Michael Sauthoff, Greifswald*

Kritik gerichtlicher Entscheidungen

In Studium und in der Praxis spielt die Kritik gerichtlicher Entscheidungen eine bedeutsame Rolle. Im Folgenden sollen Vorschläge für eine methodengerechte Erarbeitung und Darstellung einer solchen Kritik unterbreitet werden. Zugleich soll deutlich werden, inwieweit sich methodische Grundsätze der Wissenschaft und Praxis unterscheiden und für die Gerichte Unterschiede bei der Methode der Erarbeitung und der Darstellung einer Lösung bestehen.

I. Einführung

1. Aufgabe einer Entscheidungskritik

Bei der Würdigung gerichtlicher Entscheidungen geht es zunächst um die Berücksichtigung von Ansichten und Argumenten für die Lösung eines bestimmten rechtlichen Problems: insoweit kommt ihnen im „Konzert" der Meinungen die gleiche Stellung zu wie Äußerungen der Wissenschaft in Lehrbüchern, Monografien oder Aufsätzen. Gerichtliche, namentlich sog. höchstrichterliche Entscheidungen (BVerfG, BGH, BVerwG, BSozG, BAG, BFH), prägen aber zugleich die Rechtspraxis. Sie sind wesentliche Grundlage der Rechtsdogmatik und gewinnen so besondere Bedeutung. In der gerichtlichen Praxis stellt sich schließlich die Frage, ob von einer obergerichtlichen Rechtsprechung abgewichen werden soll, was zulässig ist, ggf. aber zur Zulassung der Berufung oder Revision gegen die eigene Entscheidung nötigt (vgl. § 124 Abs. 2 Nr. 3, § 131 VwGO). (Entscheidungs-)Kritik soll somit in Wissenschaft und Praxis der Weiterentwicklung des Rechts dienen. Daher haben sich Richter einerseits einer solchen Kritik zu stellen; die Kritik sollte sich aber nicht als persönlicher Angriff auf die Richter darstellen.[1]

Im Folgenden sollen Anregungen gegeben werden, wie sachgerecht eine Entscheidungskritik erarbeitet und formuliert werden kann. Um eine vollständige Darstellung kann es nicht gehen,[2] zumal es eine eigenständige Rechtsprechungslehre nur in den Ansätzen[3] und eine Lehre der Entscheidungskritik[4] noch nicht gibt.

2. Interne und externe Kritik

Die immanente oder interne Kritik würdigt die Entscheidung aus sich heraus, d. h. als Text einschließlich der gesamten Prozesssituation. Hier wird aufgezeigt, ob die Argumentation des Gerichts Formfehler enthält oder von falschen Prämissen ausgeht, innere Widersprüche im Text festzustellen sind oder die entscheidungsrelevante Frage nicht gelöst wird.

Bei einer externen Kritik werden von außen Maßstäbe herangezogen. Es wird etwa untersucht, ob die Fragestellung, von der der Text ausgeht, dem Problem überhaupt

* Der Verfasser ist Vizepräsident des Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern und Lehrbeauftragter an der Universität Greifswald.

1 Ein besonderes Problem stellen Wendungen in Rechtsmittelentscheidungen dar, die von den Beteiligten, den Richtern des Untergerichts oder der publizistischen und politischen Öffentlichkeit als „vernichtende" Kritik („schallende Ohrfeige") (miss-) verstanden werden können (etwa „willkürliche Auslegung", „im Ansatz verkannt"), vgl. *Markus Kenntner* in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2005, Einl. Rn. 38. Dies muss hier auf sich beruhen. Jedenfalls sollte in einer Kritik von solchen Formulierungen Abstand genommen werden.

2 Zur Methodenlehre sind insbesondere heranzuziehen: *Klaus Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 4. Aufl. 1998; *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991; *ders.*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2005; *Karl Engisch*, in: Thomas Würtenberger/Dirk Otto, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005; *Maximilian Herberger/Dieter Simon,* Wissenschaftstheorie für Juristen – Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften, 1980; *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1993; *Peter Koller*, Theorie des Rechts – Eine Einführung, 2. Aufl. 2001; *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2005; *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 2005; *Karl Larenz/Claus Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe), 4. Aufl. 2007; *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996; *Philippe Mastronardi*, Juristisches Denken, 2001; *Friedrich Müller*, in: Ralph Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, Grundlagen Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2004; *Marijan Pavcnik*, Juristisches Verstehen und Entscheiden, 1993; *Hans-Martin Pawlowski,* Methodenlehre für Juristen, Theorie der Norm und der Gesetze, 3. Aufl. 1999; *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, Kap. 10; *Peter Raisch*, Juristische Methoden, 1995; *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007; *Jan Schapp,* Methodenlehre des Zivilrechts, 1998; *Walter Schluep,* Einladung zur Rechtstheorie, 2006, §§ 6 bis 9; *Hans-Peter Schwintowski,* Juristische Methodenlehre, 2005; *Joachim Vogel*, Juristische Methodik, 1998; *Rolf Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl. 2005; *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006. Vielfach enthalten auch Großkommentare grundlegende methodische Einführungen, etwa *Helmuth Coing/Heinrich Honsell*, in: Staudinger, BGB 13. Aufl. 2004; *Jürgen Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2006; *Heinrich Wilhelm Kruse/Klaus-Dieter Drüen*, in: Klaus Tipke/Heinrich Wilhelm Kruse, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, § 4 AO Rn. 200 ff.; Besonders anregend: *Hans Herbert von Arnim/Stefan Brink*, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz: Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik; Speyerer Forschungsberichte Band 218, 2001, auch unter http://foev.dhv-speyer.de/Publikationen/pubdb.asp?reihen_id=1 (07.06.2007).

3 Dazu *Norbert Achterberg,* Rechtsprechungslehre, Internationales Symposium Münster 1984/1986; *Werner Hoppe et al.*, Rechtsprechungslehre, Zweites internationales Symposium, 1988/1992; *Jochen Schneider*, in: Winfried Hassemer, Arthur Kaufmann, Ulfrid Neumann (Hrsg.), Theorie des juristischen Entscheidens, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 348.

4 Vgl. allerdings *Hans Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils – Eine Anleitung für Studenten, 1970 (vergriffen); Weiterführend auch *Jörg Menzel* (Hrsg.): Verfassungsrechtsprechung, 2000.

gerecht wird oder nicht andere ausgeklammerte Aspekte von größerer Relevanz sind. Eine in diesem Sinne externe Kritik kann sich an eine Entscheidung nicht richten. Die Kritik kann aber Anlass sein, über die jeweilige Entscheidungssituation hinaus Fragen zu entwickeln und sie insoweit wie einen sonstigen rechtswissenschaftlichen Text behandeln.

3. Besonderheiten gerichtlicher Entscheidungen

a) Abgrenzung zu sonstigen juristischen Abhandlungen

Eine gerichtliche Entscheidung[5] hat sich mit dem jeweiligen konkreten Sachverhalt auseinander zu setzen, wie er prozessual unterbreitet wird. Das Gericht unterliegt zugleich einem Entscheidungszwang. Es kann daher nicht die Stellungnahme zu einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage aufschieben, weil es ihre Lösung noch nicht für entscheidungsreif hält. Auch das – allerdings je nach Gericht unterschiedliche – aber immer begrenzte Zeitbudget für die Erarbeitung der Lösung ist zu berücksichtigen. Zudem ist der abweichende Anspruch einer gerichtlichen Entscheidung verglichen mit dem einer wissenschaftlichen Abhandlung zu sehen: eine gerichtliche Entscheidung kann und darf in der Regel nicht den Anspruch einer wissenschaftlich erschöpfenden Behandlung einer Rechtsfrage haben. Zum Stil namentlich oberster Bundesgerichte gehört es vielfach, zwar in der Vorbereitung einer Entscheidung die einschlägige wissenschaftliche Literatur heranzuziehen, sie aber in der Entscheidung nicht zu zitieren.[6]

b) Entscheidungsfindung

Wesentlich ist schließlich, zwischen der Entscheidungsfindung und der Entscheidungsbegründung zu unterscheiden.[7] Die Entscheidungsfindung in Spruchkörpern v. a. der oberen und obersten Gerichte wird in der Regel durch ein schriftliches Votum des so genannten Berichterstatters vorbereitet. Dieses wiederum kann bei den obersten Bundesgerichten auf der Vorbereitung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters beruhen. Auf der Grundlage dieses Entwurfes wird die Entscheidung vorbereitend vor der mündlichen Verhandlung im Spruchkörper (vor-) beraten. Findet eine mündliche Verhandlung statt, wird auf der Grundlage dieses so genannten Votums mit den Beteiligten in der Regel im Rahmen eines (Rechts-) Gesprächs über die in Betracht kommenden Lösungen der anstehenden Rechtsfragen diskutiert. Auf der Grundlage dieser mündlichen Verhandlung findet eine abschließende Beratung im Kollegium statt. Bei Beratungen im Spruchkörper wird argumentiert, aber nicht streng nach einer juristischen Methodenlehre. Vielmehr werden Lösungsgesichtspunkte erörtert, zu denen allerdings an hervorragender Stelle die der klassischen Auslegungskriterien gehören. Die Rückkoppelung mit der schriftlichen Begründung wird durch die Überlegung hergestellt: Lässt sich dieses Ergebnis methodisch sauber begründen? Oder: Welches Ergebnis lässt sich besser methodisch begründen? Dieser komplexe Vorgang stellt die Entscheidungsfindung dar.

