

Seminar im SS 1987

bei

Prof.Dr. G.Jakobs:

"Rechtsauslegung und Rechtssystem"

Die Entwicklung eines beweglichen Systems bei

Walter Wilburg

Gerald Süchting  
Jonas Cahn Str. 2  
5300 Bonn 1

## Gliederung

I	Einleitung in die Lehre Wilburgs	1
A	Ein Zitat zuvor	1
B	Wilburgs Analyse und Folgerung	1
C	Das bewegliche System als Gesetzgebungs- und als Auslegungsmethode	2
D	Zuordnung des beweglichen Systems zur Begriffs- und Interessenjurisprudenz	4
E	Das bewegliche System in Beispielen	5
1	Außervertragliches Schadensersatzrecht	5
2	Mittäter oder Gehilfe - das bewegliche System als Instrument in der Strafrechts- dogmatik	6
F	Zusammenfassung	10
II	Das bewegliche System in der Literatur	11
A	Marton - Ist das bewegliche System ein System ?	11
B	Reinhardt - Das Problem der Kräftegewin- nung	12
C	Canaris - Das bewegliche System als Mittler zwischen oberstem Rechtsprinzip und Einzel- fallgerechtigkeit	13
D	Bydlinski - Wie Wilburg die Kräfte bildet. Auslegungsvarianten innerhalb des beweg- lichen Systems	14
E	Otte - Argumentationsformen innerhalb des beweglichen Systems	16
F	Larenz - Die Kräfte identifiziert als rechtliche Strukturtypen	17
G	Zusammenfassung	19
III	Diskurs	
A	Bewegliches System und Nationalsozialis- mus - ein Zusammenhang ?	20
B	Der subsidiäre Charakter des beweglichen Systems	21
C	Systemtheorie oder Topik ?	22
D	Nochmal: Das Problem der Kräftegewinnung	24
E	Das bewegliche System als Gesetzgebungs- methode ?	25
F	Zusammenfassung	27

## Verzeichnis der verwendeten und zitierten Literatur

### I Primärliteratur

Wilburg, Walter

Die Elemente des Schadensrechts  
Marburg 1941  
zit.: "Elemente, S. ..."

Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht  
Rektoratsrede, Graz 1950  
zit.: "Entwicklung, S. ..."

Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts  
AcP 163,346  
zit: "Zusammenspiel, S. ..."

### II Sekundärliteratur

Bydlinski, Franz

Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff  
Springer Verl. Wien 1982

Canaris, Claus W.

Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz  
Duncker und Humblot, Berlin 1969

Larenz, Karl

Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
Springer Verl., 5.Aufl.1983

Marton, Geza

Versuch eines einheitlichen Systems zivilrechtlicher Haftung  
AcP 162, 1

Otte, Gerhard

Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems.  
Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd.II, S.301 ff

Reinhardt, Rudolph

Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts  
AcP 148,147

### III Desweiteren herangezogene Literatur

Rödig, Jürgen

Einführung in eine analytische Rechtslehre  
Springer Verl. 1986

Rüthers, Bernd

Die unbegrenzte Auslegung  
Tübingen 1968

Schneider, Egon

Logik für Juristen  
2.Aufl.1972, Verlag F.Vahlen

Weinberger, Ota

Rechtslogik  
Springer Verl. Wien 1970

## I Einleitung in die Lehre Wilburgs

### A Ein Zitat zuvor

" Der nationalsozialistische Staat wird mit dem Aufbau eines volksbürgerlichen Rechts auch die Grundsätze über den Schutz gegen Unrecht neu gestalten. Er bietet damit die Möglichkeit, die Lehre des Schadensersatzes auf einen Weg zu führen, der aus alter Starrheit und Verworrenheit befreit. (...) Wenn die hier unternommene Arbeit sich als nützlich zu erweisen hofft, so richtet sich die Möglichkeit hierzu in einer organischen Entwicklung, die die fruchtbaren, aber zerrissenen Ergebnisse der bisherigen Lehre zu einem neuen Ganzen fügt, und mit der Idee der Gemeinschaft im Sinne des nationalsozialistischen Pflichtgedankens verbindet. (...) Der Gedanke der Pflicht durchzieht das gesamte Recht und findet für das Verhältnis der Volksgenossen zueinander in der Ordnung des Schadensersatzes besonderen Ausdruck. " <sup>1</sup>

### B Wilburgs Analyse und Folgerung

Wilburg entwickelt seine Lehre vom beweglichen System kontrastierend zu bis dahin vertretenen Auslegungs- und Rechtsfindungsmethoden. Er diagnostiziert eine Krise der Jurisprudenz, deren Symptome u.a. die Gesetzesinflation und der mangelnde organische Zusammenhang der Normen bürgerlichen Rechts seien. Die Ursache dafür sucht er im traditionellen System des bürgerlichen Rechts selbst, das mit starren und verabsolutierten Prinzipien arbeite, und damit der technischen und sozialen Dynamik nicht folge.<sup>2</sup> Er sieht Rechtsideen und -grundsätze an bestimmte historische Zustände gebunden, fixiert an den sozialen Ideen der Zeit ihrer Entwicklung. Damit entsprächen sie nicht mehr den vielfältigen Erfordernissen des Alltags.<sup>3</sup> Zudem arbeite die herrschende Rechtslehre in Gesetzgebung und -auslegung je nach zu regelnder Rechtsmaterie mit nur e i n e m, die Rechtsmaterie dann beherrschendem Prinzip. Beispielhaft benennt Wilburg hierzu den Grundsatz der Gleichheit der Gläubiger im Konkursrecht,<sup>4</sup> den Grundsatz "pacta sunt servanda" im Vertragsrecht,<sup>5</sup> oder den

1: Elemente S.VII f

2: Entwicklung S.3 f

3: Entwicklung S.22

Grundsatz im Kondiktionenrecht, daß sich niemand auf sein eigenes Unrecht berufen dürfe.<sup>1</sup> Diese Grundsätze seien, wie Wilburg in ausführlicher Besprechung seiner Beispiele zeigt, in starrer, festgelegter Anwendung nicht geeignet, den ihnen zur Lösung aufgegebenen Sachverhalt immer nach Gerechtigkeitsmaßstäben befriedigend zu beurteilen. Die Art und Weise ihrer Anwendung sei in Grenzfällen bestimmt durch Fiktionen und Scheinbegründungen, die - da dogmatisch bedenklich - oft das Rechtsempfinden in die Irre führten.<sup>2</sup> Ziel müsse es sein, die einzelnen Rechtsprinzipien und -grundsätze, Wilburg nennt sie "Kräfte", bezogen auf den Einzelfall zu vereinigen, sich den systematischen Zusammenhang, in dem sie stünden, zuzunutzen zu machen, und ihr bewegliches Zusammenspiel, das durch die Vielfalt der Lebenserscheinungen entstünde, zu Rechtserkenntnis werden zu lassen.

C Das "Bewegliche System" als Gesetzgebungs- und als Auslegungsmethode

Mit dieser Analyse begründet Wilburg sein Gebot, dort, wo nicht strenge Formalismen gefordert seien, wie z.B. im Grundbuch- oder Wechselrecht, elastischere Normen als bisher zu entwickeln,<sup>3</sup> sich von absoluten Prinzipien und ihrer Bindung an historische Zustände bzw. Zusammenhänge abzuwenden.<sup>4</sup> Er verweist auf die für die Entwicklung des Zivilrechts grundlegenden Gedanken der Gerechtigkeit und Billigkeit. Die Gerechtigkeit gebe dem Richter die psychologische Stütze bei Abwägung der Interessen, die Billigkeit meine inhaltlich den Gedanken der sozialen Rücksichtnahme ( sei jedoch, da sie den Schritt in die freie Rechtsfindung bedeute, zur Begründung einer Argumentation nicht ungefährlich ).<sup>5</sup> Beides seien elastische Prinzipien, die sich einer Axiomatisierung entzögen. Als Aspekt einer Argumentation will Wilburg zudem noch die Gebote des Rechtsempfindens zulassen,<sup>6</sup> die u.U. aus den Betrachtungen des unvoreingenommenen Beurteilers ohne juristische Kenntnisse gewonnen werden könnten,<sup>7</sup> um in

