

C. Anwendung von Rechtsnormen

In diesem Teil ist zu klären, was im weiteren Verlauf dieser Arbeit unter Recht bzw. Rechtsnormen zu verstehen ist (I.) und wie diese angewandt werden (II.). Außerdem ist auf die für diese Arbeit wichtige Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen einzugehen (III.).

I. Rechtsnormen

Um aufzuarbeiten, was Rechtsnormen sind, ist zunächst eine rechtsphilosophische Einordnung (1.) geboten. Zudem ist zu klären, was normativ-verbindliche Rechtsnormen und Rechtssätze sind (2.). Sodann sind nicht normativ-verbindliche Aussagesätze von Rechtsnormen abzugrenzen (3.).

1. Rechtsphilosophische Einordnung

a. Sein und Sollen

Was unter Recht zu verstehen ist, ist längst nicht eindeutig geklärt. Es gibt eine Fülle möglicher Definitionen²⁰¹. Passend erscheint die Feststellung von *Immanuel Kant* (1724-1804), welcher wie folgt ausführte: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe *vom* (Hervorhebung im Original) Recht.“²⁰² Wenn im Folgenden von Recht oder Rechtsnormen gesprochen wird, ist grundsätzlich das positive Recht gemeint, welches von außerrechtlichen Elementen abzugrenzen ist.²⁰³ Zu unterscheiden sind also Sollensgesetze (Sollensnormen) von Seins- oder Naturgesetzen (Seinsnormen). Sollensgesetze beschreiben keine Tatsachen, sondern sind a priori

201 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 48 ff. m.w.N.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 2.1 Rn. 2 ff.; *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 29 f.; *Hart*, Der Begriff des Rechts, S. 26 ff.

202 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Band 2, B 759/A731 Anmerkung (S. 625).

203 *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92 f.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 12.

durch die Vernunft²⁰⁴ bestimmt und ordnen konkrete Rechtsfolgen an. Die physische „Welt des Seins“ beschreibt tatsächlich vorhandene oder empirisch nachgewiesene Beziehungen zwischen Dingen und Vorgängen, also Tatsachen. In diesem Bereich geht es um vom Menschen nicht beeinflussbare Gesetzmäßigkeiten in den Naturwissenschaften. Zu der Welt des Seins gehören auch Dinge und Vorgänge, z.B. Gefühlsreaktionen oder Denkvorgänge in der Psyche eines Menschen.²⁰⁵ Wenn aus empirischen oder physischen Seinssätzen auf Sollenssätze geschlossen wird, wird von einem Sein-Sollen-Fehlschluss gesprochen, weil es keinen logischen oder unmittelbaren Übergang von deskriptiven zu normativen Aussagen gibt.²⁰⁶ So erkannte der schottische Philosoph *David Hume* als erster, dass aus Seinsgesetzen keine Sollensgesetze abgeleitet werden können.²⁰⁷ *Kant* griff diese Unterscheidung zwischen Sein und Sollen auf und stellte fest, dass es „[...] höchst verwerflich [...]“ sei, aus der Empirie rechtliche Verbindlichkeiten abzuleiten.²⁰⁸ *Hans Kelsen*, (1881-1973), einer der bedeutendsten Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts²⁰⁹, schloss sich dieser Ansicht *Kants* an und lehnte eine Vermischung zwischen Sein und Sollen ebenfalls ab. Die beiden Kategorien des Seins und des Sollens seien strikt voneinander zu trennen.²¹⁰ *Kelsen* stellte fest, „[...] daß daraus, daß etwas ist, nicht

204 *Kant* unterscheidet zwischen Vernunftprinzipien und Naturgesetzen (*Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Band 2, B 570, 571/A 542, 543 ff. (S. 495 ff.).

205 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 95 und 468; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.2 Rn. 114; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 12; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 2; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 129 ff.; *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band I, S. 69 ff.; *Gröschner*, JZ 1985, S. 170, 170; *Zippelius*, in: *Kunst/Grundmann*, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2728; *Nelson*, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, S. 11; Ausführlich zum Unterschied zwischen Sein und Sollen etwa: *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 20 ff.

206 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.1 Rn. 101 und 103; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 129.

207 *Hume*, Ein Traktat über die menschliche Natur, Band II: Buch III. Teil I. S. 211 f.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.1 Rn. 101 f.; *Weinberger*, Rechtslogik, S. 225 f.

208 *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 387 f. (S. 3 ff.); *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Band 1, B 375, 376/A 318, 319 (S. 325); *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.2 Rn. 114 f. und Kapitel 4.1.3.2 Rn. 173.

209 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3.2 Rn. 173; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 476.

210 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, I. 5 ff. (S. 27 ff.) und V. 196 (S. 346 f.); *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheo-

folgen kann, daß etwas sein soll, so wie daraus, daß etwas sein soll, nicht folgen kann, daß etwas ist [...].“²¹¹ Laut *Kelsen* versuche beispielsweise die „Soziologie des Rechtes“ bzw. die Rechtssoziologie, das Recht als einen Teil der sozialen Wirklichkeit zu verstehen. Die Rechtssoziologie als Tatsachenwissenschaft gehe induktiv vor, erfasse Tatsachen und folgere daraus Erklärungen oder Regeln für das menschliche Zusammenleben (soziale Regeln oder Regeln des Rechtslebens). Demgegenüber gehe es der normativen Rechtswissenschaft nicht darum, Erkenntnisse darüber zu gewinnen, was ist, sondern darüber, was aufgrund von Rechtsnormen sein soll.²¹² Die konsequente Trennung zwischen Sein und Sollen ist nicht allgemein anerkannt. Es werden Ansichten vertreten, nach denen diese beiden Kategorien gleichgesetzt werden oder eine Trennung geleugnet wird.^{213, 214} Eine solche Sichtweise widerspricht der Existenz und den Aufgaben der Rechtsdogmatik, welche das positive Recht als Bezugspunkt hat und dieses abgeschirmt von Seinsnormen erklären will. Die Rechtsdogmatik schließt jedoch nicht aus, dass beide Bereiche auch in Beziehung zueinander stehen. Denn eine rechtsdogmatische Vorgehensweise beurteilt einzelne Ausschnitte aus dem Seinsbereich nach einzelnen Normen aus dem Sollensbereich.²¹⁵ Anknüpfend an die Trennung der beiden Kategorien des Seins und des Sollens wird nachfolgend auf den juristischen Positivismus (b.) und das Naturrecht (c.) eingegangen.

b. Juristischer Positivismus

Mit dem juristischen Positivismus ist an dieser Stelle der Gesetzes- und Richterpositivismus gemeint (bb.). Zur Hinführung zum juristischen Posi-

rie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3.2 Rn. 173; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 69 und 71; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 12; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 476.

211 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, I. 5 (S. 29) und V. 196 (S. 346).

212 *A.a.O.*, I. 3 ff. (S. 25 ff.); *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: *Kelsen/Ehrlich*, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S. 3, 4 f.

213 So z.B.: *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 237 und 242 ff.

214 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 96 m.w.N.; *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band I, S. 70 f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 44 f.

215 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 44 f.; *Starck*, JZ 1972, S. 609, 612.

tivismus wird zunächst der philosophische Positivismus in knapper Form erläutert (aa.). Der rechtswissenschaftliche Positivismus und der naturrechtliche Positivismus werden dabei ausgeklammert.²¹⁶

aa. Der philosophische Positivismus

Der philosophische Positivismus ist zurückzuführen auf *Auguste Comte* (1798-1857)²¹⁷, welcher wissenschaftlich gesicherte Aussagen nur aus logisch-mathematischen Denkmustern erlaubte. Die Wissenschaft sollte von jeglichen externen oder metaphysischen Einflüssen wie z.B. gewissen Werten, theologischen oder politischen Zwecken abgegrenzt werden.²¹⁸ Diese Erkenntnistheorie reduziert das Erkennbare, also die „Welt“, auf Tatsachen, also auf all jenes, was empirisch bewiesen werden kann. Dieser klassische Positivismus spricht wie die Rechtswissenschaft von Gesetzen. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass darunter Seins- oder Naturgesetze zu verstehen sind. Diese Gesetze, wie sie der philosophische Positivismus versteht, beschreiben also ein Sein und können niemals ein Sollen vorschreiben.²¹⁹

bb. Der Gesetzes- und Richterpositivismus

Der Gesetzes- und Richterpositivismus ist ein Ausfluss des philosophischen Positivismus. Mitte des 19. Jahrhunderts wurden die Gedanken des philosophischen Positivismus auf die Rechtswissenschaft übertragen. Den Stellenwert, welchen Tatsachen für den philosophischen Positivismus einnahmen, hatten nun Gesetze für die Rechtswissenschaft.²²⁰ Der Gesetzes- und Richterpositivismus geht davon aus, dass Recht allein das verfassungsgemäß

216 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 492.

217 Kritisch zu *Comte* etwa: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 467 ff. und *Kolakowski*, Die Philosophie des Positivismus, S. 82 ff.

218 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 466 ff. und 492; *Kolakowski*, Die Philosophie des Positivismus, S. 66 ff. und 83 f.; *Zippelius*, in: *Kunst/Grundmann*, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2725.

219 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 468; *Mayer*, Der Tractatus als System, in: *Vossenkuhl*, Ludwig Wittgenstein: Tractatus logico-philosophicus, S. 11, 13 f.