c) Entscheidungsbegründung

Auf der Grundlage des Votums und den nachfolgenden Diskussionen in der mündlichen Verhandlung und in der Beratung werden die schriftlichen Entscheidungsgründe verfasst. Sie entsprechen nicht notwendig dem Gedankengang, der zu der Entscheidung geführt hat. Sie arbeitet vielfach mit rhetorischen Figuren statt sauber ausgearbeiteten logischen Schlüssen.[8] Dabei kann es zu Inkonsistenzen in der Begründung kommen. Diese Gefahr besteht v. a. dann, wenn es zu einer Abstimmung im Spruchkörper über einzelne Formulierungen gekommen ist oder Kompromissformeln erarbeitet werden mussten.

Die Begründung einer Entscheidung hat zumindest folgende Funktionen:[9] (1) Sie soll darlegen, dass die Entscheidung aus Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 GG) hergeleitet bzw. herleitbar ist. Sie muss nach Maßgabe anerkannter Standards rational begründbar sein;[10] allerdings enthalten diese meist keine expliziten Ausführungen zur Methodik.[11] (2) Die am Rechtsstreit Beteiligten sollen erkennen können, ob das Gericht ihr Vorbringen zur Kenntnis genommen und berücksichtigt hat. (3) Die Begründung ermöglicht die Klärung der Frage, ob die Entscheidung einer Rechtskontrolle durch ein anderes Gericht unterzogen werden kann und sollte.

5 Vgl. etwa *Rolf Wank*, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Symposion 1988; (Fn. 3), S. 371 f. und 383 f.; lesenswert *Paul Kirchhof*, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Rechtsprechung", NJW 1986, 2275 und *Martin Kriele*, Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung, DRiZ 1984, 226.

6 Anderer Eindruck bei *Wank* (Fn. 5), S. 359.

7 *Bernhard Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungswissenschaft, Der Staat 19, 1980, S. 73, 87 ff.; *Helmuth Schreiner*, in: Achterberg, Symposion 1984 (Fn. 3), Rechtsprechung und methodische Rekonstruierbarkeit S. 329; *Wank* (Fn. 5), S. 360 m. w. N. in Fn. 7; lesenswert auch *Heike Jung*, Richterbilder, 2006, S. 89 ff.; Siehe auch *Mastronardi* (Fn. 2), Rn. 213 ff., der den Zusammenhang zwischen den verschiedenen Erkenntnisinteressen darstellt.

8 *Hans-Joachim Strauch*, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz – eine Bindung durch Kohärenz, KritV 2002, S. 311 (329).

9 *Jörg Berkemann*, Freie Rechtsprechung für freie Bürger?; JurPC Web-Dok. 354/2002, Abs. 1–87, Abs. 49 ff.; siehe auch *Jung* (Fn. 7), S. 99 ff.; *Uwe Kischel*, Die Begründung, 2003, und *ders.* Folgen von Begründungsfehlern, 2004; *Raisch* (Fn. 2), S. 136 ff.

10 Zur Frage der Rationalität vgl. nur *Arno Scherzberg* in: Walter Krebs (Hrsg.), Liber amicorum Hans-Uwe Erichsen, 2004, S. 177, dort auch zu den Grenzen, S. 202 ff.; *Valentin Petev*, Die spezifische Rationalität der richterlichen Entscheidungstätigkeit, in: Achterberg, Symposion 1984 (Fn. 3), S. 565.

11 Siehe aber *Wolfgang Seiler*, Höchstrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht, 1990, S. 55 ff.; *Wank* (Fn. 5), S. 371, der meint, dass wenn Standards enthalten sind, diese „teilweise offenkundig unzutreffend" sind.

(4) Die Herstellung der Begründung besitzt eine sozialpsychologisch, didaktische Funktion (Erkenntnis- und Produktionsfunktion). (5) In unserem Rechtssystem ist die Kenntnis gerichtlicher Entscheidungen und ihrer Begründung für die Rechtspraxis und Wissenschaft von zentraler Bedeutung. Daher sind alle Entscheidungen, an deren Veröffentlichung die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann, zu veröffentlichen.[12]

Dabei ist zu sehen, dass nur die wesentlichen Erwägungen einer Entscheidung dargelegt werden sollen (vgl. § 313 Abs. 3 ZPO). Es darf daher nicht ohne weiteres aus dem Umstand, dass ein bestimmter Gesichtspunkt nicht abgehandelt wird, geschlossen werden, dass er durch das Gericht nicht geprüft worden ist. Vielmehr ist vorauszusetzen, dass es dann das Vorliegen oder Nichtvorliegen als selbstverständlich beziehungsweise auf der Hand liegend vorausgesetzt oder es im vorliegenden Kontext für die Entscheidung irrelevant gewertet hat. Es kann dann allerdings die Darstellung der Argumentation kritisiert werden.

4. Logische Grundstruktur einer Entscheidungsbegründung

Die Kritik muss der logischen Grundstruktur einer Entscheidungsbegründung folgen: In einer – formal korrekt begründeten – Entscheidung folgt das im Tenor festgehaltene Urteil logisch aus in der Regel drei Prämissenklassen. Die erste wird aus generellen Normen des Gesetzes-, Gewohnheits- und/oder Richterrechts gebildet, dessen Rechtsfolgeanordnung eine Antwort auf das Entscheidungsbegehren ermöglicht. Die zweite besteht aus der Beschreibung des singulären tatsächlichen Geschehens, von dem das Gericht bei seiner Entscheidung ausgeht. Die dritte Klasse ergibt sich aus Sprach- oder Bedeutungsregeln, welche die „logische Kluft" zwischen Normformulierung und Sachverhaltsbeschreibung überbrücken müssen. Eine formal korrekt begründete Entscheidung kann das Ziel der inhaltlich richtigen Entscheidung durch Fehler in jeder der drei Prämissenklassen gleichermaßen verfehlen.[13]

Ausgangspunkt ist der (Justiz-) Syllogismus: Er schließt die „Kluft" zwischen Norm und Lebenssachverhalt[14] und lässt sich wie folgt darstellen:

P1: Tatbestand T ⇒ Rechtsfolge R
P2: Sachverhalt S = Tatbestand T
⇒ Conclusio: Es gilt für S die Rechtsfolge R

Folglich ist zu unterscheiden zwischen der Kritik der Ermittlung des Sachverhalts, der Erarbeitung des Obersatzes und der Schlussfolgerung.

II. Vorbereitende Arbeiten

1. Erstellung der Textfassung (Originaltext) und Lektüre

Erste Aufgabe einer Entscheidungsbesprechung ist, nach Möglichkeit den Originaltext heranzuziehen. In Fachzeitschriften werden Entscheidungen in aller Regel gekürzt wiedergegeben. Das gilt insbesondere für den Sachverhalt. Zudem werden häufig Ausführungen zu Rechtsfragen, die behandelt werden, gestrichen, weil sie aus der Sicht der Schriftleitung für den Leser der jeweiligen Zeitschrift nicht bedeutsam sind, sei es weil sie außerhalb des Themenkreises liegen, sei es, weil es sich um die Wiederholung anderweitig bereits veröffentlichter Ausführungen handelt. Der Gedankengang der Entscheidung lässt sich aber erst nachvollziehen, wenn ihr vollständiger Text vorliegt.[15] Bei einer Rechtsmittelentscheidung sollte auch die vorinstanzliche Entscheidung recherchiert werden. Erst dann ergibt sich ein vollständiges Bild des Sachverhalts, der dem Gericht unterbreitet worden war, und der Argumentation, auf die das Rechtsmittelgericht aufgebaut hat.