1: Entwicklung S.9 f

2: Zusammenspiel S.379

3: Entwicklung S.4

4: Entwicklung S.22

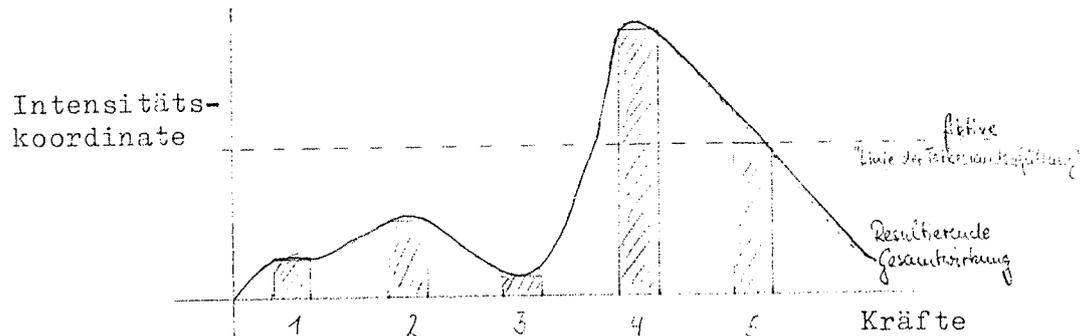
5: Entwicklung S.7

6: Entwicklung S.7; Zusammenspiel S.371

7: Entwicklung S.9

Grenzfragen Entscheidungshilfen zu gewinnen. Gleichwohl grenzt er sich ab von einer freien Rechtsprechung juristisch unbelasteter Richter, und spricht einer Rechtsfindung nach systematisierten Grundsätzen das Wort.<sup>1</sup> Diese Grundsätze oder "Kräfte" sollen ein elastisches Wertgefüge bilden, das dann zur Erfassung aller Sonder- und Einzelfälle taugt.<sup>2</sup> Dabei entscheide die Gesamtwirkung ihres variablen Spiels über die richterliche Entscheidung im konkreten Fall.

Die Lehre Wilburgs vom Beweglichen System erschließt sich leichter, wenn man sie sich graphisch verdeutlicht. Nehmen wir ein Koordinatensystem, reihen wir auf der x-Achse die in der jeweiligen Rechtsmaterie wirkenden Kräfte auf, und drücken wir auf der y-Achse die Intensität ihres Vorliegens aus. Genau so:



Abstrakt interpretiert: ein Tatbestand soll zur Herbeiführung der Rechtsfolge durch einen Sachverhalt erfüllt werden. Der Tatbestand beinhaltet 5 Kräfte, die durch den Sachverhalt verschieden stark erfüllt werden. Bleiben einige Sachverhaltsmerkmale hinter der zur Tatbestandserfüllung geforderten Intensität zurück (Kräfte 1, 2 und 3), erfüllt das andere (5) oder schießt stark über(4).

Aufgabe des Richters sei es nun nicht, die binäre Entscheidungsstruktur erfüllt/nicht erfüllt von Kraft zu Kraft anzuwenden, sondern er habe das flexible Zusammenspiel der verwirklichten Kräfte zu einer Gesamtwirkung zu verbinden, z.B. das starke Vorliegen einer Kraft zu berücksichtigen, und so in einer integrierenden Betrachtung die richterliche Entscheidung zu finden. Hervorzuheben ist dabei, daß u.U. das Vorliegen einer Kraft in besonders hoher Intensität allein ausreichen soll, bei Nichtvorliegen anderer vom Tatbestand geforderter Elemente, den Tatbestand zu erfüllen.<sup>3</sup>

So wäre in obiger Skizze eine Tatbestandserfüllung noch möglich. Das Gewicht der vierten Kraft vermag nach der Theorie vom beweglichen System die geringe Intensität der ersten drei Kräfte auszugleichen. Die Entscheidung darüber, ob der

1: Entwicklung S.3

2: Entwicklung S.14

3: Entwicklung S.13

Tatbestand erfüllt ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Bei der Frage der Tatbestandserfüllung sei der rechtsuchende Richter auf sein gelenktes Ermessen verwiesen, und nicht nur und ausschließlich auf das Rechtsempfinden, die guten Sitten oder die Billigkeit. Er habe die wahren Grundsätze seiner Entscheidung zu benennen, warum er den Sachverhalt mit dieser Methode so beurteilte wie er es tat.<sup>1</sup> Er könne nun durch elastischere Normenbildung und -auslegung neue, unbekannte Sachverhalte in die gesetzliche Systematik einordnen, ohne das positive Recht am unerschlossenen Sachverhalt biegen oder beugen zu müssen, noch mit Fiktionen oder Scheinbegründungen arbeiten zu müssen.

Das charakterisiert die Lehre vom beweglichen System: die Tauglichkeit des Tatbestandes in der Subsumtion als Obersatz für die Sachverhalte wird durch elastische Formulierung und Auslegung gesteigert, so daß er für eine Vielzahl von Merkmalskombinationen anwendbar ist. Damit könne der Lückenhaftigkeit der Anspruchsgrundlagen und deren mangelnder systematischer Zusammenhang im Zivilrecht mittels eines organisch entwickelten beweglichen Systems entgegengetreten werden.

#### D Zuordnung des beweglichen Systems zur Begriffs- und Interessenjurisprudenz

Wilburg entwickelte seine Lehre vom beweglichen System kontrastierend zu bis dahin vertretenen Auslegungs- und Rechtsfindungsmethoden. In Frage stellt er speziell die Begriffskörperlehre Jherings. Als Modell anschaulich für eine Vielzahl von Rechtsphänomenen, erkläre sie jedoch nicht alles. Wilburg empfindet die von Jhering vorgenommene Begriffsbildung als zu starr.<sup>2</sup> Verwandter fühlt er sich der moderneren Interessenjurisprudenz Rümelins, Müller-Erzbachs, Stolls und Hecks. In der Interessenjurisprudenz sei die starre Begriffsbildung aufgelöst, sie gestalte die Rechtsentwicklung beweglicher durch Ausforschung der Motive und Grundsätze der Gesetzgeber. Dieses ähnele prinzipiell der von Wilburg vorgeschlagenen Konzeption.

Abzuschichten von der Interessenjurisprudenz sei das bewegliche System jedoch dadurch, daß es die Motive und Grundsätze - eben die Kräfte - nicht als präjuristische, vorposi-

1: Entwicklung S.22,23

tive Elemente begreift, sondern diese in die Kodifikation, in die Norm und ihren Tatbestand hinein verlegt.

Obwohl von Wilburg unausgesprochen, ist in dieser Konzeption der Norm in ihrem Verhältnis zu den ihr zugrundeliegenden Rechtsprinzipien die Abkoppelung der Norm und der sich in ihr bewegenden Kräfte von den konkreten historischen Zusammenhängen ihrer Entstehung zu sehen.

Die Bedeutung seiner Lehre sieht Wilburg vordringlich in der Dogmatik. Er erkennt, keine Theorie des positiven Rechts geleistet zu haben, verweist aber zur Verwertung seiner Anregung für das positive Recht auf das juristische Temperament von Lehre und Praxis.<sup>1</sup> Wilburgs bewegliches System ist für zukünftige Zivilgesetzgebung insofern Forderung, für die bestehende eine flexibel-dogmatische Auslegungsmethode.

## E Das bewegliche System in Beispielen

### 1 Außervertragliches Schadensersatzrecht

Für die Darstellung seiner Konzeption des beweglichen Systems war für Wilburg das Schadensersatzrecht von herausragender Bedeutung. Neben einer Fülle von das bewegliche System erklärendem Beispielsmaterial entwickelte er insbesondere im Schadensersatzrecht erstmals und am ausführlichsten die Idee frei beweglichen Kräftezusammenspiels im Recht. Im Ansatz 1941 entstanden,<sup>2</sup> griff er diese Idee 1950 in seiner Antrittsrede als Rektor der Universität Graz wieder auf und dehnte sie aus auf das gesamte Bürgerliche Recht.<sup>3</sup> 1963 verbesserte und präziserte er diese Konzeption für das Schuldrecht.<sup>4</sup> In dieser neuesten Fassung will er den Schadensersatzanspruch auf folgende fünf Kräfte gründen:

- 1) Inanspruchnahme fremden Gutes oder dessen Gefährdung; *Äquivalenz*
- 2) Vorwurf eines Mangels, der der Rechtswidrigkeit nahesteht, aber auch das Verschulden in seinen verschiedenen Graden umfaßt; *Recht + S*
- 3) Intensität der Verursachung; *Kausalität*
- 4) Abwägung der Vermögenslage; *soziale Gerechtigkeit, Billigkeit*
- 5) Die Idee der Konzentration von Vorteil und Gefahr in einem Unternehmen.<sup>5</sup>

1: Entwicklung S.22

2: Elemente

3: Entwicklung

4: Zusammenspiel

5: Zusammenspiel S.346

Ob ein Schadensersatzanspruch besteht, und in welcher Höhe, ergebe sich aus dem Vorliegen dieser Kräfte nach Zahl und Stärke im Sachverhalt, und der daraus resultierenden Gesamtwirkung.<sup>1</sup> Liegt ein Element besonders intensiv vor, so vermag es das Fehlen anderer zur Haftungs begründung unschädlich zu machen. So sei z.B. der Luftfahrtunternehmer verschuldensunabhängig für Schäden haftbar zu machen, also auch bei höherer Gewalt. Wilburg begründet das mit der ganz besonders intensiv vorliegenden fünften Kraft in diesem Falle, mit der hohen Gefährlichkeit des Flugbetriebs als solchem.<sup>2</sup>

Demgegenüber nimmt er für das Kfz. eine geringere Betriebsgefahr an,<sup>3</sup> so daß ein Nachweis des Halters, keinen Fehler gemacht zu haben, diesen von der Haftung befreie. Bei noch geringerer Gefährlichkeit einer Unternehmung hält Wilburg es für angemessen, zur Haftungs begründung generell auf das Verschulden abzustellen.<sup>4</sup> So gestuft ergeben sich immer neue Kombinationen zwischen den Merkmalen Gefährdung und Verschulden, und in kontinuierlicher Reihenordnung lassen die unterschiedlichen Intensitäten ihres Vorliegens unterschiedliche Rechtswürdigung zu.