220 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 470 und 492.

erlassene Gesetz, also das positiv gesetzte Recht, ist.²²¹ Juristische Entscheidungen kämen demnach durch logisches Ableiten aus Rechtsnormen zustande.²²² Der Gesetzgeber ist somit bei der Verabschiedung von Gesetzen an keine Gerechtigkeitsprinzipien oder ethischen Grundsätze gebunden. Eine Kontrolle oder Bewertung der Gesetze hinsichtlich solcher Prinzipien oder Grundsätze ist demnach auszuschließen.²²³ Weiterhin ist eine Rechtsnorm nur als Rechtsnorm anerkannt und für die Gesellschaft verbindlich, das positive Recht beansprucht also Geltung, wenn es von einer staatlich übergeordneten Stelle aufgrund einer zur Normsetzung ermächtigenden Norm gesetzt worden ist.²²⁴ Lediglich das positiv gesetzte Recht könne ein Sollen anordnen.²²⁵ Demzufolge ist das positive Recht zu befolgen. Gerechtigkeitsempfindungen, moralische, ethische oder religiöse Prinzipien des Rechtsanwenders sind auszuklammern und das Recht von derartigen Prinzipien zu trennen.²²⁶ Nicht durch das Gesetz geregelte Angelegenheiten sind folglich auch rechtlich unbedeutend.²²⁷ Der Rechtspositivismus vertritt also einen Rechtsbegriff, welcher von jeglichen metaphysischen Einflüssen von Moralsystemen zu trennen ist. Wird dieser Ansicht streng gefolgt, sind auch moralwidrige, ungerechte und sogar verbrecherische Gesetze als gel-

221 A.a.O., Rn. 471 und 492; *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 52; *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 2; *Hart*, Recht und Moral, S. 15 ff.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3 Rn. 152.

222 *Zippelius*, in: *Kunst/Grundmann*, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2724.

223 So etwa das *Reichsgericht* (RG) im Jahr 1927, in welchem dieses ausführte, dass der Gesetzgeber selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden sei, als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen habe (RG, Urteil vom 04.11.1927 – III 60/27, juris (RGZ 118, 325, 327); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 471; *Hart*, Recht und Moral, 15 ff.

224 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 197 (S. 348); *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.3.2 Rn. 174.

225 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 196 f. (S. 346 ff.); dazu passend ordnet *Kelsen* das positive Recht dem Begriff des Sollens zu (*Kelsen*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, III. 21 (S. 32 f.)); *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 12; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 252.

226 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 24 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 471 und 474; *Eichenhofer*, SGB 2021, S. 275, 275.

227 *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 2 f.; *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 375 ff.

tende Gesetze zu bezeichnen, vorausgesetzt sie wurden in einem rechtmäßigen Gesetzgebungsverfahren erlassen.²²⁸ Einer der bekanntesten Vertreter rechtspositivistischer Ansichten ist der bereits erwähnte *Kelsen*, welcher mit seiner Reinen Rechtslehre²²⁹ den Gesetzespositivismus vertrat.²³⁰ Laut *Kelsen* kann die Rechtswissenschaft ihrem Anspruch als Normwissenschaft nur gerecht werden und unabhängig sein von beispielsweise wirtschaftlichen, politischen Interessen oder naturwissenschaftlichen Elementen, wenn sie sich „reinhält“ von anderen Disziplinen, wie beispielsweise der Soziologie oder der Psychologie und eine Vermischung mit metaphysischen Elementen vermeidet.²³¹

c. Naturrecht

aa. Positives Recht versus Naturrecht

Im Zusammenhang mit dem Begriff des „Naturrechts“ werden auch Begriffe wie „Naturgesetz“, „göttliches Recht“, „ewiges Gesetz“ oder „Vernunftrecht“ aufgeworfen.²³² Nachfolgend wird der Begriff des „Naturrechts“ verwendet, da dieser am ehesten verdeutlicht, dass damit Recht gemeint ist, welches unabhängig von positiv gesetztem Recht gültig ist und damit nicht von einem Gesetzgeber oder dem Staat gesetzt wurde, sondern in der bestehenden Weltordnung, in der Natur der Sache oder in der Natur

228 Den Rechtspositivismus vertretend: *Hart*, Recht und Moral, S. 39 ff. oder *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, II. 68 f. (S. 132 ff.) und V. 201 (S. 354); weiterhin dazu: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 474; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 24; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 72 f.

229 *Kelsen*, *Hans*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, hrsg. von Jestaed, Matthias, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008 und *Kelsen*, *Hans*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, hrsg. von Jestaed, Matthias, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Tübingen 2017.

230 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 472; kritisch zu *Kelsens* Reiner Rechtslehre z.B. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 73 ff.

231 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Vorwort zur ersten Auflage III. (S. 3) und I. 1 (S. 21 f.); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 70 und 72; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 476 und 479.

232 *Höffe*, Gerechtigkeit, S. 40; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 13.

des Menschen verankert ist. Das Naturrecht versucht die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob in der Natur des Menschen oder der Natur der Sache, also im Seienden (Seinsgesetze), ein Maßstab des Richtigen für das positive Recht, also für das Gesollte (Sollensgesetze), zu finden ist.²³³ Der Grundgedanke, weshalb es ein Naturrecht oder eine überpositive Kontrollinstanz geben sollte, ist darauf zurückzuführen, dass es in der Vergangenheit gesetzliches oder staatliches Unrecht²³⁴ gab und in der Zukunft geben könnte.²³⁵ Unerträgliche Beispiele hierfür sind im Nationalsozialismus zu finden.²³⁶ Das Naturrecht folgert aus empirischen Beobachtungen oder Tatsachen normative Verbindlichkeit.²³⁷ Weiterhin gehen einige Vertreter der Naturrechtslehre²³⁸ davon aus, dass das Naturrecht dem positiven Recht übergeordnet sei. Ist das positive Recht nicht im Einklang mit dem Naturrecht oder verstößt dagegen, so verliere dieser Auffassung folgend das positive Recht seine Gültigkeit.²³⁹ Das Naturrecht kann jedoch auch in negativer Weise eingesetzt werden. So wurde mit dem Naturrecht in der Antike bereits in *Platons Gorgias* gerechtfertigt, dass es in der Natur der Sache liege, dass jeglicher Besitz dem Stärkeren gehöre. Diese Ansicht führt der Sophist *Kallikles* in *Platons* (427 bis 337 vor Christus) Dialog *Gorgias* aus.²⁴⁰ *Aristoteles* (384–322 vor Christus) folgerete aus dem Natur-

233 So schon: *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Fünftes Buch 1134b (S. 178 ff.); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 95 und 263 und 411; *Höffe*, Gerechtigkeit, S. 41; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 72; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 8 f. und 11; *Ellscheid*, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 143, 185 f.

234 So *Radbruch* in einem viel beachteten Aufsatz in der *Süddeutschen Juristen-Zeitung* im Jahr 1946 (*Radbruch*, SJZ 1946, S. 105, 105 ff.).

235 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 262; *Höffe*, Gerechtigkeit, S. 41; *Dreier*, JZ 1997, S. 421, 421 ff.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 11.

236 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 262; *Rüthers*, NJW 1988, S. 2825, 2826 ff.

237 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.2.2 Rn. 114.

238 Vertreter dieser Lehre sind aus der Antike z.B. *Marcus Tullius Cicero* (106–43 vor Christus) (*Cicero*, *De re publica*, Drittes Buch (S. 247)), *Augustinus Aurelius* (354–430) (*Augustinus*, *De libero arbitrio*, 1. Buch, 33. ff. (S. 87 ff.)) oder aus dem Mittelalter *Thomas von Aquin* (1225–1274) (*von Aquino*, *Summe der Theologie*, 95. Untersuchung, 2. Artikel (S. 473 ff.)).

239 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 14, Kapitel 4.1.1.1 Rn. 47 ff., Kapitel 4.1.1.2 Rn. 53 ff. und Kapitel 4.1.1.3 Rn. 61 ff.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 32.

240 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 96; *Platon*, *Gorgias*, 484 a ff. (S. 47).

recht, dass Frauen im Vergleich zu den Männern „geringerwertig“ seien und von diesen beherrscht würden²⁴¹. Weiterhin sah *Aristoteles* im Sklaven ein „beseeltes Werkzeug“^{242,243}. Auch im Nationalsozialismus wurde das Naturrecht fehlinterpretiert und zu menschenverachtenden und verwerflichen Zwecken missbraucht, indem das deutsche Volk als eine höherwertige Lebensform dargestellt wurde, welches die Fortpflanzung von Menschen minderwertigen Erbguts zu verhindern hätte.²⁴⁴ *Gustav Radbruch*, ehemaliger Justizminister in der Weimarer Republik und Rechtsphilosoph²⁴⁵, kann zwar nicht zu den klassischen Anhängern der Naturrechtslehre gezählt werden²⁴⁶, weil strittig ist, ob *Radbruch* bereits vor der Zeit des Nationalsozialismus Naturrechtler war²⁴⁷, oder ob er aufgrund der unzähligen verbrecherischen Gesetze²⁴⁸ des nationalsozialistischen Unrechtsstaats eine Wandlung vom Rechtspositivisten²⁴⁹ hin zum Naturrechtler vollzogen hat²⁵⁰. Gesagt werden kann jedoch, dass auf *Radbruch* die sogenannte Radbruchsche Formel zurückgeht.²⁵¹ Dieser Formel folgend habe aus Gründen der Rechtssicherheit das positive Recht grundsätzlich Vorrang vor dem Naturrecht, auch wenn das positive Recht sachlich ungerecht sei. *Radbruch* führt jedoch weiter aus, dass das nicht für unerträglich ungerechte Gesetze gelte, welche als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hätten und demzufolge ungültig seien. Weiterhin definiert *Radbruch* das positive

241 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Aches Buch 1160 b-1161 a (S. 270 f.) und *Aristoteles*, Politik, Buch I Kapitel 5 1254 b (S. 11).

242 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Aches Buch 1161 b (S. 273).

243 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 15 und Kapitel 4.1.1.1 Rn. 16 ff.

244 *Widmann*, in: *Benz/Graml/Weiß*, Enzyklopädie des Nationalsozialismus, Sozialdarwinismus, S. 805 f.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 30; eine etwas differenziertere Ansicht ist bei *Uwe Wesel* zu finden, welcher neben dem Naturrecht auch den Positivismus in dem aufgezeigten Zusammenhang nennt (*Wesel*, Juristische Weltkunde, S. 158 f.).

245 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 12.

246 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 41 f. m.w.N.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 12.

247 Dafür z.B.: *Dreier/Paulson*, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: *Dreier/Paulson*, *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie*, S. 237, 243.

248 *Rüthers*, NJW 1988, S. 2825, 2825 ff.

