Vorrangregeln sind zwar denkbar, können jedoch ihre präsumtive Beschaffenheit mangels normativer Verbindlichkeit (aus der Verfassung) nicht überwinden. Die Verfassung enthält keine feststehenden Antworten zu den vorliegenden methodischen Fragen, denn solche Antworten müssten zunächst durch eine Verfassungsauslegung bestimmt werden, deren Methode wiederum ebenso fraglich ist. Die Bemühungen um eine Rangfolge der Auslegungskriterien werden damit den Herausforderungen der richterlichen Entscheidung nicht gerecht, denn die Verantwortung des Richters lässt sich nicht vollständig durch methodische Regeln disziplinieren. Verlässlichkeit und Gesetzesbindung, unabhängig davon, ob diese als Bindung an den Inhalt oder den Text des Gesetzes verstanden wird, müssen somit zusätzlich an anderen Stellen ansetzen.

Dabei kann sowohl bei der Herstellung als auch bei der Darstellung der richterlichen Entscheidung begonnen werden: So lassen sich mit *Hoffmann-Riem* auch Praxisfaktoren außerhalb des Normbereichs in die Methodik des Herstellungsprozesses einbeziehen.²⁰² Ferner können die richterliche Pragmatik und die Rechtsdogmatik zum Verständnis der Herstellungsphase und zur potentiellen Regelbildung beitragen,²⁰³ während eine Analyse des juristischen Entscheidungsprozesses mithilfe von (u.a. soziologischen)

²⁰¹ *Schroth* (Fn. 146), S. 102 ff.; *Arnim/Brink* (Fn. 108), S. 266 ff.; *Cremer*, *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, 2003, S. 63 f.; *Hassemer* (Fn. 179), 13.

²⁰² *Hoffmann-Riem* (Fn. 11), 31 ff., 52 ff.; vgl. auch *Bumke* (Fn. 8), 3, der rechtstatsächlich-institutionelle Erkundungen (u.a. universitäre Ausbildung und Referendariat, Instanzenzug, Orientierung an den obersten Gerichtshöfen) als Bedingungen und Einflussfaktoren der rationalen Rechtsentscheidung aufführt.

²⁰³ So etwa *Hassemer* (Fn. 179), 13 ff.; *Hassemer* (Fn. 133), 267 f.; vgl. *Bumke* (Fn. 8), 27 f. m.w.N.

Entscheidungstheorien über tatsächlich vorhandene Wahlmöglichkeiten aufklären kann.²⁰⁴

Letztlich können Rechtsfindungsmethoden und Begründungsanforderungen nur gemeinsam die Verlässlichkeit der richterlichen Entscheidung hinreichend gewährleisten.²⁰⁵ Eine Rangfolge der Auslegungskriterien, welche die Herstellung und Darstellung der richterlichen Entscheidung sinnvoll rationalisieren kann, gibt es hingegen nicht.

²⁰⁴ Siehe *Schneider* (Fn. 8), passim.

²⁰⁵ Vgl. *Buchwald* (Fn. 37), 29 ff. mit einer Theorie der rationalen juristischen Begründung; ähnlicher Ansatz bei *Garrn* (Fn. 191), S. 27 ff.

Aaron Christopher Stumpf*

Digestenexegese zu Paul. 13 ed. 4.8.32.14

Abstract

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist keine Erfindung des 20. Jahrhunderts. Bereits im antiken Rom war sie als besondere Form der Streitbeilegung bekannt. Die aus dem Ediktkommentar des Paulus stammende Digestenstelle 4.8.32.14 bezieht sich nach der hier vertretenen Auffassung auf den Widerstand gegen ein Schiedsurteil im Falle der Feindlichkeit des Schiedsrichters (*arbiter*) gegenüber einer der Parteien. Die Exegese widmet sich den historischen, sprachlichen und juristischen Fragen, die der Textabschnitt aufwirft. Dabei werden unter anderem *exceptio doli* und *petitio poenae* in ihren Funktionen für das Schiedsverfahren näher untersucht. Abschließend wird ein Vergleich mit der geltenden Rechtslage vorgenommen.

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft sowie studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht von Prof. Dr. Christian Baldus an der Universität Heidelberg.

I. Textstelle mit Übersetzung

D. 4.8.32.14: Paulus libro tertio decimo ad edictum

Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator Antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione. Et idem, cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. Per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri.

Paulus im 13. Buch seines Ediktcommentars

Als sich ein gewisser Schiedsrichter aus anderen Gründen offensichtlich feindselig gezeigt hatte, und, als er auch noch durch Erklärungen vor Zeugen dazu angehalten worden war, dass er kein Urteil sprechen solle, nichtsdestoweniger ohne Zwang darauf beharrt hatte zu urteilen, schrieb Kaiser Antoninus das unter das Gesuch des gewissen Klagenden: dass er von der *exceptio doli mali* Gebrauch machen könne. Und derselbe, als er von einem Richter um Rat gefragt wurde, bei dem eine Strafe eingeklagt wurde, schrieb, wenn auch nicht appelliert werden kann, zurück, dass die *exceptio doli mali* der Klage auf Strafe entgegenstehen werde. Durch diese *exceptio* besteht also ein gewisser Anschein des Appellierens, da es möglich ist, sich dem Spruch des Schiedsrichters zu widersetzen.

II. Zu Personen und Inskription

1. Paulus

Autor des Textabschnitts ist Iulius Paulus; weder seine Lebensdaten noch seine Herkunft sind belegt.¹ Bekannt ist hingegen, dass er ab ca. 180 n. Chr. bis in die Zeit von Kaiser Alexander Severus als Jurist wirkte und wichtige Staatsämter innehatte, beispielsweise als Berater des Prätorianerpräfekten Papinian.² Wenige Jahre verbrachte er vermutlich im Exil wegen einer Verbannung durch Kaiser Elagabal.³

¹ *Knütel*, Paulus, Iulius (3. Jh.), in: Stolleis, Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 1995, S. 477 (477); teils wird das Geburtsjahr auf ca. 160 n. Chr. geschätzt, *Liebs*, in: Sallmann, Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV, 1997, S. 151; zur Herkunft näher *Kalb*, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt, 2. Aufl. 1975, S. 139 f.

² *Kunkel*, Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, unveränderter Nachdr. der 2. Aufl. von 1967, 2001, S. 244.

³ *Liebs* (Fn. 1), S. 151.

Eines seiner umfassendsten Werke ist der aus 78 Büchern bestehende Kommentar zum *edictum perpetuum* des Stadtprätors.⁴ Der Entstehungszeitraum des Ediktcommentars ist umstritten. Teils wird er auf die 180er- oder 190er-Jahre geschätzt,⁵ andere nehmen eine Entstehung nach 212 n. Chr. an.⁶ Das Buch XIII des Kommentars handelte wahrscheinlich von den *recepta*, Übernahmen von Pflichten, zu denen der Prätor Zwang ausüben konnte.⁷

2. Kaiser Antoninus

Im Text wird ferner *imperator Antoninus* genannt. Welcher Kaiser sich genau hinter diesem Namen verbirgt, ist umstritten.⁸ In Betracht kommen wegen des Beinamens Antoninus grundsätzlich Antoninus Pius, Marc Aurel, Commodus, Caracalla und Elagabal. Eine Abwägung ist jedoch erst nach weiteren Analysen von D. 4.8.32.14 möglich.

III. Interpretation

1. Sachverhalte und Bewertungen (Rekonstruktion)

Der erste Satz des Abschnittes handelt von der *subscriptio* des römischen Kaisers unter das Gesuch eines Anfragenden. Diese *subscriptio*, die ein Beispiel für die Praxis darstellt, bei rechtlichen Anfragen an den Kaiser die Antwort unter das Gesuch zu schreiben,⁹ teilt mit, dass einer (nicht näher bestimmten) Person die *exceptio doli mali* zustehe. Zur Vorgeschichte dieser kaiserlichen Antwort schildert Paulus, ein *arbiter* sei feindselig gewesen. Da es sich im ersten Satz allem Anschein nach um ein Schiedsverfahren handelt, kann von einer Feindseligkeit gegenüber einer Partei oder beiden Parteien ausgegangen werden, die wohl aus anderen Umständen als aus dem Schiedsverfahren selbst heraus entstand (*ex aliis causis*). Daraufhin wurde der Schiedsrichter durch Erklärungen vor Zeugen¹⁰ angegangen, nicht zu richten. Dennoch beharrte er darauf.¹¹

⁴ *Ebd.*, S. 156.

⁵ *Fitting*, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Aufl. 1908, S. 85; *Honoré*, *The Severian Lawyers: a preliminary survey*, SDHI 28 (1962), 162 (225); *Liebs* (Fn. 1), S. 156.

⁶ *De Robertis*, *Scritti vari di diritto romano*, 1987, S. 159.

⁷ *Lenel*, *Palingenesia iuris civilis I*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1889, 2000, Sp. 988.

⁸ Zu den einzelnen Positionen später unter Abschnitt **III. 4. d)**.

⁹ Vgl. *Kaser/Hackel*, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 450.

¹⁰ *Testationes* sind zwar auch „Zeugenaussagen“, es scheint sich hier aber um einen *abl. instr.* zu handeln. Dass der Schiedsrichter mit Hilfe von Zeugenaussagen belangt wurde, erscheint widersprüchlich, da die Feindseligkeit ohnehin offensichtlich war.

¹¹ Es bleibt grammatikalisch ferner die Möglichkeit, dass der *arbiter* auf Übereinkünften (nun *conventūs* als Akk. Pl. von *conventus*), nicht zu richten, beharrte und

In einem zweiten Abschnitt geht es sodann um einen nicht näher spezifizierten *iudex*, bei dem eine Strafe eingeklagt wurde. Hier antwortet *imperator Antoninus*, dass die *exceptio doli* der Strafklage entgegenstehen werde.¹² Eingeschoben wird dabei, dass nicht appelliert, also kein Berufungsverfahren angestrebt werden könne.

Im dritten und letzten Satz werden schließlich *exceptio doli* und die Appellation in Relation zueinander gesetzt. Es bestehe durch die *exceptio doli* der Anschein des Appellierens. Darauf folgt eine Begründung, deren genaue Bedeutung erst nach einer eingehenderen Untersuchung festgestellt werden kann.

2. Aufgeworfene Fragen

Nicht nur der letzte Satz gibt Fragen auf. Bereits zum ersten Sachverhalt ist unklar, wer das Gesuch verfasst hat und wem daraufhin vom Kaiser die Möglichkeit zugesprochen wurde, eine *exceptio doli mali* zu nutzen. Auch wogegen sich die *exceptio* im Detail richten sollte und inwiefern Beweisaspekte eine Rolle spielen könnten („*manifeste*“, „*testationes*“), ist fraglich.

Zum zweiten Satz bleibt der Zusammenhang mit dem ersten Satz offen. Ferner ist aber auch schon unklar, welche Verfahrensart vorlag und wer mit *iudex* bezeichnet wurde. Zudem bleibt das Verhältnis von *exceptio doli* und Appellation, wie es der letzte Satz der Textstelle behandelt, zu klären.

Schließlich steht auch die Person hinter *imperator Antoninus* und die damit verbundene zeitliche Einordnung in Frage.

3. Erklärung der Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute

a) Arbitr ex compromisso und Schiedsverfahren

Aus dem Kontext von D. 4.8.32.14 geht hervor, dass es sich bei dem genannten *arbiter* um einen *arbiter ex compromisso*, einen römischen Schiedsrichter, handelt.¹³

Das *compromissum* bezeichnet eine Vereinbarung, die entscheidende Punkte des Schiedsverfahrens festlegte.¹⁴ So ist beispielsweise die Wahl des Schiedsrichters

nichtsdestoweniger durch nichts dazu gezwungen wurde, ein Urteil zu sprechen. Weder kann diese grammatische Möglichkeit jedoch erklären, warum ein Gesuch an den Kaiser gerichtet wurde, noch könnte *testationibus* sprachlich sinnvoll eingeordnet werden. Diese Möglichkeit ist daher nicht anzunehmen.

¹² Vermutlich im bevorstehenden Urteil, daher Futur: *obstaturam*.

¹³ Vgl. Paul. D. 4.8.32.13 und 15.

¹⁴ *Rampazzo, Sententiam dicere cogendum esse*, 2012, S. 44 ff.

Teil des *compromissum*.¹⁵ Auch die Streitsache und somit die Angelegenheit, über die der *arbiter* entscheiden soll (und auch nur kann),¹⁶ wird im Rahmen des *compromissum* festgelegt.¹⁷

Des Weiteren findet sich in den Quellen, dass mit dem *compromissum* regelmäßig die Vereinbarung einer Strafe (*poena*) verbunden war,¹⁸ welche gegen diejenige Streitpartei verhängt wurde, die dem Schiedsspruch (*sententia arbitri*) nicht Folge leistete oder in einer anderen Weise gegen das *compromissum* verstieß.¹⁹ Die Strafe versprachen sich die Parteien mittels Stipulation.²⁰ So konnte sie wohl mit der *actio ex stipulatu* eingeklagt werden.²¹ Dieses wirtschaftliche Druckmittel förderte vermutlich die Durchsetzung eines Schiedsspruchs.²²

Die in D. 4.8.32.14 wahrscheinlich kommentierte Klageformel war auf die Pflichten des Schiedsrichters gerichtet:

*Qui arbitrium pecunia compromissa recipit, eum sententiam dicere cogam.*²³

Wer das Schiedsrichteramt übernommen hat, nachdem die Geldzahlung vereinbart worden war, den werde ich zwingen, ein Urteil zu sprechen.

Der Prätor konnte also den Richter zu einem Schiedsspruch zwingen,²⁴ wenn der Richter ein Schiedsverfahren übernahm.

¹⁵ Bonifacio, Compromesso. Diritto romano, NNDI 3 (1959), 784 (785).

¹⁶ Paul. D. 4.8.32.21; *Lukits*, Gründe für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung im römischen Recht, JEHL 2/2014, 21 (24).

¹⁷ Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, 1971, S. 60 f.

¹⁸ Ulp. D. 4.8.11.4.

¹⁹ C. 2.55.1.

²⁰ Ulp. D. 4.8.11.2; Paul. D. 4.8.32.20; Pap. D. 4.8.42.

²¹ Eine Möglichkeit zur *condictio* ist angesichts mangelnder Quellen ungewiss, *Knüttel*, Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe, 1976, S. 22; vgl. auch Ulp. D. 4.8.21.12. Zur allgemeinen Unterscheidung von *condictio* und *actio ex stipulatu* siehe beispielsweise *Kaser*, Formeln mit „intentio incerta“, „actio ex stipulatu“ und „condictio“, *Labeo* 22 (1976), 7 (7 ff.); *Guarino*, Diritto privato romano, 12. Aufl. 2001, Rn. 71.4.

²² Hierfür spricht auch C. 2.55.1; vgl. auch Ulp. D. 4.8.17pr.

²³ *Lenel*, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 4. Neudr. d. 3. Aufl. 2010, S. 131.

²⁴ Z.B. durch eine *multa*, *Wlassak*, arbiter, in: *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft II*, 1899, Sp. 409.

b) Exceptio doli (mali)

Die *exceptio doli (mali)* ist ein Ausnahmetatbestand, der einer Klage entgegengehalten werden konnte, sofern bei dieser eine böse Absicht vorlag oder vorliegt.²⁵ Sie zählt zu den *exceptiones peremptoriae* und hatte somit eine aufhebende Wirkung gegen eine Klage.²⁶

Ihre Formel, nach der sie im Prozess eine Rolle spielen konnte, lautete:

*Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.*²⁷

Wenn sich in dieser Sache nichts durch die böse Absicht des Aulus Agerius ereignet hat und auch nicht ereignet.

Die Alternativen der *exceptio doli, factum sit* und *fiat* deuten auf zwei mögliche Zeitpunkte des *dolus malus* hin:²⁸ zum einen auf eine Situation, die noch vor dem Prozess stattfand;²⁹ zum anderen wird mit *fiat* auf eine gegenwärtige, auf den Prozess bezogene Möglichkeit des *dolus* hingewiesen, so beispielsweise, wenn die Geltendmachung der betreffenden *actio* bereits an sich einen *dolus* mit einschließt.³⁰

c) Iudex und Prozessformen

Im Formularprozess, der in klassischer Zeit für die Mehrheit der Rechtsmaterien das ordentliche Verfahren war,³¹ bezeichnete *iudex (unus)* einen Richter, der einen Rechtsstreit entsprechend der Klageformel des Prätors zu untersuchen und dann zu entscheiden hatte.³² Im Kognitionsverfahren gab es hingegen – im Regelfall – keine Zweiteilung des Prozesses.³³ Der Gerichtsmagistrat übernahm hier auch die Beweisaufnahme und fällte schließlich selbst das Urteil.³⁴ Er konnte wahrscheinlich seine Aufgaben auch an einen *iudex (datus)* umfassend delegieren³⁵ und wurde selten sogar selbst als *iudex* bezeichnet.³⁶ Insbesondere in manchen Provinzen setzte sich das

²⁵ Dalla/Lambertini, Istituzioni di Diritto Romano, 3. Aufl. 2006, S. 68.

²⁶ Gai. IV, 121.

²⁷ Gai. IV, 119.

²⁸ Kaser, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, S. 488.

²⁹ Ebd.

³⁰ Ebd.

³¹ Kaser/Knüttel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl. 2014, § 82 Rn. 13.

³² Ebd., § 80 Rn. 21.

³³ Dalla/Lambertini (Fn. 25), S. 181.

³⁴ Ebd.

³⁵ Kaser/Hackl (Fn. 9), S. 441.

³⁶ Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl., unveränderter Abdruck d. Ausg. v. 1907, 1971, S. 292.

Kognitionsverfahren vermutlich bereits seit dem 2. Jahrhundert n. Chr. zunehmend durch.³⁷

d) *Appellatio, libellus und consultatio*

Die *appellatio* gab im römischen Recht die Möglichkeit unter Anrufung des Princeps oder seines Delegierten gegen ergangene Urteile vorzugehen.³⁸ Sie war entweder schriftlich durch die sogenannten *libelli appellatori* oder mündlich direkt nach dem Urteil anzubringen.³⁹ Am Ende des Verfahrens konnte das Urteil nicht nur aufgehoben werden, sondern die *appellatio* zielte darauf ab, die ursprüngliche Entscheidung durch eine neue zu ersetzen.⁴⁰ Einer Konstitution Caracallas zufolge konnte gegen Schiedssprüche keine Appellation erfolgen.⁴¹

Eine einfache Anfrage (ebenfalls *libellus*) beim Kaiser bot eine andere Option, sich in Rechtsfragen an den Kaiser zu wenden.⁴² Diese war möglich, ohne dass bereits ein ordentlicher Prozess begonnen oder abgeschlossen worden war.⁴³

Auch Richter konnten sich bei Unsicherheiten in Rechtsfragen an den Kaiser wenden.⁴⁴ Inwiefern eine *consultatio ante sententiam* durch den *index*, also eine Anfrage des Richters vor dem Urteil, außer im Kognitionsverfahren auch im Formularverfahren möglich war, ist umstritten.⁴⁵

4. Beantwortung der Fragen

a) *Erster Satz* – Cum quidam [...] perseverasset

Die Feindlichkeit und das Beharren des *arbiter* bilden die Vorgeschichte des Gesuches. Allerdings bleibt es fraglich, woran die Antwort des Kaisers konkret anknüpft. Zum einen ist daher zu klären, wer sich mit seinem Anliegen an den Kaiser wandte und welche Rolle die *exceptio doli* für den zugrundeliegenden Fall spielte.

³⁷ Kaser/Hackl (Fn. 9), S. 168.

³⁸ Litewski, Die römische Appellation in Zivilsachen I, RIDA 12 (1965), 347 (413 f.).

³⁹ Kaser/Hackl (Fn. 9), S. 507.

⁴⁰ Litewski (Fn. 38), 402.

⁴¹ C. 2.55.1.

⁴² von Premerstein, libellus, in: Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft XIII, 1927, Sp. 48.

⁴³ Honoré, Emperors and Lawyers, 2. Aufl. 1994, S. 37.

⁴⁴ Litewski, Consultatio ante sententiam, SZ 86 (1969), 227 (233).

⁴⁵ Dagegen: Litewski (Fn. 44), 230; dafür: Arcaria, *Referre ad principem*. Contributo allo studio delle *epistulae* imperiali in età classica, 2000, S. 257 f. Näher dazu unter Abschnitt III. 4. b) bb).

aa) Sprachliche Erwägungen zu *cuiusdam* und *eum*

Grundsätzlich kommen der Schiedsrichter selbst oder eine der Parteien des (unerwähnten) *compromissum* als Anfragersteller in Frage. Der Zusatz *querentis* zu *cuiusdam* könnte zwar darauf hinweisen, dass hier der Kläger des Verfahrens im Hintergrund anfragte, genauso könnte damit jedoch lediglich auf den Beschwerdeführer des Gesuches hingewiesen werden.⁴⁶ Entsprechend lässt sich in diesem Zusatz keine nähere Spezifizierung eines der Beteiligten erkennen. Auffällig ist, dass mit *cuiusdam* der Genitiv von *quidam* verwandt wird, das bereits dem *arbiter* hinzugefügt wurde. Zwar könnte dies grundsätzlich auch ein Hinweis darauf sein, dass wieder von *dem* gewissen Schiedsrichter die Rede ist, ebenso könnte es jedoch von Paulus zur Einführung einer weiteren Person verwandt worden sein. Da es sich bei *eum* um ein Personalpronomen handelt, liegt es nahe, eine anaphorische Verwendung anzunehmen, also nicht von einer neu eingeführten Person auszugehen, sondern *eum* auf *cuiusdam* zu beziehen. Entsprechend wäre *cuiusdam* in Abgrenzung zu den Personalpronomen ein Hinweis darauf, dass es gerade nicht *quidam arbiter* ist, der die Anfrage stellte.

Aus sprachlicher Hinsicht spricht daher mehr dafür, eine der Parteien als Anfragerstellerin und durch die *exceptio doli* Begünstigte anzunehmen.

bb) Anknüpfungspunkte der *exceptio doli*

Wie oben dargestellt, richtet sich eine *exceptio* grundsätzlich gegen die Klage einer anderen Partei.⁴⁷ Eine solche Klage nennt der Text nicht. Damit kommen letztlich zwei grundsätzliche Optionen in Betracht: Zum einen könnte die *exceptio doli* bereits eine Rolle im Schiedsverfahren selbst gespielt haben. Dies würde bedeuten, dass der Schiedsrichter zumindest in gewissem Maße an das materielle Recht gebunden wäre.⁴⁸ Das wird von einem großen Teil der Literatur bezweifelt, allerdings ohne zwingende Argumente.⁴⁹

Da es nahe liegt, in der Feindlichkeit des Schiedsrichters den Grund einer auf *dolus malus* basierenden *exceptio* zu sehen, hätte der Schiedsrichter aufgrund seiner eigenen Feindlichkeit nach dieser Interpretation eine *exceptio doli*

⁴⁶ Für Letzteres: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis (Text und Übersetzung), Bd. 2: Digesten 1-10, 1995, S. 452.