Sodann muss die Entscheidung einer genauesten Lektüre unterzogen werden. Dabei bietet es sich an, die Beteiligtenkonstellationen und die Argumentationsstruktur grafisch darzustellen und ggf. auch eine Zeittabelle zu erstellen.

2. Gutachten

a) Bedeutung

Die Erarbeitung einer eigenständigen Lösung des dem Gericht unterbreiteten Falles ist unabdingbar. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sich der Verfasser unkritisch auf den Gedankengang des Gerichts einlässt. Umgekehrt kann er auch auf ein Argument zusteuern, das er für kritikwürdig hält, dessen Zusammenhang er aber nicht erkennt. Überdies kann nur so kreativ weiter gedacht werden, indem ein abweichendes Ergebnis erarbeitet oder eine neue Begründung gefunden wird. Besonders muss dabei auf „Schanierstellen" der Argumentation geachtet werden, d. h. Stellen, an denen mehrere Lösungen denkbar sind; hier sollte alternativ weiter gedacht werden.

b) 1. Schritt: Erfassen der prozessualen Lage

In einem ersten Schritt ist die prozessuale Lage zu erfassen. Es sind die Folgerungen herauszuarbeiten, die sich aus der Stellung der Beteiligten, aus den Anträgen, den

12 BVerwGE 104, 105; *Berkemann* (Fn. 9), Abs. 64 ff.

13 So deutlich *Helmut Rüßmann,* Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, RuP 1982, 62, auch in http://ruessmann.jura.uni-sb.de/rw20/people/ruessmann/Beweislehre/frame.htm (17.05.2007).

14 Im Einzelnen *Joachim Lege*, Rechtsbegriffe – Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, GreifRecht 2006, 1 (4 und 13ff.); *Vogel* (Fn. 2), S. 173 ff.

15 Gegebenenfalls könnte im Rahmen einer Besprechung kritisch auf die Formen der Veröffentlichung eingegangen werden.

prozessualen Voraussetzungen der Entscheidung, Art und Form des Abschlusses des vorinstanzlichen Verfahrens, den Voraussetzungen eines Rechtsmittels gegen diese Entscheidung und der sich aus dem Verfahren ergebenden Prüfprogramms des entscheidenden Gerichts ergeben. Dabei ist z. B. zu klären, inwieweit das Gericht an die Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz gebunden war, welcher Maßstab der Überprüfung gilt, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgebend ist und ob das Gericht das wirkliche Begehren der Beteiligten richtig erfasst hat.

> Beispiel: Der Bauherr B erhält von der Bauaufsichtsbehörde X eine Baugenehmigung. Der Nachbar N sieht sich hierdurch in eigenen Rechten verletzt, legt Widerspruch ein und will gerichtlich die Errichtung des Gebäudes verhindern. Das angerufene zuständige Verwaltungsgericht gibt dem Antrag des N auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs nach § 80 Abs. 5 VwGO statt. B legt hiergegen Beschwerde zum Oberverwaltungsgericht ein.

Die Beteiligtenkonstellation ist Folgende: N ist Antragsteller, die Bauaufsichtsbehörde Antragsgegner und der B (notwendig) Beigeladener. Im Beschwerdeverfahren ist B Beschwerdeführer, N und X sind Beschwerdegegner.

Prozessual ist folgendes zu berücksichtigen: § 212 a BauGB ordnet von Gesetzes wegen die sofortige Vollziehbarkeit einer Baugenehmigung an. Statthaft ist daher allein ein Antrag nach § 80 a i. V. m. § 80 Abs. 5 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs. Nach § 80 Abs. 5 VwGO ist hierbei durch das Gericht eine Ermessensentscheidung zu treffen. Nach herrschender Ansicht kommt dabei den Erfolgsaussichten des Widerspruchs entscheidende Bedeutung zu. Nach wiederum herrschender Meinung hat das Gericht insoweit eine summarische Überprüfung der Sach- und Rechtslage anzustellen. Die Erfolgsaussichten des N wiederum hängen, ebenso wie die Zulässigkeit des Antrags, gemäß § 42 Abs. 2 und § 113 Abs. 1 S. 1 (analog) VwGO maßgebend davon ab, ob die Baugenehmigung rechtswidrig ist *und* N dadurch in seinen Rechten verletzt. Daher ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerde des B gegen die stattgebende Entscheidung des VG auch dann Erfolg haben muss, wenn sich die Baugenehmigung zwar als rechtswidrig erweist, N aber nicht in seinen Rechten verletzt. Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht eindeutig klären, ist eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen vorzunehmen. Dabei ist wiederum nicht im Sinne einer herrschenden Meinung geklärt, ob sich aus § 212 a BauGB ein Vorrang der Interessen des B ergibt. Und schließlich ergibt sich die prozessuale Besonderheit, dass das OVG nach § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO grundsätzlich nur das fristgerechte Vorbringen des Beschwerdeführers berücksichtigen darf, wovon es aber wiederum Ausnahmen geben soll.

Aus dem Beispiel wird deutlich, dass selbst bei dieser relativ überschaubaren Konstellation die gerichtliche Entscheidung auf einer Fülle von Prämissen beruht, die sich teilweise eindeutig aus dem Gesetz ergeben, teilweise aus rechtsdogmatischen Grundsätzen, die im Sinne einer herrschenden Meinung in der Rechtsprechung herausgearbeitet worden sind.

So kann als Ansatz der Kritik nicht etwa der Umstand gewählt werden, dass das Gericht die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung etwa im Hinblick auf das Maß der baulichen Nutzung nicht geprüft hat, weil nach h. M. der Nachbar durch einen solchen Verstoß nicht in seinen Rechten verletzt wird. Die Kritik könnte allerdings die Frage aufwerfen, ob das Gericht nicht einen Ausnahmefall hätte annehmen müssen oder ob die Grundlagen der h. M. in diesem Punkt unzutreffend sind. Auch kann zum Ausgangspunkt einer Kritik wegen § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO nicht ein Einwand gemacht werden, den B als Beschwerdeführer nicht vorgetragen hat. Es könnte aber erwogen werden, ob von diesem Grundsatz nicht in bestimmten Fällen Ausnahmen zuzulassen sind, und solche Ausnahmen im vorliegenden Fall gegeben sind.

c) 2. Schritt: Zulässigkeit des Rechtsbehelfs

Sodann ist zu untersuchen, ob der Rechtsbehelf zulässig ist. Bei Rechtsmittelentscheidungen ist zwischen der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs und der Zulässigkeit des Verfahrens insgesamt zu unterscheiden. Erweist sich beispielsweise im Rahmen einer zulässigen Berufung die Klage bereits wegen Verfristung als unzulässig, ist die Berufung des Beklagten zulässig und begründet.

d) 3. Schritt: Feststellung des zu Grunde gelegten Sachverhalts

Wirft die Entscheidung Fragen nach dem Sachverhalt auf, muss gutachtlich untersucht werden, ob er angemessen ermittelt worden ist.[16]

e) 4. Schritt: Begründetheit

Sodann ist gutachterlich zu prüfen, ob der Rechtsbehelf begründet ist. Dieser Schritt ist auf der Grundlage des oben festgestellten Sachverhalts durchzuführen. Die Methode entspricht dabei der eines Gutachtens, wie es in der Universitätsausbildung üblich ist. Es sind daher die in Betracht kommenden Anspruchs- bzw. Ermächtigungsgrundlagen bzw. Strafvorschriften und die dazu gehörigen Hilfsnormen und Gegennormen zu ermitteln und der Sachverhalt, ggf. unter Auslegung dieser Normen hierunter zu subsumieren. Dabei ist das geschriebene Recht zuvörderst zu beachten, aber auch Richterrecht und Gewohnheitsrecht[17].

16 Siehe unten bei III. 2.

17 Kriterien des Gewohnheitsrechts sind: langdauernde Übung *(longa consuetudo)* und Rechtsüberzeugung *(communis opinio necessitatis)*.