249 Rechtspositivistische Ansichten *Radbruchs* sind z.B. bei *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 10 S. 178 oder *Radbruch*, § 10 Die Geltung des Rechts, in: *Dreier/Paulson*, *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie*, § 10 S. 83 f. zu finden.

250 Dafür z.B. *Hart*, Recht und Moral, S. 40 oder *Lindner*, JURA 2016, S. 8, 14.

251 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 12; *Lindner*, JURA 2016, S. 8, 14.

Recht als eine Ordnung, welche den Sinn habe, der Gerechtigkeit zu dienen.²⁵² Kritisch gesehen werden kann, dass die Radbruchsche Formel positives Recht und moralische Fragen miteinander vermischt.²⁵³ Robert Alexy folgend, steige die Erkenntnis an, dass es sich um ein evident²⁵⁴ ungerechtes Gesetz handle, je extremer die Ungerechtigkeit sei.²⁵⁵ Die Anhänger der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus sind sich darüber einig, dass unerträglich ungerechte Gesetze aus moralischer Sicht nicht zu befolgen seien. Entgegen einer rechtspositivistischen Ansicht ist *Radbruch* jedoch der Meinung, dass Sanktionen aufgrund dieses Ungehorsams rechtswidrig seien.²⁵⁶

bb. Verrechtlichtes Naturrecht

Wenn nach naturrechtlichen Einflüssen im positiven Recht gefragt wird, können Grund- und Menschenrechte Antworten liefern. So ist Naturrecht, welches positiv gesetzt wurde, insbesondere in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahr 1948 (AEMR²⁵⁷), in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh²⁵⁸), in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK²⁵⁹) oder im GG zu finden.²⁶⁰ Das deutsche Grundgesetz enthält einige juristische Instrumente, um sich gegen Gesetze zur Wehr zu setzen, welche verfassungswidrig sein könnten, so z.B. die Verfassungsbeschwerde

252 *Radbruch*, SJZ 1946, S. 105, 107.

253 So etwa: *Hart*, Recht und Moral, S. 39 ff. oder *Kelsen*, welcher das Naturrecht ablehnt (*Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, II. 402 ff. (S. 687 ff.)).

254 *BVerfG*, Beschluss vom 14.02.1968 – 2 BvR 557/62, juris-Rn. 30.

255 *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 90 f.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 16.

256 *Radbruch*, SJZ 1946, S. 105, 107; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 24 f.

257 UN-Dokument A/RES/217 A (III).

258 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 07.06.2016 (ABl. EU C 202/389).

259 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in der Fassung vom 22.10.2010 (BGBl. II, S. 1198), zuletzt geändert durch 15. EMRK-Protokoll vom 24.06.2013 (BGBl. 2014 II, S. 1034, 1035).

260 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 262 und 264 f. und 269 und 411; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 4.1.1 Rn. 15 und Kapitel 5.2 Rn. 29 und 32.

gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG²⁶¹ sowie die konkrete (Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 80 ff. BVerfGG²⁶²) und die abstrakte Normenkontrolle (Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 und 2a GG, §§ 76 ff. BVerfGG²⁶³).²⁶⁴ Darüber hinaus ist in Art. 20 Abs. 4 GG das Widerstandsrecht verankert, welches allen Deutschen das Recht einräumt, sich z.B. gegen unerträglich ungerechte Gesetze zur Wehr zu setzen und damit die Verfassung zu schützen.²⁶⁵ Das Sozialrecht, welches Ausfluss des Sozialstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ist, zielt auf den Ausgleich von Ungleichheiten bzw. die Sicherung der menschlichen Existenz in Würde, insbesondere durch den Staat, ab und kann als verrechtlichtes Naturrecht angesehen werden.²⁶⁶ *Radbruch* führt zum Sozialrecht folgendermaßen aus: „[...] Indem das soziale Recht die gesellschaftliche Differenziertheit der Einzelnen, ihre soziale Macht- und Ohnmachtstellung sichtbar macht und dadurch ihre Berücksichtigung durch das Recht, die Stützung sozialer Ohnmacht und die Beschränkung sozialer Übermacht allererst ermöglicht, setzt es an Stelle des liberalen Gedankens der Gleichheit den sozialen Gedanken der Ausgleichung, bringt es an Stelle der kommutativen die distributive Gerechtigkeit zur Geltung, ersetzt es, da die Ausgleichung durch die distributive Gerechtigkeit notwendig eine übergeordnete Stelle über den Einzelnen voraussetzt, die Selbsthilfe durch Hilfe der organisierten Gesellschaft, insbesondere Staatshilfe.“²⁶⁷ In der Rechtsprechung oberster Gerichtshöfe, z.B. des *Bundesgerichtshofs*

261 Siehe bereits in Bezug auf Verfahrensgrundrechte: B. II. 4.

262 Siehe näher dazu unten: C. I. 2. e. aa. (1).

263 Siehe dazu näher unten: C. I. 2. e. aa. (2).

264 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 264 und 269.

265 *A.a.O.*, Rn. 262 und 269; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 171 ff.; *Kunz/Molina*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 32.

266 *Eichenhofer*, SR 2022, S. 170, 187 und 189 f.; *Eichenhofer*, SGB 2011, S. 511, 511.

267 *Radbruch*, § 16 Privates und öffentliches Recht, in: *Dreier/Paulson*, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, § 16 S. 124 f.

(BGH)²⁶⁸ und des BVerfG²⁶⁹ hat das Naturrecht bzw. die Radbruchsche Formel²⁷⁰ ebenfalls Eingang gefunden.²⁷¹

d. Zwischenergebnis

Der Rechtspositivismus²⁷² hat gegenüber dem Naturrecht²⁷³ den Nachteil, dass das positive Recht befolgt werden muss, ohne dass sich der Rechtsanwender kritisch mit diesem auseinandersetzen kann. Moralische Korrektheit und politisches Verantwortungsbewusstsein sind außerhalb des Rechts angesiedelt.²⁷⁴ Rechtspositivismus und Naturrecht sollten nicht als sich ausschließende, sondern als sich gegenseitig ergänzende Positionen wahrgenommen werden.²⁷⁵ Rechtliches Handeln aufgrund von rechtlichen Vorschriften hat sich insofern nicht an naturrechtlichen Überlegungen zu orientieren, jedoch kann es daran gemessen werden.²⁷⁶ Eine absolute Trennung zwischen positivem Recht und Naturrecht ist also nicht zielführend. Das positive Recht ist in Anlehnung an *Heinrich Henkel* nicht komplett iso-

268 BGH, Gutachten vom 25.01.1952 – VRG 5/51, juris-Rn. 6; BGH Großer Senat für Zivilsachen, Beschluss vom 10.06.1952 – GSZ 2/52, juris-Rn. 36; BGH, Urteil vom 11.02.1953 – II ZR 51/52, juris-Rn. 14 ff.; BGH, Urteil vom 19.02.1953 – III ZR 208/51, juris-Rn. 25; BGH Großer Senat für Strafsachen, Beschluss vom 17.02.1954 – GSSt 3/53, juris-Rn. 10 ff.; BGH Großer Senat für Zivilsachen, Beschluss vom 20.05.1954 – GSZ 6/53, juris-Rn. 75; BGH Großer Senat für Zivilsachen, Beschluss vom 28.02.1955 – GSZ 4/54, juris-Rn. 17 ff.; eine Übersicht der Rechtsprechung des BGH dazu ist zu finden bei: *Weinkauff*, NJW 1960, S. 1689, 1689 ff.

269 BVerfG, Urteil vom 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, juris-Rn. 154 und Leitsatz Nr. 27; BVerfG, Urteil vom 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, juris-Rn. 37 f.; BVerfG, Urteil vom 01.07.1953 – 1 BvL 23/51, juris-Rn. 80; BVerfG, Urteil vom 17.12.1953 – 1 BvR 147/52, juris-Rn. 25; BVerfG, Urteil vom 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, juris-Rn. 32; weitere Nachweise sind zu finden bei: *Müller, Gebhard*, Naturrecht und Grundgesetz, Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts, Würzburg 1967.

270 Explizit zur Radbruchschen Formel in der Rechtsprechung des BVerfG etwa: BVerfG, Beschluss vom 14.02.1968 – 2 BvR 557/62, juris-Rn. 30 f. und BVerfG, Beschluss vom 24.10.1996 – 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, juris-Rn. 75 ff.

271 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 267; *Evers*, JZ 1961, S. 241, 241 ff.; *Dreier*, JZ 1997, S. 421, 421 ff.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 14 f.

272 C. I. 1. b.

273 C. I. 1. c.

274 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 5.2 Rn. 26.

275 A.a.O., Rn. 34.

276 *Eichenhofer*, SGB 2021, S. 275, 275.

liert von der realen Umwelt, also auch von außerrechtlichen Elementen wie beispielsweise medizinischen Forschungsergebnissen. Das positive Recht ist eingebettet in die „Ordnung des Seins“ und das soziale Leben, für welches es gleichzeitig Geltung beansprucht²⁷⁷.

2. Normativ-verbindliche Rechtsnormen und Rechtssätze

Nachfolgend wird nach dem Grund der Geltung des positiven Rechts gefragt. Fraglich ist also, weshalb Recht für sich überhaupt Geltung beansprucht²⁷⁸. Hierfür ist auf die staatliche Rechtsetzung (a.) auf der einen und die private Rechtsetzung (b.) auf der anderen Seite einzugehen. Sodann ist eine Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen vorzunehmen (c.), um dann deren Struktur zu untersuchen (d.). Abschließend ist auf Normenkontrollverfahren (e.) einzugehen.

a. Staatliche Rechtsetzung

aa. Demokratisch legitimierte Entscheidung

Gesetzliche Vorschriften einer Rechtsordnung gelten und sind für die Gesellschaft, welche in dieser Rechtsordnung lebt, normativ-verbindlich, weil der Gesetzgeber aufgrund eines in der Verfassung²⁷⁹ geregelten Verfahrens zur Normsetzung oder zur Anordnung der Geltung bestimmter Normen legitimiert bzw. ermächtigt ist.²⁸⁰ Das Verfahren zur Rechtssetzung durch bestimmte Staatsorgane (Regierung und Parlament) ist in den Artt. 70 bis 82

277 Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 27.