⁴⁷ *Dalla/Lambertini* (Fn. 25), S. 68.

⁴⁸ Dies erwägend *Talamanca*, L'arbitrato romano dai "veteres" a Giustiniano, *Labeo* 20 (1974), 83 (96); vgl. auch *Litewski*, Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichters durch das materielle Recht, in: *Iurisprudentia universalis*. FS Mayer-Maly, 2002, S. 409 (409 ff.).

⁴⁹ Vgl. *Weizsäcker*, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis, 1879, S. 88 f.; *Ziegler* (Fn. 17), S. 136 f.

zugunsten der Partei berücksichtigen müssen, der er feindlich gesinnt war. Eine solche Entscheidungspflicht gegen die eigene Ansicht des *arbiter* erscheint aufgrund der eigenen Entscheidungsgewalt des Schiedsrichters eher unwahrscheinlich.⁵⁰

Andererseits wäre es möglich, dass ein weiterer Prozess von Bedeutung ist, der an den geschilderten Fall des beharrenden Schiedsrichters anschließt.⁵¹ Als ein solcher kommt die Einforderung einer mit dem *compromissum* vereinbarten Strafe (mittels *actio ex stipulatu*) in Betracht.⁵²

Ein zweites Verfahren wird aber nicht erwähnt, ebenso wenig wie der Anfall einer Strafe, und müsste daher zusätzlich angenommen werden. Ein Anfall der Strafe kommt zum einen in Betracht, sofern sich eine Partei dem Urteil widersetzt,⁵³ zum anderen aber auch in dem Fall, dass es aufgrund des Fernbleibens einer Partei gar nicht zum Schiedsspruch kam.⁵⁴ Beides ist auch für die Partei denkbar, gegenüber der sich der Schiedsrichter feindselig zeigte.

Da sich die *exceptio doli* grundsätzlich gegen einen *dolus malus* der Gegenpartei richtet, bleibt es jedoch fraglich, worin diese böse Absicht der Gegenpartei bestanden haben könnte. Es wurde von keiner Handlung mit böser Absicht der Gegenpartei ausdrücklich berichtet. Somit bleibt als Anknüpfungspunkt zunächst die Feindlichkeit des Schiedsrichters.⁵⁵

Seine Feindlichkeit in Verbindung mit dem Willen, ein Urteil zu fällen, könnte selbst den *dolus malus* bilden,⁵⁶ welcher der Gegenpartei zugerechnet wird. Problematisch wäre dies allerdings, da sich die Gegenpartei etwas zurechnen lassen müsste, auf das sie keinerlei Einfluss gehabt haben mag. Allerdings wäre es auch denkbar, dass die Partei selbst für die Feindlichkeit des Schiedsrichters verantwortlich war – etwa durch Bestechung – und somit eine böse Absicht

⁵⁰ Für die grds. autonome Entscheidungsgewalt des *arbiter* vgl. Ulp. D. 4.8.17.3; Paul. D. 4.8.19pr.

⁵¹ Statt vieler: Ziegler (Fn. 17), S. 100.

⁵² Serangeli, *Diritto romano e Rota Provinciae Marchiae* I, 1992, S. 142.

⁵³ So z.B. Wacke, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, SZ 88 (1971), 105 (119).

⁵⁴ Ziegler (Fn. 17), S. 100 f.

⁵⁵ Die von Matthiass, *Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts*, 1888, S. 110 und Buigues Oliver, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano. El arbiter ex compromisso*, 1990, S. 116 angedeutete Überlegung, die *exceptio* am fehlenden Zwang des Schiedsrichters festzumachen, kann nicht überzeugen, da sie die Ausführlichkeit der Ausführungen zur Feindlichkeit unberücksichtigt lässt und den Anhaltspunkt eines *dolus malus* nicht direkt am fehlenden Zwang erklären kann.

⁵⁶ Rampazzo (Fn. 14), S. 155.

darin lag, den Schiedsspruch auf diese Weise zu beeinflussen.⁵⁷ Hierfür gibt es allerdings wiederum keinen Anhaltspunkt im Text. Ganz im Gegenteil wird festgestellt, dass der Schiedsrichter *ex aliis causis* feindselig ist. Dies ist ein Indiz dafür, dass die Feindlichkeit ihren Ursprung nicht konkret im Verfahren hatte oder die Gründe zumindest für die rechtliche Bewertung unbedeutend bleiben.⁵⁸ Schließlich ist es möglich, dass im Anstrengen der Klage der *dolus malus* liegt.⁵⁹ Dies erfordert erstens nicht die Zusatzannahme einer Bestechung, zweitens bestehen auch konkrete Anhaltspunkte im Text: Die in der Digestenstelle genannten Beweisaspekte (*manifeste* und *testationibus etiam conventus*) könnten darauf hinweisen, dass für beide Parteien die Feindlichkeit klar ersichtlich war und die auf Strafe klagende Partei sich dieser Umstände bewusst gewesen sein musste.⁶⁰

In der Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass eine Relevanz der *exceptio doli* im Schiedsverfahren selbst sehr unwahrscheinlich ist. Die Zusatzannahme, dass eine Strafe wegen Ausbleibens zum Schiedstermin oder Zuwiderhandlung gegen den Schiedsspruch anfiel und die *exceptio doli* erst in einem zweiten unerwähnten Prozess zur Anwendung kommen konnte, erscheint mangels einer besseren Alternative und angesichts der vermuteten Bedeutung als indirektes Vollstreckungsmittel für den Schiedsspruch gerechtfertigt. Der *dolus malus* liegt dabei wahrscheinlich in der Klageerhebung selbst.

b) *Petitio poenae beim iudex*

Auch das im zweiten Satz von D. 4.8.32.14 geschilderte Verfahren vor dem *iudex* begegnet einigen Unklarheiten. Insbesondere fragt es sich, welche Verfahrensform vorliegt und welcher Richtertypus unter *iudex* zu verstehen ist. Zudem ist unklar, welcher Fall der *petitio poenae* dem Richter vorliegt.

⁵⁷ Paricio, Notas sobre la sentencia del *arbitrator ex compromisso*. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia, RIDA 31 (1984), 283 (292); Kreuzpointner, Das arglistige Verhalten einer Partei im römischen Zivilprozess, 1977, S. 68.

⁵⁸ Dagegen – allerdings ohne sprachliche Erläuterung – Kreuzpointner (Fn. 57), S. 68 f.

⁵⁹ Vgl. oben Abschnitt III. 3. b), „fiat“.

⁶⁰ Ob sich die Feindlichkeit im Urteil manifestierte (so Talamanca, Ricerche in tema di „compromissum“, 1958, S. 26), erscheint daher auch irrelevant für die Frage, ob die *exceptio doli* angewandt wurde. Die Beweisaspekte zur Feindlichkeit deuten mehr darauf hin, dass es vor allem um den problematischen Prozess ging, während ein Schiedsspruch im ersten Satz gar nicht erwähnt wurde. Zudem kann auch die Strafe ohne Schiedsspruch verfallen (wie im Falle des Ausbleibens einer Partei zum Schiedstermin, siehe hierzu: Ziegler (Fn. 17), S. 100).

aa) Zusammenhang zwischen *libellus* und zweitem Satz (*et idem [...] obstatuam*)?

Einerseits könnte die hier genannte *petitio poenae* eine Strafklage sein, die auf das Schiedsverfahren folgte, da die vereinbarte Strafe anfiel.⁶¹ Dies würde bedeuten, dass ein weiterer ähnlicher Fall mit einer ähnlichen Antwort des Kaisers die genannte Rechtsauffassung nochmals unterstreicht.⁶²

Es könnte sich jedoch auch um eine ganz andere Strafe handeln, die keinen Bezug zum Schiedsverfahren aufweist und mit der angenommenen Strafklage des ersten Satzes verglichen werden soll.

Der Begriff der *poena* spielt in Paulus' 13. Buch zum Edikt häufiger eine Rolle.⁶³ Ein Zusammenhang der Strafe mit dem Schiedsverfahren liegt daher nahe.⁶⁴ Dass keine weitere Spezifizierung der *poena* vorgenommen wurde, stützt dieses Indiz. Somit ist zu vermuten, dass es auch im zweiten Satz vor dem *iudex* um die Einforderung einer Strafe geht, die im Vorfeld zum Schiedsverfahren vereinbart worden war.⁶⁵

Zwar könnte die *petitio poenae* sogar die Fortsetzung des Sachverhalts im ersten Satz sein⁶⁶ – also die in **III. 4. a) bb)** angenommene Strafklage –, allerdings erscheint es unwahrscheinlich, dass derselbe vom Kaiser bereits bewertete Sachverhalt erneut in Frage gestellt wurde, da die *subscriptio* öffentlich ausgehängt wurde (*propositum*)⁶⁷ und der *iudex* wohl nach lebensnaher Betrachtung darauf hingewiesen worden wäre.

Anzunehmen ist daher eine *petitio poenae*, die dem ersten geschilderten Sachverhalt in maßgeblichen Punkten, wie der Feindlichkeit des Schiedsrichters, ähnelte.⁶⁸ Für detailliertere Erwägungen des Sachverhalts, der zu Grunde liegt, fehlen allerdings Anhaltspunkte.

⁶¹ *Talamanca* (Fn. 60), S. 26.

⁶² *Ebd.*

⁶³ So beispielsweise auch in D. 4.8.30; D. 4.8.32.pr.; D. 4.8.32.3.

⁶⁴ Vgl. *Kreuzpointner* (Fn. 57), S. 68.

⁶⁵ So *Talamanca* (Fn. 60), S. 26; *Paricio* (Fn. 57), 292.

⁶⁶ So angedeutet bei *Talamanca* (Fn. 60), S. 26.

⁶⁷ *Kaser/Hackl* (Fn. 9), S. 450.

⁶⁸ So im Ergebnis auch *Paricio* (Fn. 57), 292.

bb) Verfahrensart und *consultatio*

Wie oben dargelegt, steht die Bezeichnung *index* für mehrere unterschiedliche Richtertypen, wie den *index unus* oder einen ausnahmsweise im Kognitionsverfahren eingesetzten *index*.⁶⁹

Im Falle des *index unus* ist es unwahrscheinlich, dass er sich angesichts der Bindung an die Spruchformeln des Prätors mit *consultationes* direkt an den Kaiser richtete.⁷⁰

Dass Paulus mit *index* einen Gerichtsmagistraten im Formularverfahren bezeichnete, ist mit Hinblick auf die Terminologie in der Zweiteilung ebenfalls unwahrscheinlich.

Da das Kognitionsverfahren in klassischer Zeit vermutlich nicht als das ordentliche Verfahren galt und auch sonst kein Hinweis dafür gegeben ist, dass der Begriff *index* nicht im Sinne des üblichen Richters im Formularverfahren verwandt wurde, ist auch ein Kognitionsverfahren nicht ohne Weiteres zu vermuten.⁷¹ Zudem besteht auch nach Digestentitel D. 4.8 kein eindeutiger Grund zur Annahme, dass die Strafklage aufgrund der Rechtsmaterie im Rahmen der *cognitio extra ordinem* stattfand.⁷²

Eine Interpretationsmöglichkeit wäre es daher, anzunehmen, dass sich das Verfahren in einer Provinz abspielte, wo bereits in der Klassik das Kognitionsverfahren vorherrschte (s.o.). Da teilweise ein Verfahren in Provinzen vom Magistrat selbst komplett durchgeführt wurde, in manchen Gebieten jedoch trotzdem als ordentliches Verfahren galt, ist diese Interpretation einer problematischen Zuteilung zu einem klaren, etablierten Verfahren in Rom vorzuziehen.

c) Das Verhältnis von *exceptio doli* und *Appellation*

Sowohl im zweiten Satz (*etiamsi appellari non potest*), als auch im letzten Satz (*per hanc [...] sententia arbitri*) wird das Verb *appellare* ins Spiel gebracht, dessen Zusammenhang mit dem Rest der Stelle auslegungsbedürftig bleibt.

aa) Sprachliche Erwägungen des *etiamsi*-Abschnitts

Hinsichtlich des Satzteils *etiamsi [...] potest* steht die Funktion in Frage. Zum einen könnte dies ein erklärender Einschub von Paulus sein. Dafür spricht vor

⁶⁹ Siehe hierzu oben Abschnitt III. 3. c).

⁷⁰ Litewski (Fn. 44), 230.

⁷¹ Arvaria (Fn. 45), S. 257.

⁷² Ebd.

allem, dass *potest* im Indikativ steht und somit nicht Teil der indirekten Rede zu sein scheint.⁷³

Unter der Annahme einer Abweichung von der Schulgrammatik, die auch im Rahmen der weiteren Textüberlieferung entstanden sein könnte oder als Interpolationsindiz in Betracht zu ziehen ist, könnte der Satzteil aber auch als Teil des kaiserlichen Reskripts aufgefasst werden.⁷⁴ Dies wird durch die Satzstellung unmittelbar nach *rescripsit* nahegelegt.

Aus sprachlicher Sicht ist ein Einschub von Paulus allerdings am plausibelsten, da er ohne die Annahme einer grammatischen Unstimmigkeit auskommt. Inwiefern sich dies inhaltlich begründen lässt, kann nur im Zusammenhang mit dem letzten Satz vollumfänglich beurteilt werden.

bb) *Per hanc [...] sententia arbitri* – Interpretationsmöglichkeiten

Der letzte Satz eröffnet ebenfalls einige Interpretationsmöglichkeiten. Insbesondere fragt sich hier, wie das abschließend erwähnte *retractare* auszulegen ist.

Einerseits könnte dieses als Anfechten des Urteils verstanden werden. In diesem Sinne wird *retractare* auch an anderen Stellen in Verbindung mit der Appellation verwandt.⁷⁵ Streng genommen hätte dieser Auslegung folgend die *exceptio doli* nicht die Aufhebung der Strafe, sondern die Aufhebung des Schiedsurteils zur Folge.⁷⁶

Dass dies im Widerspruch zur zuvor erwähnten Wirkung der *exceptio doli* steht (*rescripsit [...] exceptionem in poenae petitione obstaturam*), könnte auf eine Interpolation hindeuten.⁷⁷

Andererseits könnte *retractare* auch lediglich auf den praktischen Effekt der *exceptio doli* in den geschilderten Fällen bezogen sein, der Strafe entgegenzuwirken.⁷⁸ Da die Strafe vermutlich das Mittel war, um ein Schiedsurteil durchzusetzen, würde die *exceptio doli* mithin auch den Schiedsspruch folgenlos machen.

⁷³ Vgl. *Schipani* (Hg.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, Bd. 1, 2005, S. 373.

⁷⁴ So *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler* (Fn. 46), S. 452.

⁷⁵ *Litewski* (Fn. 38), 401, der z.B. auf C. 7.64.2.1 und PS 5.33.1 verweist.

⁷⁶ *Biondi*, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, Studi Bonfante IV, 29 (96).

⁷⁷ *Ebd.*

⁷⁸ *Litewski* (Fn. 38), 405.

cc) Abwägung

Zwar spricht die Bedeutung von *retractare* als „anfechten“ in Verbindung mit der Appellation zunächst für eine Übersetzung als „anfechten“ in D. 4.8.32.14, allerdings ist auffällig, dass sich *retractare* in den Beispielfällen der Appellation stets auf ein Urteil im Akkusativobjekt bezieht.⁷⁹ Die Präposition *de* und der Ablativ *sententia* könnten somit ein Hinweis darauf sein, dass es hier nicht um das Aufheben eines Urteils geht, sondern lediglich um das Abstandnehmen vom Urteil, um sich gegen dessen Folgen zu wehren,⁸⁰ was sowohl bei der Appellation der Fall ist, aber auch bei einer Aufhebung der Stipulationsstrafe vorliegt.

Dafür, dass der Vergleichsaspekt von *exceptio* und *appellare* hier in der von außen betrachteten Wirkung liegt, spricht auch die Erwähnung der *species appellandi*. Etymologisch ist *species* auf das Verb *specio*, *specere* zurückzuführen, das etwa „schauen“ oder „blicken“ bedeutet.⁸¹ Es geht bei *species* daher im ursprünglichen Sinne um die äußere Form bzw. den Anschein einer Sache.⁸² Auffällig ist auch, dass mit *appellandi* das Gerundium, nicht aber die *appellatio* als Substantiv verwandt wurde. Dies könnte ein Indiz dafür sein, dass gerade nicht das Rechtsinstitut im Vordergrund steht, sondern vielmehr die praktische Anwendung.

Diese Lösung entzieht einer Interpolationsvermutung die inhaltliche Grundlage, da diese gerade im Widerspruch bestünde, dass hier das Urteil selbst nicht berührt wird.⁸³ Sprachlich ergeben sich im letzten Satz kaum Anhaltspunkte für eine Interpolation. Sie ist daher nicht anzunehmen.

Am wahrscheinlichsten erscheint somit, dass der Vergleich von *exceptio doli* und Appellation vor allem hinsichtlich der Auswirkungen angestellt wird.⁸⁴ Die aus sprachlichen Gründen bevorzugte Interpretation des *etiamsi*-Satzteils steht damit auch insofern im Einklang, als er einen Einschub von Paulus selbst darstellen könnte, den dieser erklärend einfügte, um die Parallelen aufzuzeigen, die bei *appellatio* und der hier vorliegenden *exceptio doli* auftreten.

⁷⁹ Vgl. Ulp. D. 4.3.24; Marci. D. 40.15.1.3.

⁸⁰ *Litewski* (Fn. 38), 405.

⁸¹ *Walde/Hofmann*, Lateinisches etymologisches Wörterbuch II, 3. Aufl. 1954, S. 570.

⁸² Vgl. *ebd.*

⁸³ Vgl. Interpolationsbegründung bei *Biondi* (Fn. 76), 96.

⁸⁴ So im Ergebnis auch *Ziegler* (Fn. 17), S. 138.

d) *Wer ist imperator Antoninus?*

Wie bereits erwähnt, bestehen mehrere Möglichkeiten, wen Paulus mit *imperator Antoninus* bezeichnet haben könnte.

Einige nehmen an, dass Antoninus Pius gemeint war.⁸⁵ Die Quellen enthalten allerdings teils die Formulierung *imperator noster Antoninus*,⁸⁶ was ein Indiz dafür ist, dass mit *Antoninus* auch Kaiser bezeichnet wurden, die zu Lebzeiten des Paulus herrschten, der jedenfalls nach Antoninus Pius wirkte.⁸⁷ Insbesondere fällt auf, dass *Antoninus* in D. 4.8.32.14 nicht wie in Paul. (54 ad ed.) D. 47.9.4.1 das Attribut *divus* trägt, während Antoninus Pius bereits vergöttlicht war.⁸⁸

Dass sich das vermutete Kognitionsverfahren in der Provinz mit der Zeit ausbreitete,⁸⁹ könnte dies ein Indiz dafür sein, dass der Sachverhalt eher spät anzusetzen ist. Es bleibt allerdings fraglich, ob *imperator Antoninus* überhaupt den aktuell regierenden Kaiser benannte.⁹⁰ Da sich Caracalla zumindest in C. 2.55.1 mit der Appellierbarkeit von Schiedsurteilen beschäftigte, besteht eine geringe Tendenz, ihn als Urheber der Reskripte anzunehmen.⁹¹ Allerdings könnte *saepe rescriptum est*⁹² ein Hinweis darauf sein, dass er nicht der einzige und erste Kaiser war, unter dem zu dieser Frage Stellung genommen wurde. Daher ist im Ergebnis eine klare Vermutung für einen der in Betracht kommenden Kaiser nicht möglich, Antoninus Pius ist als früher und zu Paulus' Zeiten vergöttlichter Kaiser aber unwahrscheinlich.

5. Zusammenfassung

Die Abwägung der jeweiligen Argumente zeigt insgesamt, dass zunächst ein Fall geschildert wird, in dem einer Partei von Kaiser Antoninus zugestanden wurde, von der *exceptio doli* gegen eine Klage auf Strafzahlung Gebrauch zu machen. Ursprung der *exceptio doli* ist die Feindlichkeit des *arbiter*, wobei der *dolus malus*, auf dem die *exceptio* basiert, wahrscheinlich in der Berufung auf

⁸⁵ So z.B. *Wacke* (Fn. 53), 119, der jedoch unbegründet Ulpian als Autor von D. 4.8.32.14 annimmt.

⁸⁶ Paul. D. 50.15.8.6.

⁸⁷ Vgl. hierzu oben Abschnitt **B. I.**

⁸⁸ Zur Vergöttlichung: *Rémy*, Antonin le Pieux, 138-161. Le siècle d'or de Rome, 2005, S. 279 f.; teilweise wird Antoninus Pius bei Paulus daher auch als *divus Pius Antoninus* bezeichnet (z.B. D. 3.5.33; D. 29.1.30).

⁸⁹ *Kaser/Hackl* (Fn. 9), S. 168 (Fn. 47); vgl. hierzu auch oben Abschnitt **III. 4. b) bb)**.

⁹⁰ So aber *Fitting* (Fn. 5), S. 85; *Honoré* (Fn. 5), 221.

⁹¹ Für diesen z.B. *Raggi*, La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem, 1965, S. 141.

⁹² C. 2.55.1.

die *poena* durch die Gegenpartei lag, da die Feindlichkeit auch für diese offensichtlich gewesen sein musste.⁹³

Auch vor dem *iudex* – möglicherweise im Rahmen eines nicht zweigeteilten Verfahrens in der Provinz – wurde allem Anschein nach eine solche Strafe eingeklagt und auch hier lag der Klage ein mit dem Schiedsverfahren verbundener *dolus malus* zu Grunde. Wie dieser Fall genau zu Stande kam, lässt sich mangels weiterer Angaben nicht ergründen und war entsprechend für Paulus vermutlich nicht von Relevanz.

Dieses Urteil scheint Paulus vielmehr noch für die Erläuterung zu nutzen, wie, obwohl keine Appellation gegen einen Schiedsspruch stattfinden konnte, dennoch gegen die Folgen eines unfairen Prozesses – nämlich im schlimmsten Falle der Anfall der Strafe beispielsweise durch Fernbleiben oder Missachtung des Schiedsspruches – vorgegangen werden konnte. Im letzten Satz legt er daher auch die Gemeinsamkeiten von *appellatio* und *exceptio doli* aus pragmatischer Perspektive dar:⁹⁴ die Möglichkeit, sich vor den Folgen eines problematischen Verfahrens zu schützen.

Damit zeigt D. 4.8.32.14, dass hier grundsätzlich von den Rechtsfolgen ausgegangen wurde. Gleichzeitig drückt der letzte Satz jedoch auch das Bewusstsein von Paulus aus, dass Appellation und *exceptio* durchaus dogmatisch unterschiedlich sind, wie es Formulierungen wie „*quaedam appellandi species*“ und „*retractare de*“ darlegen.

IV. Vergleich mit dem geltenden Recht

Die in D. 4.8.32.14 gemachten Ausführungen zum Schiedsverfahren und der damit zusammenhängende Fall eines feindseligen Richters, betreffen heute wohl die §§ 1025 ff. ZPO.