Ambition Wilburgs ist, in flexibler kombinatorischer Verknüpfung dieser fünf Kräfte die gesamte Vielfalt des deliktischen Verhaltens zu erfassen. Er hofft, mit diesen fünf Kräften das außervertragliche Schadensersatzrecht systematisierend erfaßt zu haben.

## 2 Mittäter oder Gehilfe? - Das bewegliche System als Instrument in der Strafrechtsdogmatik

Etwas leichter faßbar als die vom positiven Recht doch etwas abgehobene Konzeption eines Deliktsrechts bei Wilburg ist das Beispiel der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe in höchstrichterlicher Rechtsprechung. Hier wird jetzt mit dem uns durch das bewegliche System an die Hand gegebenen Handwerkszeug die Argumentation der Gerichte zu dieser Frage nachgezeichnet. Im folgenden - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - die zu dieser Abgrenzung jemals aufgeführten Unterscheidungskriterien.

1: Zusammenspiel S.347

2: Entwicklung 13

3: Entwicklung 13

4: Entwicklung 13

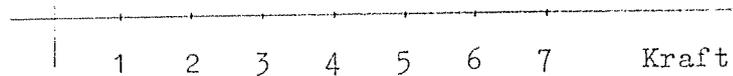
So soll Mittäter sein, wer

subjektiv

- (1) - die Tat als eigene will , sich mitverantwortlich fühlt;
- (2) - ein Interesse am Taterfolg hat ;  
objektiv/subjektiv
- (3) - ein enges Verhältnis zur Tat hat ;  
objektiv
- (4) - das "Ob" der Tat mitbeherrscht (z.B. durch geistige Einwirkung auf den Ausführenden);
- (5) - die Durchführung der Tat mitbeherrscht;
- (6) - im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit anderen den Taterfolg herbeiführt;
- (7) - gemäß dem Urteil eines unbefangenen Beobachters Mittäter ist.

Begreifen wir diese Kriterien als Kräfte im Sinne Wilburgs. Bauen wir sie dann in unser Koordinatensystem ein, genau so:

Intensität

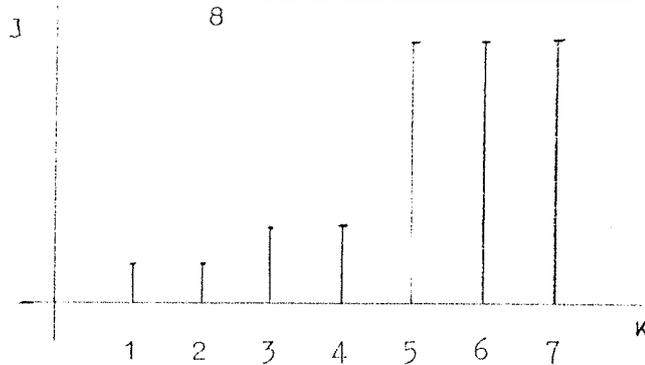


Zu untersuchen ist, wie RGSt und BGHSt mit diesen Kräften argumentativ verfahren.

So hatte das RGSt folgenden Fall zu entscheiden (RGSt 74,84; "Badewannenfall"):

Fräulein A gebärt ein uneheliches Kind. Ihre Schwester, die ihr bei der Niederkunft zur Hand ging, sieht großes Unglück ob dieser Geburt über das Fräulein A hereinbrechen: Familienzank und Nachbartratsch. Nach kurzer Absprache mit der A taucht sie den frischgeborenen und lebenden Säugling in eine gefüllte Badewanne, so daß dieser ertrinkt.

Die Vorinstanzen erkannten auf mittäterschaftliche Begehungsweise, das RGSt sah es anders: Gehilfenstrafbarkeit für die Schwester. Zunächst ein Blick in das Koordinatensystem:



Das RGSt argumentierte wie folgt: zwar habe die Schwester alle objektiven Kriterien für eine Mittäterschaft erfüllt, doch war sie in subjektiver Hinsicht völlig den Zwecken des Fräuleins A untergeordnet. Sie habe die Tat nicht als eigene gewollt. Das schloß für das RGSt Mittäterschaft aus.

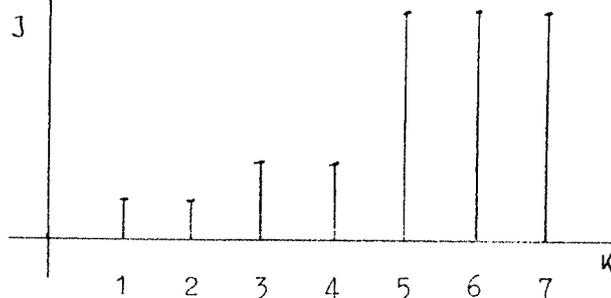
In der Sprache des beweglichen Systems: bei Betrachtung des Zusammenspiels der Kräfte in diesem Fall und deren Gesamtwürdigung schließt die schwache Intensität der ersten beiden Kräfte die Erfüllung des Tatbestands "Mittäterschaft" aus.

Diese Auffassung erfuhr lebhaft Kritik, die sich auch in der Rechtsprechung niederschlug. In BGHSt 8,393 wurde folgender Fall entschieden:

Landarbeiter B zog zu den Eheleuten C. Frau C war attraktiv, und übte deshalb eine starke Anziehungskraft auf den C aus. Er wurde ihr hörig, ohne sexuell in Kontakt mit ihr getreten zu sein. Frau C war mit ihrem Mann nicht mehr so recht glücklich, weshalb sie den B bestürmte, Herrn C zu erschlagen. Nach längerem suggestiven Zureden und geziemendem Zögern erklärte sich B zur Tat bereit. Während eines gemeinsamen Waldspaziergangs mit den Eheleuten C erschlug der B den C auf ein Zeichen von Frau C.

Während der Verhandlung stellte sich heraus, daß B die Tat nicht als eigene wollte, auch nicht, um sich den Weg zu Frau C freizumorden.

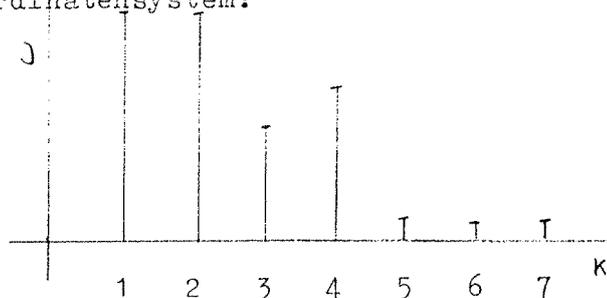
Entgegen RGSt 74,84 entschied der BGHSt mit ausführlicher Stellungnahme und unter Anführung der materiell-objektiven Abgrenzungstheorie Welzels auf mittäterschaftliche Begehungsweise. Zunächst ein Blick in das Koordinatensystem:



Man mag sich über Nuancen streiten, aber im Großen und Ganzen entspricht die Gesamtwirkung des Zusammenspiels der Kräfte in diesem Fall des B so ungefähr dem der Schwester im "Bade-  
wannenfall". Diese Gesamtwirkung wurde vom BGHSt jedoch anders interpretiert: das schwache Vorliegen der ersten beiden Kräfte werde kompensiert durch das ganz besonders intensive Vorliegen aller objektiven Merkmale. Interpretationsprinzip war dabei der Leitsatz: wer mit eigener Hand einen Menschen tötet, ist grundsätzlich Täter, auch wenn er kein Interesse an der Tat hat. So mußte der BGHSt in dem B den Mittäter erkennen.

Es ging auch anders. Folgender Fall lag BGHSt 16,12 zugrunde: D,E und F verabredeten sich, für eine Spritztour ein Auto zu knacken. D und E gingen noch auf ein Bier in die Kneipe, derweil der F das Auto besorgte, mit dem er dann D und E in der Kneipe abholte.