278 Weinberger, Rechtslogik, S. 259 f.; Kelsen, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 196 (S. 346).

279 Die Frage, weshalb die Verfassung gilt, beantwortet Kelsen mit einer fiktiven „Grundnorm“. Diese „Grundnorm“ bezeichnet laut Kelsen den letzten Grund der Geltung des positiven Rechts (Kelsen, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, V. 198 ff. (S. 349 ff.)). Diese Frage nach der Geltung der Verfassung ist eine rechtsphilosophisch sehr anspruchsvolle Frage, welche im Folgenden jedoch nicht weiter diskutiert werden muss. Weitere Nachweise und Kritik hierzu sind zu finden bei Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 478 f. und Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 74.

280 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 253; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 475; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92.

GG geregelt.²⁸¹ Gesprochen werden kann dann von einer demokratisch legitimierten politischen Entscheidung.²⁸² Das Kriterium der staatlichen Normsetzung durch bestimmte Staatsorgane ist das entscheidende Merkmal, um normativ-verbindliche Rechtsnormen von anderen Verhaltensregeln, Sitten oder Gebräuchen zu trennen.²⁸³ Der Staat kann seine Macht zur Normsetzung auch auf andere staatliche oder private Akteure²⁸⁴ übertragen. Die jeweiligen Stellen erlangen ihre Kompetenz zum Normerlass durch einen staatlichen Geltungsbefehl, wie z.B. eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.²⁸⁵

bb. Beratung und Verkündung von Gesetzen

Im Folgenden werden Teilelemente eines Gesetzgebungsverfahrens dargestellt (Beratung von Gesetzen ((1)) sowie Verkündung von Gesetzen ((2))), welche für diese Arbeit von Bedeutung sein werden.

(1) Beratung von Gesetzen

Alle Vorlagen, welche im Bundestag beraten werden, werden als Drucksachen oder Bundestagsdrucksachen (BT-Drs.) herausgegeben, so insbesondere Gesetzesmaterialien bzw. Gesetzgebungsmaterialien.²⁸⁶ Gemäß Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG gibt sich der Bundestag eine Geschäftsordnung. § 75 Abs. 1 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags (GO-BT²⁸⁷) listet auf, welche Vorlagen als Verhandlungsgegenstand auf die Tagesordnung des Bundestages gesetzt werden können, so z.B. Gesetzentwürfe gemäß § 75 Abs. 1 lit. a GO-BT, welche in drei Beratungen im Bundestag behandelt werden (§ 78 Abs. 1 S. 1 GO-BT).²⁸⁸

281 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 55 und 224 f.

282 Keller, SGB 2003, S. 254, 254; zum Demokratieprinzip, siehe: B. III.

283 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 55 ff.

284 Dazu gleich unten: C. I. 2. b.

285 Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 50; Nusser/Spellbrink, SGB 2017, S. 550, 554 f.

286 Deutscher Bundestag, Drucksachen, Internetquelle.

287 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vom 25.06.1980 (BGBl. I, S. 1237), zuletzt geändert durch Beschluss des Bundestages vom 22. 02.2024 (BGBl. I, Nr. 64).

288 Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 102 Rn. 3.

(2) Verkündung von Gesetzen

Wenn ein Gesetz zustande gekommen ist, wird es vom Bundespräsidenten gegengezeichnet und ausgefertigt (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG). Sodann folgt die rechtswirksame Verkündung dieser Rechtsnormen im Bundesgesetzblatt (BGBl.). Diese ist in Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG geregelt.²⁸⁹ Gemäß § 60 S. 1 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO²⁹⁰) leitet das Bundespräsidialamt das von der Bundespräsidentin oder dem Bundespräsidenten ausgefertigte Gesetz der Schriftleitung des Bundesgesetzblattes zur Verkündung im Bundesgesetzblatt zu. Bis zum 31.12.2022 erfolgte die amtliche Bekanntgabe von Gesetzen in den gedruckten Bundesgesetzblättern und zudem in elektronischer Form im Bundesanzeiger²⁹¹. Seit dem 01.01.2023 erfolgt diese ausschließlich in elektronischer Form unter www.recht.bund.de²⁹². Die Verkündung dient der Wahrung des Rechtsstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und der Information des Volks, damit dieses erkennen kann, was geltendes Recht ist²⁹³. Die Verkündung ist zwingender Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens und Voraussetzung für die Geltung von Gesetzen. Die Geltung, also der Zeitpunkt der Anwendung, ist davon zu unterscheiden. Diese tritt erst mit Inkrafttreten des Gesetzes ein²⁹⁴.

b. Private Rechtsetzung

Neben Normen, die durch staatliche Rechtsetzung zustande kommen, gibt es verbindliche Rechtsnormen, welche durch private Akteure im Rahmen privater Rechtsetzung erlassen werden. Damit sind z.B. Tarifverträge zwi-

289 Pieper, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 82 Rn. 21 m.w.N.

290 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien vom 26.07.2000 (GMBL. S. 526), zuletzt geändert durch Art. 1 des Beschlusses vom 15.05.2024 (GMBL. S. 386).

291 BMJV, Archiv des Bundesgesetzblattes vor dem Jahr 2023, Internetquelle; BMJV, Inhalte, Internetquelle; der Bundesanzeiger wird vom *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)* herausgegeben und ist das amtliche Bekanntmachungs- und Verkündungsorgan der Bundesrepublik Deutschland (BMJV, Was ist der Bundesanzeiger?, Internetquelle).

292 BfJ, Verkündung, Internetquelle.

293 BVerfG, Beschluss vom 22.11.1983 – 2 BvL 25/81, juris-Rn. 36 m.w.N.

294 BVerfG, Beschluss vom 22.03.1983 – 2 BvR 475/78, juris-Rn. 43; BVerfG, Beschluss vom 14.05.1986 – 2 BvL 2/83, juris-Rn. 85 ff.; Pieper, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 82 Rn. 21; Kissel, Internet statt Bundesgesetz„blatt“, in: Söllner et al., Gedächtnisschrift Heinze, S. 461, 461 f.

schen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden gemäß §§ 1, 2 und 4 Tarifvertragsgesetz (TVG²⁹⁵) und Betriebsvereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gemäß § 77 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG²⁹⁶) angesprochen. Die Verfassung schützt und befürwortet diese Art der privaten Rechtsetzung im Rahmen der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG. Diese Normen gelten dann innerhalb der jeweiligen Organisation oder für die jeweiligen Adressaten dieser Rechtsvorschriften.²⁹⁷

c. Rechtsnormen und Rechtssätze

aa. Rechtsnormen

(1) Begriffsbestimmung

(i) Formelle und materielle Gesetze

Rechtsnormen sind Gesetze und stellen insgesamt das Recht dar.²⁹⁸ Unter Gesetzen im materiellen Sinne sind alle existierenden Rechtsnormen zu verstehen. Materielle Gesetze erzeugen unmittelbare Rechte und Pflichten für die Bürger²⁹⁹. Dazu gehören formelle Gesetze bzw. Parlamentsgesetze, welche in einem in der Verfassung geregelten Gesetzgebungsverfahren³⁰⁰ zustande gekommen sind. Das können Bundes- und Landesgesetze sein. Materielle Gesetze sind ebenso Rechtsverordnungen und Satzungen.³⁰¹

295 Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.08.1969 (BGBl. I, S. 1323), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 20.05.2020 (BGBl. I, S. 1055).

296 Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.09.2001 (BGBl. I, S. 2518), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 19.07.2024 (BGBl. I, Nr. 248).

297 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 52 f. und 107 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 56 und 229 ff.; Wolff/Stephan, in: Seifert/Hömig, GG, Art. 9 Rn. 13; Mutthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 38 ff.; Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 50.

298 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 19; Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 1; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 100 Rn. 1.

299 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.

300 C. I. 2. a.

301 Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 1 und 3; Detterbeck, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 17.

Rechtsverordnungen und Satzungen zählen jedoch nicht zu den formellen Gesetzen, weil sie nicht in einem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind. Sie sind ausschließlich Gesetze im materiellen Sinne.³⁰² Rechtsverordnungen³⁰³ werden aufgrund einer formellgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage von der *Bundesregierung*, einem *Bundesminister* oder den *Landesregierungen* erlassen (Art. 80 Abs. 1 GG). Sie enthalten normativ-verbindliche Regelungen für die in der jeweiligen Verordnung angesprochenen Normadressaten und binden zudem die Gerichte.³⁰⁴ Hinsichtlich des oben dargestellten Wesentlichkeitsgrundsatzes³⁰⁵ ist zu sagen, dass eine Delegation zum Normerlass durch eine gesetzliche Ermächtigung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn eine Entscheidung als wesentlich eingestuft wird. Das bedeutet jedoch nicht, dass ergänzende Rechtsverordnungen gänzlich ausgeschlossen sind. Jedoch gelten hier eng umrissene Regeln.³⁰⁶ Deshalb ist in Bezug auf den Erlass von Rechtsverordnungen in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ein spezielles Bestimmtheitsgebot³⁰⁷ zu finden. So müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß in der Ermächtigungsgrundlage im Gesetz bestimmt werden. So darf sich der Gesetzgeber auch bei der Delegation zum Normerlass nicht seiner Verantwortung entziehen und muss bereits in der Ermächtigungsgrundlage klar ausführen, was durch die Rechtsverordnung geregelt werden soll.³⁰⁸ Satzungen³⁰⁹ werden von einem Hoheitsträger mittelbarer Staatsverwaltung mit Satzungscompetenz, also z.B. Körperschaften des öffentlichen Rechts, erlassen. Dazu gehören z.B. gesetzliche Krankenkassen, Landkreise und Gemeinden (Art. 28 GG) oder

302 *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 19 f.; *Weber*, in: *Weber*, Rechtswörterbuch, Gesetz Rn. 3; *Michael/Morlok*, Grundrechte, § 43 Rn. 821.

303 Dazu ausführlich: *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 103.

304 *A.a.O.*, Rn. 1; *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 19.

305 B. II. 2. a. bb.

306 *BVerfG*, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, juris-Rn. 195 m.w.N.; *Brenner*, in: *von Mangoldt*, GG, Band 2, Art. 80 Rn. 37.