1. Ablehnung des Schiedsrichters wegen Befangenheit

Während in D. 4.8.32.14 geschildert wird, dass der *arbiter* zuvor angegangen wurde, die Partei jedoch ihre Rechtsmittel vermutlich erst gegen die Konsequenzen der Entscheidung einwenden konnte, ist heute nach § 1037 Abs. 2 ZPO bereits während des Verfahrens die Möglichkeit gegeben, einen parteiischen Schiedsrichter (unter den Voraussetzungen des § 1036 Abs. 2 ZPO) abzulehnen.

⁹³ Auf die Ungerechtigkeit des Schiedsspruches selbst kam es nicht an. Insofern besteht auch kein Widerspruch zu Ulp. D. 4.8.27.2.

⁹⁴ Ziegler (Fn. 17), S. 138.

2. Anfechtung und Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs

a) Aufhebung

Die Anfechtung eines Schiedsspruches ist aus den in § 1059 Abs. 2 ZPO genannten Gründen und auf Antrag grundsätzlich möglich. Insbesondere § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d ZPO verweist auf Verstöße gegen die Schiedsvereinbarung oder gesetzliche Vorschriften bei der Bildung des Schiedsgerichts oder im Schiedsverfahren. Da der Schiedsrichter nach § 1036 Abs. 1 ZPO zur Offenlegung der Umstände verpflichtet ist, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit und Unabhängigkeit wecken können, und nach § 1042 Abs. 1 ZPO die Gleichbehandlung der Parteien geboten ist, kann eine Partei, der gegenüber der Schiedsrichter feindselig ist, eine Aufhebung des Schiedsspruchs anstrengen.⁹⁵

Allerdings erfordert § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d ZPO auch, dass eine Auswirkung auf den Schiedsspruch anzunehmen ist. Hierfür genügt bereits die Möglichkeit, dass der Schiedsspruch ohne Verstoß anders ausgefallen wäre.⁹⁶ Dies wird bei offensichtlicher Feindlichkeit gegenüber einer Partei wohl im Regelfall gegeben sein.

Im Falle von schweren Verstößen gegen die erforderliche Unparteilichkeit mit anzunehmenden Auswirkungen auf das Urteil kommt auch ein Verstoß gegen den *ordre public* im Verfahren nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO in Betracht.

b) Vollstreckbarkeit

Die Vollstreckbarkeit eines (inländischen) Schiedsspruchs erfolgt auch auf Antrag, § 1060 ZPO. Bei einer Prüfung des Antrags sind ebenfalls die in § 1059 Abs. 2 ZPO genannten Gründe zu prüfen. Liegt einer dieser Gründe (innerhalb der teilweise erforderlichen Frist) vor, so wird das Schiedsurteil nicht für vollstreckbar erklärt, § 1060 Abs. 2 ZPO.

Auch das Vorliegen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung (§ 826 BGB) führt einredeweise vom Antragsgegner geltend gemacht zur Ablehnung der Vollstreckbarerklärung.⁹⁷

⁹⁵ Vgl. *Wolf/Eslami*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 18, Stand: 1.9.2015, § 1036 Rn. 22; vgl. ferner: *BGH*, NJW 1999, 2370 (2371).

⁹⁶ *Saenger*, in: Saenger, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 1059 Rn. 20.

⁹⁷ *BGH*, NJW 2001, 373 (373).

c) Vergleich

Gemeinsamkeiten zwischen heutigem und römischem Recht finden sich also beispielsweise darin, dass es in beiden Rechtsordnungen möglich ist, gegen die Folgen des Urteils vorzugehen. Zudem besteht mit § 826 BGB eine Einredemöglichkeit, die einer *exceptio doli mali* sehr nahe kommt und historisch auf diese zurückgeht.⁹⁸

Allerdings steht die Möglichkeiten der Anfechtung – zumindest nach dem Stand der überlieferten Quellen – in großem Unterschied zum römischen Recht. So wird mit dem Schiedsvertrag heute üblicherweise keine Vertragsstrafe abgeschlossen, die eine Durchsetzung des Schiedsspruches unterstützen soll, sondern dieser kann selbst für vollstreckbar erklärt werden.⁹⁹ Entsprechend kann jedoch auch gegen die Vollstreckung oder den Schiedsspruch selbst vorgegangen werden.

Diese Unterschiede resultieren wohl nicht zuletzt daraus, dass sich der Schiedsvertrag – nach heutiger Terminologie – vom materiellrechtlichen Vertrag stärker zu einem „Prozessvertrag“ entwickelte.¹⁰⁰

⁹⁸ Oechler, in: Staudinger, 2014, § 826 Rn. 125.

⁹⁹ Zu diesem Vergleichsaspekt in Bezug auf das UNCITRAL-Modell insb. auch Lukits, Die private Schiedsgerichtsbarkeit im römischen Recht und heute, SchiedsVZ 2013, 269 (273).

¹⁰⁰ Vgl. Ziegler, Geschichtliche und dogmatische Aspekte des Schiedsvertrags, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. FS Seiler, 1999, S. 669 (676 f.).

Levin von Borries*

Die Auswirkungen der §§ 675c ff. BGB auf den Bereicherungsausgleich in den Fällen des übersehenen Widerrufs und der fehlerhaften Zuvielüberweisung

Abstract

Treten im Überweisungsverkehr Fehler auf, stellt sich das Problem einer interessengerechten Rückabwicklung. Die Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* greift im Rahmen des Bereicherungsausgleichs seit Jahrzehnten auf die sogenannten Anweisungsfälle und das Veranlassungsprinzip zurück. Ob diese Wertungen nach Aufnahme des neuen Zahlungsdienstrechts in das BGB auch im Überweisungsverkehr noch Bestand haben können, ist, insbesondere in Anbetracht von § 675u BGB, höchst umstritten. Durch sein Urteil vom 16.6.2015 (*BGH*, KBT 2015, 471) hat der *Bundesgerichtshof* nun Stellung bezogen und die bisherige Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben.

Der nachfolgende Beitrag untersucht die dieser Rechtsprechungsänderung zugrunde liegenden Normen und Wertungen. Hierzu wird zunächst der Bereicherungsausgleich nach der bisherigen Rechtsprechung dargestellt. Anschließend werden die neu eingeführten Regelungen des BGB und die dem Gesetz zugrundeliegende Richtlinie darauf untersucht, inwieweit sie einem Vorgehen nach den bisherigen Grundsätzen entgegenstehen und welche Wertungen ihnen für das Verhältnis des anweisenden Bankkunden und des Zahlungsempfängers zu entnehmen sind.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im 11. Semester an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz mit dem Schwerpunkt Wettbewerbs- und Kartellrecht sowie Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, insbesondere Familien- und Erbrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Eberl-Borges.

I. Einleitung

Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen verbietet sich bekanntlich jede schematische Lösung.¹ Dennoch hat die Rechtsprechung in den sogenannten Anweisungsfällen im Laufe der Zeit den Weg von bloßen Einzelfallentscheidungen hin zu einem ausdifferenzierten System von Fallgruppen gefunden. In den Fällen der fehlerhaften Zuvielüberweisung und des übersehenen Widerrufs der Anweisung erfolgt der Bereicherungsausgleich hiernach grundsätzlich entlang der Leistungsbeziehungen.

Diese Rechtsprechung könnte nun vor dem Hintergrund der mit Wirkung zum 31.10.2009 in das BGB aufgenommenen §§ 675c bis 676c BGB als überholt anzusehen sein. Insbesondere die Auslegung der §§ 675j und 675u BGB hat in der Literatur eine lebhafte Diskussion darüber entfacht, ob es der fehlerhaft handelnden Bank nach wie vor möglich sein soll, bereicherungsrechtlich gegen ihren anweisenden Kunden vorzugehen. Auch die zur neuen Rechtslage zunächst ergangene erstinstanzliche Rechtsprechung wies diesbezüglich keine einheitliche Linie auf.² Durch das Urteil vom 16.6.2015 – XI ZR 243/13 hat der *Bundesgerichtshof* nun für Klarheit gesorgt und diese für den alltäglichen Überweisungsverkehr bedeutsame Frage entschieden.

II. Hauptteil

1. Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen birgt seit jeher eine Fülle an Problemen. Auf Grund der wirtschaftlichen Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Banküberweisung ins Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt. Weist ein Schuldner seine Bank durch Überweisungsauftrag an, einen bestimmten Betrag auf das Konto eines Gläubigers zu überweisen, so stellt sich bei der Fehlerhaftigkeit eines der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses die Frage, wer das Erlangte vom Empfänger herausverlangen kann: der Anweisende oder die Bank. Ausgangspunkt für die Lösung dieser Fälle ist zum einen der Leistungsbegriff und zum anderen der Vorrang der Leistungskondiktion.

¹ V. Caemmerer, Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 1962, 385 (386); BGHZ 61, 189 (192); 87, 393 (396).

² LG Hannover, ZIP 2011, 1406; AG Hamburg, BKR 2013, 393.

a) Leistung

Eine Leistung ist eine zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.³ Der verfolgte Leistungszweck ergibt sich aus einer vom Leistenden zu treffenden Tilgungsbestimmung.⁴ Hierdurch bringt er zum Ausdruck, durch die Zuwendung eine bestimmte Schuld erfüllen zu wollen.

Zwischen dem Überweisenden und seiner Bank besteht in der Regel ein Zahlungsdienstvertragsvertrag nach 675f Abs. 2 BGB. Die Bank erbringt die Zuwendung an den Zahlungsempfänger zur Erfüllung ihrer Verpflichtung aus dem Vertrag mit ihrem Kunden. Die Beziehung zwischen Anweisendem und seiner Bank nennt sich Deckungsverhältnis. Das Verhältnis zwischen Anweisendem und dem Empfänger bezeichnet man als Valutaverhältnis.⁵ Die Anweisung des Kunden an seine Bank, einen bestimmten Betrag an den Gläubiger zu überweisen, stellt eine Tilgungsbestimmung des Anweisenden dar.⁶ Die Bank, die die Zahlung ausführt, überbringt diese Tilgungsbestimmung an den Zahlungsempfänger als Bote des Anweisenden.⁷

In einem ungestörten Geschehensablauf erbringt folglich die zur Überweisung angewiesene Bank eine Leistung an ihren Kunden. Der Anweisende leistet unter Zuhilfenahme der Bank an seinen Gläubiger.⁸ Es handelt sich hierbei um einen klassischen Fall der Leistung kraft Anweisung. Kommt es bei einer solchen Konstellation in einem der Rechtsverhältnisse zu einer Störung, so findet die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung grundsätzlich innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen statt.⁹

b) Subsidiarität

Aus dem Subsidiaritätsgedanken folgt, dass der Empfänger der Zuwendung das durch die Überweisung Erlangte im Falle einer Leistung des Anweisenden nicht im Wege der Nichtleistungskondition an die Bank herausgeben muss.¹⁰ Dies

³ BGHZ 40, 272 (277); 50, 227 (231); *Kämpel*, Zum Bereicherungsausgleich bei fehlerhaften Banküberweisungen, WM 2001, 2273 (2274).

⁴ *Wendeborst*, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 812 Rn. 46.

⁵ *Schwab*, in: Müko-BGB V, 6. Aufl. 2012, § 812 Rn. 60; BGHZ 87, 393 (395); 152, 307 (311); *Müller*, Der Bereicherungsausgleich bei Fehlleistungen des Kreditinstituts im bargeldlosen Überweisungsverkehr, WM 2010, 1293 (1293).

⁶ BGHZ 87, 393 (397).

⁷ *Schwab* (Fn. 5), § 812 Rn. 67.

⁸ BGHZ 87, 393 (395).

⁹ BGHZ 61, 289 (291); 87, 393 (395); 89, 376 (378); 152, 307 (311); 176, 234 (236); *BGH*, JZ 1987, 199 (200); *BGH*, NJW 2011, 66 (69); *Schwab* (Fn. 5), § 812 Rn. 62; *Pinger*, Was leistet der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht, AcP 1979, 301 (318 ff.).

¹⁰ *Fornasier*, Der Bereicherungsausgleich bei Fehlüberweisungen und das europäische Recht der Zahlungsdienste, AcP 2012, 410 (424).

schließt eine Direktkondition der Bank gegen den Empfänger grundsätzlich aus.

Das Subsidiaritätsprinzip lässt sich auf den Gedanken des Vertrauensschutzes zurückführen. Der Empfänger hat die Person des Leistenden in einer autonomen Entscheidung als Vertragspartner ausgewählt. Er soll nun bei der Rückabwicklung nicht Ansprüchen eines Dritten ausgesetzt werden, mit dem er niemals einen Vertrag geschlossen hätte.¹¹

c) Die Lehre vom objektiven Empfängerhorizont

Entscheidend für die Lösung dieser Fälle ist folglich, unter welchen Voraussetzungen die von der Bank erbrachte Zuwendung als Leistung des Anweisenden zu betrachten ist. Nach allgemeiner Ansicht bestimmt sich das Vorliegen einer Leistung aus der Sicht eines objektiven Empfängers.¹² Konnte der Empfänger auf Grund einer bestehenden Forderung in Höhe des überwiesenen Betrages davon ausgehen, der Anweisende wolle seine Schuld begleichen, so liegt grundsätzlich eine Leistung des Anweisenden vor.

d) Zurechnung des Rechtsscheins

Problematisch erscheint dies jedoch in den Fällen, in denen die Zahlung der Bank nicht auf einer wirksamen Anweisung des Bankkunden beruht. In einem solchen Fall besteht entgegen des erzeugten Rechtsscheins objektiv keine vom Anweisenden abgegebene Tilgungsbestimmung und mithin auch keine Leistung. Der von der Zahlung der Bank ausgehende Rechtsschein einer Tilgungsbestimmung kann dem Anweisenden gegenüber nur dann Wirkungen entfalten, wenn er diesen zurechenbar gesetzt hat. Aus diesem Grund ist eine Veranlassung der Zahlung durch den Anweisenden erforderlich.¹³

2. Bisherige Rechtsprechung

a) Widerrufene Anweisung

Erteilt ein Bankkunde einen Überweisungsauftrag, den er jedoch vor Ausführung der Überweisung wirksam widerruft, so stellt sich die Frage, wem der Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger zusteht, wenn die Bank die Überweisung dennoch ausführt. Geht man davon aus, dass ein Anspruch des Empfängers gegen den Überweisenden tatsächlich besteht und der Empfänger keine Kenntnis vom Widerruf der Überweisung hat, so liegt aus seiner Sicht eine Leistung des Überweisenden vor.

¹¹ Schwab (Fn. 5), § 812 Rn. 52-54.

¹² Wendehorst (Fn. 4), § 812 Rn. 49.

¹³ BGHZ 152, 307 (312, 315); 176, 234 (237 f.).

Fraglich ist allein, ob diese Zahlung dem Bankkunden nach dem Widerruf des Überweisungsauftrages noch zurechenbar ist. Dies wird von der Rechtsprechung bejaht; denn bis zum Widerruf der Überweisung habe eine wirksame Zahlungsanweisung des Anweisenden vorgelegen.¹⁴ Durch die Weisung an seine Bank, die Überweisung durchzuführen, habe der Anweisende die maßgeblichen Leistungsverhältnisse, innerhalb derer der bereicherungsrechtliche Ausgleich vorzunehmen ist, selbst festgelegt.¹⁵ Der spätere Widerruf der Anweisung habe nur noch Auswirkungen auf das Deckungsverhältnis von Bank und Kunde.¹⁶ Zwar dürfe die Bank nach einem wirksamen Widerruf keine Zahlung mehr ausführen; der Zahlungsempfänger habe in die Vertragsverhältnisse zwischen Bank und Anweisendem aber keinen Einblick und brauche sich hierüber keine Gedanken zu machen.¹⁷

Vielmehr sei aus Sicht des Zahlungsempfängers nur ersichtlich, die zahlende Bank wolle eine Leistung an ihren Kunden erbringen.¹⁸ Diesen Rechtsschein habe der Anweisende durch die ursprüngliche Weisung selbst hervorgerufen. Auf ein Verschulden des Anweisenden komme es hierbei nach der Wertung der §§ 171, 172 BGB nicht an,¹⁹ sodass die Zahlung ihm trotz Widerrufs zurechenbar ist und hierin grundsätzlich eine Leistung des Anweisenden zu sehen ist. Ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch der Bank gegen den Empfänger scheidet folglich auf Grund der Subsidiarität der Nichtleistungskondition. Der Bereicherungsausgleich erfolgt in den jeweiligen Vertragsbeziehungen.

Hat der Empfänger hingegen Kenntnis vom Widerruf der Anweisung, so erscheint die Zahlung schon aus der Perspektive eines objektiven Empfängers nicht als Leistung des Anweisenden.²⁰ Der Empfänger weiß vielmehr, dass die versehentliche Zahlung auf einer unwirksamen Anweisung bzw. einem Fehler der Bank beruht. Da eine vorrangige Leistungsbeziehung zwischen Anweisendem und Empfänger folglich nicht existiert, steht der Bank im Falle der Bösgläubigkeit des Empfängers ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen diesen zu.

¹⁴ BGHZ 61, 289 (293).

¹⁵ BGHZ 61, 289 (293); 87, 246.

¹⁶ BGHZ 61, 289 (292 f.).

¹⁷ BGHZ 87, 393 (397); 89, 376 (381).

¹⁸ BGHZ 87, 246 (250); 61, 289 (293); 87, 393 (397).

¹⁹ BGHZ 176, 234 (239).

²⁰ BGHZ 87, 393 (398); 176, 234 (238).

b) Fehlerhafte Zuvielüberweisung

Die gleichen Fragen wie beim übersehenen Widerruf der Überweisung stellen sich in den Fällen, in denen die Bank einen wirksamen Überweisungsauftrag eines Kunden falsch ausführt und dem Empfänger einen zu hohen Betrag überweist. Ausgehend von der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont ist wiederum zu fragen, ob in dem fälschlicherweise zu viel gezahlten Teilbetrag eine Leistung des Anweisenden zu sehen ist. Dies dürfte in der Praxis schon deshalb oft zweifelhaft sein, weil der überwiesene Betrag in der Regel von der tatsächlichen Forderung erheblich abweichen wird.

Dennoch führt der *Bundesgerichtshof* aus, auch im Falle der fehlerhaften Zuvielüberweisung sei der gute Glaube des Empfängers an den endgültigen Erhalt des Geldes schützenswert.²¹ Hintergrund der Aussage war eine Fallkonstellation, in der der Anweisende seine Bank aufforderte, nur einen Teil der geschuldeten Summe zu überweisen, da angebliche Gegenansprüche in Abzug zu bringen waren. Die Bank führte die Überweisung jedoch in voller Höhe aus.²² Erhält der Gläubiger in oben beschriebener Weise eine Gutschrift in der vollen Höhe seiner Forderung gegen den Anweisenden, so liegt aus seiner Sicht unstreitig in voller Höhe eine Leistung des Anweisenden vor. Fraglich ist nur, ob dieser Rechtsschein einer Leistung dem Anweisenden auch in vollem Umfang zurechenbar ist. Hierbei ist nach dem *Bundesgerichtshof* zu berücksichtigen, dass der Anweisende den Überweisungsvorgang durch seine Anweisung an die Bank erst in Gang gebracht habe.²³ Trotz fehlerhafter Ausführung durch die Bank seien die Anweisung und die darin enthaltene Tilgungsbestimmung nämlich nach wie vor wirksam.²⁴ Die Rechtsprechung sieht hierin eine hinreichende Veranlassung des entstandenen Rechtsscheins.²⁵ Dies gelte insbesondere, da der Empfänger regelmäßig keinen Einblick in das Deckungsverhältnis zwischen Bank und Anweisendem habe.²⁶ Der Anweisende stehe der fehlerhaft handelnden Bank folglich näher als der Zahlungsempfänger.²⁷

Daneben nimmt der *Bundesgerichtshof* ausdrücklich auf die Fallgruppe der widerrufenen Anweisung Bezug. Während dort die zunächst wirksame Anweisung nachträglich entfalle, bleibe sie im Fall der fehlerhaften Zuvielüberweisung rechtlich wirksam, sodass der Veranlassungsbeitrag

²¹ BGHZ 176, 234 (242 f.).

²² BGHZ 176, 234.

²³ BGHZ 176, 234 (241).

²⁴ BGHZ 176, 234 (242).

²⁵ BGHZ 176, 234 (240).

²⁶ BGHZ 176, 234 (240).

²⁷ BGHZ 176, 234 (240).

vergleichsweise schwerer ins Gewicht falle.²⁸ Folglich ist die fehlerhafte Zuvielüberweisung dem Anweisenden zurechenbar, sodass eine Leistungsbeziehung zwischen ihm und dem Empfänger besteht. Eine Direktkondition der Bank ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Oft wird es jedoch so sein, dass der Zahlungsempfänger schon aufgrund der Umstände der Überweisung an der Richtigkeit der Ausführung zweifeln wird. Muss der Empfänger der Überweisung die Fehlerhaftigkeit erkennen, insbesondere weil er mit einer Zahlung in der Höhe des überwiesenen Betrages nicht rechnen konnte, so liegt aus seiner Sicht keine Leistung des Anweisenden vor.²⁹ Ebenso wie in den Fällen der widerrufenen Anweisung kann die Bank bei Bösgläubigkeit des Empfängers das Erlangte unmittelbar von diesem herausverlangen.

c) *Gemeinsamkeiten*

Ist der Zahlungsempfänger bösgläubig, so liegt schon aus seiner Sicht in keiner der beiden Fallgruppen eine Leistung des Anweisenden vor. Ist der Empfänger demgegenüber gutgläubig, so ist er hierin grundsätzlich schützenswert. In den Fällen der fehlerhaften Zuvielüberweisung und des übersehenen Widerrufs ist aus Sicht der Rechtsprechung ein hinreichender Veranlassungsbeitrag des Anweisenden gegeben. Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung findet dann innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen statt.

Bestand im Valutaverhältnis ein Anspruch des Empfängers in Höhe der Zahlung, so ist durch die Zahlung der Bank und die aus Sicht des Empfängers vorliegenden Tilgungsbestimmung Erfüllung eingetreten, § 362 Abs. 1 BGB. Der Anspruch der Bank gegen den Anweisenden ist in diesem Fall auf Wertersatz gerichtet.

Im Falle der fehlerhaften Zuvielüberweisung wird es demgegenüber hinsichtlich des zu viel gezahlten Betrages oft so sein, dass der Empfänger keinen Anspruch auf die Zahlung hat. Dem Anweisenden steht dann ein Anspruch aus Leistungskondition gegen den Empfänger zu. Diese Bereicherung muss er im Wege der Abtretung, §§ 398 ff. BGB, an die Bank herausgeben.³⁰

²⁸ BGHZ 176, 234 (242).

²⁹ BGH, JZ 1987, 199 (200).

³⁰ BGH, NJW 1989, 2879 (2881).