Welche Kräfte waren bei D und E bzgl. des Autodiebstahls realisiert? - stark im subjektiven, schwach im objektiven. Das Koordinatensystem:



Der BGHSt erkannte auf Mittäterschaft für D und E. Er würdigte dabei das für Fälle von Mittäterschaft *t y p i s c h* enge Verhältnis von D und E als entscheidend, empfand die starke subjektive Komponente als ausschlaggebend, was das faktische Nichtvorliegen objektiver Merkmale kompensiere. Interessant natürlich im Vergleich zu BGHSt 8,393: jeweils <sup>nichtvorliegende</sup> subjektive oder objektive Voraussetzungen der Mittäterstrafbarkeit wurden durch das besonders intensive Vorliegen der jeweils anderen Kräfte substituiert.

Diese höchstrichterlichen Argumentationen erinnern stark an die von Wilburg vorgezeichneten Interpretationsmuster für bewegliche Systeme.

## F Zusammenfassung

- 1 Wilburg diagnostiziert eine Krise der Jurisprudenz. Ursache sei zu starre Begriffsbildung und die Verabsolutierung einzelner Rechtsprinzipien in Lehre und Praxis.
- 2 Wilburg fordert dort, wo nicht strenge Formalisierung geboten ist, elastischere Normen und flexiblere Auslegung. Zur Argumentation verweist er auf die Prinzipien der Gerechtigkeit, Billigkeit und auf das Rechtsempfinden.
- 3 Die Kräfte eines Rechtsgebietes liegen in den Einzelfällen als in einem beweglichen System verknüpft vor. Rechtsfindung vollzieht sich am konkreten Sachverhalt unter Berücksichtigung der Gesamtwirkung des freien Zusammenspiels der Kräfte durch Entscheidung des Richters nach geleitetem Ermessen.
- 4 Wilburg grenzt seine Lehre von der Begriffsjurisprudenz ab, sieht sich jedoch der Interessenjurisprudenz verwandt. Im Unterschied zu ihr verlegt er die Kräfte nicht in den vorpositiven, metajuristischen Bereich, sondern sieht sie direkt in der Norm verwirklicht. Anliegen dabei ist, die Kräfte von den ihnen zugrundeliegenden historischen und sozialen Umständen ihrer Entstehung zu abstrahieren.
- 5 Ihre Grundlegung fand die Idee vom beweglichen System 1941 in der Entwicklung eines Schadensersatzrechts nach Elementen.

## II Das bewegliche System in der Literatur

Die Lehre Walter Wilburgs fand Echo in der Literatur. Dieses Echo war in den ersten Jahren nach Erscheinen eher reserviert bzw. ablehnend, in jüngster Zeit fanden sich jedoch Autoren, die sich um das bewegliche System vertiefend und präzisierend bemühten.

A Marton: Ist das bewegliche System ein System ?

Eine kritische Stimme erhob sich kurz vor Erscheinen von "Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts" 1962. Es äußerte sich Geza Marton,<sup>1</sup> der sich innerhalb eines eigenen Entwurfs zum Schadensersatzrecht mit Wilburgs Konzeption beschäftigte. Er fühlt sich der Lehre Wilburgs grundsätzlich verwandt, wie dieser befürwortet auch er eine Differenzierung der haftungsbegründenden Elemente im Schadensersatzrecht, unter denen das Verschulden nur eines unter mehreren sein soll.<sup>2</sup> Dabei sieht er jedoch in Wilburgs Versuch einer Systematisierung erhebliche Mängel: in jedem dieser Elemente "stecke zwar ein richtiger Gedanke, doch sind sie sehr mangelhaft und unklar herausgearbeitet und ihre Abstimmung auf ein geschlossenes System ist so mangelhaft, so unbegründet, daß man dabei kaum von einem System sprechen kann"<sup>3</sup>. In dem Bemühen, alles zu umgreifen, habe Wilburg nichts erklärt. In den Beispielen Wilburgs aus dem geltenden Recht, mit denen er die Notwendigkeit einer Auslegung nach dem beweglichen System zu beweisen versucht, sei mal das eine, mal das andere Element oder Kraft stark gewichtet, würde dominierende Kraft am konkreten Fall, ohne daß Wilburg eine Begründung oder ein Prinzip angäbe, aus dem sich das Übergewicht der Kraft erklären würde. Der immer wiederkehrende Verweis auf das menschliche Rechtsgefühl würde dabei wissenschaftliche Bedürfnisse nicht befriedigen.<sup>4</sup> So vermutet Marton, daß Wilburg auch überhaupt kein System leisten wollte, "da er nicht versucht, den Zusammenhang seiner Elemente, die Rolle und das Gewicht jedes einzelnen in ihren gegenseitigen Auswirkungen darzutun".<sup>5</sup>

1: Marton AcP 162,1 ff

2: a.a.O. S.35

3: a.a.O. S.37

4: a.a.O. S.37

5: - - - S. 36

Billigt Marton zwar die praktischen Feststellungen Wilburgs innerhalb des Deliktrechts, so äußert er doch erhebliche Zweifel an der Methode Wilburgs.

Auf Martons Kritik reagierte Wilburg in seinem kurz darauf erscheinenden Aufsatz.<sup>1</sup> In diesem hielt er eine feste, bestimmte Gewichtung der Kräfte innerhalb des beweglichen Systems wegen der vielfältigen und sich kontinuierlich verändernden Lebenserscheinungen für unmöglich, aus demselben Grund auch nicht für wünschenswert.

#### B Reinhardt: Das Problem der Kräftegewinnung

Kritik hat die Lehre Wilburgs auch durch Reinhardt erfahren. Auch er äußerte sich über die "Elemente des Schadensrechts" Wilburgs, auch für ihn waren die methodischen Grundlagen des beweglichen Systems der Schwerpunkt seiner Attacke. Er kritisiert die abstrakten, farblosen Formulierungen der Kräfte, die kaum einen Schluß auf das von Wilburg Gemeinte zuließen.<sup>2</sup> Auch sieht er die Frage nach den Prinzipien, nach denen sich das bewegliche Zusammenspiel der Kräfte vollziehen und einer Gesamtwürdigung zugänglich sein soll, als völlig offen. So sei Wilburg eine systematische Erfassung des Deliktrechts nicht gelungen, die letzte und umfassende Durchdringung der Materie stehe aus.

Massiv hinterfragt er die Art und Weise des Schließens Wilburgs vom Beispielsmaterial, vom allgemeinen Rechtsmaterial auf die Kräfte. Diese erscheine nicht zwingend, der Schlußmodus bleibe im Dunkeln. So fragt er wörtlich: "...woher nimmt der Verfasser das, warum ist das wirklich zwingend?"-diesen Nachweis bleibe Wilburg schuldig.<sup>3</sup> Zudem bleibe der Verweis im Rechtsfindungsprozeß auf das gelenkte Ermessen des Richters unbefriedigend,<sup>4</sup> damit sei eine Rechtsunsicherheit größeren Ausmaßes verbunden. Gleichwohl erkennt Reinhardt Wilburgs Lehre als durchaus wertvolle Anleitung zur Beurteilung eines Einzelfalles aus dem Rechtsgefühl an.<sup>5</sup>

Wilburg selbst hat Reinhardts Kritik zur Kenntnis genommen, sie als klärend empfunden, sie jedoch unkommentiert gelassen.<sup>6</sup> Eine Präzisierung des beweglichen System in die von Reinhardt vorgeschlagene Richtung erfolgte nicht durch Wilburg selbst, jedoch durch andere - wie, davon gleich.