307 Siehe dazu: B. II. 3.

308 *BVerfG*, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77, 2 BvL 9/77, juris-Rn. 41; *BVerfG*, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, juris-Rn. 199 ff. m.w.N.; *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 103 Rn. 20; in Bezug auf die Voraussetzungen an die sogenannte Subdelegation gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG, also die Weiterübertragung der Ermächtigung zum Normerlass: *BVerfG*, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, juris-Rn. 206 ff.

309 Zum Satzungsrecht: *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 105.

auch Universitäten und Hochschulen.³¹⁰ Im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes³¹¹ ist zu sagen, dass untergesetzliche Normen wie Rechtsverordnungen und Satzungen³¹² auf einer formellen gesetzlichen Grundlage beruhen müssen.³¹³

(ii) Formelles und materielles Recht

Gesetze wurden bereits mit Blick auf die jeweilige erlassende Stelle unterschieden.³¹⁴ Dazu ergänzend ist eine Unterscheidung nach der jeweiligen inhaltlichen Vorgabe einer Rechtsnorm vorzunehmen. So können Rechtsnormen in der Gestalt von Verfahrensvorschriften in Erscheinung treten. Damit ist das formelle Recht oder das Verfahrensrecht angesprochen. Diese Art von Rechtsnormen gibt vor, wie das Verfahren auszugestalten ist, um Leistungsansprüche durchsetzen zu können. Konkrete Regelungen dazu sind insbesondere in den jeweiligen Verfahrensgesetzen, wie dem SGG zu finden. Das materielle Recht regelt hingegen die Voraussetzungen bestimmter Leistungsansprüche. Dazu gehört z.B. das SGB V.³¹⁵

(2) Charakteristika von Rechtsnormen

Der Begriff der Norm kommt neben den Rechtswissenschaften auch in anderen Wissenschaften, wie in den Sozialwissenschaften, der Theologie, der Sozialphilosophie und den Naturwissenschaften vor.³¹⁶ In dieser Arbeit ist die Rede von Normen als staatlich gesetztes und anerkanntes Recht.³¹⁷ Rechtsnormen sind einerseits verbindliche Verhaltensnormen für den Bürger und gleichzeitig verbindliche Entscheidungsnormen für den Rechtsan-

310 *BVerfG*, Beschluss vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62, juris-Rn.103; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 228; *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 188; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 34 ff.

311 B. II. 2. a. bb.

312 *Michael/Morlok*, Grundrechte, § 43 Rn. 821.

313 *Nusser/Spellbrink*, SGB 2017, S. 550, 555.

314 C. I. 2. a. und C. I. 2. b.

315 *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 54 f. und 56 ff.

316 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 94.

317 *A.a.O.*, Rn. 56a ff.

wender.³¹⁸ Rechtsnormen sind generell-abstrakt verfasst³¹⁹ und beziehen sich damit auf eine unbestimmte Anzahl von Menschen, für unbestimmt viele Sachverhalte. Rechtsnormen richten sich also nicht an eine bestimmte Person und zielen nicht auf einen begrenzten Einzelfall. Solche, den Einzelfall regelnde Vorschriften, welche von Rechtsnormen abzugrenzen sind, stellen konkret-individuelle Regelungen in der Form von Einzelakten³²⁰ dar. Eine Rechtsnorm ordnet normativ-allgemeinverbindlich³²¹ an, was gelten soll. Dies entspricht nicht immer den realen Umständen.³²² Rechtsnormen sind also von der Wirklichkeit grundsätzlich entkoppelt³²³. Sie beinhalten eine hoheitliche Anordnung und knüpfen an einen Tatbestand Rechtsfolgen³²⁴. Ebenso könnte von einer Rechtsregel oder einer Rechtsvorschrift gesprochen werden.³²⁵ Die generell-abstrakte Eigenschaft von Rechtsnormen bedeutet, dass die entsprechende Norm für alle Einzelfälle gleichsam gilt, welche von ihrem Geltungsbereich erfasst werden.³²⁶ Diese positiv gesetzten Normen ordnen, wie bereits gesagt wurde³²⁷, ein „Sollen“ an und sprechen eine Geltungsanordnung aus.³²⁸ Unter Rechtsnormen sind z.B. Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Tarifverträge sowie Betriebsvereinbarungen zu verstehen. Auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG, Europarecht, inklusive der unmittelbar anwendbaren Richtlinien, völkerrechtliche Verträge, welche

318 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92.

319 Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 40; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 2; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92; Detterbeck, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.

320 Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 37 f.

321 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18.

322 Nusser/Spellbrink, SGB 2017, S. 550, 554.

323 Wulforth, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 53, 53.

324 May, Die Revision, VI. A. Rn. 7; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 23; Udsching, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; Berchtold, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5.

325 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250; Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 196.

326 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92.

327 C. I. I. a. und C. I. I. b.

328 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 92 f. und 95; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 ff.; Weinberger, Rechtslogik, S. 55 und 225 ff.

gemäß Art. 59 GG³²⁹ in innerstaatliches Recht überführt wurden, und ausländisches Recht sind Rechtsnormen.³³⁰ Rechtsnormen bilden zusammengekommen eine Rechtsordnung ab.³³¹ Grundsätzlich keine Rechtsnormen sind hingegen Verwaltungsvorschriften, welche verwaltungsinterne Anweisung zum Gegenstand haben und regelmäßig keine verbindliche Außenwirkung entfalten³³². Davon gibt es Ausnahmen, beispielsweise im Umweltrecht³³³. Ebenso stellen Richtlinien sowie behördeninterne Rundschreiben keine Rechtsnormen dar.³³⁴ Im Hinblick auf die folgenden Ausführungen ist die sogenannte Rechtsquellenlehre interessant. Diese besagt, dass unterschiedliche Gesetze, auch eine unterschiedliche Herkunft haben, also unterschiedlichen Quellen entstammen. Die Rechtsprechung muss wissen, welche Vorschriften aus welchen Rechtsquellen erwachsen, um den Grundsätzen des Art. 20 Abs. 3 iVm. Art. 97 Abs. 1 GG³³⁵ gerecht werden zu können. Je nachdem, aus welcher Quelle ein Gesetz hervorgeht, ist es in einer Normhierarchie einzuordnen.³³⁶

329 Beispielsweise die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) (*BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 18.12.2008 – 1 BvR 2604/06, juris-Rn. 23 m.w.N.).

330 *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, *SGG*, § 162 Rn. 3; *Berchtold*, in: Berchtold, *SGG*, § 162 Rn. 5; *Karmanski*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK *SGG*, § 160 Rn. 29; *Heinz*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK *SGG*, § 162 Rn. 16; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 56 und 231 m.w.N.

331 *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 92.

332 *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 11.08.2009 – 2 BvR 941/08, juris-Rn. 19; *BVerfG*, Beschluss vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83, juris-Rn. 37 m.w.N.; *BSG*, Urteil vom 30.09.2009 – B 9 VS 3/09 R, juris-Rn. 33 m.w.N.; *BFH*, Urteil vom 09.07.2003 – I R 48/02, juris-Rn. 16 m.w.N.; *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, *SGG*, § 162 Rn. 4a; *Neumann/Korbmacher*, in: Sodan/Ziekow, *VwGO*, § 137 Rn. 29 m.w.N.; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, *VwGO*, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 22 m.w.N.

333 *Neumann/Korbmacher*, in: Sodan/Ziekow, *VwGO*, § 137 Rn. 32; *Buchheister*, in: Schoch/Schneider, *VwGO*, Band I, 01/2024, § 137 Rn. 22.

334 *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, *SGG*, § 162 Rn. 3; *Ratschow*, in: Gräber, *FGO*, § 118 Rn. 10 m.w.N.

335 Siehe: B. II. 2. b.

336 *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 217 ff.; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, § 100 Rn. 1 ff.; *Wolff*, in: Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band I, § 15 Rn. 88.

(3) Normhierarchie von Rechtsnormen

Für den Rechtsanwender verbindliche Rechtsnormen können in eine Normhierarchie gebracht werden. Im Folgenden werden die wichtigsten Rechtsquellen, welche auch in der vorliegenden Arbeit von Bedeutung sind, in eine Normhierarchie eingeordnet. Dabei stehen das sogenannte Supra- und internationale Recht, zu welchem das Völkerrecht³³⁷ und das Europarecht³³⁸ gehören, an oberster Stelle. Darunter steht als höchste Norm des Bundesrechts die Verfassung. Sie ist insofern die Grundordnung Deutschlands. Unterhalb der Verfassung befinden sich die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG. Darunter sind Gesetze im formellen Sinne des Bundes einzuordnen. In der Normhierarchie unterhalb der formellen Gesetze befinden sich untergesetzliche Rechtsnormen des Bundes, also Rechtsverordnungen oder Satzungen. Im Rangverhältnis zwischen Rechtsverordnungen und Satzungen, sind Satzungen unterhalb von Rechtsverordnungen anzusiedeln. Unter dem Bundesrecht ist das Landesrecht zu finden (Art. 31 GG). Hier stehen an oberster Stelle die Landesverfassungen der Länder, gefolgt von formellen Landesgesetzen und Rechtsverordnungen sowie Satzungen auf Landesebene.³³⁹

bb. Rechtssätze

(1) Die Ansichten von *Eugen Ehrlich* und *Hans Kelsen* zu Rechtssätzen

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass Rechtssätze oder Normsätze³⁴⁰ bzw. Normtexte³⁴¹ überwiegend hypothetische Sollenssätze sind.³⁴² *Eugen Ehrlich* erkennt einen Unterschied zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen. Demzufolge sei ein Rechtssatz die „[...] zufällige, allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder einem Rechtsbuch“, während die Rechtsnorm „[...] der ins Handeln umgesetzte Rechts-

337 Siehe näher dazu: *Herdegen*, Völkerrecht, Kapitel 3.

338 Siehe näher dazu: *Herdegen*, Europarecht, § 8.

339 *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 2 Rn. 25 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 220 ff. und 272 f.

340 *Weinberger*, Rechtslogik, S. 55.

341 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 236.