3. Auswirkungen der §§ 675c ff. BGB

Mit seinem Urteil vom 16.6.2015³¹ hat der *Bundesgerichtshof* diese Rechtsprechung nun ausdrücklich aufgegeben. Im Folgenden werden die neu eingeführten Normen untersucht und es wird der Frage nachgegangen, ob die bisherigen Grundsätze nach der Einführung der §§ 675c ff. BGB entgegen der Ansicht des *Bundesgerichtshofes* noch Bestand haben sollten. Die §§ 675c ff. BGB, die im Rahmen der Umsetzung der EG-Zahlungsdienste-Richtlinie³² in das BGB aufgenommen wurden, treffen vielfältige Regelungen über das Verhältnis des Kunden zu seiner Bank (Zahlungsdienstleister). Hierbei handelt es sich in der Regel um einen Geschäftsbesorgungsvertrag, der die Erbringung von Zahlungsdiensten zum Gegenstand hat, § 675c Abs. 1 BGB.

Da das Zahlungsdienstrecht das Verhältnis des Kunden zu seiner Bank umfangreich regelt, stellt sich hier insbesondere die Frage, ob sich die neu eingeführten Regelungen auch auf den Bereicherungsausgleich zwischen Bank und Kunde erstrecken. Mit § 675u BGB hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die die Haftung des Zahlungsdienstleisters für den Fall einer nicht autorisierten Zahlung regelt. Nach Satz 1 kann der Zahlungsdienstleister wegen einer nicht autorisierten Zahlung keinen Aufwendungsersatz von seinem Kunden verlangen. Satz 2 verpflichtet den Zahlungsdienstleister, dem Kunden im Falle einer solchen Zahlung den Betrag zu erstatten, und vervollständigt so den Schutz des Bankkunden.

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 675u BGB muss eine nicht autorisierte Zahlung der Bank vorliegen. Die Autorisierung kann nach § 675j Abs. 1 BGB sowohl durch Einwilligung als auch durch Genehmigung erfolgen. Die Zustimmung ist grundsätzlich nicht widerruflich, § 675p Abs. 1 BGB. Allerdings hält § 675p BGB in den Absätzen zwei bis vier Ausnahmen von diesem Grundsatz bereit. So ist insbesondere die Terminüberweisung bis zum Ende des der Überweisung vorausgehenden Geschäftstages widerruflich, § 675p Abs. 3 BGB. Es besteht somit nach wie vor die Möglichkeit der irrtümlichen Ausführung eines zuvor wirksam widerrufenen und damit nicht autorisierten Überweisungsauftrages. Im Falle einer fehlerhaften Zuvielüberweisung ist nur der vom Kunden angewiesene Betrag von der Autorisierung gedeckt. Der darüber hinausgehende Betrag stellt eine nicht autorisierte Zahlung im Sinne des § 675j Abs. 1 BGB dar. Auch nach neuer Gesetzeslage stellen sich folglich die oben beschriebenen Probleme.

³¹ BGH, BKR 2015, 471.

³² Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt.

Nach dem oben Gesagten kann die Bank in Zukunft weder im Falle eines übersehenen Widerrufs noch nach einer fehlerhaften Zuvielüberweisung Ersatz ihrer Aufwendungen von ihrem Kunden verlangen, §§ 675u, 675j BGB. Dem lässt sich auf den ersten Blick keine nennenswerte Neuerung entnehmen, da bei fehlender Autorisierung ein vertraglicher Anspruch aus §§ 675c Abs. 1, 670 BGB evident ausscheidet.

Möglicherweise erstreckt sich der Ausschluss des § 675u BGB jedoch auch auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die hierzu vertretenen Ansichten gehen weit auseinander. Während einige den neu eingeführten Paragraphen keine Änderungen entnehmen können,³³ wird die bisherige Dogmatik der Rechtsprechung von Teilen der Literatur und dem *Bundesgerichtshof* durch Einführung der §§ 675c ff. BGB als überholt angesehen.³⁴ § 675u BGB wird entnommen, der Kunde solle vor der Belastung durch nicht autorisierte Zahlungen seiner Bank geschützt werden.³⁵ Dieser Schutz werde umgangen, wenn der Kunde dem Bereicherungsanspruch der Bank ausgesetzt sei.³⁶ Aus diesem Grunde sei er aus der Rückabwicklung fehlerhafter Überweisungen herauszuhalten.

Über die rechtliche Begründung dieses Ergebnisses herrscht aber wenig Einigkeit. Während einige der Auffassung sind, (a) der Bereicherungsausgleich falle unter den von § 675u S. 1 BGB gesperrten Ersatz von Aufwendungen, sind andere der Ansicht, (b) § 675u BGB entfalte eine Sperrwirkung für Ansprüche auf Bereicherungsausgleich. Begründet wird dies einerseits mit Sinn und Zweck der Regelung, zum anderen sollen die §§ 675c ff. BGB die Leistungsbeziehung zwischen Anweisendem und Empfänger entfallen lassen.³⁷ In diese Richtung weist auch das Urteil des *Bundesgerichtshofes*, der anführt, die

³³ *Köndgen*, Das neue Recht des Zahlungsverkehrs, JuS 2011, 481 (489); *Danverth*, Neue Schale alter Kern? Der Bereicherungsausgleich nicht autorisierter Überweisungen nach dem neuen Zahlungsdienstrecht, ZJS 2013, 225 (231); *Kiehnle*, Fehlüberweisung und Bereicherungsausgleich nach der Zahlungsdienstrichtlinie, Jura 2012, 895 (901); *Rademacher*, § 657u BGB: Einschränkung des Verkehrsschutzes im Überweisungsrecht, NJW 2011, 2169 (2172); *AG-Hamburg-Harburg*, BKR 2013, 393 (393).

³⁴ *BGH*, BKR 2915, 471 (473); *Sprau*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 675u Rn. 3; *Casper*, in: MüKo-BGB IV, 6. Aufl. 2012, § 675u Rn. 24; *Belling/Belling*, Zahlungsdienstrecht und Bereicherungsausgleich bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen, JZ 2010, 708 (711); *Winkelhaus*, Der Bereicherungsausgleich im Lichte des neuen Zahlungsdienstrechts, BKR 2010, 441 (449); *Bartels*, Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Überweisungen nach Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie, WM 2010, 1828 (1833); *Madaus*, EWiR 2011, 589 (590); *LG Hannover*, ZIP 1406 (1406).

³⁵ *Bartels* (Fn. 34), 1833.

³⁶ *LG Hannover*, ZIP 2011, 1406 (1408); *Bartels* (Fn. 34), 1833; *Linardatos*, Anmerkungen zu *AG Hamburg-Harburg*, Urt. v. 24.4.2013, BKR 395 (396).

³⁷ *LG Hannover*, ZIP 2011, 1406 (1408); *Madaus* (Fn. 34), 590.

bisherige Rechtsprechung beruhe allein auf einer wertenden Betrachtung, die insbesondere nach Einführung der §§ 675j und § 675u BGB nicht mehr mit dem Gesetz zu vereinbaren sei.³⁸

a) Bereicherungsausgleich als Aufwendungsersatz

Der Begriff der Aufwendungen in § 675u S. 1 BGB könnte weit auszulegen sein, sodass auch die Ansprüche der Bank aus Leistungskondition gegen ihren Kunden von ihm mit umfasst sind. Unter Aufwendungen versteht man im deutschen Recht gemeinhin freiwillige Vermögensopfer zur Erfüllung eines Auftrages.³⁹ Der Kondiktionsanspruch der Bank gegen ihren Kunden resultiert aus dem Sachverhalt, dass die Bank in der Vorstellung, den Vertrag mit ihrem Kunden zu erfüllen, an den Empfänger gezahlt hat. Insoweit könnte hierin eine Aufwendung zu sehen sein. Allerdings unterscheidet schon der Wortlaut des Gesetzes eindeutig zwischen Aufwendungsersatz und der Herausgabe des Erlangten bzw. des hierfür zu leistenden Wertersatzes.⁴⁰ Wie oben beschrieben, ist die Zahlung der Bank als Leistung an ihren Kunden zu bewerten.⁴¹ Bei dem Anspruch der Bank handelt es sich folglich um eine bloße Rückforderung und nicht um den Ersatz von Vermögensnachteilen, die die Bank erlitten hat, weil sie im Sinne des Anweisenden tätig geworden ist. Daneben spricht auch die dem Bereicherungsrecht typische Abschöpfungsfunktion dagegen, den Bereicherungsanspruch als Aufwendungsersatz im Sinne des § 675u S. 1 BGB aufzufassen.⁴² Denn die Höhe des Aufwendungsersatzes richtet sich nach dem beim Gläubiger eingetretenen Vermögensnachteil⁴³ und nicht nach dem beim Schuldner vorhandenen Überschuss. Nach herkömmlichem Verständnis der §§ 670 und 812 BGB ist eine derartige Auslegung folglich nicht möglich.

Zu beachten ist aber, dass § 675u BGB in Umsetzung von Art. 60 der Zahlungsdienste-Richtlinie in das BGB aufgenommen wurde. Möglicherweise ergibt sich vor dem Hintergrund der Richtlinie ein weitergehendes Verständnis des Begriffs der Aufwendungen. Problematisch erscheint zunächst, dass § 675u S. 1 BGB keine Entsprechung in der Richtlinie findet; Art. 60 gibt nur den Erstattungsanspruch des Kunden nach § 675u S. 2 BGB vor. Dem wird teilweise entnommen, § 675u S. 1 sei einer richtlinienkonformen Auslegung nicht zugänglich.⁴⁴ § 675u S. 1 BGB ist aber im Zusammenspiel mit

³⁸ BGH, BKR 2015, 471 (473).

³⁹ Seiler, in: MüKo-BGB IV, 6. Aufl. 2012 § 670 Rn. 6; Hönn, in: JurisPK-BGB Band 2.3, 5. Aufl. 2010, § 670 Rn. 5; Sprau (Fn. 34), § 670 Rn. 3.

⁴⁰ Winkelbaus (Fn. 34), 443.

⁴¹ Vgl. oben Abschnitt II. 1. a).

⁴² Fornasier (Fn. 10), 435; Kiehnle (Fn. 33), 900.

⁴³ Seiler (Fn. 39), § 670 Rn. 11.

⁴⁴ Fornasier (Fn. 10), 435.

§ 675u S. 2 BGB zu sehen. Wenn die Bank den Kontostand ihres Kunden nach einer nicht autorisierten Zahlung ausgleichen muss, so ist darin die Aussage mit enthalten, der Bank stehe kein Ersatz ihrer Aufwendungen zu. Insoweit beruht der Gedanke des § 675u S. 1 BGB mittelbar auf der Richtlinie und ist in ihrem Lichte auszulegen.

Der Richtlinie lassen sich aber keine Vorgaben entnehmen, die einer Auslegung der Aufwendungen im herkömmlichen Sinn entgegenstehen. Wie das deutsche Recht kennt die Richtlinie die Differenzierung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist ausdrücklich auf vertragliche Ansprüche beschränkt.⁴⁵ Demnach wäre es widersprüchlich, wenn der Ausschluss des vertraglichen Anspruchs auf Aufwendungsersatz auch den gesetzlichen Anspruch aus Leistungskondition mit umfasste. Der Anspruch aus Leistungskondition fällt folglich nicht unter den Ersatz von Aufwendungen nach § 675u S. 1 BGB.⁴⁶

b) Sperrwirkung für Ansprüche aus Bereicherungsrecht

Möglicherweise entfaltet § 675u BGB aber eine Sperrwirkung des Bereicherungsrechts auf Konkurrenzebene. Dem Wortlaut des § 675u BGB lässt sich eine allgemeine Sperrwirkung für anderweitige Ansprüche nicht entnehmen.⁴⁷

Etwas anderes könnte sich aber aus dem Zusammenspiel mit § 675z S. 1 BGB ergeben. Danach trifft § 675u BGB hinsichtlich der Ansprüche des Zahlungsdienstnutzers gegen den Zahlungsdienstleister eine abschließende Regelung. Eine vergleichbare Aussage über Ansprüche des Zahlungsdienstleisters, die für eine Sperrwirkung sprechen könnte, fehlt hingegen.⁴⁸ Daraus könnte man schließen, dass der Gesetzgeber eine Sperrung des Bereicherungsanspruchs gerade nicht beabsichtigt hat.

Auch dem Wortlaut der Richtlinie lässt sich eine Sperrwirkung anderweitiger Ansprüche des Finanzdienstleisters nicht entnehmen. Erwägungsgrund 47 besagt, die Richtlinie habe nur vertragliche Ansprüche zum Gegenstand. Bei dem Anspruch der Bank aus Leistungskondition handelt es sich auch nach europarechtlichem Verständnis um einen gesetzlichen Anspruch,⁴⁹ der folglich von der Richtlinie nicht umfasst wird.

⁴⁵ Erwägungsgrund 47.

⁴⁶ So auch *AG Hamburg*, BKR 2013, 393 (395).

⁴⁷ So auch *Kiehnle* (Fn. 33), 900.

⁴⁸ *Bartels* (Fn. 34), 1830.

⁴⁹ Vgl. Art. 10 Rom II-Verordnung.

Einer vom deutschen Gesetzgeber gewollten, über die Richtlinie hinausgehenden Sperrwirkung könnte schließlich auch Art. 86 der Richtlinie entgegenstehen, der eine Vollharmonisierung vorschreibt. Allerdings fällt ein möglicherweise konkurrierender Anspruch aus Bereicherungsrecht nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Eine ausdrückliche Intention des Gesetzgebers, durch Einführung der §§ 675c ff. BGB von der bisherigen Praxis des Bereicherungsausgleichs abzuweichen, wird aber jedenfalls in der Regierungsbegründung zum Gesetzesentwurf nicht ersichtlich.⁵⁰ Auch der *Bundesgerichtshof* stützt sich in seinem Urteil nicht entscheidend auf die Vorgaben der Richtlinie.⁵¹

Dem Wortlaut von § 675u BGB und den Gesetzesmaterialien lässt sich eine Sperrwirkung mithin nicht entnehmen. Ein genereller Ausschluss für Ansprüche der Bank gegen ihren Kunden könnte sich aber aus dem Sinn und Zweck des § 675u BGB ergeben.

aa) Keinerlei Belastung des Kunden

Dieser wird teilweise darin gesehen, den Bankkunden zu entlasten und ihn generell aus der Rückabwicklung nicht autorisierter Zahlungsvorgänge seiner Bank herauszuhalten.⁵² Der Anweisende erhalte demnach durch § 675u BGB eine sichere Rechtsposition gegenüber seiner Bank, die er nicht durch die Einbeziehung in eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung verlieren dürfe, da der Schutz der Norm ansonsten leerliefe.⁵³

Gestützt wird diese Ansicht maßgeblich mit dem Argument, das Verhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Kunde sei durch die §§ 675c ff. BGB abschließend geregelt.⁵⁴ Dies ist dem Gesetz jedoch nicht eindeutig zu entnehmen.

bb) Risikoverteilung

Insbesondere § 675u S. 2 BGB erzeugt aber einen Schutzbereich für den Bankkunden. Die Nachteile einer nicht autorisierten Zahlung, beispielsweise die Überziehungszinsen wegen des ins Soll geratenen Kontos, soll die Bank tragen müssen. Dieser gesetzgeberischen Entscheidung könnte eine allgemeine Risikoverteilung zu entnehmen sein.

⁵⁰ BT-Drucks. 16/11 643, S. 113; so auch: *AG Hamburg*, BKR 2013, 393 (395).

⁵¹ *BGH*, BKR 2015, 471 (473).

⁵² *LG Hannover*, ZIP 2011, 1406 (1408).

⁵³ *LG Hannover*, ZIP 2011, 1406 (1408).

⁵⁴ *Belling/Belling* (Fn. 34), 710.

Da das Gesetz in § 675j BGB nicht danach unterscheidet, aus welchem Grund eine Autorisierung fehlt, wird vertreten, der Gesetzgeber habe in § 675u BGB eine bewusste Regelung zu Lasten des Zahlungsdienstleisters getroffen.⁵⁵ Dieser trage uneingeschränkt das Risiko einer nicht autorisierten Zahlung. Dieses Risiko dürfe nicht im Wege eines Bereicherungsanspruchs auf ihren Kunden übertragen werden.⁵⁶ Die Argumentation ähnelt der des *Bundesgerichtshofs*, der Anweisende stehe dem Fehler seiner Bank näher als der Zahlungsempfänger.⁵⁷ Auch aus diesem Grund muss sich der Anweisende nach bisheriger Rechtsprechung das fehlerhafte Verhalten der Bank zurechnen lassen.

Problematisch erscheint, dass eine Entlastung des Bankkunden automatisch eine Belastung des Zahlungsempfängers bedeutet. Denn dieser wäre im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nicht mehr Ansprüchen seines Vertragspartners ausgesetzt, sondern solchen der überweisenden Bank. Eine bloße Besserstellung des Kunden im Deckungsverhältnis ist demnach ohne Auswirkungen auf das Valuta- und Zuwendungsverhältnis nicht möglich.⁵⁸

Geht es um die vertragliche Risikoverteilung, so mag § 675u BGB zu Gunsten des Kunden entscheiden. Ist aber eine für den Bereicherungsausgleich maßgebliche Risikoverteilung zu treffen, muss diese unter Berücksichtigung der Interessen im Valutaverhältnis erfolgen und kann nicht dem Deckungsverhältnis entnommen werden.⁵⁹ Andernfalls käme den §§ 675c ff. BGB die Wirkung eines Vertrages zu Lasten Dritter zu.

Eine auch im Rahmen des Bereicherungsrechts zu berücksichtigende Risikoverteilung zu Gunsten des Anweisenden kann § 675u BGB somit nicht entnommen werden.

cc) Widerspruch zu § 675u S. 2 BGB

Der Anspruch der Bank aus Leistungskondition gegen ihren Kunden könnte aber mit dem Telos des § 675u S. 2 BGB im Widerspruch stehen. Nach § 675u S. 2 BGB kann der Kontoinhaber im Falle einer nicht autorisierten Belastung seines Kontos von der Bank verlangen, das Konto wieder auf den ursprünglichen Stand zu bringen.

⁵⁵ *Winkelhaus* (Fn. 34), 448.

⁵⁶ *Winkelhaus* (Fn. 34), 448; *Baumbach/Hopt*, HGB Bankgeschäfte (7) C/48.

⁵⁷ BGHZ 176, 234 (240).

⁵⁸ *Schnauder*, jurisPR-BKR 11/2011, 4. Anm. zu LG Hannover (veröffentlicht in ZIP 2011, 1406).

⁵⁹ *Fornasier* (Fn. 10), 433.

(1) Dolo-Agit-Einrede

Fraglich ist, ob der Anspruch des Kunden auch gegenüber einem Bereicherungsanspruch der Bank besteht. In diesem Fall könnte dem Bankkunden nämlich die Dolo-Agit-Einrede zustehen, da die Bank unmittelbar nach der Geltendmachung des Anspruchs verpflichtet wäre, den Nachteil beim Kunden nach § 675u S. 2 BGB wieder auszugleichen.⁶⁰

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Bank verpflichtet, den Zahlungsbetrag zu erstatten. Dies ähnelt der Terminologie von § 675u S. 1 BGB, denn der von der Bank zur Zahlung verwendete Betrag stellt eine Aufwendung dar. Der Anspruch der Bank gegen ihren Kunden aus Leistungskondition ist auf Wertersatz gerichtet. Erfüllt der Kunde diesen Anspruch, so gibt er gegenüber der Bank die ihm verbliebene Bereicherung heraus. Dies wird in der Regel durch Abtretung des eigenen Bereicherungsanspruchs gegen den Zahlungsempfänger oder durch Leistung von Wertersatz für die erfüllte Verbindlichkeit erfolgen. Diese Bereicherung ist rechtlich nicht identisch mit dem von der Bank zur Zahlung aufgewendeten Betrag.

Aus systematischer Sicht vervollständigt § 675u S. 2 BGB vor allem den von § 675u S. 1 BGB vermittelten Schutz.⁶¹ Wie oben dargestellt, fällt der Anspruch aus Leistungskondition nicht unter den Ersatz von Aufwendungen im Sinne des § 675u S. 1 BGB.⁶² Insoweit erscheint es konsequent, auch den Erstattungsanspruch des § 675u S. 2 BGB nicht auf den Bereicherungsanspruch der Bank gegen ihren Kunden anzuwenden.

Entscheidend ist schließlich, auf Sinn und Zweck des § 675u S. 2 BGB abzustellen. Fraglich ist, ob dieser eine Anwendung auf den Bereicherungsanspruch gebietet. Sowohl § 812 BGB als auch § 675u S. 2 BGB verfolgen das Ziel, eine nicht gerechtfertigte Vermögensverschiebung auszugleichen. Während dies im Bereicherungsrecht der ohne Rechtsgrund erlangte Vermögenswert ist, geht es bei § 675u S. 2 BGB um den Ausgleich eines zu Unrecht belasteten Kontos.

§ 675u S. 2 BGB stellt hierfür jedoch lediglich eine pauschale Ausgleichsregelung zu Gunsten des Anweisenden auf; die Rückabwicklung durch die Leistungskondition setzt hingegen voraus, dass der Anweisende tatsächlich bereichert ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn eine Veranlassung und die damit einhergehende Leistung im Valutaverhältnis vorliegen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs gehen somit

⁶⁰ So etwa: *Winkelhaus* (Fn. 34), 445.

⁶¹ *Ebd.*, 445.

⁶² Siehe dazu oben Abschnitt II. 3. a).

über das Vorliegen einer nicht autorisierten Zahlung der Bank hinaus. Insbesondere sind wegen des Erfordernisses einer Veranlassung des Anweisenden die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Indem das geschieht, wird das Ziel eines interessengerechten Ausgleichs zwischen den Beteiligten bereits erreicht. Die nachträgliche Korrektur des gefundenen Ergebnisses durch eine Anwendung von § 675u S. 2 BGB stünde einem gerechten Ausgleich folglich im Wege. § 675u S. 2 BGB ist seinem Sinn und Zweck nach folglich nicht auf den Bereicherungsanspruch der Bank anzuwenden. Sowohl der Wortlaut als auch Systematik und Sinn und Zweck des Gesetzes ergeben, dass dem Bankkunden, der den Anspruch der Bank aus Leistungskondition befriedigt, für diesen Vermögensabfluss kein Anspruch aus § 675u S. 2 BGB zusteht. Ein Ausschluss des Bereicherungsanspruches, gestützt auf den Gedanken der Dolo-Agit-Einrede, kommt mithin nicht in Betracht.