1: Zusammenspiel §47  
2: Reinhardt a.a.O. S.167  
3: a.a.O.S. 167

4: a.a.O.S.168  
5: a.a.O.S.186  
6: Zusammenspiel S.347 FN 3

C Canaris: Das bewegliche System als Mittler zwischen oberstem Rechtsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit

Unter den affirmativen Stimmen hat sich besonders Canaris um eine Einordnung der Lehre Wilburgs in das juristische Systemdenken bemüht. Unter gesetzgeberischem Aspekt sieht er das bewegliche System zwischen fester Tatbestandsbildung und Generalklausel.<sup>1</sup> Als Auslegungsmethode verspricht sich Canaris vom beweglichen System Konkretisierungshilfe bei Generalklauseln mit dem Ziel, bloße Billigkeitserwägungen und topisches Denken in der juristischen Argumentation so weit wie möglich zurückzudrängen.<sup>2</sup>

Canaris hebt folgende Eigenheiten des beweglichen Systems hervor: es gäbe in ihm keine Hierarchie der Kräfte, die Rechtsprinzipien seien einander gleichgeordnet.<sup>3</sup> Lediglich in Bezug zu Einzelfallkriterien seien sie übergeordnet.<sup>4</sup> Gleichordnung der Kräfte, ihre wechselseitige Austauschbarkeit und Verzicht auf eine abschließende Tatbestandsbildung seien die prägenden Merkmale des beweglichen Systems.<sup>5</sup> Diese Merkmale macht Canaris sich zunutze, um das bewegliche System vom sogenannten "offenen System" abzugrenzen. Sehe ein offenes System die inhaltliche Veränderbarkeit der Prinzipien und Wertungen vor, sei das bei dem beweglichen System gerade nicht der Fall. Zudem ist mit dem offenen System nicht notwendigerweise die Gleichordnung und Austauschbarkeit der Wertungen impliziert, wohl aber in der Lehre Wilburgs.<sup>6</sup> Damit kommt er zu dem Schluß, daß die Begriffe "offenes" und "bewegliches" System einander nicht bedingen, sondern Merkmale des einen Begriffs in der anderen Systemform mehr oder weniger realisiert sein können,<sup>7</sup> ohne daß sich daraus eine Korrelation zwischen den beiden Systemformen ergäbe. Canaris gibt allerdings der Vermutung Ausdruck, daß Wilburg sein bewegliches System als offenes gemeint haben könnte,<sup>8</sup> da er das Hinzutreten neuer Aspekte und Kräfte innerhalb seines Systems am Einzelfall als möglich erkennt.

1: Canaris a.a.O.S.82,156,157

2: a.a.O.S.152,153

3: a.a.O.S.74,77 f

4: a.a.O.S.77

5: a.a.O.S.75

6: a.a.O.S.76

7: a.a.O.S.76

8: a.a.O.S.76 FN 10, er verweist dabei auf Entwicklung S.14

Mit Blick auf das geltende deutsche Recht stellt Canaris fest, daß dieses überwiegend aus festen Tatbeständen besteht, mit Ausnahmen allerdings ( Generalklauseln, Mitverschuldenshaftung des § 254 BGB ). So geht er von einem Nebeneinander beweglicher und unbeweglicher Systemteile im geltenden Zivilrecht aus, wobei die maßgeblichen Wertungskriterien beweglich seien.<sup>1</sup> Er betont, daß der Forderung Wilburgs nach Elastizität der Rechtsauslegung gegen Verabsolutierung einzelner Rechtsprinzipien auch in prinzipiell unbeweglichen Systemen entsprechen werden kann, wenn diese Auffangtatbestände vorsehen.<sup>2</sup> Die positive Bewertung Canaris' der Lehre Wilburgs ergibt sich daraus, daß er das bewegliche System als einen besonders "glücklichen Kompromiß"<sup>3</sup> zwischen den obersten Rechtswerten und individualistischen Gerechtigkeitserwägungen empfindet, mithin in ihm den Ausgleich von bloßen Billigkeitserwägungen mit scharf akzentuierten Rechtsprinzipien verwirklicht sieht. Er mißt dem beweglichen System allerdings primär in der Auslegung Bedeutung zu, da für die legislatorische Praxis eine ausschließliche Verwendung elastischer Normen mit einem zu starken Verlust an Rechtssicherheit verbunden sei.<sup>4</sup> Schließlich erkennt er in dem beweglichen System eine "entscheidende Bereicherung des gesetzgeberischen wie des methodologischen Instrumentariums",<sup>5</sup> und apostrophiert es als "bedeutende juristische Entdeckung".<sup>6</sup>

D Bydlinski: Wie Wilburg die Kräfte bildet • Auslegungsvarianten innerhalb des beweglichen Systems

Wie Canaris, so sieht auch Bydlinski die Anwendung des beweglichen Systems vorwiegend in der Rechtsauslegung als in der legislatorischen Praxis. Dort sei es bei Generalklauseln, Normenkollisionen und festen Tatbeständen von Nutzen.<sup>7</sup> Eigentümlich in dieser Aufzählung der feste Tatbestand: bei ihm greife das bewegliche System in Grenzfällen ein, um eine nachvollziehbare Auslegung in den Vagheitsbereichen der scheinbar festen Begriffsbildung ( Begriffshöfe, neutrale Kandidaten ) zu ermöglichen.

Bei der Auslegung mittels des beweglichen Systems orientiere man sich an der dem Gesetz zugrundeliegenden Gesamtwertung. Bydlinski will diese Gesamtwertung durch Sichtung des juristischen Materials, d.h. aus dem Gesetz, Richterrecht, Rechts-

vergleichung und Literatur, gewinnen. Im Induktionsschluß von dem vielen Besonderen hin zum Allgemeinen verdichtete sich die aus dem juristischen Material gewonnene Gesamtwertung zur Kraft im Sinne Wilburgs. Mit diesem Verfahren will Bydlinski aus dem Grenzbereich der Auslegung beliebige Wertungen, Billigkeit Gesichtspunkte, Gefühl, Meinung, Topik und Freirechtsdenken zurückdrängen. Dabei ist es für ihn ganz verfehlt, "in der üblichen stereotypen Weise über den angeblich drohenden Verlust an Rechtssicherheit zu lamentieren"<sup>1</sup>, denn die Alternative zum beweglichen System in den Grenzbereichen der Auslegung sei nur das subjektiv-beliebige Meinen des Rechtssuchenden. Das bewegliche System zwingt demgegenüber zur Angabe nachprüfbarer Kriterien, deren sich der Rechtssuchende zunächst einmal selbst versichern muß.<sup>2</sup>

Die Anwendung des beweglichen Systems auf einen festen Tatbestand, so betont Bydlinski, sei genau dann methodisch legitim, wenn keine andere Auslegungsregel, wie z.B. das klassische Auslegungsquartett, zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Auf den Punkt gebracht: das bewegliche System sei anderen Auslegungsregeln *s u b s i d i ä r*.

Innerhalb des beweglichen Systems entwickelt Bydlinski zwei Auslegungsvarianten.

Zum ersten die "systematisch - teleologische Auslegung zweiter Stufe".<sup>3</sup> Diese Methode geht aus von der normalen Subsumtionssituation, in der ein Sachverhalt unter einen Tatbestand gefaßt werden soll, jedoch - wie es die Subsidiarität des beweglichen Systems gebietet - im Grenzbereich der Tatbestandsauslegung. Der rechtliche Zusammenhang, in dem die Subsumtion sich vollzieht, sei nun zu durchleuchten, das betroffene Rechtsgebiet abzustecken, die Gesamtwertung zu ermitteln. Man habe sich der dem Rechtsgebiet zugrundeliegenden Rechtsprinzipien zu vergewissern, und sie sich abstrakt, d.h. unabhängig von ihrer ursprünglichen Kombination und herausgelöst aus ihrer gesetzlichen Verankerung zu formulieren. Dieses nur auf einer metagesetzlichen Ebene befindliche Wertungsmaterial könne dann für den in Frage stehenden Sachverhalt nutzbar gemacht werden, dahingehend, daß nach Anknüpfungspunkten für das Wertungsmaterial im Sachverhalt gesucht wird. Liegen diese vor, läßt der Sachverhalt also zur Anwendung dieser Wer-

1: a.a.O.S.537

2: a.a.O.S.536,537

3: a.a.O.S.538

tungen ein, so könne man dann in direkter Anwendung des Gesetzes auf Tatbestandserfüllung und Rechtsfolge erkennen. Wie ist ein solches Verfahren von der Analogie abzugrenzen? Bydlinski hat der Auslegung zweiter Stufe die "Substitutionsanalogie" anbeigestellt. Die Auslegungssituation ist folgende: ein als notwendige Bedingung zur Tatbestandserfüllung vorgeschriebenes Tatbestandselement ist im Sachverhalt nicht gegeben. Dieses fehlende Tatbestandselement könne aber durch einen anderen Umstand, der dem fehlenden wertungsmäßig ähnlich ist (d.h.; tatsächliche Anknüpfungspunkte für eine gleiche Wertung vorlegt), im Sachverhalt substituiert sein. Das setzt wie in der Auslegung zweiter Stufe voraus, daß man sich der gesetzlichen Wertung zuvor vergewisserte. Findet man im Sachverhalt einen solchen ähnlichen Umstand nicht, so eröffnet Bydlinski eine Alternative. So könnten trotz des fehlenden Tatbestandsmerkmals die übrigen Merkmale durch den Sachverhalt derart heftig gegeben sein, daß auf das Fehlende verzichtet werden könne. Bei einer Gesamtschau des gesetzlichen Normalfalls und des abweichenden Sachverhalts sei dann eventuell Gleichwertigkeit gegeben, d.h. die gesetzliche Rechtsfolge könnte in analoger Anwendung der Vorschrift eingreifen.

Bydlinski will der Lehre seines Mentors Walter Wilburg die gebührende Beachtung sichern, erkennt aber, daß es dazu innerhalb des beweglichen Systems noch genauerer methodologischer Reflexion bedarf.