342 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 45; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 2; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 42; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 252.

befehl, [...] auch ohne jede wörtliche Fassung [...]“ sei.³⁴³ In diesem Sinne geben Rechtsnormen den Inhalt oder die Bedeutung von Rechtssätzen vor. Rechtsnormen müssen durch Rechtssätze nach außen erkennbar gemacht bzw. vermittelt oder ausgedrückt werden. Der Rechtssatz repräsentiert also die Rechtsnorm.³⁴⁴ Kritik an dieser Unterscheidung ist bei *Kelsen* zu finden, welcher eine Trennung von Rechtsnorm und Rechtssatz ablehnt. Demnach seien Rechtsnormen und Rechtssätze identisch. Rechtssätze seien die sprachliche Form eines rechtlichen Sollens. *Kelsen* bezieht sich dabei auf *Otto von Gierke*, welcher das objektive Recht als den „Inbegriff der Rechtssätze“ definiert. Weiterhin seien Rechtssätze „[...] Normen, die nach der erklärten Ueberzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen.“^{345,346} Später änderte *Kelsen* dann seine Meinung und trennte Rechtsnormen und Rechtssätze voneinander. Rechtssätze seien demnach Aussagesätze der Rechtswissenschaft über den Inhalt eines Sollens. Rechtsnormen enthielten hingegen Gebote, Erlaubnisse und Ermächtigungen.³⁴⁷

(2) Einordnung

Wenn im Folgenden von Rechtsnormen oder Rechtssätzen bzw. Normsätzen gesprochen wird, sind normativ-verbindliche Rechtsnormen oder Rechtssätze gemeint. Rechtssätze haben die Erscheinungsform von Paragraphen oder Artikeln und bilden den Normtext oder den Wortlaut einer Rechtsnorm ab³⁴⁸. Rechtsnormen können sprachlich nur in der Erscheinungsform von Sätzen, also normativ-verbindlichen Rechtssätzen oder Normsätzen, zum Ausdruck kommen.³⁴⁹ *Josef Isensee* stellte fest, dass Recht

343 *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 61.

344 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 92; *Rödig*, Einführung in eine analytische Rechtslehre, S. 45 f.; *Weinberger*, Rechtslogik, S. 55 f. und 225.

345 *Von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Band I, S. 113.

346 *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: *Kelsen/Ehrlich*, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S. 3, 12.

347 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, I. 59 (S. 117 f.) und III. 73 ff. (S. 141 ff.); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 75 und 250 (Fußnote 1); *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 33.

348 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 14 f.

349 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 und 252 f.; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; *Weinberger*, Rechtslogik, S. 55 f.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 3.3 Rn. 26.

nur in und durch Sprache existiert.³⁵⁰ In der Literatur werden Rechtsnormen und Rechtssätze zum Teil synonym verwendet, weil dadurch grundsätzlich keine größeren Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten.³⁵¹ In dieser Arbeit wird in Anlehnung an *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen* die dem Rechtspositivismus entgegengesetzte These vertreten, dass die vom Gesetzgeber positiv gesetzte Rechtsnorm mit dem Normtext bzw. mit dem Rechtssatz nicht identisch ist.³⁵² Wenn mit einer rechtspositivistischen Sichtweise³⁵³ davon ausgegangen wird, dass Rechtsnorm und Rechtssatz identisch sind, dann hängt damit auch die Vorstellung zusammen, dass die Rechtsnorm als ein fertiges Konstrukt auf einen Fall, also den zugrunde liegenden Sachverhalt, angewandt werden kann. Im Normtext findet sich danach eine eindeutige Handlungsanweisung für den Juristen. Nach *Müller/Christensen* führen diese beiden Umstände (Identität zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz sowie Eindeutigkeit der Rechtsnorm und des Rechtssatzes) dann dazu, dass die eigentliche juristische Tätigkeit am und mit dem Recht, also mit der sprachlichen Form der Rechtsnorm und somit mit dem Rechtssatz, untergehe.³⁵⁴

d. Die Struktur der Rechtsnorm oder des Rechtssatzes

Grundsätzlich können Rechtsnormen in drei Kategorien unterteilt werden: erstens in Normen, welche dem Menschen ein bestimmtes Verhalten vorschreiben (Konditionalnormen). Beispielsweise ordnet § 52 Abs. 2 SGB V die Beteiligung von Versicherten an Behandlungskosten an, wenn sich diese eine Krankheit u.a. durch eine medizinisch nicht indizierte ästheti-

350 *Isensee*, Diskussionsbeiträge, Redebeitrag von Josef Isensee, in: Grossfeld, *Unsere Sprache: Die Sicht des Juristen*, S. 49, 52.

351 So z.B. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 250 (Fußnote 1) und *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 196.

352 *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Band I, Rn. 250 f., Rn. 254 f. und 256; *Müller*, *Strukturierende Rechtslehre*, S. 253; ebenso: *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, S. 126 ff. und 158 ff.; eine nicht eindeutige Position ist bei *Peter Schneider* zu finden, welcher lediglich von der Möglichkeit der Divergenz von Ausdruck (Rechtssatz) und Auszudrückendem (Rechtsnorm) spricht (*Schneider*, *Erster Beratungsgegenstand: Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, S. 1, 4 ff.).

353 C. I. 1. b.

354 *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Band I, Rn. 250 ff. und Rn. 256; zu der Notwendigkeit einer Unterscheidung aus logischen und semantischen Gründen etwa: *Weinberger*, *Rechtslogik*, S. 55 f.

sche Operation zugezogen haben. Zweitens gibt es Rechtsnormen, welche in ihren Rechtsfolgen ein bestimmtes Ziel definieren (Finalnormen). Z.B. enthält § 1 S. 1 SGB V die Aufforderung an die Krankenversicherung, dass diese die Aufgabe erfüllen müsse, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder den Gesundheitszustand der Versicherten zu bessern. Eine dritte Kategorie wird durch konstitutive Normen oder Kompetenzvorschriften repräsentiert. Diese Art von Normen ist einerseits im öffentlichen Recht zu finden. Diese Normen sprechen Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsnormen aus, wie beispielsweise die Gesetzgebungskompetenzen gemäß Art. 70 ff. GG. Zu den konstitutiven Normen gehören andererseits Normen des Privatrechts, welche den Rechtssubjekten verschiedene Handlungsmöglichkeiten, wie z.B. den Abschluss von Verträgen gemäß der §§ 145 ff. BGB³⁵⁵, ermöglichen. Aber auch Regelungen aus dem formellen Recht, wie z.B. Verfahrensvorschriften, welche den Gerichten Entscheidungskompetenzen einräumen, gehören dazu.³⁵⁶

aa. Vollständige oder selbständige Rechtsnormen

(1) Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge

Vollständige Rechtsnormen sind grundsätzlich in zwei Teile zu untergliedern: den Tatbestand und die Rechtsfolge. Weiterhin sind vollständige Rechtsnormen für sich allein anwendbar.³⁵⁷ Im Tatbestand einer Rechtsvorschrift werden gesetzliche Tatbestandsmerkmale bzw. tatsächliche Vorgänge generell-abstrakt beschrieben und mit einer Rechtsfolge verknüpft.³⁵⁸ Rechtsnormen oder Rechtssätze formulieren also generell Voraussetzun-

355 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I, S. 42, 2909; BGBl. 2003 I, S. 738), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

356 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 94 und 125 ff.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 35 und 261 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 197 f.

357 Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 196; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 261 (Fußnote 230).

358 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 252 f.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 122; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 30; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 23 ff.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 261 f.; Nusser/Spellbrink, SGB 2017, S. 550, 554; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 39.

gen einer Anordnung, welche bei Erfüllung eine generell und normativ-verbindliche Rechtsfolge für einen konkreten Fall auslösen.³⁵⁹ Diese Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge hat eine Geltungsanordnung³⁶⁰ zum Ziel. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber mit dieser Verknüpfung die Rechtswirklichkeit steuert, also durch den Erlass der Norm in der Wirklichkeit einen bestimmten Erfolg anstrebt.³⁶¹ Dieses Verhältnis kann als ein „Wenn-Dann“-Schema beschrieben werden.³⁶²

(2) Grundsatz: Rechtsfolge als Rechte und Pflichten

Wenn die abstrakt formulierten Voraussetzungen im Tatbestand einer Rechtsnorm vorliegen, bzw. wenn sich der Tatbestand einer gültigen Norm verwirklicht, gilt die Rechtsfolge. Das Verwirklichen der tatbestandlichen Voraussetzungen ist also notwendige Bedingung für das Auslösen einer Rechtsfolge.³⁶³ Eine Rechtsfolge legt rechtlich geltende oder normative Rechte und Pflichten fest. Dabei ist festzuhalten, dass mit Rechten automatisch auch immer Pflichten und mit Pflichten auch immer Rechte einhergehen. So können z.B. Versicherte auf der einen Seite verschiedene Rechte oder Ansprüche gegenüber einem Sozialversicherungsträger, wie z.B. der gesetzlichen Krankenversicherung, haben, welche rechtlich durchgesetzt werden können. Die gesetzliche Krankenkasse hat auf der anderen Seite bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen jedoch auch die Pflicht, die im Einzelfall begehrte Leistung zu erbringen. Wenn stets einem Recht eine Pflicht und einer Pflicht ein Recht zugeordnet werden kann, dann reicht es angelehnt an *Karl Engisch*, aus, zu sagen, dass Rechtsfolgen entweder

359 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 196; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 123; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 41; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94.

360 Siehe bereits oben: C. I. 2. c. aa. (2).

361 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 253; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 95.

362 *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 30; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 23; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 243.

363 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 ff.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 29 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 23 ff.; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 95.