(2) Umgehung von § 657u S. 2 BGB

Dennoch könnte der Gedanke des § 675u S. 2 BGB einem Bereicherungsanspruch der Bank im Wege stehen. So wird vielfach angeführt, der Ausgleichsanspruch des Kunden nach § 675u S. 2 BGB laufe leer, wenn die Bank sich diesem durch Aufrechnung mit dem eigenen Bereicherungsanspruch entledigen könne.⁶³

Hierbei ist aber zu beachten, dass der Bereicherungsanspruch der Bank nur besteht, soweit eine Veranlassung durch den Kunden vorliegt. Durch die erhebliche Einschränkung der Widerruflichkeit der Anweisung durch §§ 675p, 675j BGB wird die Zahl der Fälle der widerrufenen Anweisung weiter abnehmen.⁶⁴ Insoweit wird die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung „übers Eck“ eher die Ausnahme darstellen. Von einer generellen Entwertung des Anspruchs aus § 675u S. 2 BGB kann folglich nicht die Rede sein. In den noch verbleibenden Fällen erweist sich die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung über den Anweisenden wie oben gezeigt⁶⁵ aber als differenzierte und interessengerechte Auflösung der rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung. In diesem Fall ist es gerechtfertigt, die ihm verbleibende Bereicherung vom Kunden heraus zu verlangen.⁶⁶

⁶³ Langenbucher, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechtskommentar, 1. Aufl. 2013, § 675u Rn. 22.

⁶⁴ Grundmann, Das neue Recht des Zahlungsverkehrs – Teil 1 – Grundsatzüberlegungen und Überweisungsrecht, WM 2009, 1109 (1117).

⁶⁵ Siehe dazu oben Abschnitt II. 3. b) cc) (1).

⁶⁶ Grundmann (Fn. 64), 1117.

Diese Auslegung ist entgegen einer Auffassung im Schrifttum⁶⁷ auch mit der europarechtlichen Zielsetzung der Richtlinie vereinbar. Denn indem die Richtlinie selbst die Anwendung allein auf vertragliche Ansprüche beschränkt, lässt sie Spielraum für mögliche gesetzliche Gegenansprüche des nationalen Rechts. Im Ergebnis erhält der Kunde damit durch § 675u S. 2 BGB einen Anspruch auf „valutagerechte Korrektur“⁶⁸ seines Kontos.

Fraglich ist nach all dem, ob es des vielfach proklamierten Schutzes des Bankkunden vor dem Bereicherungsanspruch der Bank⁶⁹ überhaupt bedarf. Der Anweisende ist nach § 812 BGB verpflichtet, die ihm verbleibende Bereicherung an die Bank herauszugeben. Hierbei ist zunächst nach dem Bereicherungsgegenstand zu differenzieren.

Bestand im Valutaverhältnis keine Schuld, so ist der Anweisende lediglich verpflichtet, den seinerseits erlangten Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger an die Bank abzutreten.⁷⁰ Der Anweisende wäre durch die Pflicht zur Abtretung kaum größeren Beeinträchtigungen ausgesetzt, als wenn die Bank aus Nichtleistungskondition unmittelbar gegen den Empfänger vorgehe.⁷¹ Lag eine Schuld im Valutaverhältnis vor, so wird der Anweisende hiervon durch die Zahlung der Bank befreit. Der Anweisende könnte in diesem Fall von einer Konditionssperre doppelt profitieren. Zum einen wäre seine Schuld gegenüber dem Empfänger beglichen, zum anderen müsste er gegenüber der Bank nicht hierfür aufkommen. Das kann vom Gesetz nicht gewollt sein.⁷² Der Bereicherungsanspruch der Bank fügt dem Anweisenden also keinen Nachteil zu. Er gleicht nur den ungerechtfertigten Vorteil aus.

Die einzige andere Möglichkeit wäre ein direkter Anspruch der Bank gegen den Empfänger aus Nichtleistungskondition, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB. Indem die Bank das Gezahlte vom Empfänger herausverlangte, entfielen die Erfüllungswirkung im Valutaverhältnis und mithin die Bereicherung des Anweisenden. Diesem Anspruch steht aber nach allgemeinem Verständnis der Subsidiaritätsgedanke entgegen, denn die Fälle des übersehenen Widerrufs und der fehlerhaften Zuvielüberweisung werden in den oben ausgeführten

⁶⁷ *Lindardatos* (Fn. 36), 396.

⁶⁸ *Schnauder*, jurisPR-BKR 11/2011, 4. Anm. zu *LG Hannover* (veröffentlicht in ZIP 2011, 1406).

⁶⁹ *Lindardatos* (Fn. 36), 396; *Bartels* (Fn. 34), 1833; *Belling/Belling* (Fn. 34), 710; *Casper* (Fn. 34), § 675u Rn. 22.

⁷⁰ BGH, NJW 1989, 2879 (2881); *AG Hamburg*, BKR 2013, 393 (395).

⁷¹ *AG Hamburg*, BKR 2013, 393 (395).

⁷² *Mayen*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 50 Rn. 27; *Grundmann* (Fn. 64), 1117.

Fallgruppen⁷³ bisher rechtlich als Leistung des Anweisenden betrachtet.

Dieser Wertung ist nun aber nach Ansicht des *Bundesgerichtshofes* durch die neu eingeführten §§ 675c ff. BGB der Boden entzogen worden. Folgt man dem, so kann die überweisende Bank unmittelbar gegen den Empfänger aus Nichtleistungskondition vorgehen.⁷⁴ Begründet wird dies vor allem mit den Wertungen der § 675j und § 675u BGB, die sich nach dem *Bundesgerichtshof* auch auf das Bereicherungsrecht auswirken. Dies führe dazu, dass die nicht autorisierte Zahlung dem Bankkunden nicht mehr als Leistung zugerechnet werden könne.⁷⁵

Fraglich ist, ob den Paragraphen tatsächlich eine so weit reichende Wirkung zugesprochen werden kann. Nach § 675j BGB ist ein Zahlungsvorgang dem Zahler gegenüber nur wirksam, wenn dieser dem Vorgang zugestimmt hat. Unstreitig ist dies für das Verhältnis des Kunden zu seiner Bank. Ob § 675j BGB aber auch die Zurechnung gegenüber dem Zahlungsempfänger ausschließt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Schon der systematische Standort inmitten der §§ 675c ff. BGB deutet auf eine Beschränkung auf das Vertragsverhältnis von Kunde und Bank hin. Auch die dem Gesetz zugrunde liegende Richtlinie ist in ihrem Anwendungsbereich ausdrücklich auf die Vertragsbeziehungen des Deckungsverhältnisses beschränkt. Entscheidend ist aber das *Telos* der Norm.

§ 675j BGB bezweckt einen möglichst vollständigen Schutz des Kunden gegenüber seiner Bank vor der Belastung mit nicht autorisierten Zahlungen. Davon ist aber nicht zwingend der Schutz vor einem freiverantwortlich gesetzten Rechtsschein im Rechtsverkehr gegenüber Dritten umfasst.⁷⁶ Ein derart weit gehendes Verständnis des § 675j BGB erscheint schon deshalb sehr problematisch, weil es wegen der Relativität der Schuldverhältnisse nicht möglich ist, vertraglich von Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten entbunden zu werden.⁷⁷ Genau das wird aber versucht, wenn der Anweisende die Zahlung zunächst mit veranlasst und sich später auf den Ausschluss der Zurechnung wegen der vertraglichen Wertungen der §§ 675j, 675u BGB beruft.

Durch eine derartige Auslegung würden die Fälle des übersehenen Widerrufs und der fehlerhaften Zuvielüberweisung überdies den Fallkonstellationen gleichgestellt, in denen der Bankkunde keinerlei Verursachungsbeiträge

⁷³ Siehe dazu oben Abschnitt II. 2.

⁷⁴ *BGH*, BKR 2015, 471 (473).

⁷⁵ *BGH*, BKR 2015, 471 (473).

⁷⁶ So aber: *Bartels* (Fn. 34), 1833.

⁷⁷ *Grünberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, Einl. v. §§ 241 ff. Rn. 5; *Ernst*, in: Müko-BGB II, 6. Aufl. 2012, Einl. v. §§ 241 ff. Rn. 18.

geleistet hat. Dies käme einer Abkehr von der Theorie des objektiven Empfängerhorizontes zu Lasten des gutgläubigen Empfängers und des damit bezweckten Verkehrsschutzes gleich.⁷⁸ Vielmehr wären in Zukunft wegen des § 675j BGB alle Fälle der fehlerhaften Überweisung unabhängig von dem im Einzelfall erzeugten Rechtsschein gleichzubehandeln. Eine solche Abkehr von der objektiven Auslegung des Leistungsbegriffs wird teilweise als interessengerechte Lösung gesehen.⁷⁹ Der gutgläubige Empfänger könne nämlich nicht erkennen, ob tatsächlich ein Verursachungsbeitrag des Bankkunden im Deckungsverhältnis vorliege; daher sei er in allen Fällen gleich (wenig) schutzwürdig und dementsprechend einheitlich zu behandeln.⁸⁰

Diese Argumentation findet ihren Grund jedoch nicht in der neuen Gesetzeslage. Vielmehr kommen hierin grundsätzliche Bedenken gegen das von der Rechtsprechung entwickelte Veranlassungsprinzip zum Ausdruck. Darüber hinaus ist dem Wortlaut des § 675j BGB eine derart weitgehende Regelung nicht zu entnehmen.

Ob eine Leistung des Anweisenden vorliegt, sollte mithin nach wie vor durch einen Interessenvergleich im Verhältnis des Anweisenden und des Empfängers festgestellt werden. Dieses Vertragsverhältnis ist durch die §§ 675c ff. BGB keinen unmittelbaren Änderungen unterworfen.

e) Auswirkungen der §§ 675c ff. BGB auf den Bereicherungsausgleich zwischen Bank und Empfänger

Ist der Empfänger bösgläubig, so kann die angewiesene Bank aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB unmittelbar gegen den Empfänger vorgehen. Die §§ 675c ff. BGB lassen das reine Zuwendungsverhältnis unberührt, sodass die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze auch hier unverändert weiter Bestand haben.

III. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass sich den §§ 675c ff. BGB keine der bisherigen Rechtsprechung entgegenstehende Wertung entnehmen lassen. Der Rechtsprechungsänderung des *Bundesgerichtshofes* kann daher nicht zugestimmt werden. Da die neu eingeführten Paragraphen sich ihrem Sinn und Zweck nach lediglich auf das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Kunde erstrecken, können sie auch nur in diesem Verhältnis rechtliche Wirkungen entfalten und haben daher keine Auswirkungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenüber dem Zahlungsempfänger. Dem Gesetz lassen sich hier

⁷⁸ *Fornasier* (Rn. 10), 434.

⁷⁹ *Madaus* (Fn. 34), 590.

⁸⁰ *Ebd.*, 590.

weder Anhaltspunkte für eine Sperrwirkung auf Konkurrenzebene entnehmen, noch erscheint eine Ausstrahlung auf die Wertungen des Bereicherungsrechts in den Regelungen angelegt.

Auch der dem Gesetz zugrunde liegenden Richtlinie lässt sich keine andere Aussage entnehmen. Da ihr Anwendungsbereich ausdrücklich auf vertragliche Ansprüche beschränkt ist, kann sie einem interessengerechten Bereicherungsausgleich nicht entgegenstehen. Schließlich führte jedes andere Ergebnis zu einer einseitigen Privilegierung des anweisenden Bankkunden im Rechtsverkehr. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum der Anweisende gerade im Überweisungsverkehr von den Folgen eines freiwillig gesetzten Rechtsscheins geschützt werden müsste. Der Empfänger sollte also auch in diesen Fällen weiter auf den Rechtsschein der Leistung vertrauen dürfen und lediglich einem Bereicherungsanspruch des Anweisenden ausgesetzt sein, sofern dieser die Zahlung der Bank veranlasst hat.

Vera Greb*

Die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO (und ihre Auswirkungen auf das EGBGB)

Abstract

Die teilnehmenden Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU) einigten sich auf die Rom III-VO, um das auf die Ehescheidung anwendbare Kollisionsrecht zu vereinheitlichen. Die Verordnung weist neben eines üblichen *ordre public*-Tatbestands den Art. 10 Var. 2 Rom III-VO auf. Dieser normiert die Anwendung der *lex fori*, wenn die *lex causae* einen der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit abstrakt in Bezug auf den Zugang zur Ehescheidung diskriminiert. Der Aufsatz erörtert, weshalb Art. 10 Var. 2 Rom III-VO teleologisch zu reduzieren und als *ordre public*-Tatbestand auszulegen ist. Zudem erklärt er, weshalb die Rechtsfolge des Statutenwechsels auf die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen und den Versorgungsausgleich übergreift. Auch begründet der Beitrag, dass der Grundsatz der gerichtlichen Ehescheidung in Deutschland unangetastet bleibt.

The participating EU-Member States agreed on the Rome III Regulation in order to harmonise the private international law applicable to divorce. Alongside the common public policy, the Regulation contains Art. 10 alt. 2 Rome III. The provision stipulates that the law of the forum shall apply where the governing law does not abstractly grant the spouses equal access to divorce on grounds of their sex. This paper argues that Art. 10 alt. 2 Rome III should be subject to a teleological reduction. As a result, Art. 10 alt. 2 Rome III should be treated as public policy. Furthermore, the study explains how changing the law applicable to divorce alters the law governing property consequences of divorce and maintenance. The essay eventually addresses the reason why the Rome III Regulation does not touch the principle of judicial divorce in Germany.

* Vera Greb studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Sie verfasste den Aufsatz im Rahmen des Seminars Grundfragen und aktuelle Entwicklungen im IPR im Wintersemester 2014/15 bei Prof. Dr. Marc-Philippe Weller im 5. Fachsemester.

I. Einführung

Das internationale Ehe- und Scheidungsrecht ist traditionell das Teilgebiet des Internationalen Privatrechts mit der größten Praxisrelevanz.¹ Die sich im Zuge der Globalisierung erhöhende Mobilität und internationale Migration der Menschen trägt dazu bei, dass immer mehr Ehen mit grenzüberschreitendem Bezug geschlossen und geschieden werden. Bereits 2007 waren 13 % aller Scheidungen in der EU solche internationaler Ehen.² 2014 hatten 20,5 % der in Deutschland lebenden Bevölkerung einen Migrationshintergrund.³ Kommt es zur Scheidung einer Ehe mit ausländischem Bezug, wünschen die Ehegatten häufig die Anwendung des Rechts ihres Heimatlandes. Parallel dazu ist das Ehe- und Scheidungsrecht als Teilgebiet des Familienrechts in den einzelnen Rechtskreisen von kulturellen und traditionellen Unterschieden geprägt, die bei der Anwendung ausländischen Rechts durch inländische Gerichte sichtbar werden. Aus diesem Grund kommt hier häufig der *ordre public* zum Zug.⁴ Dieser versagt die Anwendung einer Norm, deren Ergebnis im Einzelfall offensichtlich gegen wesentliche Grundsätze der *lex fori* verstößt. Damit die Ehegatten ohne Einschränkung nach dem für sie vorteilhaften Recht geschieden werden konnten, kam es in der Vergangenheit häufig zu *forum shopping* bei parallel bestehender Zuständigkeit der Gerichte.⁵ Ziel der Rom III-VO ist es deshalb, durch ein einheitliches Kollisionsrecht den „Wettlauf zu den Gerichten“ bei Scheidungen mit internationalem Bezug zu verhindern.⁶

Im Folgenden sollen die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO näher beleuchtet und ihre Natur diskutiert werden. Außerdem werden ihre Auswirkungen auf das Kollisionsrecht im EGBGB untersucht. Um die Hintergründe der Rom III-VO sowie ihrer *ordre public*-Tatbestände zu begreifen, wird zunächst ein Überblick zur Verordnung gegeben. Im Anschluss daran soll ein generelles *ordre public*-Verständnis gewonnen werden, um anhand von diesem die Rechtsnatur des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO zu diskutieren. Der Beitrag erörtert, weshalb die Auslegung und Anwendung dieser Norm als *ordre*

¹ *Mankowski*, in: Staudinger, 2010, Vorb. Art. 13-17b EGBGB Rn. 2.

² 15.4.2014 COM (2014) 225 final,

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/matrimonial_act_part1_v3_en.pdf.

³ Daten des Statistischen Bundesamtes 2013,

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerung.html>.

⁴ *Voltz*, in: Staudinger, 2012, Art. 6 EGBGB Rn. 170; *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 Rn. 105; *Sonnenberger*, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 6 EGBGB Rn. 15.

⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 17/11049, S. 7.

⁶ Begründung zum Vorschlag der Kommission, KOM (2006) 399, S. 5.

public-Tatbestand vorzugswürdig ist. Ein Anwendungsbeispiel der *talaq*-Scheidung im islamischen Recht verdeutlicht diese Sichtweise. Darauf folgend wird Art. 12 Rom III-VO betrachtet und sein Rahmen abgesteckt. Die Betrachtung zeigt, dass sich durch die Verdrängung des Art. 6 EGBGB der Rahmen des *ordre public* geändert hat. In einem zweiten Teil erkundet der Beitrag die Auswirkungen des Art. 10 Rom III-VO auf die in Art. 17 Abs. 1 EGBGB geregelten vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen und den Versorgungsausgleich in Art. 17 Abs. 3 EGBGB. Die Untersuchung legt dar, dass der Statutenwechsel als Rechtsfolge des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO sogar auf diese Rechtsinstitute übergreift. Zuletzt wird das Verhältnis von Art. 12 Rom III-VO zu Art. 17 Abs. 2 EGBGB geklärt und begründet, weshalb der Grundsatz der gerichtlichen Ehescheidung im Inland trotz Geltung der Rom III-VO weiterhin besteht.

II. Die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-Verordnung

1. Überblick über die Rom III-VO

Seit dem Vertrag von Amsterdam⁷ besteht Art. 81 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 AEUV, der das Europäische Parlament und den Rat zum Erlass von Maßnahmen und Vorschriften ermächtigt, die der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und der Vermeidung von Kompetenzkonflikten dienen. Die Europäische Kommission hatte 2006 einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Brüssel Ia-VO vorgelegt.⁸ Zugleich sollte das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes vereinheitlicht werden. Damit wäre es zu einem vollständig vereinheitlichten Scheidungskollisionsrecht in der EU gekommen, was die Praxis erleichtert hätte. Jedoch gab es unüberbrückbare Differenzen im Rat, sodass die zur Verabschiedung nötige Einstimmigkeit nicht erreicht werden konnte. Deshalb hatte der Rat die Mitgliedstaaten, welche die Vereinheitlichung nicht völlig scheitern lassen wollten, auf Antrag ermächtigt,⁹ die Rom III-VO zu verabschieden. In Ausübung der „verstärkten Zusammenarbeit“, Art. 20 EUV,

⁷ BGBl. 1998 II, S. 386; 1999 II, S. 416.

⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich v. 17.7.2006, COM (2006) 399.

⁹ Beschluss 2010/405/EU v. 12.7.2010, ABl. Nr. L 189/12.

Art. 326 ff. AEUV, zwischen 15 Mitgliedstaaten der EU¹⁰ kam es zu der nur für sie geltenden Rom III-VO.¹¹ Durch die Rom III-VO ist das Scheidungskollisionsrecht in der EU also zumindest partiell vereinheitlicht worden.

Die Rom III-VO ist in den teilnehmenden Mitgliedstaaten anzuwenden. Sie ist am 30.12.2011 in Kraft getreten und gilt gem. Art. 18 Abs. 1 Rom III-VO für seit dem 21.6.2012 eingeleitete gerichtliche Verfahren bzw. seitdem getroffene Rechtswahlvereinbarungen. Bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen gilt sie auch für vor diesem Zeitpunkt getroffene Rechtswahlvereinbarungen, Art. 18 Abs. 2, Abs. 3 Rom III-VO.

Die Verordnung ist gem. Art. 3 Nr. 1 lit. d EGBGB unmittelbar anzuwenden und verdrängt deshalb das bisher geltende Recht. Auch die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO gehen als Unionsrecht vor. Die Verordnung ist gem. Art. 4 Rom III-VO universell gegenüber jedem Land anzuwenden und damit *loi uniforme*.¹² Das heißt, dass jedes durch die Verordnung ermittelte Recht anzuwenden ist, also auch das Recht eines Drittstaates, welches kulturell völlig anders geprägt sein kann. Diese kulturellen und rechtstraditionellen Unterschiede geben den *ordre public*-Vorbehalten ihre Daseinsberechtigung.

Den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung bestimmt Art. 1 Abs. 1 Rom III-VO. Demnach ist die Verordnung bei Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes in Fällen anzuwenden, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Ob sie auch die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen erfasst, ist streitig, da diese nicht ausdrücklich erwähnt werden. Die Frage ist deshalb von Relevanz, weil deutsches Recht sowie das vieler anderer Mitgliedstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennen und die VO somit zur *ordre public*-Anwendung führen könnte.

Ein Argument gegen die Subsumtion der gleichgeschlechtlichen Ehe unter den Ehebegriff der Rom III-VO ist, dass andernfalls der zu erstrebende Gleichklang mit dem Ehebegriff in Art. 1 Abs. 1 lit. a EheGVO nicht gewährleistet wäre, der nach überwiegender Meinung nur heterosexuelle Ehen

¹⁰ Belgien, Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen (seit 22.5.2014), Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und Ungarn.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 1259/2010 des Rates v. 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. Nr. L 343/10.

¹² *Mörsdorf-Schulte*, Europäisches Scheidungsrecht (Rom III), *RabelsZ* 2013, 786 (794).

umfasst.¹³ Zudem wird im deutschen Kollisionsrecht die gleichgeschlechtliche Ehe niederländischen, kalifornischen oder spanischen Rechts als Lebenspartnerschaft gem. Art. 17b EGBGB qualifiziert.¹⁴ Dieses Argument kann jedoch aufgrund des Gebots der autonomen Auslegung von Verordnungen nicht schwer wiegen.

Es ist aber Art. 13 Var. 2 Rom III-VO zu beachten, nach der eine Ehe nur zu scheiden ist, wenn die Ehe im Forumstaat als gültig angesehen wird. Dies hat zur Folge, dass Mitgliedstaaten, deren Recht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennt, diese nicht scheiden müssen. Somit richtet sich die Frage, ob die Rom III-VO auf gleichgeschlechtliche Ehen anwendbar ist, nach der Vorfrage der Wirksamkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe im Forumstaat, welche nach inländischem Recht zu entscheiden ist. Die Vorfrage ist deshalb selbstständig anzuknüpfen, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b Rom III-VO, Art. 13 Rom III-VO. Die selbstständige Anknüpfung ist erstaunlich, weil sie den erstrebten internationalen Entscheidungseinklang untergräbt. Dies lässt sich nur als Ergebnis eines politischen Kompromisses erklären. Beim Familienrecht handelt es sich um einen kulturell sensiblen Bereich,¹⁵ was die Entscheidung für eine selbstständige Anknüpfung sicherlich beeinflusst hat. Das Resultat ist nicht begrüßenswert, denn es läge im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs, die Vorfrage, ob eine Ehe besteht, unselbstständig anzuknüpfen. Zudem hatte die Kommission Vorschläge für Verordnungen über das Internationale Ehegüterrecht¹⁶ und das Internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften¹⁷ eingereicht. Dies zeigt, dass auf EU-Ebene kein einheitlicher Ehebegriff besteht. Sein Fehlen verbietet ein autonomes Erstrecken der Anwendung der VO auf gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften. Folglich darf Deutschland die Scheidung einer gleichgeschlechtlichen Ehe in die Aufhebung einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft gem. Art. 17b EGBGB umdeuten und ist nicht gezwungen, die Rom III-VO auf die gleichgeschlechtliche Ehe anzuwenden.¹⁸

Gem. Art. 5 Rom III-VO ist den Ehegatten die Wahl des auf die Scheidung

¹³ *Rauscher*, Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 810.