E            Otte: Argumentationsformen innerhalb des beweglichen Systems

Dieser methodologischen Reflexion hat sich Otte angenommen. Er bemüht sich um die logische Struktur eines beweglichen Systems, in das innerhalb eines Rechtsgebietes eine Vielzahl von Einzelfallentscheidungen eingeordnet werden müssen. Otte begreift dabei das bewegliche System und die in ihm wirkenden Kräfte als komparative Sätze, d.h. als Sätze, deren Tatbestands-Rechtsfolgerelation sich in einer

je (z.B. mehr, intensiver) - desto (z.B. härter bestraft)

Verknüpfung ausdrücken lassen. Um als Beispiel einen Satz aus Wilburgs Lehre selbst herauszugreifen: je intensiver der Sachverhalt die Kräfte innerhalb eines beweglichen Systems erfüllt, desto eher ist der Tatbestand gegeben.

Otte führt aus, was der komparative Satz zu leisten imstande ist. Dieser ordnet dem Sachverhalt im beweglichen System einen bestimmten Platz zu, so daß sich der Sachverhalt in die Reihenordnung bereits entschiedener Sachverhalte, Einzelfälle einfügen kann.<sup>1</sup> Diese Zuordnung eines Platzes in der Reihenordnung ist voraussetzungsschwanger dann, wenn ein bestimmter Katalog von Präjudizien vorliegt. Je mehr Präjudizien vorliegen, desto eindeutiger die Zuordnung eines bestimmten Platzes für den zur Entscheidung heranstehenden Sachverhalt (nota bene: auch ein komparativer Satz!). Diese Zuweisung erfolgt unter anderem nach dem Gleichheitssatz, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich ihrer Eigenart entsprechend zu behandeln; bzw. nach den Ausformungen des Gleichheitssatzes, nach den Argumenten a maiore ad minus oder a minore ad maius. Mittels Präjudizien sei die Zuweisung eines bestimmten Platzes in der Reihenordnung für den zu entscheidenden Sachverhalt nach diesen Grundsätzen kein Problem mehr.

Otte sieht Entscheidungen im Grenzbereich der Auslegung mittels eines bewegliches Systems als nur noch begrenzt allgemeingültig an. Die Wertung, die der Entscheidung zugrundeliegt, sei primär subjektiv, und damit nicht intersubjektiv notwendig nachvollziehbar. Wie Bydlinski sieht Otte aber auch die Leistung des beweglichen Systems darin, daß man zur Kundgabe der Entscheidungsgründe gezwungen sei, somit die Entscheidung zumindest intersubjektiv verstehbar würde.<sup>2</sup> Otte erhofft sich vom beweglichen System Impulse für die Diskussion um eine Logik der Normen und der Präjudizien.

F                   Larenz: Die Kräfte identifiziert als rechtliche Strukturtypen

Aus gänzlich anderer Richtung nähert sich Larenz dem beweglichen System an. In dem Kapitel "Begriffs- und Systembildung in der Jurisprudenz" seiner Methodenlehre zeigt er Leistung und Grenzen der klassischen Begriffslehre und des auf ihr aufbauenden Systemgedankens auf.<sup>3</sup> In den Grenzbereichen dieser Lehre, in denen die Lebenssachverhalte nicht mehr scharf von Begriffen umrissen werden könnten, sieht er die Notwendigkeit einer eigenen Theorie der Rechtsfindung

1: Otte a.a.O. S.310

2: a.a.O. S.319

3: Larenz a.a.O. S.430 ff

mittels Typenbildung.<sup>1</sup> Gegenstand dieser Lehre ist der systematisierende, im engeren Sinne rechtswissenschaftliche Typus.<sup>2</sup> In ihm wird eine Vielheit der Phänomene nach einem bestimmten Merkmal oder einer bestimmten Merkmalskombination abstrakt gefaßt. Unter verschiedenen Ausformungen der Typenbildung - es sind verschiedene möglich, man könnte scherzhaft von "Typentypen" sprechen - setzt er insbesondere die des "Rechtlichen Strukturtypus" in Relation zum beweglichen System Wilburgs. Der rechtliche Strukturtypus ist definiert durch seine Funktion: die Markierung rechtlicher Sinnzusammenhänge, aus denen sich Teilregelungen sinnhaft erschliessen lassen.<sup>3</sup> Larenz bildet den rechtlichen Strukturtypus unter normativen Gesichtspunkten, d.h. wertungsabhängig. Dabei werden in sich zusammenhängende Regelungskomplexe, die aus den Normen, deren <sup>abstrakten</sup> Inhalten plus deren Lebensbezüglichen bestehen, zusammengefaßt.<sup>4</sup> Die Normen, deren Inhalte und deren Lebensbezüge begreift Larenz mit dem Begriff "Elemente" des Regelungskomplexes. Charakteristisch für den rechtlichen Strukturtypus sei, daß einige dieser Elemente im Einzelfall fehlen könnten oder abgewandelt sein könnten, ohne daß der Regelungskomplex deshalb aufhörte, dem jeweiligen rechtlichen Strukturtypus anzugehören. Auch könnten fehlende Elemente substituiert werden.<sup>5</sup> Was die Terminologie schon erahnen läßt, präzisiert Larenz wie folgt: "Die Gesamtheit dieser Elemente kann man als ein "bewegliches System" in dem Sinne auffassen, in dem Wilburg diesen Begriff in die Rechtswissenschaft eingeführt hat"<sup>6</sup>, "Es dürfte daher berechtigt sein, Wilburgs Begriff des "beweglichen Systems" mit seinen Implikationen des "Zusammenspiels" jeweils in unterschiedlicher Stärke und Verbindung auftretender "Elemente" auf den rechtlichen Strukturtypus als Denkform zu übertragen."<sup>7</sup>

M.a.W.: Larenz identifiziert die Lehre vom beweglichen System mit einem Teilbereich seiner eigenen Typenlehre, soweit es um das bewegliche System als Auslegungsmethode geht. Er hebt allerdings hervor, daß das positive Recht der Modellvorstellung Wilburgs nicht immer entspricht, daß der Gesetzgeber größtenteils eben nicht auf die Bildung fester Tatbestände verzichtete. Er sieht - und da trifft er sich mit Canaris - die Anwendbarkeit der Lehre Wilburgs nur in dem Bereich, in dem der Gesetzgeber auf festumrissene Tatbestände verzichtete.

1: Larenz a.a.O.S. 443

2: a.a.O. S. 444

4: a.a.O. S. 452

5: a.a.O. S. 452

7: a.a.O. S. 452 a.F.

## G Zusammenfassung

- 1 M a r t o n stellt die Systemqualität der Lehre Wilburgs in Frage. Unklar bleibe das Prinzip, nachdem die Kräfte gewichtet würden. Der Verweis auf das Rechtsempfinden bleibe wissenschaftlich unbefriedigend.
- 2 R e i n h a r d t kritisiert die unscharfen Formulierungen Wilburgs. Auch sei nicht nachgewiesen, woher Wilburg **seine Kräfte nimmt und wie** er sie bildet. Das induktive Schlußverfahren vom Rechtsmaterial auf die Kraft sei suspekt.
- 3 C a n a r i s erkennt jedes bewegliche System als gegenüber neuen Wertungen oder Inhalten offen an. Im beweglichen System gebe es keine Hierarchie der Kräfte. Diese seien lediglich bloßen Einzelfallkriterien übergeordnet. Als Auslegungsmethode taue das bewegliche System, doch zur Gesetzgebung lasse es die nötige Rechtssicherheit vermissen.
- 4 B y d l i n s k i betont die Subsidiarität des beweglichen Systems als Auslegungsmethode. Er entwickelt anhand der Konzeption Wilburgs zwei Auslegungsmethoden: die systematisch-teleologische Auslegung zweiter Stufe und die Substitutionsanalogie. Die Kräfte gewinne man unproblematisch im induktiven Erkenntnisvorgang aus dem gesamten juristischen Material. Anwendung des beweglichen Systems auch bei festen Tatbeständen, dort eingreifend in die Vagheitsbereiche.
- 5 O t t e begreift das bewegliche System als komparativen Satz. Mittels Präjudizien und der Argumente a maiore ad minus bzw. a minore ad maius sei es möglich eine logische Struktur der Einzelfallentscheidungen in einem beweglichen System zu erstellen. Entscheidungen mittels des beweglichen Systems seien nicht objektiv wahr oder falsch, sondern vertretbar, verstehbar, oder - eben nicht.
- 6 L a r e n z identifiziert das bewegliche System mit einem Teilbereich seiner Typenlehre, mit dem rechtlichen Strukturtypus.