Rechte oder Pflichten bestimmen³⁶⁴. Weil Rechtssätze als hypothetische Sollenssätze zu verstehen sind, erscheint es jedoch zunächst passend, die in Rechtssätzen enthaltenen Rechtsfolgen als Pflichten einzuordnen. Diese rechtlich anerkannten Rechte und Pflichten sind von der Geltung von moralischen Normen zu trennen³⁶⁵, welchen eine rechtliche Durchsetzbarkeit fehlt.³⁶⁶ *Kelsen* vertrat die Ansicht, dass eine Rechtsnorm eine Zwangsnorm, im Sinne einer Zwang anordnenden Norm sei. So sei die Folge, welche im Rechtssatz an eine bestimmte Bedingung geknüpft sei, ein staatlicher Zwangsakt, welcher Rechte und Pflichten durchsetzen soll.³⁶⁷

bb. Unvollständige oder unselbständige Rechtsnormen

Unvollständige Rechtsnormen sind einerseits aus sprachlicher Sicht als vollständig, aber andererseits aus rechtlicher Sicht als unvollständig einzuordnen. Unvollständig bedeutet, dass die entsprechenden Normen nur im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften eine Tatbestands-Rechtsfolgen-Verknüpfung erreichen und damit als vollständig gelten und erst dann bestimmte Rechtsfolgen auslösen können. Sie erfüllen insofern eine Hilfsfunktion für andere Rechtsnormen. Wichtig hierbei ist, dass es sich bei den betreffenden Normen um normativ-verbindliche Rechtssätze handelt³⁶⁸. Diese Rechtssätze sind als Teile von Geltungsanordnungen zu sehen. Die unvollständigen Rechtssätze können in erläuternde ((1)), einschränkende ((2)) und verweisende ((3)) Rechtssätze untergliedert wer-

364 *Karl Engisch* unterscheidet einerseits zwischen der allgemeinen Anordnung des Rechtssatzes, also der Rechtsfolge als Bestandteil des Rechtssatzes und andererseits den im Rechtssatz selber angeordneten Rechtsfolgen, also den aus einem Rechtssatz resultierenden Rechten und Pflichten für die betroffenen Parteien selbst. Um Zweideutigkeiten in diesem Sinne zu vermeiden, schlägt *Engisch* vor, die Rechtsfolge, welche als Bestandteil des Rechtssatzes zu verstehen ist, als Rechtsfolgeanordnung oder als Rechtsfolgebefehl zu bezeichnen (*Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 42 f.); in diesem Sinne auch *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94.

365 *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 20 f.

366 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 41 und 44 ff.; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 94 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 23 f.

367 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, III. 26 (S. 37); *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, IV. 116 f. (S. 212 f.); mit Verweis auf *Kelsen: Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 44.

368 *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, S. 221 ff.

den.³⁶⁹ Sinn und Zweck dieser unvollständigen Normen bestehen darin, das Recht zu systematisieren bzw. übersichtlicher und verständlicher zu gestalten.³⁷⁰

(1) Erläuternde Rechtsnormen

Erläuternde Rechtsvorschriften definieren rechtliche Begriffe (umschreibender Rechtssatz) oder konkretisieren die Rechtsfolgen (ausfüllende Rechtssätze) anderer Rechtsnormen. Als Beispiele für umschreibende Rechtssätze können z.B. § 90 BGB, welcher den Begriff der Sache definiert, oder § 276 Abs. 2 BGB, welcher den Begriff der Fahrlässigkeit definiert, genannt werden. In Bezug auf ausfüllende Rechtssätze können die §§ 630b ff. BGB genannt werden. Die Rechtsfolgen des § 630a BGB sind durch diese Vorschrift nicht abschließend geklärt. Die §§ 630b ff. BGB haben den Sinn, die sich aus § 630a Abs. 1 BGB ergebenden Rechtsfolgen, also die Verpflichtung des Behandelnden zur Behandlung und des Behandelten zur Vergütung der Behandlung (§ 630a Abs. 1, 1. Hs. BGB), näher zu bestimmen³⁷¹. Das Gesetz verfolgt mit den §§ 630b ff. BGB also das Ziel, dass diese Vorschriften zu den Rechtsfolgen eines Behandlungsvertrags auf diesen angewandt werden. Gleichzeitig ist § 630a BGB als eine sogenannte Typenbeschreibung darüber zu verstehen, was ein Behandlungsvertrag ist. § 630a BGB ist damit also ein umschreibender Rechtssatz, weil die Regelungen dazu, wie ein Vertrag letztendlich zustande kommt, nicht in § 630a BGB, sondern in den §§ 145 ff. BGB zu finden sind.³⁷²

(2) Einschränkende Rechtsnormen

Einschränkende Rechtssätze sind dadurch zu erkennen, dass die Rechtsnorm eine eigenständige negative Geltungsanordnung ausspricht (z.B. § 935

369 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 257 f.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 261; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 231; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 97 f.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 129; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 33.

370 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 260; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 231 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 97.

371 Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 162 ff.

372 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 257 ff.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 98.

BGB). So kann eine bestimmte Rechtsfolge einer Norm (z.B. §§ 932 ff. BGB) durch Hinzutritt eines besonderen Merkmals zu dem gesetzlichen Tatbestand dieser Norm ausgeschlossen werden (z.B. § 935 BGB). Einschränkende Rechtssätze entfalten also nur in Verbindung mit anderen positiven Geltungsanordnungen ihre Rechtsfolgen. Die Reichweite eines Rechtssatzes wird also erst unter Heranziehung aller in Betracht kommenden einschränkenden Normen ersichtlich.³⁷³

(3) Verweisende Rechtssätze

Verweisende Rechtssätze beziehen sich zum einen auf die entsprechende Anwendung anderer Rechtsnormen. Beispielsweise regelt § 202 S.1 SGG, dass das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG³⁷⁴) und die Zivilprozessordnung (ZPO³⁷⁵) im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwenden sind. Zum anderen kann durch verweisende Rechtsnormen geregelt werden, dass die Rechtsfolge einer Norm durch den Verweis auf eine Rechtsfolge einer anderen Rechtsvorschrift bestimmt wird. So verweist z.B. § 823 Abs. 2 S.1 BGB auf § 823 Abs.1 BGB, welcher eine Schadensersatzpflicht unter bestimmten Voraussetzungen festlegt.³⁷⁶

e. Normenkontrollverfahren

In diesem Kapitel wird dargestellt, wie Rechtsschutz gegen Rechtsnormen erfolgen kann. Bestimmte Gerichte können Rechtsvorschriften einer Kontrolle unterziehen, ob diese mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Hierfür ist auf die konkrete und abstrakte Normenkontrolle (aa.) sowie die prinzipale und inzidente Normenkontrolle (bb.) einzugehen. Insbesondere

373 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 259 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 98.

374 Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.1975 (BGBl. I, S. 1077), zuletzt geändert durch Art.1 des Gesetzes vom 07.10.2024 (BGBl. I, Nr. 302).

375 Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl. I, S. 3202; BGBl. 2006 I, S. 431; BGBl. 2007 I, S. 1781), zuletzt geändert durch Art.1 des Gesetzes vom 24.10.2024 (BGBl. I, Nr. 328).

376 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 260 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 98.

durch diese Kompetenz der Judikative, Akte der Legislative zu verwerfen³⁷⁷, wird die besondere Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG) innerhalb des Prinzips der Gewaltenteilung³⁷⁸ deutlich³⁷⁹.

aa. Konkrete und abstrakte Normenkontrolle

Im Rahmen der konkreten (Art. 100 Abs. 1 GG) und abstrakten (Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG) Normenkontrolle erhält das *BVerfG* die Möglichkeit, Parlamentsgesetze rechtlich zu überprüfen. Damit obliegt dem *BVerfG* ein Verwerfungsmonopol³⁸⁰ für Rechtsvorschriften. Somit liegt die endgültige Entscheidung darüber, ob ein Gesetz ungültig ist³⁸¹ allein beim *BVerfG*.³⁸² In beiden Verfahren geht es nicht um subjektivrechtliche Interessen, sondern um den objektiven Schutz der Verfassung.³⁸³

(1) Konkrete Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG

Die Fachgerichte sind an förmliche Gesetze gebunden (Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. i.V.m. Art. 97 Abs. 1, 2. Hs. GG)³⁸⁴. Demnach haben sie lediglich eine Prüfungs- und keine Verwerfungskompetenz, wenn die Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen geklärt werden muss.³⁸⁵ Wenn ein Fachgericht al-

377 Siehe zur Verwerfung von Akten der Exekutive: B. II. 4. a.

378 B. II. 1.

379 Radtke, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 185 und 187.

380 *BVerfG*, Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, juris-Rn. 78; *BVerfG*, Beschluss vom 11.12.2018 – 2 BvL 4/11, 2 BvL 5/11, juris-Rn. 70.

381 *BVerfG*, Beschluss vom 31.01.1978 – 2 BvL 8/77, juris-Rn. 51.

382 Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 15; Michael/Morlok, Grundrechte, § 43 Rn. 820; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 100 Rn. 2.

383 *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 40 ff.; *BVerfG*, Urteil vom 05.04.1952 – 2 BvH 1/52, juris-Rn. 43; *BVerfG*, Urteil vom 08.02.2001 – 2 BvF 1/00, juris-Rn. 59; *BVerfG*, Beschluss vom 07.06.1977 – 1 BvR 108/73, 1 BvR 424/73, juris-Rn. 36; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 16; Detterbeck, in: Sachs, GG, Art. 93 Rn. 52 f.; Wolff/Kluth, in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 11.