¹⁴ *Ebd.*, Rn. 442; *OLG München*, IPRax 2011, 249.

¹⁵ *Volz* (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 170; *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 105; *Sonnenberger* (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 15.

¹⁶ Vorschlag der Kommission für die Verordnungen über das Internationale Ehegüterrecht, KOM (2011) 126 endg.

¹⁷ Vorschlag der Kommission für die Verordnungen über das Internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, KOM (2011) 127 endg.

¹⁸ *OLG München*, IPRax 2011, 249.

anzuwendenden Rechts möglich. Sie können gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a-d Rom III-VO das Recht ihres gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, der Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten oder die *lex fori* wählen. Den Zeitpunkt der Rechtswahl bestimmt Art. 5 Abs. 2 Rom III-VO. Sie kann jederzeit, spätestens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts, getroffen oder gem. Art. 5 Rom III-VO im Laufe des Verfahrens zu Protokoll gegeben werden (Art. 46d Abs. 2 EGBGB).

Art. 6 Rom III-VO und Art. 7 Rom III-VO bestimmen die Wirksamkeit der Rechtswahl. Für die Einigung und materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung ist gem. Art. 6 Abs. 1 Rom III-VO das hypothetische Ehescheidungsstatut maßgebend. Eine Ausnahme hiervon ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 Rom III-VO. Zur Formgültigkeit erfordert die Rechtswahl grundsätzlich Schriftform gem. Art. 7 Abs. 1 Rom III-VO. Nach Art. 7 Abs. 2 Rom III-VO kann das Recht des teilnehmenden Mitgliedstaates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, eine zusätzliche Formvorschrift vorgeben. Durch diese Vorschrift ermächtigt, verlangt deutsches Kollisionsrecht in Art. 46d Abs. 1 EGBGB die notarielle Beurkundung der Rechtswahl, sofern zu diesem Zeitpunkt mindestens ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte.

Bei fehlender Rechtswahl wird das anwendbare Recht nach Art. 8 lit. a-d Rom III-VO bestimmt. So richtet es sich zunächst nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten. Besteht dieser nicht, ist das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts anzuwenden, dann das der gemeinsamen Staatsangehörigkeit und zuletzt die *lex fori*. Dies macht deutlich, dass sich das Staatsangehörigkeitsprinzip auf dem Rückzug befindet.

2. *Ordre public*-Verständnis

Haben die Eheleute gem. Art. 5 Rom III-VO ein ausländisches Recht gewählt oder ergibt sich in Ermangelung einer Rechtswahl aus Art. 8 Rom III-VO ein solches, kommt dies einem „Sprung ins Dunkle“¹⁹ für das angerufene Gericht gleich. Denn die Richter sehen sich mit einem fremden Recht konfrontiert, welches anderen Werten und einer anderen Rechtskultur entspricht. Aus diesem Grund gibt es die *ordre public*-Ergebniskontrolle im Kollisionsrecht.

Eine autonome *ordre public*-Klausel im deutschen Recht besteht am Maßstab des Art. 6 EGBGB.²⁰ Nach Art. 6 S. 1 EGBGB ist eine Rechtsnorm eines anderen

¹⁹ Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 90.

²⁰ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 1, 8.

Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Daher ist der *ordre public* eine Generalklausel und durch die Drittwirkung der Grundrechte eine Einbruchsstelle deren objektiven Wertgehalts in das Internationale Privatrecht.²¹ Gegenstand der Prüfung ist nicht das ausländische Recht, sondern das durch seine Anwendung erzielte Ergebnis.²² Mithin ist der *ordre public* von der konkreten Normenkontrolle in Art. 100 GG abzugrenzen, bei der das Gericht eine entscheidungsrelevante nachkonstitutionelle Norm dem *Bundesverfassungsgericht* vorzulegen hat, wenn es Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit hegt. Beim *ordre public* ist jedoch nicht die Norm an sich, sondern das Ergebnis ihrer Anwendung zu überprüfen.

Das Ergebnis muss auch *offensichtlich*, also besonders stark, von der Grundüberzeugung des *lex fori* abweichen.²³ Die nötige Offensichtlichkeit trägt der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen Rechnung.²⁴ Das Kriterium ist erfüllt, „wenn das Ergebnis der Anwendung in einer besonders schwerwiegenden Weise dem Sinn und Zweck der deutschen Regelung widerspricht“.²⁵

Neben der Offensichtlichkeit des Verstoßes bedarf es eines ausreichenden Inlandsbezugs.²⁶ Hierbei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das deshalb zum Tragen kommt, weil die inländische öffentliche Ordnung nur geschützt werden muss, wenn ein hinreichender Inlandsbezug vorliegt. Der Inlandsbezug verhält sich relativ zur Bedeutung des Rechtsgrundsatzes.²⁷ Je intensiver die Inlandsbeziehung, desto geringer ist die Toleranz für Verstöße.

Somit sind die erforderlichen Schritte, damit eine *ordre public*-Klausel zum Tragen kommen kann, die Ermittlung des Sachrechts, die Anwendung des Sachrechts auf den konkreten Fall, ein Inlandsbezug, und ein offensichtlicher Verstoß gegen den *ordre public*. Ihre Rechtsfolge ist die Nichtanwendung der Norm, deren Anwendung zum *ordre public*-Verstoß führt.²⁸ Um das Prinzip des geringsten Eingriffs in die *lex causae* zu wahren, darf die Nichtanwendung der

²¹ BVerfGE 31, 58 (72 ff.).

²² Rauscher (Fn. 13), Rn. 823; Mörsdorf-Schulte, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 8. Aufl. 2013, Art. 6 EGBGB Rn. 14.

²³ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁴ *Ebd.*, Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁵ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 1; BGHZ 50, 370 (375); 75, 32 (43).

²⁶ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁷ *Ebd.*, Art. 6 EGBGB Rn. 1.

²⁸ Rauscher (Fn. 13), Rn. 594.

lex causae nur so weit gehen, wie dies zur Berichtigung des unerträglichen Anwendungsergebnisses erforderlich ist.²⁹

Die Nichtanwendung einer Norm kann genügen, wenn sie etwas versagt.³⁰ Allerdings ist strittig, was geschieht, wenn durch die Nichtanwendung eine Lücke entsteht. Denn es besteht die Möglichkeit, die Lücke entweder durch das anwendbare Recht selbst zu füllen oder aber die *lex fori* anzuwenden. Viele wählen auch hier den Grundsatz des geringsten Eingriffs, was eine Lückenschließung primär durch die *lex causae* selbst und subsidiär durch die *lex fori* bedeutet.³¹ Andere befürworten die generelle Anwendbarkeit der *lex fori*, um ein Zurechtbiegen des fremden Rechts zu vermeiden.³² Dritte sprechen sich für eine Einzelfallbetrachtung aus, welche sich insbesondere nach Art und Inhalt der ausgeschlossenen Norm richtet.³³ Alle genannten Meinungen verfolgen indes das Ziel, möglichst wenig durch eigenes Recht einzugreifen, wenn es zur Anwendung fremden Rechts kommt.

3. *Ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO

Das Ergebnis des nach der Rom III-VO anwendbaren Rechts unterliegt einer doppelten Inhaltskontrolle. Denn es darf weder Art. 10 Rom III-VO noch Art. 12 Rom III-VO widersprechen.

a) Art. 10 Rom III-VO

Art. 10 Rom III-VO ordnet an, dass das Recht des Staates des angerufenen Gerichts (*lex fori*) anzuwenden ist, wenn das nach Art. 5 Rom III-VO oder Art. 8 Rom III-VO anzuwendende Scheidungsstatut (*lex causae*) eine Scheidung nicht vorsieht (Var. 1) oder es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes (Var. 2) gewährt. Somit schützt Art. 10 Rom III-VO die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG und den Gleichberechtigungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 2 GG.³⁴

Var. 1 ordnet die Anwendung der *lex fori* an, wenn die *lex causae* die Scheidung nicht kennt. Sie wurde in die Verordnung aufgenommen, weil das Recht eines

²⁹ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 88.

³⁰ Rauscher (Fn. 13), Rn. 595.

³¹ BGHZ 28, 375 (387); 44, 183 (190); Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 18.

³² Lorenz, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, Art. 6 EGBGB Rn. 17.

³³ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 90.

³⁴ Winkler von Mohrenfels, Die Rom III-VO, Teilvereinheitlichung des europäischen internationalen Scheidungsrechts, ZEuP 2013, 699 (718).

teilnehmenden Mitgliedstaates, Malta, die Scheidung bis 2011 nicht kannte.³⁵ Das angerufene Gericht sollte bei maltesischer *lex causae* nicht verpflichtet sein, die Scheidung zu verwehren. Seit der Einführung der Scheidung in Malta ist dieser Teil der Vorschrift von lediglich geringer praktischer Relevanz, weil es heute nur noch ein Scheidungsverbot auf den Philippinen,³⁶ im Vatikan³⁷ und in manchen religiösen Rechten christlicher Minderheiten³⁸ gibt. Wenn eine Scheidung nach einem Recht nicht möglich war, trat auch schon vor Inkrafttreten der Rom III-VO an die Stelle dessen deutsches Recht,³⁹ vorausgesetzt, es wurde ein Scheidungsantrag in Deutschland gestellt. Denn ein Scheidungsverbot stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Rechtsgrundsätze in Deutschland dar.⁴⁰

Var. 2 wurde aus Art. 107 Abs. 2 lit. c Código Civil Español mit dem Ziel entnommen, EU-Mitgliedstaaten, welche die Anwendung Frauen benachteiligenden islamischen Rechts verhindern wollten, die Partizipation zu erleichtern.⁴¹ Demnach gilt die *lex fori*, wenn das Scheidungsstatut die Scheidung für die Ehegatten nicht gleichberechtigt zugänglich macht. So bezieht sich der Wortlaut auf eine abstrakte Ungleichbehandlung durch die *lex causae*.⁴² Er schreibt keine Einzelfallbetrachtung vor.⁴³ Dies verursacht ein grundlegendes Problem hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen. Deshalb ist umstritten, ob es sich bei der Vorschrift um eine wortlautnahe abstrakte Kontrolle der Norm oder um eine sich vom Wortlaut distanzierende konkrete Ergebniskontrolle handeln soll, welche einem *ordre public*-Tatbestand gleichkäme.

Erwägungsgrund 16 S. 2 Rom III-VO legt eine *ex ante*-Sicht nahe. Hiernach soll das gewählte Recht – und nicht das konkrete Ergebnis – mit den Grundrechten vereinbar sein, wie sie durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt werden. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für eine abstrakte Anwendung. Denn sie wurde bewusst in die Verordnung aufgenommen, um nordischen Staaten die Sorge zu nehmen,

³⁵ *Budzikiencicz*, in: Nomos, 6. Band 2013, Art. 10 Rom III-VO Rn. 2.

³⁶ *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 23.

³⁷ *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 23.

³⁸ BGHZ 169, 240 (249).

³⁹ BGH, Anm. *Henrich*, FamRZ 2007, 109.

⁴⁰ BGHZ 169, 240 (242 ff.).

⁴¹ *Helms*, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, FamRZ 2011, 1765 (1772).

⁴² *Thorn*, in: Palandt, 2013, Art. 10 Rom III-VO Rn. 3.

⁴³ *Gruber*, IPRax 2012, 381 (391); *Helms* (Fn. 41), 1772.

(frauenfeindliches) islamisches Recht anwenden zu müssen.⁴⁴ Die Norm ist demnach Ausfluss eines politischen Kompromisses.⁴⁵ Befürworter dieser Ansicht argumentieren zudem mit erhöhter Rechtssicherheit für die Beteiligten, weil so schwierige Wertungen wegfallen, die bei der Anwendung von *ordre public*-Tatbeständen notwendig werden.⁴⁶ Somit würde Art. 10 Rom III-VO zu einer international zwingenden Vorschrift, die entgegen der kollisionsrechtlichen Anwendung einzelne besonders wichtige Vorschriften zur Anwendung brächte. Dies entspricht der Definition einer Eingriffsnorm,⁴⁷ deren Funktion es ist, bestimmte inländische Normen positiv durchzusetzen.⁴⁸

Ordre public-Tatbestände hingegen dienen der negativen Abwehr von Normen, die ein untragbares Ergebnis herbeigeführt haben.⁴⁹ Der Regelungszweck des Art. 10 S. 2 Rom III-VO ist die Vermeidung von Diskriminierungen. Deshalb führe anderer Ansicht nach die Anwendung des Art. 10 S. 2 Rom III-VO, wenn keine Diskriminierung im konkreten Fall vorliegt, zu einem „sachwidrigen Ergebnis“.⁵⁰ Aus diesem Grund sei eine *teleologische Reduktion* der Vorschrift notwendig.⁵¹ Diese führt dazu, dass sich Art. 10 Var. 2 Rom III-VO als Konkretisierung der allgemeinen *ordre public*-Vorbehaltsklausel des Art. 12 Rom III-VO darstellt.⁵² Ein weiteres Argument hierfür ist Erwägungsgrund 24 S. 1, der von „bestimmten Situationen“ spricht,⁵³ was auf eine tatsächliche Benachteiligung hindeutet.⁵⁴ Ergo kann Art. 10 Var. 2 Rom III-VO in seinem wörtlichen Sinn selbst als „diskriminierend“ wahrgenommen werden,⁵⁵ weil er eine rechtspolitisch unangebrachte und überkommene abstrakt-generelle

⁴⁴ Helms (Fn. 41), 1772.

⁴⁵ Ebd., 1772.

⁴⁶ Winkler von Mobrenfels (Fn. 34), 715.

⁴⁷ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 4.

⁴⁸ Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 5.

⁴⁹ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 4; Sonnenberger (Fn. 4), Art. 6 EGBGB Rn. 3.

⁵⁰ Helms, Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts? (Zu OLG Hamm 2013), IPRax 2014, 334 (335).

⁵¹ Gruber (Fn. 43), 391; Helms (Fn. 41), 1772.

⁵² Helms (Fn. 50), 1771; Budzikiewicz (Fn. 35), Art. 10 Rom III-VO Rn. 27; Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 17/11049, S. 8; Helms (Fn. 41), 1771; Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 825.

⁵³ Winkler von Mobrenfels (Fn. 34), 715.

⁵⁴ Helms (Fn. 41), 1772; Hau, Zur Durchführung der Rom III-VO in Deutschland, FamRZ 2013, 249 (254); Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 825; Helms (Fn. 50), 335.

⁵⁵ Hau (Fn. 54), 254.

Versagung des islamischen oder jüdischen Rechts darstellt.⁵⁶

Die ausgedehnte Rechtswahlmöglichkeit ist ein weitgehender Vorstoß in der Rom III-VO,⁵⁷ der nicht durch falsche Anwendung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO zunichte gemacht werden sollte. Zudem erschwert die strikte Anwendung der *lex fori* die Anerkennung des Urteils im Drittstaat, was zu „hinkenden Ehen“ führen kann.⁵⁸ Mithin handelt es sich bei der Formulierung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO um einen „Missgriff des europäischen Gesetzgebers“.⁵⁹ Seine Anwendung sollte eine Einzelfallbetrachtung voraussetzen. Als Rechtsfolge sollte das Ergebnis im Einzelfall korrigiert und möglicherweise Ersatzrecht angewandt werden. Folglich hätte die Vorschrift keine positive Funktion und diente daher nicht als Ermächtigungsgrundlage zur unbedingten Anwendung von deutschen Sachnormen. Eine abschließende Interpretation kann jedoch nur der *Europäische Gerichtshof* geben.

b) Anwendungsbeispiel der talaq-Scheidung

*Sachverhalt:*⁶⁰

F und M haben in Heidelberg studiert. Sie sind ägyptische Staatsbürger und heiraten nach islamischem Recht in Kairo, um dort mit ihren Familien feiern zu können. Ihre Ehe wird in Deutschland anerkannt. Sie leben gemeinsam und arbeiten in Frankfurt, bis nach fünf Jahren die Ehe zerbricht und sie sich nach einjährigem Getrenntleben zur Scheidung entschließen. Beide wählen aufgrund ihres Glaubens und ihrer kulturellen Verbundenheit mit ihrer Heimat islamisches Recht als Scheidungsstatut. M reicht die Scheidung beim Amtsgericht Frankfurt ein. Nach welchem Recht ist die Ehe zu scheiden?

Als Sachrecht hatten die beiden zwar gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c Rom III-VO das Recht ihrer Staatsangehörigkeit, islamisches Recht, gewählt. Jedoch könnte sich aus den *ordre public*-Tatbeständen in Art. 10 Var. 2 und Art. 12 Rom III-VO etwas anderes ergeben.

Nach islamischem Recht wären die beiden durch *talaq* zu scheiden. Der *talaq* ist ein einseitiges Scheidungsrecht des Mannes, aufgrund dessen dieser die Frau willkürlich verstoßen kann.⁶¹ Dies verstößt gegen den Schutz der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG, den Grundsatz der Gleichbehandlung

⁵⁶ *Hau* (Fn. 54), 254.

⁵⁷ *Mankowski* (Fn. 1), Vor 13-17b EGBGB Rn. 39.

⁵⁸ *Gruber* (Fn. 43), 391; *Helms* (Fn. 50), 335; *Rösler*, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung, *RabelsZ* 2014, 155 (178).

⁵⁹ *Gruber* (Fn. 43), 381.

⁶⁰ Der Sachverhalt ist frei konstruiert.

⁶¹ *Lüderitz*, „Talaq“ vor deutschen Gerichten, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 333; *Winkler von Mohrenfels* (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 112.

von Männern und Frauen gem. Art. 3 Abs. 2 GG und den Schutz von Ehe und Familie gem. Art. 6 GG.⁶² Somit wäre hier bei wörtlicher Anwendung Art. 10 Var. 2 Rom III-VO einschlägig, die Ehe mithin nach deutschem Recht zu scheiden. Dadurch würde jedoch die Nichtanerkennung des Urteils im Ausland riskiert. Das Paar wäre nach deutschem Recht geschieden und in seinem Heimatland weiterhin verheiratet. Dies führte zu einer hinkenden Ehe.⁶³

Stattdessen sollte zur Anwendung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO die Frau konkret beschwert sein,⁶⁴ es also wie bei der Anwendung des *ordre public* in Art. 12 Rom III-VO auf das Ergebnis des konkreten Falls ankommen.⁶⁵ Demnach wäre der *ordre public* nicht anzuwenden, wenn der *talaq* mit dem Einverständnis der Frau vollzogen wurde⁶⁶ oder an der Zulässigkeit der Scheidung auch nach deutschem Recht kein Zweifel besteht.⁶⁷ So liegt in einem anderen Beispiel ebenso wenig ein *ordre public*-Verstoß vor, wenn auch die Frau die Ehescheidung durch Bevollmächtigung zum Ausspruch des *talaq* in der Heiratsurkunde einreichen kann.⁶⁸ Denn dann ist die Scheidung einverständlich.⁶⁹ Auch die Privatscheidung durch einen Aufhebungsvertrag nach japanischem, taiwanesischem oder südkoreanischem Recht oder durch die Übergabe des Scheidebriefs nach israelisch-jüdischem Recht ist kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn sie einverständlich erfolgt.⁷⁰ Hier wurde der *talaq* mit dem Einverständnis der Frau ausgeübt. Somit liegt kein Grundrechtsverstoß vor. Auch ergäbe sich bei Anwendung deutschen Rechts kein anderes Ergebnis als die Scheidung. Denn bei einjährigem Getrenntleben der Ehepartner wird gem. §§ 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 1 BGB die Zerrüttung vermutet. Folglich liegt kein Verstoß gegen Art. 10 Var. 2 Rom III-VO vor.

Der subsidiär in Betracht kommende Art. 12 Rom III-VO ist ebenfalls nicht einschlägig, da aufgrund des Einverständnisses kein Verstoß gegen Art. 1

⁶² OLG Koblenz, FamRZ 1993, 563 (564).

⁶³ Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 122.

⁶⁴ Lüderitz (Fn. 61), S. 338.

⁶⁵ Henrich, Internationales Scheidungsrecht (einschließlich Scheidungsfolgen), 3. Aufl. 2012, Rn. 82, 95.

⁶⁶ Lüderitz (Fn. 61), S. 338; Winkler von Mohrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 112.

⁶⁷ Jayme, „Talaq“ nach iranischem Recht und deutscher *ordre public*, IPRax 1989, 223; Winkler von Mohrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 112; OLG Koblenz, FamRZ 1993, 563 (563); Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 122; OLG München, IPRax 1989, 238 (238).

⁶⁸ OLG Hamm, NJOZ 2013, 1524 (1530).

⁶⁹ AG München, Anm. Jayme, IPRax, 1982, 250 (251).

⁷⁰ Mankowski (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 124.

Abs. 1 GG vorliegt. Folglich ist kein *ordre public*-Verstoß gegeben und die Ehegatten sind nach islamischem Recht zu scheiden.

Um dem Gebot der gerichtlichen Ehescheidung in Art. 17 Abs. 2 EGBGB nachzukommen, muss, nachdem die Frau im Gerichtssaal durch dreimaligen Ausspruch des *talaq* verstoßen wurde, die Ehescheidung gerichtlich ausgesprochen werden.⁷¹

c) Art. 12 Rom III-VO

Art. 12 Rom III-VO stellt schon seiner Überschrift nach eine *ordre public*-Klausel dar. Er ordnet an, dass die Anwendung einer Vorschrift nur versagt werden kann, wenn sie mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Eine Voraussetzung für den *ordre public* in Art. 12 Rom III-VO ist auch ein hinreichender Bezug zum Forumstaat.⁷² Bei Verstoß gegen einen europäischen Rechtsgrundsatz genügt jedoch bereits der Bezug zu anderen Mitgliedstaaten.⁷³ Dieses weitere Verständnis des Inlands resultiert aus dem Unionstreuegebot in Art. 4 Abs. 3 EUV.⁷⁴ Art. 12 Rom III-VO bleibt laut Erwägungsgrund 24 S. 2 von Art. 10 Rom III-VO unberührt. Allerdings ist aufgrund des speziellen *ordre public*-Vorbehalts in Art. 10 Rom III-VO der Art. 12 Rom III-VO nur noch in den Fällen anzuwenden, in denen das anzuwendende Recht die Scheidung zwar kennt, sie im konkreten Fall aber tatsächlich unmöglich ist.⁷⁵ Ein weiterer Anwendungsfall liegt bei unzumutbar langer Trennungsdauer vor.⁷⁶ Demgegenüber kann im konkreten Fall die ungebührlich leichte Scheidung gegen die grundsätzlich unauflösliche Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG⁷⁷ verstoßen und damit zum *ordre public* führen. Art. 12 Rom III-VO ist *lex specialis* zu Art. 6 EGBGB und verdrängt diesen deshalb.⁷⁸ Erwägungsgrund 25 S. 1 betont die nötige Einzelfallbetrachtung und den Ausnahmecharakter der Vorschrift. Als Prüfungsmaßstab fungiert der nationale *ordre public*, insbesondere die Grundrechte, jedoch unter Berücksichtigung der Wertungen der EU-Grundrechtecharta sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention.⁷⁹ Als

⁷¹ OLG München, IPRax 1989, 238 (241).