III Diskurs

## A Bewegliches System und Nationalsozialismus - ein Zusammenhang ?

Zunächst: die Einleitung zur Darstellung der Lehre Walter Wilburgs ist markiert durch ein Zitat aus seiner Schrift "Elemente des Schadensrechts", 1941. Dieses Zitat wurde nicht vorangestellt, um Walter Wilburg per se, und seine Lehre damit zugleich, zu diffamieren, sondern um das bewegliche System in dem historischen Zusammenhang zu sehen, in den Wilburg es selbst ausdrücklich gesetzt hat.

Die Grundlegung seiner Lehre entwickelte Wilburg 1941, zur Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft in Deutschland und Österreich. Wilburg selbst, das belegt das Zitat, sah sich in diese politischen Gegebenheiten eingepaßt. Fraglich ist, ob die Lehre Wilburgs vom beweglichen System mit dem Makel nationalsozialistischer Ideologie behaftet ist, und damit evtl. für eine aktuelle Methodendiskussion disqualifiziert wäre. Es erscheint nützlich in diesem Zusammenhang, sich über die Rolle der Methodenlehre im Recht Klarheit zu verschaffen, das Verhältnis von Ideologie, Wertung und ihrer methodischen Umsetzung im Recht kurz zu beleuchten.

Vorausgesetzt ist der Sinnspruch, daß die Methode die Dienerin der Wertung im Recht ist. Rechtsfindung vollzieht sich aufgrund einer praktisch-philosophischen Grundwertung, die anhand geltenden Rechts methodisch umgesetzt wird zur konkreten Entscheidung. Wichtig für die Stellung der Methode in diesem Prozeß ist das von R ü t h e r s 1968 in einer Auseinandersetzung mit der NS-Rechtsprechung gesagte:

" Die juristische Methodenlehre, besonders die Auslegungsmethode, ist mithin eine formale Theorie der Wertverwirklichung. Daher kann dieselbe Auslegungsmethode auf Rechtsordnungen mit sehr verschiedenen Wertgrundlagen angewendet werden."<sup>1</sup>

Methodenlehre ist also formal, inhaltlich nicht fixiert, ist eine " formale Theorie der Wertverwirklichung ". Sie kann so-

1: Rütters a.a.O. S. 435,436

mit nicht mit einer bestimmten politischen Ideologie identifiziert werden, oder als Ausdruck einer bestimmten moralischen Wertung begriffen werden. Demgemäß dürfte der Begriff einer spezifisch nationalsozialistischen Methodenlehre an der von Rüthers formulierten Erkenntnis vorbeiziele.

Der Makel des Faschismus haftet also dem beweglichen System Wilburgs nicht an, seine Lehre ist keine spezifisch nationalsozialistische. Das bewegliche System ist nicht disqualifiziert für eine Diskussion.

B Der subsidiäre Charakter des beweglichen Systems

Was das bewegliche System leistet und was nicht, muß also unter einem anderen, ideologiegereinigten Aspekt beurteilt werden. Eine kurze Beleuchtung des Literaturechos mag Aufschluß geben über das, was gewollt und erreicht wurde. Auffällig sind die beiden scharfen Kritiken Martons und Reinhardts. Obwohl sie sich beide je nur auf das Schadensersatzrecht Wilburgs beziehen, packen sie ihn doch an der methodologischen Wurzel. Wie gelingt ihm der Schluß vom empirischen Material auf das allgemeine Prinzip? Wie präzise beschreibt er seine Haftungselemente? Wo sind die Kriterien, nach denen eine Gesamtwirkung des beweglichen Kräftezusammenspiels zu gewinnen ist, wie soll diese dann gewertet werden? Auf diese Fragen gab Wilburg selbst keine Antwort, jedoch bemühten sich Bydlinski, Canaris und Otte (mittelbar natürlich auch Larenz, wendete man die Erkenntnisse seiner Typenlehre auch auf das bewegliche System an) um eine Präzisierung der Forderung Wilburgs nach mehr Beweglichkeit in der Rechtsauslegung. Dabei entfaltete die Anregung, die Wilburg mit seinem beweglichen System gab, eine erhebliche Eigendynamik. Eine besonders weitgehende Modifikation erfuhr die Intention Wilburgs, eine universelle Auslegungsregel für das gesamte Bürgerliche Recht zu leisten. Die Wilburg nachfolgende Beschäftigung mit dem beweglichen System engte den Anwendungsbereich dieser Lehre immer weiter ein. So erkannte Canaris m.E. die Untauglichkeit dieser Lehre für die legislatorische Praxis, betont Bydlinski die Subsidiarität ihrer als Auslegungsmethode gegenüber anderen Auslegungen. In diese Kerbe schlägt auch Larenz: seine Lehre vom rechtlichen Strukturtypus sieht er erst dann zur Anwendung kommen, wenn der her-

hier aufgeführt  
wird

kömmliche Auslegungskanon versagt. D.h., daß aus der generellen Theorie einer Auslegung Bürgerlichen Rechts Wilburgs bei Larenz, der ja seinen rechtlichen Strukturtypus mit dem beweglichen System identifiziert, und bei Bydlinski eine Methode geworden ist, die nur noch im Grenzbereich der Rechtsauslegung zur Anwendung kommt. Der Nutzen des beweglichen Systems wird vordringlich in der juristischen Ausnahmesituation gesehen, die ambitionierte Lehre Wilburgs wurde damit auf ein schmales Betätigungsfeld eingeengt.

### C Systemtheorie oder Topik ?

Hier soll der Eindruck Martons aufgegriffen werden, der mutmaßte, Walter Wilburg wollte überhaupt keine Systematisierung des Schadensrechts leisten. Dieser Vorwurf hochgerechnet vom Schadensrecht auf die Lehre vom beweglichen System insgesamt bedeutete, daß der Systemgedanke in der Lehre Wilburgs keinen Eingang gefunden hätte. Wieweit Wilburg diesem doch Rechnung trug, ist anhand folgender, von Rödиг formulierter Kriterien für ein "System" zu messen<sup>1</sup>:

- das System konstituiert die innere Ordnung eines Rechtsgebietes;
- es liefert den hinlänglich konstanten Rahmen der Rechtsentwicklung;
- und es basiert auf einer vollständigen Axiomatik.

Offensichtlich hängen diese Kriterien miteinander zusammen. Durch eine vollständige Axiomatik läßt sich eine abgrenzbare Menge aufeinander bezogener Theoreme deduzieren, die auf die Axiome verweisen und damit den gegenseitigen Bezug herstellen. Sie bilden die Struktur des Systems, d.h. in unserem Fall die innere Ordnung eines Rechtsgebietes, die dann den erwünschten, hinlänglich konstanten Rahmen der Rechtsentwicklung liefert. Die drei Kriterien Rödigs leiten sich aus einer allgemeinen Bestimmung des Begriffs "System" her.

Das Eigentümliche an der Lehre Wilburgs ist, daß er gerade keine starre Axiomatik entwickeln wollte, sondern eben ein bewegliches System flexiblen Kräftezusammenspiels. Die Kräfte könnten je nach Sachverhalt hinzutreten oder fortfallen, unterschiedlich stark auftreten, einander ersetzen oder ver-

1: Rödиг a.a.O. S. 97, 5.81ff

zichtbar machen. Die Frage ist, ob bei einem solchen Modell das oben angeführte Vollständigkeitskriterium erfüllt sein kann.

Zur Beantwortung dieser Frage gilt es zu unterscheiden zwischen der Herausarbeitung der in einem Rechtsgebiet wirkenden Kräfte und ihrer Anwendung auf den Einzelfall. Wilburg setzt mit seiner Lehre die Systematisierung eines Rechtsgebiets voraus, und fordert damit gleichzeitig den systematischen Zusammenhang der in diesem Rechtsgebiet wirkenden Kräfte. Das Rechtsgebiet soll mittels dieser Kräfte vollständig durchdrungen sein. Damit soll dem Vollständigkeitskriterium als Voraussetzung für ein System Genüge getan werden. Wilburgs Lehre fordert die Systematisierung der Rechtsgebiete, um die so geleistete Durchdringung für die Erfassung des Einzelfalls nutzbar zu machen.

Am Einzelfall selbst leistet das bewegliche System dann eine Methodenlehre, die in möglichst flexibler Anwendung der Kräfte eine umfassende Würdigung des Lebenssachverhalts in seinem ganzen Facettenreichtum versucht.

Das Modell vom beweglichen System umfaßt also zweierlei: einerseits die Forderung nach systematischer Durchdringung der Rechtsgebiete, andererseits den Vorschlag eines bestimmten Verfahrens zur Handhabung der Systematik am konkreten Lebenssachverhalt.