3. Rekonstruktion der Argumentation

a) Sachverhalt

Beruht der Sachverhalt auf Ermittlungen und Schlussfolgerungen des Gerichts und ist dieser Punkt (auch) Gegenstand der Kritik,[18] ist zu rekonstruieren, auf Grund welcher Tatsachen und Gesetzmäßigkeiten das Gericht zu dem festgestellten Sachverhalt gekommen ist.

b) Entscheidungsgründe

Sodann sind die rechtlichen Ausführungen zu rekonstruieren.[19]. Dabei ist zunächst zu klären, welche Rechtsvorschriften (ausdrücklich oder stillschweigend) angewendet worden sind. Es handelt sich entweder um eine Anspruchsgrundlage im Falle einer Leistungsklage i. w. S. oder eine Ermächtigungsgrundlage im Falle einer Eingriffsmaßnahme[20]. In einem nächsten Schritt ist zu rekonstruieren, aus welchen Erwägungen die Anwendung der jeweiligen Rechtsvorschriften bejaht oder verneint worden ist. Dabei ist die logische Struktur der Argumentation herauszuarbeiten, damit deutlich werden kann, ob logische Fehler und/oder unzutreffende Prämissen zu kritisieren sind.

Es sind auch die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz in den Blick zu nehmen. Auf sie bezieht sich das Rechtsmittelgericht oft nur stillschweigend; vielfach ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel mit ihnen, von welcher Rechtslage die zu beurteilende Entscheidung ausgegangen ist.

III. Kritik

1. Allgemeine Anforderung

Zu berücksichtigen sind zunächst die Usancen bei der Abfassung von Entscheidungen. Hierbei bestehen bereits zwischen den obersten Bundesgerichten erhebliche Stilunterschiede.[21] Erst recht gilt dies, wenn Entscheidungen eines supranationalen Gerichts gewürdigt werden sollen. Lassen sich Abweichungen von dem so festgestellten Üblichkeiten ermitteln, kann sich die weitere Frage stellen, ob hierin ein Indiz für einen Argumentationsfehler zu erkennen ist.

2. Tatbestand und Sachverhalt

a) Ordnungsgemäße Darstellung des Sachverhalts im Tatbestand

Die ordnungsgemäße Darstellung des Sachverhalts ist in aller Regel Voraussetzung für eine sachlich richtige Entscheidung. Anhand der Ermittlung der Umstände, wie gegebenenfalls unter Heranziehung ergänzender Materialien, ist daher zu prüfen, ob insoweit Fehler des Gerichts festzustellen sind. Selbst wenn dies der Fall ist, muss allerdings in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob er relevant für die Entscheidung geworden ist.

b) Sachgerechte Ermittlung des Sachverhalts

aa) Sachlogische Regeln

Auch die Ermittlung des Sachverhalts unterliegt sachlogischen Regeln.[22] Dabei kommt zunächst die Eigenwahrnehmung der Richter in Betracht. Vielfach ist das Gericht auf Fremdwahrnehmungen (Zeugen) angewiesen, deren Verlässlichkeit insbesondere nach Aussage- und vernehmungspsychologischen Grundsätzen zu beurteilen ist[23]. Problematisch sind auch Indizienschlüsse: Indizien (Hilfstatsachen) sind Sätze über singuläre Ereignisse, die man wegen eigener oder fremder Wahrnehmung oder auch wegen Offenkundigkeit als wahr annimmt. Es müssen Sätze über generelle (im Idealfall raum-zeitlich unbegrenzt gültige) Zusammenhänge von Merkmalen (im Folgenden Erfahrungssätze genannt) bestehen. Ob Indizien und Erfahrungssätze einen bestimmten Schluss auf ein Sachverhaltsmerkmal zulassen, regeln Denkgesetze. Als Regeln sind dabei deterministische und statistische Erfahrungssätze sowie Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen zu berücksichtigen. Die Hilfstatsachen müssen aber ihrerseits ordnungsgemäß ermittelt sein. Die Schlussfolgerungen des Gerichts brauchen nicht zwingend zu sein; genügend ist, dass sie möglich sind und das Gericht von ihrer Richtigkeit überzeugt ist.

Rechtlich relevante Rechtsfehler liegen vor, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist. Ansatz für Kritik ist insbesondere ein Verstoß gegen Denkgesetze, etwa der Schluss „post hoc, ergo propter hoc“ (Weil B nach A geschah, ist A Ursache von B – Hier wird vom zeitlichen Nacheinander auf Kausalität geschlossen). Kritikwürdig ist auch ein Verstoß gegen Erfahrungssätze oder die fehlende Erörterung naheliegender Geschehensalternativen. Das Gericht darf auch nicht an die erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen stellen[24].

18 Dies wird im Studium in der Regel noch nicht der Fall sein. In Betracht kommt dies aber auch hier schon, wenn das Gericht eine Prognose anzustellen hatte.

19 Dazu knapp *Ulfrid Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 112 ff.; *Helmut Rüßmann*: Logisch-strukturelle Analysen juristischer Entscheidungsbegründungen, http://ruessmann.jura.uni-sb.de/rw20/people/ruessmann/Keio/frame.htm (10.06.2007).

20 Im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung kann die angewandte Strafnorm auch als Ermächtigung zur Verurteilung, d. h. Auferlegung einer Sanktion, interpretiert werden.

21 Vgl. nur den Text eines Zivilurteils des BGH und den eines Revisionsurteils des BVerwG. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen weisen traditionell einen besonderen Aufbau auf.

22 *Herberger/Simon* (Fn. 2), Kap. 14; *Koch/Rüßmann* (Fn. 2), §§ 26 bis 40, S. 271 ff.; *Rüßmann*, RuP 1982, 62 (Fn. 13).

23 *Friedrich Arntzen/E. Michaelis-Arntzen*, Vernehmungspsychologie, 2. Aufl. 1989.

24 BGH, Urt. v. 16.04.2003 – 2 StR 505/02.

Liegen solche Rechtsfehler nicht vor, hindert dies nicht, die Ermittlung des Sachverhalts aus fachlichen Gesichtspunkten unterhalb der Ebene von Rechtsfehlern zu kritisieren.

bb) Prozessuale Grundsätze

Dabei sind vor allem die prozessualen Voraussetzungen für eine Beweiserhebung zu beachten. Aus deren Verletzung können sich unter Umständen Beweisverwertungsverbote ergeben. Das Gericht kann auch wegen der konkreten prozessualen Situation gehindert gewesen sein, eigene Ermittlungen zum Sachverhalt anzustellen. So ist in einem Revisionsverfahren grundsätzlich der in den Vorinstanzen festgestellte Sachverhalt zugrundezulegen. Gegebenenfalls muss der Rechtsmittelführer Verfahrensfehler bei der Ermittlung des Sachverhalts rügen. Es kann sich in diesem Falle allenfalls die Frage stellen, ob nicht die erhobene Rüge, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht ordnungsgemäß festgestellt, im Rahmen der zu besprechenden Entscheidung hätte berücksichtigt werden müssen.

3. Bestimmung der Obersätze

a) Voraberwägungen

Das eigentliche Interesse einer Entscheidungskritik liegt in aller Regel allerdings in der Würdigung der rechtlichen Ausführungen. Die folgenden Prüfpunkte können keine abschließende Aufzählung sein. Je nach dem konkreten Fall und dem methodischen Selbstverständnis des Rezensenten sind weitere Gesichtspunkte heranzuziehen. Grundlage ist das vorab gefertigte Gutachten.

Entscheidungen, bei denen das Gericht (wiederum ausdrücklich oder stillschweigend) einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum in Anspruch genommen hat, ist heraus zu arbeiten, von welchen Grenzen das Gericht ausgegangen ist und mit welchen Erwägungen es den Spielraum ausgefüllt hat. Werden mehrere Vorschriften angewandt, ist jeweils entsprechend zu verfahren. Schließlich ist zu klären, in welchem Verhältnis untereinander das Gericht die Vorschriften angewandt hat.

b) Kontrolle der einschlägigen Rechtsnormen

Zunächst ist zu prüfen, ob sämtliche Normen (ggf. stillschweigend) berücksichtigt worden sind. Hier ist ggf. eine Aufgliederung in Haupt- und Hilfsnormen vorzunehmen. Zu prüfen ist auch, ob nicht geschriebene oder ungeschriebene Rechtsprinzipien angewandt worden sind oder hätten angewandt werden müssen;[25] ggf. ist auch ein Rechtssatz des Gewohnheits-[26] oder Richterrechts[27] zu bedenken. Zu fragen ist auch, ob Normen in der jeweils maßgebenden Fassung angewandt worden sind. Dabei ist zu sehen, dass diese Frage ihrerseits mit rechtlichen Problemen nach dem maßgebenden Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage verbunden sein kann.

c) Prüfungsreihenfolge der Anspruchs-, Ermächtigungs- und Strafbarkeitsgrundlagen

Weiterhin ist zu untersuchen, ob das Gericht die einschlägigen Normen in der zutreffenden Stufenfolge angewandt hat. Die Reihenfolge kann allgemein anerkannt sein, sich aus (rechts-) logischen Zusammenhängen ergeben, aber auch selbst ein (Konkurrenz-) Problem beinhalten.

d) Klassische canones

Ausgangspunkt üblicher Auslegung sind die sog. *Canones*; hier ist vieles streitig.[28] Ihre ausführliche Würdigung steht auch im Mittelpunkt einer Entscheidungskritik.