⁷² Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 824; Rauscher (Fn. 13), Rn. 823; Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 15.

⁷³ Mörsdorf-Schulte (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 16.

⁷⁴ Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 825.

⁷⁵ OLG Zweibrücken, 14.3.2002, 6 UF 81/01.

⁷⁶ BGH, Anm. Rauscher, JZ 2007, 738 (744).

⁷⁷ BVerfGE 53, 224 (245).

⁷⁸ Hau (Fn. 54), 254.

⁷⁹ Thorn (Fn. 42), Art. 12 Rom III-VO Rn. 2; Helms (Fn. 41), 1771.

Unionsrecht kann Art. 12 Rom III-VO ausschließlich vom *Europäischen Gerichtshof* ausgelegt werden, dessen „Referenzterritorium“ die gesamte Europäische Union darstellt.⁸⁰

Es wird vertreten, dass sich durch die Verdrängung des Art. 6 EGBGB durch Art. 12 Rom III-VO⁸¹ der Inhalt des *ordre public* nicht ändere.⁸² Dies ist jedoch aufgrund der Einbeziehung des europäischen *ordre public* fraglich. Art. 12 EMRK sichert ein Recht auf Eheschließung zu. Jedoch ist darin laut dem *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* kein Recht auf *erneute* Eheschließung zu erblicken.⁸³ Dies lässt sich auch nicht aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) ableiten, weil dadurch die Interpretation von Art. 12 EMRK umgangen würde.⁸⁴ Auch Art. 9 der Europäischen Grundrechtecharta schützt das Recht auf Eheschließung und Familiengründung. Jedoch wurde sich bei seiner Niederschrift an Art. 12 EMRK orientiert, was ein Recht auf Scheidung erneut ausschließt.⁸⁵ Anders als der Schutz von Ehe und Familie und das Recht auf Eheschließung ist das Recht auf Ehescheidung also nicht Teil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, welche sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben (Art. 6 Abs. 3 EUV).⁸⁶ Es gibt diesbezüglich also keine einheitlichen Grundwertungen.⁸⁷ So wurde lange Zeit die Ehescheidung in Malta, Italien, Spanien und Irland völlig abgelehnt.⁸⁸ Das *Bundesverfassungsgericht* war indes in der „Spanier-Entscheidung“ zum Ergebnis gekommen, dass sich aus der Freiheit zur Eheschließung gem. Art. 6 Abs. 1 GG ein Recht auf Ehescheidung ableite.⁸⁹

Es muss bei Art. 12 Rom III-VO also auf einen gesamteuropäischen *ordre public* zurückgegriffen werden, der sich gerade entwickelt und für den die EMRK und die EU-Grundrechtecharta die Grundlage bieten. Doch auch wenn das Recht auf Ehescheidung nicht mehr vom generellen *ordre public* des Art. 12 Rom III-

⁸⁰ *Mörsdorf-Schulte* (Fn. 22), Art. 6 EGBGB Rn. 10.

⁸¹ *Budzkięvicz* (Fn. 35), Art. 12 EGBGB Rn. 4, 5.

⁸² *Mörsdorf-Schulte* (Fn. 12), 824.

⁸³ EuGRZ 1987, 313 (316) – *Johnston*.

⁸⁴ EuGRZ 1987, 313 (317) – *Johnston*.

⁸⁵ *Rauscher*, Leidet der Schutz der Ehescheidungsfreiheit unter der VO Brüssel II? in: FS Geimer, 2002, S. 883 (900).

⁸⁶ *Looschelders*, Scheidungsfreiheit und Schutz des Antragsgegners im internationalen Privat- und Prozessrecht, in: FS Kropholler, 2008, S. 329 (331).

⁸⁷ *Ebd.*, 331.

⁸⁸ *Mankowski* (Fn. 1), Art. 17 EGBGB Rn. 22.

⁸⁹ BVerfGE 31, 58 (67).

VO umfasst ist, wird es indirekt in der speziellen *ordre public*-Klausel des Art. 10 Rom III-VO normiert, die dem Art. 12 Rom III-VO vorgeht.

III. Ihre Auswirkungen auf das EGBGB

Die *ordre public*-Tatbestände der Rom III-VO haben Auswirkungen auf das EGBGB. Das deutsche Begleit- und Anpassungsgesetz zur Rom III-VO wurde sieben Monate nach Inkrafttreten der Rom III-VO, am 23.1.2013, verabschiedet.⁹⁰

1. Auswirkung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO auf Art. 17 Abs. 1 EGBGB

Vorrangiges Anknüpfungsmerkmal der Rom III-VO ist der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt und nicht mehr die gemeinsame Staatsangehörigkeit, vgl. Art. 8 Rom III-VO. Dies trägt der erhöhten Mobilität der Menschen Rechnung und führt zu einem Methodenwechsel im Scheidungskollisionsrecht, welches mit Art. 14 EGBGB i.V.m. Art. 17 EGBGB vom Staatsangehörigkeitsprinzip geprägt war. Die Rechtswahlfreiheit in Art. 5 Rom III-VO stellt eine Möglichkeit für die Ehegatten dar, aktiv am Recht des Staates ihrer Staatsbürgerschaft festzuhalten. Dies stärkt die Parteiautonomie.

Allerdings wird als Rechtsfolge des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO die *lex fori* angewendet.⁹¹ Es ist also nach dieser speziellen *ordre public*-Klausel inländisches Recht anzuwenden.⁹² Dies gilt nach ihrem Wortlaut bei der objektiven Anknüpfung gem. Art. 8 Rom III-VO sowie bei der Wahl eines Rechts gem. Art. 5 Rom III-VO, das einen der Ehegatten diskriminiert.⁹³ Die Anwendung der *lex fori* macht die Rechtswahl der Ehegatten zunichte und schränkt ihre gewonnene Parteiautonomie ein.

Art. 10 Var. 2 Rom III-VO beinhaltet auch den gleichberechtigten Zugang zur Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. In einem Fall, in dem dieser nicht gewährleistet ist, kann die Anwendung der *lex fori* ins Leere führen, wenn dieses die gerichtliche Trennung, so wie in Deutschland, nicht kennt.⁹⁴ Liegen in einem solchen Fall die Voraussetzungen für die Scheidung bereits vor, kann gem. Art. 10 Var. 2 Rom III-VO geschieden werden.⁹⁵ Besteht daran kein Interesse, sollte die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes in entsprechender Anwendung der Vorschriften zur Scheidung ausgesprochen

⁹⁰ Gesetz v. 23.1.2013, BGBl. 2013 I, S. 101.

⁹¹ Siehe dazu oben in Abschnitt II. 3. a).

⁹² *Budzkievicz* (Fn. 35), Art. 10 Rom III-VO Rn. 30.

⁹³ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 30.

⁹⁴ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 31.

⁹⁵ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 32.

werden.⁹⁶

Durch die undifferenzierte Anwendung der *lex fori* und dem damit verbundenen Statutenwechsel wird die spezielle *ordre public*-Norm des Art. 10 Rom III-VO anders angewandt als andere *ordre public*-Klauseln, weil sie nicht nach dem Gebot des geringsten Eingriffs fungiert. Die Rechtsfolge des Art. 10 Rom III-VO unterscheidet sich also von der sonst üblichen eines *ordre public*. Dies wirkt sich auch auf das EGBGB aus. Das Ehescheidungsrecht ergab sich bis zum 20.6.2012 aus Art. 17 EGBGB i.V.m. Art. 14 EGBGB. Somit war das Recht, das im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe galt, maßgebend. Dies war in der Regel das letzte gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten, also das ihrer Staatsangehörigkeit, bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit dasjenige ihres letzten gemeinsamen Aufenthalts. Gem. Art. 14 Abs. 3 EGBGB war nur das Heimatrecht eines der beiden Ehegatten wählbar. Dies galt lediglich, wenn keiner der Ehegatten Staatsangehöriger des Staates war, in dem beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten (Nr. 1), oder die Ehegatten diesen nicht teilten (Nr. 2). Die Rom III-VO verdrängt Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB a.F., der deshalb aufgehoben wurde. Der Normzweck des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB a.F. bestand darin, die Scheidung nach deutschem Recht zuzusichern, wenn eine solche nach dem anzuwendenden Recht nicht möglich war. Den gleichen Zweck erfüllt heute Art. 10 Var. 1 Rom III-VO. Die Rom III-VO regelt jedoch nur die Statutenfrage der Scheidung an sich, weshalb die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen weiterhin im nationalen Recht zu finden sind.⁹⁷ Dies trennt die Scheidung völlig von ihren sonstigen Wirkungen oder Folgen. So wird sie auf kollisionsrechtlicher Ebene zur isolierten Statutenfrage. Das EGBGB bezieht sich jedoch für die vermögensrechtlichen Folgen auf das durch die Rom III-VO bestimmte Scheidungsstatut. Dazu fungiert die Neufassung des Art. 17 Abs. 1 EGBGB, die besagt, dass die Scheidungsfolgen akzessorisch an das für die Statutenfrage geltende Statut anknüpfen, soweit die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen nicht einem eigenen Statut unterliegen.

Die Bedeutung des Begriffs „vermögensrechtliche Scheidungsfolgen“ ist umstritten. Teilweise wird die Meinung vertreten, Art. 17 Abs. 1 EGBGB beinhalte nur die Scheidungsfolgen, die Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom III-VO ausschließt.⁹⁸ Nach Art. 1 Abs. 1 Rom III-VO ist von der Verordnung aber nur

⁹⁶ *Ebd.*, Art. 10 Rom III-VO Rn. 33.

⁹⁷ *Martiny* (Fn. 22), Art. 17 EGBGB Rn. 8a.

⁹⁸ *Ludwig*, in: *Juris PK*, Art. 17 EGBGB Rn. 12.

die Scheidung als solche erfasst. Deshalb beschränkt Art. 1 Abs. 2 Rom III-VO nicht die Anknüpfung der Scheidungsfolgen im deutschen Kollisionsrecht.⁹⁹ Somit hat Art. 17 Abs. 1 EGBGB für alle vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen Relevanz.¹⁰⁰ Darin beinhaltet sind Haushaltsgegenstände, die ausländische eheliche Wohnung und dem deutschen Recht fremde Rechtseinrichtungen, wie der Widerruf einer Schenkung aufgrund von Scheidung und Schadensersatzansprüche wegen Scheidungsverschulden.¹⁰¹ Wird nun aufgrund des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO das primäre Scheidungsstatut durch das der *lex fori* ersetzt, ändert sich das Scheidungsstatut der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen gem. Art. 17 Abs. 1 EGBGB. Somit vergrößert sich der Einflussbereich des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO.

2. Auswirkung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO auf Art. 17 Abs. 3 EGBGB

Auch das nationale Kollisionsrecht des Versorgungsausgleichs wurde angepasst. Es ändert sich jedoch nicht die scheidungsfolgenrechtliche Qualifikation des Versorgungsausgleichs, sondern nur ihr Bezug auf das durch die Rom III-VO bestimmte Scheidungsstatut.¹⁰² So unterliegt der Versorgungsausgleich gem. Art. 17 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 EGBGB dem nach der Rom III-VO auf die Scheidung anzuwendenden Recht und nicht mehr wie nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB a.F. dem Recht der allgemeinen Wirkungen der Ehe zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Amtlich findet er weiterhin nur bei deutschem Scheidungsstatut Anwendung und auch nur dann, wenn ihn das Heimatrecht einer der Ehegatten kennt, vgl. Art. 17 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 EGBGB. Sind die Voraussetzungen von S. 1 nicht erfüllt, wird der Versorgungsausgleich auf Antrag einer der Eheleute gem. S. 2 durchgeführt. Die Neuerung besteht also auch darin, dass sich Art. 17 Abs. 3 S. 1 EGBGB für den Versorgungsausgleich nicht mehr nach dem regelmäßigen Scheidungsstatut, sondern nach der Rom III-VO richtet. Diese lässt zu, dass sich das Scheidungsstatut durch Anwendung des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO ändert, während sich das Scheidungsstatut mittelbar auch auf den Versorgungsausgleich gem. Art. 17 Abs. 3 EGBGB auswirkt.¹⁰³ Somit ändert sich auch das Statut des Versorgungsausgleichs. Nach Art. 10 Var. 2 Rom III-VO ist das die *lex fori*, also deutsches Recht.

⁹⁹ Rauscher, Anpassung des IPR an die Rom III-VO, FPR 2013, 257 (258).

¹⁰⁰ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/11049, S. 10; Rauscher (Fn. 99), 258.

¹⁰¹ Rauscher (Fn. 99), 258.

¹⁰² Ebd., 259.

¹⁰³ Martiny (Fn. 22), Art. 17 EGBGB Rn. 8b; Winkler von Mobrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 81.

Es ist zwar zu begrüßen, dass Art. 17 EGBGB an das durch die Rom III-VO bestimmte Scheidungsstatut anknüpft, um so trotz der nur Teilvereinheitlichung des Scheidungsrechts auf europäischer Ebene durch die Rom III-VO ein einheitliches Zusammenspiel von Scheidung und Scheidungsfolgen zu ermöglichen. Jedoch wirkt sich Art. 10 Rom III-VO auf diese Weise auch auf Art. 17 EGBGB aus, was seinen Einflussbereich vergrößert.

3. Auswirkung des Art. 12 Rom III-VO auf Art. 17 Abs. 2 EGBGB

Auch nach dem Begleit- und Anpassungsgesetz zur Rom III-VO¹⁰⁴ gilt Art. 17 Abs. 2 EGBGB weiter fort.¹⁰⁵ Danach kann eine Ehe im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden. Die Rom III-VO hingegen befasst sich nicht mit der rechtsgeschäftlichen Ehescheidung. Es wurde schlicht nicht bedacht, dass es Rechtsordnungen gibt, in denen eine solche möglich ist.¹⁰⁶ Dennoch muss die Rom III-VO auf Privatscheidungen anwendbar sein.¹⁰⁷ Sie legt dies jedoch nicht ausdrücklich fest, sondern bestimmt, wie im Erwägungsgrund 9 dargelegt, einen „umfassenden Rechtsrahmen“ für die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. Zudem ist sie nicht unter den Ausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Rom III-VO aufgelistet. Auch in Art. 4 Rom III-VO, welcher die Universalität der Verordnung erklärt, wurden nicht diejenigen Rechtsordnungen ausgeschlossen, die eine Privatscheidung zulassen. Die Verordnung geht an manchen Stellen sichtbar nur deshalb von der gerichtlichen Scheidung als Regelfall aus, weil in den Rechtsordnungen der teilnehmenden Mitgliedstaaten die Privatscheidung nicht existiert.¹⁰⁸

Für das Inland muss gleichwohl geklärt werden, ob die gerichtliche Scheidung weiterhin eine notwendige Bedingung darstellt.¹⁰⁹ Das Gerichtsprinzip gilt als *ordre public* im deutschen Scheidungsrecht (§ 1564 S. 1 BGB), deshalb wird

¹⁰⁴ Gesetz v. 23.1.2013, BGBl. 2013 I, S. 101.

¹⁰⁵ Rösler (Fn. 58), 185.

¹⁰⁶ Rauscher (Fn. 99), 258.

¹⁰⁷ Thorn (Fn. 42), Art. 1 Rn. 3; Rauscher (Fn. 99), 258; Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 804; Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 17/11049, S. 8; Helms (Fn. 41), 1766; Rauscher (Fn. 13), Rn. 810; Hau (Fn. 54), 250.

¹⁰⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 17/11049, S. 8.

¹⁰⁹ Mörsdorf-Schulte (Fn. 12), 826; Rauscher, Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts, NJW 2012, 3490 (3497).

Art. 17 EGBGB als spezieller *ordre public*-Vorbehalt verstanden.¹¹⁰ Jedoch greift dies in den Regelungsbereich der Rom III-VO ein. Trotzdem verstößt die Norm nicht gegen die Rom III-VO, denn Art. 12 Rom III-VO erlaubt es dem berufenen Gericht, Normen nicht anzuwenden, wenn diese mit dem *ordre public* der *lex fori* offensichtlich unvereinbar sind. Das beinhaltet, dass die Gesetzgeber der teilnehmenden Mitgliedstaaten weiterhin die Kompetenz haben, den inländischen *ordre public* zu spezifizieren.¹¹¹ Aus diesem Grund ist Art. 17 Abs. 2 EGBGB als Konkretisierung des deutschen *ordre public* weiterhin anzuwenden.¹¹² Das heißt, eine Scheidung durch fremdes Recht kann im Inland weiterhin nur gerichtlich erfolgen. Dies gilt auch umgekehrt. Wenn im Ausland deutsches Scheidungsrecht angewandt wird, darf nach der Auslegung des § 1564 S. 1 BGB nicht privat geschieden werden.¹¹³ Auch die Scheidung in einer Botschaft ist gem. Art. 17 Abs. 2 EGBGB unwirksam, weil eine Botschaft völkerrechtlich deutsches Staatsgebiet bleibt.¹¹⁴ Zu beachten ist, dass Art. 17 EGBGB nicht eingreifen kann, wenn die Vorfrage der bestehenden Ehe ein negatives Ergebnis hat (Nichtehe), weil dann keine Scheidung möglich ist.¹¹⁵ Wird der Antrag auf Scheidung nicht zurückgenommen, ist er als unbegründet abzuweisen.¹¹⁶ Der Grundsatz der gerichtlichen Scheidung kann durch staatsvertragliche Regelungen eingeschränkt werden.¹¹⁷

IV. Fazit

Bei der Rom III-VO handelt es sich lediglich um eine Teilvereinheitlichung des Scheidungsrechts und der Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, bei der die Scheidungsfolgen unbeachtet bleiben. Allerdings hat das deutsche Kollisionsrecht – durch das Abstellen auf das durch die Verordnung ermittelte Statut – einen Weg gefunden, dennoch ein abgestimmtes System zu schaffen, das ein Zusammenspiel des inländischen und europarechtlichen Kollisionsrechts gewährleistet.

Die Rom III-VO erfasst auch die gleichgeschlechtliche Ehe. In Mitgliedstaaten, welche die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennen, muss diese jedoch nicht geschieden werden, Art. 13 Var. 2 Rom III-VO. Die gleichgeschlechtliche Ehe ist somit kein Fall des *ordre public*, sondern wird durch Art. 13 Var. 2 Rom III-

¹¹⁰ Rauscher (Fn. 99), 260.

¹¹¹ Rauscher (Fn. 99), 260.

¹¹² Thorn (Fn. 42), Art. 17 EGBGB Rn. 6.

¹¹³ BGHZ 110, 267 (276).

¹¹⁴ Winkler von Mohrenfels (Fn. 4), Art. 17 EGBGB Rn. 101.

¹¹⁵ Ebd., Art. 17 EGBGB Rn. 84.

¹¹⁶ Ebd., Art. 17 EGBGB Rn. 84.

¹¹⁷ Ebd., Art. 17 EGBGB Rn. 100.

VO abgefangen. Nach deutschem Recht ist die gleichgeschlechtliche Ehe also nicht zu scheiden. Sie darf in eine eingetragene Lebenspartnerschaft gem. Art. 17b EGBGB umgedeutet werden und ist hiernach anzuknüpfen.

Der Prinzipienwechsel bei nicht vorhandener Rechtswahl vom Staatsangehörigkeits- zum Aufenthaltsprinzip ist modern. Auch die verbesserte Freiheit zur Statutenwahl stärkt die Parteiautonomie und macht die Verordnung fortschrittlich. Diesen Eindruck gewinnt man allerdings nicht bei der Betrachtung von Art. 10 Var. 2 Rom III-VO. Denn bei seiner wörtlichen Anwendung kommt die Vorschrift einer rückständigen Diskriminierung islamischen Rechts gleich. Früher oder später wird sich der *Europäische Gerichtshof* zu ihrer Auslegung äußern müssen. Es ist ihm der Weg der *teleologischen Reduktion* zu empfehlen.

Art. 12 Rom III-VO verdrängt Art. 6 EGBGB. Dies hat zur Folge, dass sich der *ordre public* aus gesamteuropäischen Wertungen zusammensetzt. Z.B. besteht kein von europäischen Wertungen abgeleitetes Recht auf Scheidung. Ein Scheidungsverbot ist folglich nicht vom *ordre public* in Art. 12 Rom III-VO umfasst. Ein solches Recht auf Scheidung wird jedoch indirekt in Art. 10 Rom III-VO normiert.

Art. 17 Abs. 1 EGBGB und Art. 17 Abs. 3 EGBGB knüpfen an das anhand der Rom III-VO ermittelte Scheidungsstatut an. Durch den Statutenwechsel zur *lex fori* als Rechtsfolge des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO finden auch die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen und der Versorgungsausgleich ihre kollisionsrechtliche Anknüpfung in der *lex fori*. Dies vergrößert den Einfluss des Art. 10 Var. 2 Rom III-VO.

Weiterhin kann das Prinzip der gerichtlichen Scheidung in Art. 17 Abs. 2 EGBGB beibehalten werden. Die Rom III-VO umfasst zwar auch die Privatscheidung, jedoch erlaubt Art. 12 Rom III-VO die Nichtanwendung von solchen Normen, die gegen den innerstaatlichen *ordre public* verstoßen. Mithin ist Art. 17 Abs. 2 EGBGB stellt eine Konkretisierung des deutschen *ordre public* dar.

Die Rom III-VO ermittelt einheitlich das auf die Scheidung anzuwendende Recht. Sie hat somit ihr Ziel, *forum shopping* einzudämmen, erreicht, wenn auch die Gemengelage zwischen autonomem und europäischem Kollisionsrecht dabei im Umgang nicht einfach ist.

Eleanor Benz*

Commentary on the European Court of Human Rights' Judgment of 4 November 2014 in the case of *Tarakhel v. Switzerland*

Abstract

Bei dem vorliegenden englischsprachigen Beitrag handelt es sich um eine Besprechung des am 4.11.2014 ergangenen Urteils des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (EGMR) im Fall *Tarakhel v. Schweiz*. Das Urteil ist hoch interessant und von großer Bedeutung für das gemeinsame europäische Asylsystem. Denn die große Kammer des Gerichts hat zu Gunsten der afghanischen Klägerfamilie überraschenderweise erstmals entschieden, dass eine Rücküberführung von Asylbewerbern nach Italien, insbesondere dann, wenn auch Minderjährige betroffen sind, gegen Artikel 3 EMRK verstößt, wenn der Entsendestaat zuvor keine individuellen Zusicherungen der italienischen Behörden darüber eingeholt hat, dass die Familie zusammen und in einer den nötigen Standards entsprechenden Einrichtung untergebracht und dem Alter der Kinder entsprechend versorgt werden wird. Damit senkt der EGMR, verglichen mit vorherigen Urteilen, die Schwelle des Artikel 3 EMRK und erhöht die Anforderungen, die an die Rechtmäßigkeit eines Transfers von Asylsuchenden im Rahmen des Dublin-Verfahrens zu stellen sind.