Innerhalb dieses Verständnisses vom beweglichen System bleibt Raum für die topischen Aspekte dieser Methodenlehre. Rechtsfindung basiert in ihr auf der Gesamtwürdigung des flexiblen Zusammenspiels der Kräfte im Einzelfall. Dabei ist der Blick des Rechtsuchenden nicht nur in die Richtung des Großen und Ganzen - also in Richtung des Systems - gedrängt, sondern er hat mit Sensibilität die Feinheiten der unterschiedlichen Kräfteerfüllung und der individuellen Aspekte des Einzelfalls zu ertasten. Bei der Würdigung der Gesamtwirkung genießt der Rechtsuchende viel Freiheit, zwar durch eine vorgegebene Axiomatik gebunden, jedoch in der Lage, diese beweglich anzuwenden. Er ist dabei auf sein gelenktes Ermessen verwiesen, schlußendlich auch auf sein Rechtsempfinden.

Ermessen und Rechtsempfinden erproben sich am Einzelfall. Damit ist eine enge Verwandtschaft zu topischen Denkformen in der Rechtsauslegung gegeben.

Insofern bleibt Canaris unverständlich, wenn er dieses topische Element innerhalb des beweglichen Systems negiert, und das bewegliche System als "Grenzfall" eines Systems (was soll das heißen?) begreifen will.<sup>1</sup> Das bleibt begrifflich unscharf, und zielt am hier vorgeschlagenen Verständnis von Wilburgs Lehre vorbei.

Assoziiert man mit topischem auch ein gewisses Beliebigkeitsdenken, so trifft dieses für die Einzelfallentscheidung mittels des beweglichen Systems begrenzt zu. Die Begrenzung ergibt sich aus den Ausführungen Ottes, der die logische Struktur der Einzelfallentscheidungen innerhalb eines Rechtsgebiets herausarbeitete. Bei vorhandenem Präjudizienmaterial ist der Entscheidende in der Einordnung eines neuen Sachverhalts durch den Gleichheitssatz mit all seinen Implikationen gebunden.

Die Frage: "bewegliches System - Systemtheorie oder Topik?" ist mit einem "sowohl als auch" zu beantworten.

D                    **Nochmal:** Das Problem der Kräftegewinnung

Reinhardt war es, der die Frage nach der "Kräftebildung" pointierte. Die Form des Schließens vom Beispielsmaterial auf die Kräfte bleibe bei Wilburg im Dunkeln. Ihm gegenüber hat Bydlinski zu dieser Frage zunächst klargestellt, welches Material überhaupt als Beispielsmaterial verwendet werden darf: es müsse rechtlich relevant sein, d.h. aus Gesetz, Rechtsprechung oder Literatur entnommen sein. Von diesem Material werde das Rechtsprinzip, die Kraft im Induktionsschluß gewonnen. Ohne weitere Erläuterung empfindet Bydlinski diesen Schlußmodus als völlig eindeutig,<sup>2</sup> und sieht darin eine befriedigende Antwort auf das von Reinhardt aufgeworfene Problem.

So eindeutig ist es nicht. Der Induktionsschluß ist erkenntnistheoretisch eine der unsichersten Formen des Schließens (nicht immer ist soviel praktische Gewißheit zu erlangen wie

2: Bydlinski a.a.O. S. 532 f

1: Canaris a.a.O. S. 78

in dem klassischen Beispiel David Humes, der fragte, ob morgen die Sonne aufgehen werde. Natürlich wird sie, trotz der theoretischen Ungewißheit ).<sup>1</sup> Ihm haftet immer der Beliebigkeitsvorwurf an, wenn das Auswahlkriterium für das Allgemeine, das aus dem Besonderen gewonnen werden soll, nicht begründet wird oder nicht begründet werden kann. Genau darauf zielte Reinhardts Kritik an Wilburg ab, und insofern ist sein Beliebigkeitsvorwurf an das bewegliche System nicht unberechtigt. Dieser Vorwurf an das bewegliche System läßt sich aber vielleicht mit folgenden Argumenten abschwächen:

- das bewegliche System hat als Auslegungsregel nur subsidiären Charakter. Wenn das bewegliche System in bestimmter Weise logische Brüche aufweist, so steht damit nicht die gesamte Rechtsordnung in ihren Grundfesten zu Disposition von Beliebigkeitswertungen.
- die Alternative zum beweglichen System in seinem Anwendungsbereich ist, wie Bydlinski ausführte, das nicht nachvollziehbare Meinen, subjektive Dafür- oder Dagegenhalten. Demgegenüber zwingt das bewegliche System zur Nennung der - wennauch auf unsicherem Grunde stehenden - Entscheidungskriterien, womit die Entscheidung transparenter wird, verständlicher. Damit ist eine Entscheidung nach dem beweglichen System nie objektiv richtig oder die einzig mögliche, aber sie kann sich auf einen weitgehend rational begründbaren Erkenntnisprozeß stützen. Damit ist nicht das Optimum an Erkenntnissicherheit erreicht, jedoch ein 'mehr' gegenüber der Alternative: der Beliebigkeitswertung.

Das Problem der Kräftegewinnung ist damit zwar nicht gelöst, aber eingegrenzt. Das bewegliche System würde damit leben können.

E Das bewegliche System als Gesetzgebungsmethode ?

Soweit zum beweglichen System als Auslegungsmethode. Steht zu fragen, inwiefern die Lehre Wilburgs fruchtbar zu machen ist für die legislatorische Praxis. Wilburg forderte eine elastischere Normenbildung, und gab selbst mit der Ausarbeitung des Schadensrechts ein Beispiel für seine Vor-

1: Das Problem des induktiven Schließens knapp diskutiert bei Weinberger a.a.O. S. 277 f; Schneider, a.a.O. S. 169 ff

stellungen. Die Formulierungen der fünf Elemente des Schadensrechts ( s.o. ) geben einem möglichen Gesetzesstil Ausdruck.

Gesetzgebung i.S.d. beweglichen Systems wird in der Literatur einhellig äußerst kritisch beäugt. Allgemein wird ein Verlust an Rechtssicherheit befürchtet, die ihren Grund in der zu unscharfen und zu abstrakten Formulierung der Kräfte bei Wilburg findet. So wird das bewegliche System allgemein als untauglich zur Gesetzgebung empfunden.

Die Qualität des beweglichen Systems als Theorie einer Gesetzgebung bleibt in der Tat unklar. Eine dahingehende Ausarbeitung dieser Lehre erfolgte bisher nicht. Es ist daher nicht deutlich, ob eine Gesetzgebung im Sinne Wilburgs tatsächlich die von ihm beklagten Krisensymptome im Recht - Gesetzesinflation, mangelnder organischer Zusammenhang der zivilen Rechtsgebiete, Lückenhaftigkeit der Anspruchsgrundlagen - wirksam und ohne unerträgliche Verluste an anderer Stelle bekämpfen könnte. Ohne den Versuch einer dahingehenden Ausarbeitung des beweglichen Systems wird diese Frage schwer nur beantwortet werden können. Sie bleibt daher offen.

F Zusammenfassung

1 Wilburgs Lehre ist nicht im Zusammenhang mit einer politischen Ideologie, speziell der nationalsozialistischen, zu sehen. Als Methodenlehre ist sie f o r m a l , also abzuschichten von ideologischer Wertung.

2 Der Anwendungsbereich des beweglichen Systems wurde in der Literatur eingeeengt auf die Grenzbereiche der Rechtsauslegung, in denen die klassischen Auslegungsmethoden versagen. Das bewegliche System ist diesen subsidiär.

3 Die Lehre Wilburgs ist zu differenzieren in erstens die Forderung nach Systematisierung der Rechtsgebiete nach "Kräften", zweitens in eine Auslegungsmethode, die das Zusammenspiel dieser Kräfte am Einzelfall rechtlich würdigt. Insofern enthält das bewegliche System systematische als auch topische Aspekte.

4 Einzelfallentscheidungen mit dem beweglichen System im Grenzbereich der Rechtsauslegung sind nicht verallgemeinerbar i.S. von "einzig möglichen Entscheidungen", sind jedoch anhand ihrer Belegbarkeit durch die Kräfte zumindest verstehbar, wenn nicht sogar vertretbar. Das Induktionsproblem bei der Kräftegewinnung tritt angesichts dieses Gewinns gegenüber der bloßen Beliebigkeitswertung in den Hintergrund.

5 Als legislatorische Methode bleibt das bewegliche System undurchsichtig. Die fünf Elemente des Schadensersatzrechts, die Wilburg als beispielhafte Form für eine mögliche Gesetzgebung entwickelte, lassen wegen ihrer zu unscharfen und zu abstrakten Formulierung Rechtsunsicherheit befürchten. Die Frage bleibt offen, ob man mit einer Gesetzgebung nach Wilburg die von ihm diagnostizierten Krisensymptome tatsächlich bekämpfen können, ohne dafür unerträgliche Verluste an anderer Stelle zu erleiden.