Die *grammatische Auslegung* als Ausgangspunkt analysiert dem Wortsinn nach den allgemeinen Sprachgebrauch, ggf. auch einer speziellen Fachsprache. Dabei ist besondere Vorsicht geboten: Die Behauptung, der Wortlaut sei eindeutig, ist nur dann gerechtfertigt, wenn damit gemeint ist, über das Auslegungsergebnis nach allen relevanten Gesichtspunkten bestehe Einigkeit;[29] sonst handelt es sich um einen unzulässigen Abbruch methodischer Auslegung.

Die *historische Auslegung* dient zur Ermittlung des vom Gesetzgeber Gesagten oder Gewollten anhand der Gesetzgebungsmaterialien; die dogmengeschichtliche (genetische) Auslegung betrachtet Vorläufernormen und andere Normtexte und zeichnet Entwicklungslinien der bisherigen Regelungen nach.

Die *systematische Auslegung* beruht auf dem Gedanken, dass die Rechtsordnung als Ganzes widerspruchsfrei aufgebaut sein muss und deshalb keine Norm in ihr einer anderen Norm widersprechen kann. Sie betrachtet die Stel-

25 Zu Rechtsprinzipien *Vogel* (Fn. 2), S. 77.

26 Dazu *Vogel* (Fn. 2), S. 39.

27 Dazu *Vogel* (Fn. 2), S. 83 ff.; zur Anwendung von Richterrecht dort S. 160 ff.

28 Gute Zusammenfassung: *Hans Kudlich/Ralph Christensen*, Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten, JA 2004, 74; ausführlich *Ralph Christensen/Hans Kudlich*: Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 359 ff., mit vielen Beispielen aus allen Rechtsgebieten; Im übrigen *Winfried Brugger*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 1994, 1; *Alfons Gern*, Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen, VerwArch 1989, 415; *Bernhard Hardtung*, Lehrskript Einführung in die Methodenlehre, http://www.uni-rostock.de/fakult/jurfak/Hardtung/Materialien/Lehrskripten/Hardtung%20Lehrskript%20MethL%20Kap%203%20Gesetzesauslegung.doc (20.05.2007); *Franz Jürgen Säcker*, Historische und methodische Grundlagen des Rechts, namentlich des Privatrechts (Rechtsquellen, geschichtlicher Überblick, Gerichtssystem, Methodik, Interpretation), http://www.luiss.it/erasmuslaw/germania/index.htm (30.05.2007); *Hans-Peter Schwintowski*: Theorie der juristischen Argumentation, JA 1992, 102; siehe außerdem die in Fn. 2 genannten Werke.

29 Deutlich *Säcker* (Fn. 2) unter VI. 2 a).

lung der Norm in der einzelnen Vorschrift, dem Gesetz bis hin zur Gesamtrechtsordnung.

Die *teleologische Auslegung* ermittelt den Sinn des Gesetzes. Gerade hier ist vieles streitig. V. a. ist zu würdigen, ob nicht das Gericht seine rechtspolitische Vorstellung an Stelle des Gesetzes/Gesetzgebers gesetzt hat.[30]

e) Weitere Auslegungstopoi

aa) Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Eine Rechtsnorm soll so ausgelegt werden, dass sie mit höherrangigem Recht vereinbar ist.[31] Dazu gehören die verfassungskonforme Auslegung[32] und die ermächtigungskonforme Auslegung von Rechtsverordnungen und Satzungen. Bedeutsam ist auch die europarechtskonforme Auslegung, speziell die richtlinienkonforme Auslegung; sie sind besonders zu beachten, wenn nationales Recht der Umsetzung von Europarecht dient und es „1:1" umgesetzt werden sollte. Diese Auslegungsgesichtspunkte können auch als Aspekt der systematischen Auslegung verstanden werden.

bb) Definitionen

Vielfach wird mit Rechtsprechung und Literatur erarbeiteten „Definitionen" gearbeitet.[33] Man muss aber sehen, dass es sich dabei um anerkannte Auslegungsergebnisse handelt.[34] Wird der Definition gefolgt, muss die Subsumtion unter jedes Merkmal der Definition möglich sein. Es kann aber auch gefragt werden, ob der Fall nicht Anlass gibt, die Definition zu hinterfragen.

cc) Präjudizien

Präjudizien spielen in der Praxis eine erhebliche Rolle.[35] Zwar ist in aller Regel ein Gericht nicht an die Rechtsprechung des übergeordneten Gerichts gebunden. Die jeweiligen Prozessordnungen setzen aber voraus, dass diese Rechtsprechung beachtet wird. Da im Falle der Divergenz die Zulassung der Berufung beziehungsweise Revision ausgesprochen werden muss, setzt dies voraus, dass die Gerichte diese einschlägige Rechtsprechung prüfen und von ihr nicht ohne sachliche Gründe abweichen.[36] Der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs entspricht es daher in der Regel, dass Gerichte einer Entscheidung oder gar einer ständigen Rechtsprechung namentlich der obersten Bundesgerichte folgen, wenn sämtliche in Betracht kommenden Argumente in der obergerichtlichen Rechtsprechung entweder behandelt worden sind oder die Rechtsprechung in Kenntnis abweichender Erwägungen beibehalten worden ist.

Bei einer Abweichung kann, aber muss es sich nicht um eine Rechtsprechungsänderung handeln. Sie kann auch eine Innovation, eine Divergenz oder eine Fehlentscheidung darstellen. Um eine Entscheidung als Rechtsprechungsänderung einzuordnen, bedarf es wiederum oft einer ausführlichen Interpretation.[37] Dabei ist zu berücksichtigen, dass Gerichte vielfach eine Umgehungsstrategie verfolgen und eine Rechtsprechungsänderung nicht offen legen, sondern allenfalls als Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung darstellen.

dd) Prinzipien

Ein Prinzip umschreibt einen bestimmten Tatbestand, ohne eine zwingende Rechtsfolge festzusetzen.[38] Es gibt einen Vorrang an, der aber unter bestimmten Voraussetzungen auch zurücktreten kann. Ein Prinzip stellt daher ein Optimierungsgebot dar.[39]

ee) Herrschende Meinung

Dieser Begriff ist diffus.[40] Es kann eine herrschende Meinung sowohl in der Rechtswissenschaft (sog. Literaturmeinung) als auch in der Rechtspraxis geben; sie können gleich sein oder sich unterscheiden. Letztere dürfte v.a. die Ansicht des zuständigen obersten Bundesgerichts sein. Bei ersterer kommt es wohl auf die Anzahl und das Ansehen der Vertreter in „Zunft" an. Die „h. M." hat in erster Linie Bedeutung als Argumentationslastregel, aber auch als Element der Rechtssicherheit.[41]

ff) Rechtsvergleichende Betrachtung

Eine rechtsvergleichende Betrachtung kann ansetzen bei dem Vergleich funktional gleichwertiger Vorschriften.[42] Es wird daher geprüft, ob der Gesetzgeber der in Rede

30 Oder ob nicht die Kritik in Wirklichkeit hierauf hinausläuft.

31 Zur Bedeutung der Stufenfolge der Rechtsnormen bei der Auslegung *Vogel* (Fn. 2), S. 50 ff.

32 *Jörn Lüdemann*, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 2000, 27.

33 Besonders ausgeprägt im Strafrecht.

34 Zur Problematik von Definitionen gerade im Strafrecht *Ingeborg Puppe*, Juristische Methodenlehre für die Strafrechtshausarbeit, JA 1989, 345 (346).

35 *Frank Diedrich*, Präjudizien im Zivilrecht, 2004; *Kruse/Drüen* (Fn. 2), § 4 AO Rn. 307 ff. zur Beachtung höchstrichterlicher Rechtsprechung als Stabiltätsfaktor.

36 *Coing/Heinrich,* in: Staudinger, BGB (Fn. 2), Einleitung Rn. 228.

37 Dazu *Lorenz Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2004, Zusammenfassung in http://www.rechtsphilosophie.uni-goettingen.de/ZusammenfassungDiss.pdf (10.06.2007).