The following article analyzes and comments on the *European Court of Human Rights'* (ECtHR) judgment of 4 November 2014 in the case of *Tarakhel v. Switzerland*. This judgment is highly interesting and of special importance for the Common European Asylum System. The Court's Grand Chamber surprisingly decided in favor of the Afghan applicant-family, holding for the first time that a transfer of asylum seekers to Italy, particularly if minors are concerned, violates

* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaft im sechsten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und studierte im akademischen Jahr 2014/15, als das Urteil und die vorliegende Besprechung entstanden, an der Universidad de Chile in Santiago de Chile.

Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) if the returning state has not obtained individual guarantees by the Italian authorities assuring that the family will be kept together in an institution which meets the required standards and provided with care appropriate to the age of any children involved. Thereby the Court lowers the threshold of Article 3 ECHR compared to earlier judgments and increases the requirements that have to be made on the legality of a transfer of asylum seekers under the Dublin procedure.

I. Introduction

On 4 November 2014, the Grand Chamber of the *European Court of Human Rights* handed down its judgment in the case of *Tarakhel v. Switzerland*¹. This case has the potential to become another leading case in the *Strasbourg Court's* jurisprudence on the Common European Asylum System (CEAS)² comparable to *M.S.S. v. Belgium and Greece*³. Along with another recent judgment in the case of *Sharifi and Others v. Italy and Greece*,⁴ it reinforces the Court's standpoint that the Dublin System⁵ must be applied in a manner compatible with the ECHR. Contrary to the findings in the *M.S.S.* judgment however, returns of asylum seekers to Italy remain possible after the *Tarakhel* judgment. Nevertheless, the *ECtHR* for the first time held that such returns, particularly if children are concerned, violate Article 3 ECHR if the returning state has not obtained individual assurances from the Italian authorities that the returnees will be taken charge of in a manner appropriate to the age of the asylum seekers. As a consequence, in future, Member States of the European Union and those bound by the Dublin Regulation will have to examine the individual cases of asylum seekers more thoroughly to determine which particular state is responsible for considering an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. Further, if they want to return a person to Italy as state of first entry, according to Article 13(1) of the Dublin III

¹ *ECtHR*, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014.

² The CEAS is a fundamental part of the EU's Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) and has gone through two phases of legislation since the special EU Council summit 1999 in Tampere. For further information, including the particular legal instruments forming part of the CEAS, see: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index_en.htm [last accessed: 31.8.2015].

³ *ECtHR*, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Appl.No.30696/09, Judgment of 21 January 2011.

⁴ *ECtHR*, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, Appl.No.16643/09, Judgment of 21 October 2014.

⁵ The so-called Dublin System is made up of the Dublin III Regulation (see note 6), the Eurodac Regulation (see note 7) and Regulation No.118/2014 amending Regulation No.1560/2003 laying down detailed rules for the application of the Dublin III Regulation. As its predecessors, the Dublin III Regulation aims to determine rapidly which Member State is responsible for processing an asylum application by establishing a hierarchy of criteria for identifying the responsible state. Usually, it will be the state through which the asylum seeker first entered the EU. The Dublin System is criticized mostly because of this main idea: instead of ensuring a rapid and efficient asylum procedure it leads to questionable transfers of asylum seekers across Europe and overburdened states at the EU's external frontiers. See also: <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/10-dublin-regulation.html> [last accessed: 31.8.2015].

Regulation⁶, they will have to ask for specific guarantees.

II. Summary of Facts

The complaint was filed by an Afghan couple and their six minor children, born between 1999 and 2012. The first applicant, Mr *Golajan Tarakhel*, born in 1971, left Afghanistan for Pakistan on an unknown date. In Pakistan, he met and married the second applicant, Mrs *Maryam Habibi*, born in 1981. Later, they lived in Iran for 15 years. Subsequently, the family left Iran for Turkey and landed by boat on the Italian coast of Calabria on 16 July 2011, where they were directly subjected to the EURODAC identification procedure⁷ and brought to a reception facility. At first, the applicants supplied a false identity. Once their true identity was established, they were transferred to the Reception Centre for Asylum Seekers (in Italian Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo – short CARA) in Bari on 26 June 2011. After two days, the family left the Centre without permission and on 30 July 2011, they were again registered in the EURODAC system in Austria. The applicants sought to justify their impermissible leave of the CARA by referring to poor living conditions, lack of privacy and violence in the Centre. Their asylum application in Austria was rejected and within 17 days, on 17 August 2011, the Italian authorities formally accepted the Austrian request to take charge of the family. Before they could be transferred back to Italy, however, the applicants moved on to Switzerland, where they applied for asylum again on 3 November 2011. After they were interviewed by the Federal Migration Office (FMO) on 15 November 2011, the FMO decided not to examine the asylum application as Italy was the responsible state according to the then still applicable Dublin II Regulation, by which Switzerland was bound under its association agreement with the European Union. This time, the Italian authorities tacitly accepted the Swiss request to receive the applicants. In its judgment of 9 February 2012, the *Federal Administrative Court* dismissed the applicants' appeal, upholding the FMO's decision in entirety. A second request to reopen the proceedings was classified by the same court as a "request for revision" and rejected on 21 March 2012 due to the lack of new arguments. On 10 May 2012, the family lodged an application with the ECtHR also asking for an interim measure suspending the family's deportation to Italy. After the Court had granted this request, thus

⁶ *European Parliament and Council*, Regulation (EU) No.604/2013 of 26 June 2013.

⁷ EURODAC stands for European Dactyloscopy and is a database for the comparison of fingerprints of asylum-seekers, established through European Council Regulation (EC) No.2725/2000 in order to allow the effective application of the Dublin Convention or today of the Dublin III Regulation.

allowing the family to stay in Lausanne for the duration of the proceedings, the case was assigned to the Grand Chamber on 24 September 2013.

III. The Judgment

The applicants' complaint was based on three articles of the ECHR. Firstly, the family alleged that if they were forcibly returned to Italy "in the absence of individual guarantees concerning their care", they would be subjected to inhuman and degrading treatment in breach of Article 3 ECHR, as the Italian reception arrangements for asylum seekers were beset by systemic deficiencies.⁸ By pleading systemic deficiencies, the applicants referred to one of the requirements set up by the *European Court of Justice (ECJ)* in its judgments in the cases of *N.S.*⁹ and *Abdullahi*¹⁰. Secondly, the applicants submitted that a forced return to Italy would infringe their right to respect for family life as enshrined in Article 8 ECHR due to their lack of knowledge of the Italian language and the absence of any tie to that country. Lastly, they argued that under Article 13 ECHR, in conjunction with Article 3 ECHR, they had been deprived of an effective remedy because, in their opinion, the Swiss authorities had not taken into account the eight applicants' personal circumstances and the family situation thoroughly enough.

This last argument was rejected by the Court as manifestly ill-founded, noting that the possibility to file a suit before the *Federal Administrative Court* had constituted an effective remedy: The *Federal Administrative Court* was found to have offered a reasoned judgment and, in comparative situations, had indeed previously decided to stop a return to the state of first entry pursuant to the Dublin Regulation.

While the Court examined the complaint concerning a violation of Article 3 ECHR in depth, it held it was unnecessary to also elaborate on Article 8 ECHR. In relation to Article 3 ECHR, the Court first of all stated that Switzerland was bound by the Dublin II Regulation under the terms of its association agreement with the European Union of 26 October 2004 and that also the Dublin III Regulation had already been transformed into a national law by the Swiss Federal Council on 7 March 2014.¹¹ Further, according to the Court, Switzerland could have refrained from transferring the applicants to Italy

⁸ ECtHR, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014, 53.

⁹ ECJ, *N.S.*, C-411/10, Judgment of 21 December 2011, 94.

¹⁰ ECJ, *Shamso Abdullahi*, C-394/12, Judgment of 10 December 2013, 60.

¹¹ ECtHR, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014, 34, 36.

according to these rules, e.g. pursuant to the so-called sovereignty clause¹² according to which a Member State may examine an asylum application although, in fact, another Member State is responsible pursuant to the Dublin Regulation. Hence, the claim against Switzerland was admissible. Thereupon, the Court reiterated the principles established by its jurisprudence concerning the expulsion of asylum seekers and, in particular, the approach undertaken in its *M.S.S.* judgment¹³.

According to the *ECtHR*'s precedents, beginning with *Soering v. the United Kingdom*, Article 3 ECHR obliges states to refrain from expelling a person where substantial grounds have been shown for believing that the person faces a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment in the receiving country. This is because a violation might no longer be avoided once the person is expelled.¹⁴ In the *M.S.S.* judgment, the Court determined that the general assumption that all of the Dublin system's Member States are so-called "safe countries" was rebuttable and that the Dublin Regulations therefore do not relieve states from undertaking a risk assessment before transferring an asylum seeker to the state of first entry. Further, the Court recalled that asylum seekers, particularly those who are children, constitute a vulnerable group requiring special protection measures. In order to investigate the existence of a real risk, all relevant factors of the case must be taken into account both separately and cumulatively. The Court therefore had to assess the overall situation regarding reception arrangements for asylum seekers in Italy as well as the applicants' individual situation.

1. Overall situation for asylum seekers in Italy

According to the applicants, three factors led to the necessary conclusion that the Italian reception arrangements for asylum seekers showed systemic deficiencies. Concerning the alleged slowness of the identification procedure, the Court correctly noted that in this case the applicants had already been identified and that this very procedure only took ten days despite the fact that the applicants had first supplied a false identity.¹⁵ Regarding the capacity of the reception facilities, the Court took the applicants' standpoint, confirming that,

¹² Article 3(2) of the Dublin II Regulation (Council Regulation (EC) No.343/2003) and Article 17(1) of the new Dublin III Regulation (Regulation (EU) No.604/2013).

¹³ *ECtHR*, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Appl.No.30696/09, Judgment of 21 January 2011.

¹⁴ *ECtHR*, *Soering v. the United Kingdom*, Appl.No.14038/88, Judgment of 7 July 1989, 90.

¹⁵ *ECtHR*, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014, 107.

regardless of the exact number of asylum seekers without accommodation in Italy, there was an obvious discrepancy between the numbers of asylum applications made (over 14,000 in 2013) and the places available in the facilities (9,630 places in the facilities belonging to the SPRAR [Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati] network).¹⁶

Further, the Afghan family claimed they had suffered from a lack of privacy, insalubrious conditions and violence in the centre where they had stayed. The reports and recommendations of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the Human Rights Commissioner, which the Court took into account, did not support the occurrence of violence, but still outlined deficiencies regarding legal and medical aid and the preservation of family unity. In sum, the Court however concluded in line with its previous judgments in *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*¹⁷ and *Abubeker v. Austria and Italy*¹⁸ that the overall situation in Italy, though far from being perfect, could not be compared with the situation in Greece at the time of the *M.S.S.* judgment and hence could not in itself act as a bar to all removals of asylum seekers to Italy.

2. Individual situation of the applicants

Concerning the individual situation of the applicants, the Court attached particular importance to the special need for the protection of the children. While asylum seekers in general constitute a vulnerable group, children are even more vulnerable. Consequently, reception conditions for children seeking asylum must, in the view of the Court, “be adapted to their age, to ensure that those conditions do not create for them a situation of stress and anxiety, with particularly traumatic consequences”¹⁹. This had already been found in the case of *Popov v. France*, where the children, in contrast to the case at hand, however, had been detained for several weeks.²⁰

The Court recalled that ill-treatment in terms of Article 3 ECHR must attain a certain minimum level of severity. In the instant case, it found that the

¹⁶ ECtHR, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014, 108.

¹⁷ ECtHR, *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*, Appl.No.27725/10, Decision of 2 April 2013, 78.

¹⁸ ECtHR, *Mohammed Abubeker v. Austria and Italy*, Appl.No.73874/11, Decision of 18 June 2013, 72.

¹⁹ ECtHR, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014, 119.

²⁰ ECtHR, *Popov v. France*, Appl.Nos.39472/07, 39474/07, Judgment of 19 January 2012, 91-103.

applicants had been processed quickly, that they had always been provided with a reception facility by the Italian authorities and, moreover, that Italy generally sends children to one of the facilities belonging to the SPRAR network, where apart from accommodation also food, health care, legal advice, Italian language classes and other services are guaranteed. Nevertheless, the *ECtHR* concluded that the information on the family's planned accommodation in Bologna in one of the facilities funded by the European Refugee Fund (ERF)²¹ was insufficient for the Swiss government to preclude that the applicants would not be received and treated in a manner inappropriate for the age of the children. "*In the absence of detailed and reliable information concerning the specific facility, the physical reception conditions and the preservation of the family unit*", the Court found that there would be a violation of Article 3 ECHR if the applicants were transferred without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from Italy.²²

IV. Commentary

Taking into account the Court's prior jurisprudence and the previous findings in the present case, its final conclusion concerning the violation of Article 3 ECHR is definitely surprising. In contrast to comparable cases, the Court never established why the family had left Iran and why it is seeking asylum in Europe. More importantly, the conclusion of the majority of the judges was reached without any substantiation of a real risk. According to the UNHRC, in expulsion cases, the "real risk" must take the form of a "foreseeable and necessary consequence" in order to raise an issue under Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, whereas the requirements of the *ECtHR* are generally not as strict.²³ Still, according to the *ECtHR*'s precedents, the probable ill-treatment has to reach a minimum level of severity in order to fall under the scope of Article 3 ECHR. Further, the danger must be foreseeable and sufficiently concrete.²⁴ As correctly noted by the three dissenting judges, the applicants had neither suffered ill-treatment reaching the normally established level of severity in the context of Article 3 ECHR, nor did they or any of the interveners substantiate why there existed a real risk of severe ill-treatment upon return to Italy. While they might not be treated in a very

²¹ The ERF was first established by European Council Decision 2000/596/EC. Objective of the ERF was to support Member States e.g. to co-finance actions related to the asylum procedure and also to provide financial reserve to implement temporary protection measures in the event of a mass influx. In 2014, the ERF was replaced by the Asylum, Migration and Integration Fund (Regulation (EU) No.516/2014).

²² *ECtHR*, Tarakhel v. Switzerland, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014, 121 et seq.

²³ Battjes, European Asylum Law and International Law, 2006, p. 225.

²⁴ Casadevall, Berro-Lefevre, Jäderblom, Tarakhel v. Switzerland, Diss. Opinion, p. 53.

comfortable manner, this has so far not been classified as constituting a risk of inhuman or degrading treatment.

On the contrary, many factors indicated that the family would be taken charge of in an appropriate manner. First, the applicants were already identified. Second, the Swiss government had been informed that they would be accommodated in one of the better facilities in Bologna funded by the ERF. Third, owing to the presence of a Swiss liaison officer in the Dublin department of the Italian Ministry of the Interior, the cooperation between the two states had worked very well so far.²⁵ Moreover, as also remarked by the dissenters, the family had been able to support itself in Switzerland. Therefore, it may be concluded that their economic situation would have allowed them to arrange for private accommodation in Italy, too. Thus, they were not dependent on the Italian authorities for provision of a place to live.

Comparing this case to the recent judgments of *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*²⁶, *Hussein Dürshi and Others v. the Netherlands and Italy*²⁷ and *Daytbegova and Magomedova v. Austria*²⁸ concerning minors and the situation of asylum seekers in Italy as well, the Court's reasoning does not seem to be stringent. In the case of *Daytbegova and Magomedova v. Austria* of June 2013 for example, the Court did not hold it necessary for Austria to obtain special assurances concerning adequate treatment from the Italian authorities although the then 16-year-old *Mariat Magomedova* suffered from acute post-traumatic stress disorder with serious suicidal tendencies.²⁹ Consequently, in the case at hand, the Court's majority at least failed to justify the apparent reversal of its previous approach.

Not surprisingly, the judgment was celebrated by most non-governmental organizations dedicated to the aid of refugees and children as a decision that will strengthen the rights of asylum seekers and, in particular, those who are minors.

²⁵ ECtHR, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl.No.29217/12, Judgment of 4 November 2014, 74.

²⁶ ECtHR, *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*, Appl.No.27725/10, Decision of 2 April 2013.

²⁷ ECtHR, *Hussein Dürshi and Others v. the Netherlands and Italy*, Appl.No.2314/10, Decision of 10 September 2013.

²⁸ ECtHR, *Khalisat Daytbegova and Mariat Magomedova v. Austria*, Appl.No.6198/12, Decision of 4 June 2013.

²⁹ ECtHR, *Khalisat Daytbegova and Mariat Magomedova v. Austria*, Appl.No.6198/12, Decision of 4 June 2013, 18, 67 et seq.

In my opinion, the general objective to assure that families are kept together and to avoid that unaccompanied minors are returned to an overburdened Italian asylum system is generally to be welcomed. Although the situation in Italy is not as dramatic as it was in Greece at the time of the *M.S.S.* judgment, it is far from being a surrounding that would foster a minor's well-being and social development – factors that Member States shall take into account pursuant to Article 6 of the Dublin II Regulation – and even more under Article 6 of the Dublin III Regulation. Further, the Court as well as the *United Kingdom's Supreme Court* are right to hold that human rights violations may also occur in the absence of a total systemic breakdown as was determined in the case of Greece.

However, given that the Court in the case at hand neither established a real risk nor justified the deviation from its prior jurisprudence, the classification of the present proposed return as a violation of Article 3 ECHR may turn out to be problematic. If the low standard used in this case is consistently upheld, in future, many more actions will have to be seen as infringements of this article. Such a development would not only broadly extend the scope of Article 3 ECHR but also risk weakening the deterrent effect and reputational damage that may result if a state is found responsible for acts of torture or inhuman or degrading treatment.

Furthermore, it is uncertain if the objective to better protect families with young children or unaccompanied minors can be achieved by demanding guarantees. It is doubtful if this instrument is capable of preventing subsequent ill-treatment. Cases in which diplomatic assurances were obtained from states with a poor human rights record have proven to be ineffective. Driven by those experiences, international judicial bodies and experts have generally been very skeptical if guarantees can eliminate a real risk in cases concerning the principle of non-refoulement.³⁰ Therefore, it is surprising that the *Strasbourg Court* now itself resorts to this kind of requirement that will definitely make transfers

³⁰ *Committee against Torture*, Mutombi v. Switzerland, Comm.No.13/1993, 9.5, U.N.Doc.A/49/44(1994); *UN Human Rights Committee*, Ng v. Canada, Comm.No. 469/1991, 6.2, U.N.Doc.CCPR/C/49/D/469/1991(1994); *UN Human Rights Committee*, Alzery v. Sweden, Comm.No.1416/2005, 11.3, 11.5, U.N.Doc.CCPR/C/88/D/1416/2005(2006); *ECtHR*, Chahal v. the United Kingdom, Appl.No.22414/93, Judgment of 15 November 1996, 105; *ECtHR*, M.S.S. v. Belgium and Greece, Appl.No.30696/09, Judgment of 21 January 2012, 353; *ECtHR*, Saadi v. Italy, Appl.No.37201/06, Judgment of 28 February 2008, 148; *Nowak*, "Extraordinary Renditions", Diplomatic Assurances and the Principle of Non-Refoulement, in: *International Law, Conflict and Development*, 2010, p. 105 (130-134).

under the Dublin System more expensive and the administrative processing of asylum applications even more complex while its effects remain uncertain.

Lastly, questions arise when exactly such specific assurances relating to the facility's name, the physical reception conditions and the preservation of the family unit are required. Are they required for all asylum seekers liable to be transferred to Italy or only in cases concerning returns of particularly vulnerable groups or of families with children? Further, are they required only for returns to Italy or before any return to a state whose asylum system might show some deficiencies? Moreover, the consequences of Italy or any other Member State simply refusing to provide guarantees in order to avoid receiving more asylum seekers are unclear. However, at this point, one has to admit that a judgment deciding a specific case never answers all related legal questions and that it is now the task of EU secondary legislation to address these unsolved issues.

Until such time, Member States' reactions to the judgment will probably greatly differ. If they consistently follow the Court's judgment and require specific and individual guarantees not only from Italy but also from other Member States whose asylum systems might reveal some deficiencies, the principle of mutual confidence and the presumption of compliance on which the CEAS was once based according to the *ECJ*³¹ will be ultimately rendered hollow. However, maybe the deviation of this principle and the compliance presumption is unavoidable. Since, in light of the current reality where, on the one hand asylum seekers are transferred across Europe against their will, and on the other hand more and more asylum systems in the respective states are overburdened due to the asylum seekers' disproportional distribution, it seems that they are not compatible with effective human rights protection.

In sum, this judgment can be read as the attempt to repair one part of a net that was, from the beginning, badly constructed and has meanwhile become more and more strained and already started to tear apart.

Unfortunately, the measures that the *ECtHR* can take to improve the functioning of the Dublin System or at least to make it compatible with the

³¹ "Consideration of the texts which constitute the Common European Asylum System shows that it was conceived in a context making it possible to assume that all the participating States, whether Member States or third States, observe fundamental rights, including the rights based on the Geneva Convention and the 1967 Protocol, and on the ECHR, and that the Member States can have confidence in each other in that regard. It is precisely because of that principle of mutual confidence that the European Union legislature adopted Regulation No 343/2003." *ECJ*, N.S, C-411/10, Judgment of 21 December 2011, 78-79.

human rights obligations enshrined in the ECHR are limited. The Court can neither apply the Geneva Refugee Convention, nor the United Nations Convention on the Rights of the Child, nor can it change the Dublin System. It can only show the Member States the existing deficits of the Dublin System and try to oblige them to cooperate more in order to avoid further violations of the ECHR. This alone, however, will probably neither change the states' attitude, nor make them adhere to their obligations in good faith and show more solidarity towards the other Member States. In the end, the judgment must be understood as another sign that the Dublin System does not function well and as evidence of the need for a political solution, which results in its replacement by a more reasonable and just alternative.

In order to be functional and compatible with the ECHR, any such alternative should refrain from attempting once more to force human beings into an inflexible distribution system based on theoretic criteria and ignoring the actual needs of both asylum seekers and receiving states. Although it is true that the processing and receiving of asylum seekers and later the integration of accepted refugees should be the responsibility of all EU Member States together, the idea to implement a mandatory allocation key does not seem to be promising. One cannot expect refugees to voluntarily stay longer in EU countries whose own population is emigrating to richer EU Member States or in which strong populist parties or extreme right-wing movements prevail. Instead, the EU should find the courage to end the policy of closure and sealing off borders and to primarily consider the asylum seekers' individual needs. For the right to seek asylum includes the right to decide where to seek asylum, and integration succeeds only where people are willing to become part of the society. Of course, this step requires that European funds are distributed according to the responsibility taken up by Member States under the new European Asylum System in the event that asylum seekers are not assigned proportionately among the states.³²

³² Further ideas and proposals of the European Parliament concerning a reform of the CEAS and alternatives to the Dublin System can be found here: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU%282015%29519234_EN.pdf [last accessed on: 6.9.2015].