38 Zusammenfassend vgl. *Axel Flesser*, Juristische Methode und europäisches Privatrecht – Abschiedsvorlesung an der Humboldt-Universität Berlin am 09.07.2001, S. 14, http://edoc.hu-berlin.de/ (01.05.2007).

39 *Koch/Rüßmann* (Fn. 2), S. 87 ff.; siehe aber das abweichende Konzept etwa bei *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71 ff.

40 Eingehend *Thomas Drosdeck*, Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle, 1989; *Vogel* (Fn. 2), S. 106 m. w. N.

41 Dazu bereits *Walther Ecker*, Das Recht wird in und mit der Auslegung, JZ 1969, 477.

42 Zur Methode *Oliver Brand*, Grundfragen der Rechtsvergleichung, JuS 2003, 1082; *Abbo Junker*, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, 921; *Rösler*, Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung, JuS 1999, 1084 und 1186; *Arnold F. Rusch*, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, http://www.rwi.uzh.ch/oberassistenz_rusch/Publikationen/060213Rechtsvergleichung.pdf (30.05.2007); außerdem *Uwe Kischel*, „Vorsicht, Rechtsvergleichung!", ZVglRWiss 2005, 10.

stehenden Norm oder ein anderer Gesetzgeber das gleiche oder ein ähnliches Problem in gleicher Weise oder anders gelöst hat. So wird im öffentlichen Recht vielfach ein Vergleich zwischen verschiedenen Landesrechten angestellt und überlegt, ob aus der abweichenden Formulierung auch eine abweichende Regelungsabsicht des Gesetzgebers gefolgert werden kann. Im Zivilrecht kann gefragt werden, ob ein Auslegungsergebnis im europäischen Kontext singulär ist.[43] Regelungen der verschiedenen Prozessordnungen müssen in den Blick genommen werden.[44]

f) Folgenerwägung

Anknüpfungspunkt können die Folgewirkungen im konkreten Fall oder die für im konkreten Fall vergleichbare andere Fälle sein.[45] Bei erster dürfte es sich vielfach um teleologische Argumente handeln, bei letzteren besteht aber Gefahr, die Grenze zur Rechtsfortbildung zu überschreiten. Der Gang der Erwägungen müsste sein: die Feststellung der Auslegungsspielräume und damit der Alternativen, die Zuordnung von Klassen relevanter Wirkungen zu den Alternativen, die Operationalisierung der als relevant ausgewählten Wirkungen, die Prognose und schließlich die Bewertung der Wirkungen.[46]

g) Ergänzende Auslegung und Rechtsfortbildung

Kommt die Analyse zu dem Ergebnis, dass das Gericht nach eigenem Verständnis eine Rechtsfortbildung vorgenommen hat, oder dass das gefundene Ergebnis unter Anwendung der anerkannten Auslegungsregeln nicht begründbar ist, so ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine (uminterpretierende) Rechtsfortbildung vorliegen. Dabei ist zu sehen, dass die Gerichte vielfach weder eine Rechtsfortbildung als solche noch die dabei angewandte Methode zu erkennen geben.[47] Zudem ist auch in diesem Bereich methodisch vieles streitig.

aa) Vorliegen einer Lücke

Es muss zunächst eine Regelungslücke vorliegen. Eine „echte“ Gesetzeslücke liegt vor, wenn eine Rechtsnorm schon nach ihrem Wortlaut keine vollständige Regelung enthält. Bei einer „unechten“ Gesetzeslücke enthält die Regelung keine Regel für eine Frage, die nach dem Regelungsplan des Gesetzes einer Regelung bedarf. Keine (planwidrige) Lücke liegt vor bei „beredtem Schweigen“ des Gesetzes. Hier hat der Gesetzgeber für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge bewusst abgelehnt. Diese Lücke lässt sich nicht im Wege der Rechtsfortbildung schließen.

bb) Rechtsfortbildung praeter legem (gesetzesimmanente Rechtsfortbildung)

Die möglichen Formen der Lückenschließung enthalten ihrerseits begründungsbedürftige Wertungen.[48] In Betracht kommen:

- *Analogie* ist die Übertragung der für einen Tatbestand (Einzelanalogie) oder für mehrere untereinander ähnliche Tatbestände (Gesamtanalogie) im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm ähnlichen Tatbestand.
- *Erst-recht-Schluss (argumentum a fortiori)*: Der Normzweck einer Norm ist bei einem nicht geregelten Lebenssachverhalt noch stärker gegeben als bei dem geregelten. Es gibt zwei Formen des Erst-recht-Schlusses: den Schluss vom Kleineren auf das Größere *(argumentum a minore ad maius)* und den Schluss vom Größeren auf das Kleinere *(argumentum a maiore ad minus)*.
- *Umkehrschluss (argumentum e contrario)*: Hier wird aus dem Vergleich eines geregelten und eines ungeregelten Sachverhalts geschlossen, dass der Gesetzgeber die für den geregelten Sachverhalt angeordnete Rechtsfolge im ungeregelten Sachverhalt nicht wollte.
- *Teleologische Reduktion*: Hier wird eine Norm auf einen Sachverhalt, den sie vom Wortlaut her erfasst, nicht angewendet, weil der Zweck der Norm auf diesen Sachverhalt nicht zutrifft (der Norm fehlt eine Ausnahmeklausel, sie ist zu weit gefasst).

cc) Rechtsfortbildung contra legem (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung)

Neben der Lückenausfüllung im Rahmen des Gesetzesplans kommt es vor, dass das Recht jenseits des Gesetzesplans (vielleicht sogar gegen ihn) fortgebildet wird. Zulässig ist dies nur bei gravierenden Veränderungen der sozialen Gegebenheiten, bei unabweisbaren Bedürfnissen des Rechtsverkehrs oder zur Verwirklichung eines Verfassungsprinzips.

h) Rechtsdogmatik

Zu würdigen ist, ob sich das Auslegungsergebnis in die herrschende Rechtsdogmatik einfügt. Die Rechtsdogmatik interpretiert das geltende Recht einer bestimmten Rechtsordnung aus einer internen Anwenderperspektive, also aus der Perspektive von Richtern und Verwaltungsbeamten.[49] Dabei integriert sie theoretische Analyse und

43 Vgl. *Flesser* (Fn. 38), S. 11 ff.

44 *Wolfgang Brehm* in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, 22. Aufl. Band 1, vor § 1 Rn. 78 ff.

45 Dazu – aus Richtersicht – *Horst Sendler*, Zur richterlichen Folgenberücksichtigung und -verantwortung, in: Konrad Redeker (Hrsg.), Recht – Gerechtigkeit – Rechtsstaat, 2006, S. 205.

46 Vgl. *Röhl* (Fn. 2), S. 605 ff. m. w. N.; außerdem *Martina Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995; *dies.*: Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, JuS 1995, 480.

47 *Günter Hirsch*, Der Richter im Spannungsfeld von Erster und Dritter Gewalt, Rede am 01.10.2007 in Hamburg, http://www.zeit.de/reden/bildung_und_kultur/hirsch_bls (30.05.2007).

48 Eingehend *Puppe* (Fn. 34), S. 353 ff.

49 Näher *Winfried Brohm*, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik, in: Max-Emanuel/Dieter Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1079; *Petev* (Fn. 10), S. 565 (570 ff.); *Mastronardi* (Fn. 2), Rn. 864 ff.;

empirische Beschreibung. Ihr Zweck ist in erster Linie ein normativer: die praktische Ausgestaltung und Anwendung des geltenden Rechts. Eine Rechtsdogmatik ist eine (1) Klasse von Sätzen, die (2) auf die gesetzten Normen und die Rechtsprechung bezogen, aber nicht mit ihrer Beschreibung identisch sind, (3) untereinander in einem Zusammenhang stehen, (4) im Rahmen einer institutionell betriebenen Rechtswissenschaft aufgestellt und diskutiert werden und (5) normativen Gehalt haben.[50] Aufgabe der Dogmatik ist eine Bestandsaufnahme und Rekonstruktion von Rechtsprechung und anderer praktischer Anwendung von Normen, die Herausarbeitung von Grundsätzen[51] zur Komplexitätsreduzierung und die Ermöglichung der Lösung neuer Herausforderungen an Gesetzgeber und Rechtsanwender.[52] Soll eine Entscheidung in den Zusammenhang mit der vorhandenen Rechtsdogmatik gestellt werden,[53] ist zunächst zu prüfen, ob die Grundaussagen mit den vorhandenen Sätzen der Dogmatik übereinstimmen. Ist dies nicht der Fall, können sich daraus Anhaltspunkte ergeben, dass die Entscheidung oder der entscheidungstragende Obersatz unzutreffend ist, dass die Dogmatik ganz oder teilweise verworfen oder dass sie weiterentwickelt werden muss.

i) Theorien

Ähnliches gilt für Theorien der Rechtswissenschaft. Sie sind allgemein auf Konsistenz und Überprüfbarkeit angelegte Aussagenzusammenhänge zu einzelnen Rechtsnormen oder Rechtsinstituten. Damit ist zugleich gesagt, dass nicht jeder Auslegungvorschlag zugleich bereits eine Theorie beinhaltet.[54] Im Allgemeinen kann sich daher bei einer Entscheidungsrezension allenfalls die Frage stellen, ob eine Aussage in die Theorie einzupassen ist oder ob die Theorie zu modifizieren oder sogar aufzugeben ist.

j) Bereichspezifische Besonderheiten

Es gibt keine einheitliche rechtswissenschaftliche Methodenlehre.[55] Vielmehr sind für die einzelnen Sachbereiche Besonderheiten zu berücksichtigen.

Im *Strafrecht* ist zu berücksichtigen, dass das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 StGB) gilt, so dass in besonderer Weise bei der Auslegung von strafrechtlichen Vorschriften, für die dieses Verbot gilt, auf den Wortlaut abzustellen ist.[56]

Zivilrechtliche Normen sind in aller Regel auf den Interessenausgleich zwischen zwei privaten Personen ausgerichtet.[57]

Im öffentlichen Recht, namentlich im *Verwaltungsrecht* ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Vorschriften sich auch an die Verwaltung richten, die ihrerseits an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) gebunden ist. Besonders hier stellt mithin die (angenommen einzige richtige) Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zugleich eine Entscheidung über die Letztentscheidungskompetenz der Gerichte dar.[58] Auch die Besonderheit von Ermessens- und Planungsentscheidungen sind zu berücksichtigen.[59]

Im *Steuerrecht* ist die so genannte wirtschaftliche Betrachtungsweise bedeutsam, wonach zivilrechtlich zu beurteilende Sachverhalte unter spezifisch steuerrechtlichen Gesichtspunkten ausgelegt und bewertet werden.[60]

Auch im *Prozessrecht* sind besondere methodische Gesichtspunkte zu beachten.[61]

Im *Verfassungsrecht* haben sich eine Vielzahl eigenständiger Auslegungstopoi auf der Grundlage der klassischen Auslegungsregeln entwickelt. Dies beruht auf der Offenheit von verfassungsrechtlichen Normen (und wird daher beispielsweise bei Kompetenznormen in dieser Weise nicht angewendet). Namentlich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt hier eigene Maßstäbe.[62]

Christian Starck, Die Rechtswissenschaft der Zukunft, in: Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, 2002, S. 567; *Wank* (Fn. 5), S. 363 ff.

50 *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1996, S. 314.

51 Dazu gehören auch „Definitionen", siehe oben bei Fn. 34.

52 Vgl. *Wolfgang Kahl*, Neue Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik, AöR 2006, 579 (581) m. w. N. in Fn. 10.

53 Zur Kontrollfunktion der Dogmatik für die Rechtsprechung *Wank* (Fn. 5), S. 369 f.

54 Im einzelnen *Horst Dreier,* Zur Theorienbildung in der Jurisprudenz, in: ders., Recht – Moral – Ideologie, 1981, S. 70; *Puppe* (Fn. 34), S. 364 ff.

55 Vgl. im Einzelnen *Ekkehard Stein*, Die rechtswissenschaftliche Arbeit, 2000, S. 45 ff.; *Ingeborg Maus*, Plädoyer für eine rechtsgebietsspezifische Methodenlehre oder: Wider den Imperialismus in der juristischen Methodenlehre, KritV 1991, 107.

56 Weitere verfassungsrechtliche Grenzen sind: Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG), Schuldprinzip, Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG), Grundsatz „in dubio pro reo". Dazu BVerfGE 92, 1. Zur spezifischen Methode im Strafrecht *Winfried Hassemer*, in: Urs Kindhäuser/Hans-Ullrich Paeffgen, Ulfried Neumann (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, § 1 Rn. 104 ff.; *Karl Lackner*: Zu den Grenzen der richterlichen Befugnis, mangelhafte Strafgesetze zu berichtigen, in: ders., Richterliche Rechtsfortbildung – Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahrfeier der Universität Heidelberg, 1986, S. 39.

57 Zur zivilrechtlichen Methode *Schapp* (Fn. 2), S. 41 ff.; vom Ansatz her auch *Larenz/Canaris* (Fn. 2); außerdem *Coing/Honsell* (Fn. 2) und *Säcker* (Fn. 2).

58 Besonders deutlich bei *Hans-Joachim Koch/Rüdiger Rubel/Sebastian M. Heselbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, § 5 Rn. 57 ff.

59 Zur konditionalen und finalen Programmierung von Arnim/Brink (Fn.2), S. 189 ff.

60 *Kruse/Drüen* (Fn. 2), § 4 AO Rn. 320 ff.; *Günter Sölling*, Sinn und Widersinn der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, StVj 1992, 51.

61 Dazu etwa *Wolfgang Brehm,* in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, 22. Aufl. Band 1 vor § 1 Rn. 46 ff.; *Max Vollkommer,* in: Richard Zöller, Zivilprozessordnung, 26. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 92 ff.

62 *Gerd Roellecke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, Band 2, S. 22; *Peter Lerche*, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hsrg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001,

Im *Europarecht* hat sich eine eigene Praxis entwickelt.[63]

Schließlich ist *angeglichenes Recht*, etwa zur Umsetzung von EU-Recht, besonders auszulegen.[64]

k) Umstrittenheit der Kriterien

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass in der Methodenlehre vieles streitig ist. Das gilt sowohl für den Inhalt der einzelnen Auslegungselemente wie der Frage der Rangfolge dieser untereinander und der, ob sich weitere Elemente in der Auslegung zu berücksichtigen sind. Zu sehen ist auch, dass die Gerichte in aller Regel sich nicht zu Methodenfragen äußern. Eine sorgfältige Rekonstruktion der Entscheidung ist daher Voraussetzung für eine angemessene Kritik. Auch an diesem Punkt ist daran zu erinnern, dass die Entscheidungsgründe nicht den Weg der Entscheidungsfindung wiedergeben. Eine methodische Kritik – so berechtigt sie sein mag – hat zudem ebenso wie eine gerichtliche Entscheidung mehr oder minder verdeckte methodische Prämissen, über die der Verfasser der Kritik sich ebenfalls Rechenschaft ablegen muss.

l) Sättigung der Auslegungskriterien

Wesentliches Kriterium ist schließlich, ob alle nahe liegender Weise in Betracht kommenden Argumente in der Entscheidung behandelt sind. Im Hinblick auf die traditionelle Methodenlehre ist dabei insbesondere zu prüfen, ob die klassischen Auslegungskriterien angemessen berücksichtigt worden sind und ob andere Gesichtpunkte auch zu berücksichtigen waren. Dies gilt insbesondere für obergerichtliche Entscheidungen.

4. Subsumtion

In einem dritten Schritt ist zu überprüfen, ob die „logische Kluft“ zwischen Normformulierung und Sachverhaltsbeschreibung zutreffend überbrückt worden ist. Insbesondere muss eine Kongruenz zwischen mitgeteiltem Sachverhalt und den bei der Subsumtion (stillschweigend) vorausgesetzten Sachverhaltselementen bestehen.

5. Angemessenheit des Ergebnisses, Folgenbetrachtung

Erweist sich das Ergebnis im konkreten Fall oder bei der Lösung des generellen Problems als fragwürdig, kann dies an mehreren Ursachen liegen: Es kann ein methodischer Fehler in der Herleitung des Ergebnisses auf der Grundlage der maßgebenden Vorschriften sein; nicht jeder methodische Fehler führt aber zu einem „ungerechten“ oder sachwidrigen Ergebnis. Unabhängig davon muss unterschieden werden, ob das Ergebnis im konkret zu entscheidenden Fall oder die Folgen einer Prämisse der Entscheidung kritikwürdig sind. Darüber hinaus muss gefragt werden, ob das nicht zu billigende Ergebnis Indiz gegen die Richtigkeit eines einzelnen konkret angewandten Auslegungskriteriums darstellt, ein Auslegungskriterium – in diesem Kontext – generell ungeeignet ist oder die gesetzliche Regelung – wenn sie denn wirklich keine sachgerechte Auslegung zulässt – fragwürdig ist.

6. Argumentationsregeln und -fehler

a) Argumentationsmängel

Bei der Darlegung der Entscheidungsgründe kann sich eine Vielzahl von Argumentationsfehlern erweisen.[65]

aa) Logische Fehler

Die Bedeutung der Logik im Recht[66] besteht vor allem darin, die Prämissen einer Lehre oder Entscheidung vollständig offen zu legen. Daher dürfen logische Fehler und Widersprüche in einer juristischen Argumentation nicht auftreten. Erweist sich eine Schlussfolgerung als logisch fehlerhaft, muss geprüft werden, ob der logische Gehalt der juristischen Argumentationen durch Vervollständigung ihrer Prämissen zu retten ist. Logische Fehler in einer Entscheidung sind nicht allein deswegen „hinnehmbar“, weil und solange die Ergebnisse „stimmen“.[67] Umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass aus inhaltlich falschen Prämissen durchaus unter Einhaltung der Gesetze der Logik auf etwas Falsches geschlossen werden kann. In diesem Falle weist die Einhaltung der Logik den Weg zu einer Überprüfung der Prämissen.[68]

Zu den logischen Fehlern[69] gehören namentlich

– Verstoß gegen eine angemessene Begriffsbildung oder

Erster Band, S. 333; *Horst Dreier,* Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders., Recht – Moral – Ideologie, 1981, S. 106; *Jörg Menzel*: Einführende Überlegungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, zum Bundesverfassungsgericht und seiner Judikatur, in: ders. (Hrsg.), S. 1; *Seiler* (Fn. 11), S. 43 ff.; zur Verankerung spezifisch verfassungsrechtlicher Auslegungstopoi in die klassischen *canones Winfried Brugger*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 1994, 1 (30 ff.).

63 Dazu *Klaus-Dieter Borchardt,* in: Reiner Schulze/Manfred Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, 2006, § 15 S. 481 ff.; *Carsten Buck,* Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1998; *Stephan M. Grundmann,* Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997.

64 Dazu etwa *Marcus Lutter*, Die Auslegung angeglichenem Rechts, JZ 1992, 593; *Hartmut Oetker*, Rechtsvorschriften der ehem. DDR als Problem methodengerechter Gesetzesanwendung, JZ 1992, 608.

65 *Norbert Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., § 17 Rn. 55 ff.

66 Zu den Grundlagen der Logik im Recht *Hans-Joachim Koch/Helmuth Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, § 5 bis 7, S. 31 ff.; *Herberger/Simon* (Fn. 2), passim, inbes. Kap. 1 bis 5.

67 So treffend *Ingeborg Puppe,* in: dies. (Hrsg.): Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, Vorwort S. 14; vgl. auch *Koch/Rüßmann* (Fn. 2), S. 59 ff.

68 Beispiele bei *Maximilian Herberger*: Juristische „Logeleien“, http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibilothek2/text.php?id=131 (17.05.2007).

69 *Puppe* (Fn. 34), S. 360 ff.

einen angemessenen Gebrauch von Begriffen,[70]

– *quaternio terminorum (Äquivokation):* Der Mittelbegriff darf nicht mehrdeutig sein und in unterschiedlichem Sinn gebraucht werden. Es wird ein und dasselbe Wort innerhalb einer Argumentation für verschiedene Begriffe gebraucht.

– *Argumentations-Widerspruch:* Einander widersprechende Argumente werden verwandt. D. h. es wird gegen den Satz vom Widerspruch „A ist nicht nicht-A" verstoßen.

– *Argumentations-Inversion:* Argumente werden in ihrer logischen Reihenfolge ausgetauscht.

Im weiteren Sinne logische Begründungsfehler, die von ungeeigneten Prämissen ausgehen,[71] sind:

– *petitio principii*: Die zu beweisende Behauptung soll selbst als Beweisgrund dienen.

– *Argumentations- Zirkel (circulus vitiosus):* Das zu Beweisende wird bereits in den Prämissen vorausgesetzt.

bb) Sonstige Argumentationsfehler

– *proton pseudos (falsche Voraussetzung)*: in diesem Falle sind zwar die logischen Schlussfolgerungen unangreifbar, sie führen aber zu einem falschen Ergebnis, weil eine oder mehrere Prämissen nicht zutreffend sind.

– *verlorener Gegensatz*: Für zwei Begriffe oder Thesen wird eine ungleiche Behandlung vorgeschlagen, ohne einen relevanten Unterschied zu nennen; dies verletzt die Regeln vernünftigen Denkens (und Art. 3 Abs. 1 GG).

– *Argumentations-Inkompetenz*: Hier liegt bei dem Gericht mangelnder Sachverstand vor, der möglicherweise auch unerkannt geblieben ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es Sache der Gerichte ist, die Rechtslage zu ermitteln, und zwar auch dann, wenn es sich um Rechtsfragen handelt, die außerhalb der üblichen Rechtswegezuständigkeit liegen. Ausländisches Recht hingegen und nichtjuristische Fachfragen darf ein Gericht nur selbst ohne Hinzuziehung von Sachverständigen beantworten, wenn es hierfür selbst den hinreichenden Sachverstand eines oder mehrerer Mitglieder des Spruchkörpers nachweisen kann. Das bedeutet mit anderen Worten: eine Urteilskritik kann sich auch auf den fehlenden Sachverstand in dieser Hinsicht behandeln.

– *Argumentations-Ersatz:* Hier werden statt Argumenten Leerformeln verwendet wie „zweifelsfrei", „offensichtlich", „fraglos" etc. Dies ist aber erlaubt, wenn ein solcher Begriff als Rechtsbegriff eingeführt ist oder wenn (argumentationsentlastend) auf die allgemeine Evidenz gesetzt werden soll und kann. Auch der Verweis auf eine nicht näher dargelegte oder nachgewiesene „herrschende Meinung" kann, aber muss nicht ein derartiger Argumentationsersatz sein.[72]

– *Leere Behauptung*: Sinnvolle Behauptungen müssen sinnvolle Konsequenzen haben. Eine Behauptung, aus der keine Konsequenzen folgen, kann weder in Einklang mit noch in Widerspruch zu anderen Behauptungen stehen. Sie ist überhaupt keine sinnvolle These.

– *Argumentations-Abstraktion: Die* Argumente werden auf einem zu hohen Abstraktionsniveau angesetzt.

– *Argumentations-Duplizierung:* Das gleiche Argument wird, wenn auch in verschiedener Einkleidung, mehrfach vorgebracht.

– *Argumentations-Inkohärenz:* Es werden Argumente angeführt, die keinen Zusammenhang mit der Argumentation haben.

Ein Argumentationsfehler kann unschädlich sein, wenn das Argument hinweggedacht werden kann und das Ergebnis von den übrigen Argumenten gleichwohl getragen wird.

b) Allgemeine Argumentationsrichtlinien

Gewürdigt werden kann auch, ob allgemeine Argumentationsrichtlinien, d. h. Anforderungen an einen sachgerechten Diskurs beachtet worden sind.[73] Es kommen dabei etwa das Beachten der Konsistenz der Argumente, der Argumentationslastregeln, die Neutralitäts-, die Konvergenz-, die Glaubwürdigkeits- und die Betroffenheitsregel in Betracht.[74]

IV. Darstellung

Ein letztes Beurteilungskriterium ist die Darstellung der Argumentation. Hierbei ist zu würdigen, ob das Gericht die maßgebenden Gesichtspunkte vollständig, knapp und auf das Ergebnis bezogen dargestellt hat. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass gerichtliche Entscheidungen keine wissenschaftlichen Abhandlungen darstellen (dürfen). Gerade dieser Umstand kann aber einer wissenschaftlichen Rezension eine weiterführende Bedeutung geben. Eine Kritik muss nicht notwendig im Aufzeigen von Mängeln bestehen. Wissenschaftlich bedeutsam kann sie gerade dadurch werden, dass ergänzende, mit der Funktion einer gerichtlichen Entscheidung nicht vereinbare Erwägungen, die das Ergebnis beziehungsweise die Rechtsthese erhärten, dargestellt werden.

70 Dazu eingehend bereits *Lege* (Fn. 14), S. 1 ff.

71 *Looschelders/Roth* (Fn. 2), S. 110.

72 Zur Berufung auf Autoritäten *Vogel* (Fn. 2), S. 101.

73 Siehe die Tafel der Regeln und Formen eines Diskurses bei *Alexy* (Fn. 50), Anhang S. 361 ff.

74 Dazu *Schreiner* (Fn. 7), S. 332 ff.