384 B. II. 2. b.

385 *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 17 und 45; *BVerfG*, Urteil vom 12.05.1992 – 1 BvL 7/89, juris-Rn. 14 f.; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 1 f.; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 100 Rn. 2.

so ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig erachtet, hat dieses die Pflicht, den Rechtsstreit auszusetzen und eine konkrete Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG einzuleiten. Damit wird vom *BVerfG* überprüft, ob das entsprechende Gesetz mit der Verfassung in Einklang steht³⁸⁶. Am Verfahren Beteiligte können ein solches Verfahren nicht einleiten. Dabei kann dem *BVerfG* die Frage vorgelegt werden, ob Bundes- oder Landesgesetze mit dem Grundgesetz kollidieren (Art. 100 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. GG) oder ob ein Landesgesetz mit einem Bundesgesetz unvereinbar ist (Art. 100 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. GG). Weiterhin kann einem *Landesverfassungsgericht* die Frage vorgelegt werden, ob ein Landesgesetz mit der jeweiligen Landesverfassung kollidiert (Art. 100 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG).³⁸⁷ Vorgelegt werden können also nur Parlamentsgesetze des Bundes und der Länder. Weiterhin überprüfbar sind Rechtsnormen einer Landesverfassung.³⁸⁸ Nicht vorlagefähig sind hingegen Rechtsverordnungen³⁸⁹ sowie alle weiteren untergesetzlichen Rechtsvorschriften.³⁹⁰ Das Verfahren der konkreten Normenkontrolle ist in § 13 Nr. 11 i.V.m. §§ 80–82 BVerfGG geregelt.³⁹¹ Gemäß § 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 BVerfGG kann das *BVerfG* die überprüfte Rechtsnorm für nichtig erklären.³⁹² Nach dem Gesagten wird insbesondere durch Art. 100 Abs. 1 GG das oben angesprochene Kernelement der Gewaltenteilung, der gegenseitigen Kontrolle und Begrenzung der Macht der drei Staatsgewalten³⁹³, verwirklicht.³⁹⁴

386 Beispielhaft: *BVerfG*, Urteil vom 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, juris, *BVerfG*, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, juris oder *BVerfG*, Beschluss vom 03.04.2001 – 1 BvL 32/97, juris.

387 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2 f.

388 *BVerfG*, Beschluss vom 29.01.1974 – 2 BvN 1/69, juris-Rn. 33; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 9.

389 *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 51 ff *BVerfG*, Beschluss vom 27.07.1971 – 2 BvL 9/70, juris-Rn. 23.

390 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 10; *Michael/Morlok*, Grundrechte, § 43 Rn. 821.

391 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 4.

392 A.a.O., Rn. 23.

393 B. II. 1.

394 *Radtke*, Die Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats, in: Meßling/Voelzke, FS Schlegel, S. 179, 181 f.

(2) Abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG

Bei der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 6 BVerfGG kann auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestags die Prüfung der Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit der Verfassung oder von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht beim *BVerfG* eingeleitet werden.³⁹⁵ Dieses Antragsrecht besteht unabhängig von einem aktuellen Rechtsstreit. Es genügen Meinungsverschiedenheiten über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Rechtsnormen mit dem Grundgesetz.³⁹⁶ Grundsätzlich wird z.B. nicht geprüft, ob untergesetzliches Bundesrecht (Bundesrechtsverordnungen) mit Bundesgesetzen kollidiert. Maßstab ist hier allein das Grundgesetz.³⁹⁷ Der Überprüfungsgegenstand der abstrakten Normenkontrolle ist weiter als derjenige der konkreten Normenkontrolle. Grundsätzlich überprüfbar ist das Bundes- und Landesrecht jeglicher Rangstufe. So sind neben Parlamentsgesetzen, z.B. auch untergesetzliche Normen wie Rechtsverordnungen³⁹⁸ überprüfbar. Nicht überprüfbar sind hingegen z.B. Verwaltungsvorschriften, weil sie keine Rechtsnormen³⁹⁹ darstellen.⁴⁰⁰ Das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist in den §§ 76–79 BVerfGG geregelt.⁴⁰¹ Gemäß § 78 S.1 BVerfGG hat das *BVerfG* die überprüfte Rechtsnorm für nichtig zu erklären, wenn die Prüfung ergibt,

395 Wolff/Kluth, in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 11 ff.; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 92; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 17 und 19; Wieland, in: Dreier, GG, Band III, Art. 93 Rn. 68.

396 Beispielhaft: *BVerfG*, Beschluss vom 20.03.2013 – 2 BvF 1/05, juris; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 16; Detterbeck, in: Sachs, GG, Art. 93 Rn. 52; Wolff/Kluth, in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 11; Wieland, in: Dreier, GG, Band III, Art. 93 Rn. 62.

397 Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 99.

398 *BVerfG*, Beschluss vom 27.06.2002 – 2 BvF 4/98, juris-Rn. 47 ff.; *BVerfG*, Urteil vom 20.03.1952 – 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, juris-Rn. 49.

399 Siehe: C. I. 2. c. aa. (2).

400 Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 21; Walter, in: Maunz/Dürig, GG, Band VI, 06/2017, Art. 93 Rn. 237; Michael/Morlok, Grundrechte, § 43 Rn. 821; Wieland, in: Dreier, GG, Band III, Art. 93 Rn. 66; Detterbeck, in: Sachs, GG, Art. 93 Rn. 55; Wolff/Kluth, in: Seifert/Hömig, GG, Art. 93 Rn. 13 (mit weiteren Beispielen); Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 92 ff. (ebenso mit weiteren Beispielen).

401 Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 4; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 15.

dass die beanstandete Norm mit dem Grundgesetz oder mit Bundesrecht unvereinbar ist.⁴⁰²

bb. Prinzipale und inzidente Normenkontrolle

In diesem Kapitel ist auf die prinzipiale ((1)) und inzidente ((2)) Normenkontrolle einzugehen. Der grundlegende Unterschied dieser Verfahren zu den im Grundgesetz geregelten Normenkontrollverfahren⁴⁰³ ist, dass sich Art. 94 Abs.1 Nr. 2 und Art. 100 Abs.1 GG auf formelle Gesetze beziehen. Das Normenkontrollverfahren gemäß § 47 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO⁴⁰⁴) und die inzidente Normenkontrolle im Rahmen eines laufenden Gerichtsverfahrens beinhalten hingegen die Prüfung, ob untergesetzliche Rechtsnormen gegen höherrangiges Recht verstoßen.⁴⁰⁵

(1) Prinzipale Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO

§ 47 VwGO statuiert die sogenannte prinzipale oder abstrakte Normenkontrolle. Diese verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle hat die gerichtliche Überprüfung von bestimmten Satzungen (§ 47 Abs.1 Nr.1, 1. Alt. VwGO) und Rechtsverordnungen (§ 47 Abs.1 Nr.1, 2. Alt. und Nr.2 VwGO) hinsichtlich deren Gültigkeit, also deren formeller und materieller Rechtmäßigkeit, zum Gegenstand. Maßstab ist hierfür das Bundes- oder Landesrecht. Abzugrenzen ist ein solches prinzipales Normenkontrollverfahren, bei welchem die Überprüfung der Gültigkeit von Rechtsvorschriften der unmittelbare Verfahrensgegenstand ist, von anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in welchen beispielsweise Verwaltungsakte einer Behörde einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden.⁴⁰⁶ § 47 VwGO ist

402 *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 94 Rn. 18.

403 C. I. 2. e. aa.

404 Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.03.1991 (BGBl. I, S. 686), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 24.10.2024 (BGBl. I, Nr. 328).

405 *Giesberts*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 8; *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 3 f.

406 *BVerwG*, Beschluss vom 18.07.1989 – 4 N 3/87, juris-Rn. 27; *BVerwG*, Beschluss vom 04.06.1991 – 4 NB 35/89, juris-Rn. 26; *Giesberts*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 1 und 1.1; *Panzer/Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8; *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 6; *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 47 Rn. 5; *Michael*, ZJS 2012, S. 756, 759.

lediglich auf Rechtsverordnungen auf Landesebene, nicht aber auf Bundesrechtsverordnungen anwendbar.⁴⁰⁷ Zuständig für die Überprüfung ist auf Antrag von jeder natürlichen oder juristischen Person (§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO) das Oberverwaltungsgericht, welches bei Feststellung der Rechtswidrigkeit der entsprechenden Rechtsnorm gemäß § 47 Abs. 5 S. 2, 1. Hs. VwGO deren generelle Unwirksamkeit erklärt und diese Normen nicht anwendet. Diese Entscheidung wirkt über den Rechtsstreit hinaus und ist gemäß § 47 Abs. 5 S. 2, 2. Hs. VwGO allgemein verbindlich.⁴⁰⁸ Gemäß § 132 Abs. 1, 2. Alt. VwGO ist gegen Beschlüsse aufgrund eines Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 Abs. 5 S. 1 VwGO die Revision an das *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG) zulässig.⁴⁰⁹ Für das sozialgerichtliche Verfahren besteht mit § 55a SGG ein „dem Vorbild des § 47 VwGO“ nachgebildetes Normenkontrollverfahren.⁴¹⁰

(2) Inzidente Normenkontrolle

Wie oben gesagt wurde, sind untergesetzliche Rechtsvorschriften nicht im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vorlagefähig.⁴¹¹ Weiterhin erstreckt sich die prinzipiale Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO nicht auf Bundesrechtsverordnungen.⁴¹² Also muss Rechtsschutz gegen Bundesrechtsverordnungen auf anderem Wege gewährleistet sein. Bei untergesetzlichem Bundes- oder Landesrecht haben die Fachgerichte die Verwerfungskompetenz im Einzelfall und können diese Normen nicht anwenden, wenn diese nach Ansicht des jeweiligen Fachgerichts gegen höherrangiges Recht verstoßen.⁴¹³ Hier setzt die inzidente Normenkon-

407 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 23 Rn. 825; Michael/Morlok, Grundrechte, § 43 Rn. 821.

408 Giesberts, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 3, Rn. 8, Rn. 13, Rn. 32, Rn. 79 und 83; Panzer/Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8; Unruh, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 4; Schenke/Schenke, in: Kopp, VwGO, § 47 Rn. 10 und 38.

409 Schenke/Schenke, in: Kopp, VwGO, § 47 Rn. 179.

410 BT-Drs. 17/3404, S. 132; Groß, in: Barchtold, SGG, § 55a Rn. 1.

411 C. I. 2. e. aa. (1).

412 C. I. 2. e. bb. (1).

413 BVerwG, Urteil vom 28.06.2000 – II C 13/99, juris-Rn. 29; BVerwG, Beschluss vom 26.01.1995 – 8 B 193/94, juris-Rn. 7 ff.; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 100 Rn. 2; Unruh, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, VwGO § 47 Rn. 4; Giesberts, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 47 Rn. 8; Michael/Morlok, Grundrechte, § 43 Rn. 821.

trolle an, bei welcher im Gegensatz zur prinzipialen Normenkontrolle die Prüfung der Rechtmäßigkeit bzw. Gültigkeit einer Rechtsnorm nicht den Hauptgegenstand, sondern lediglich eine Vorfrage zur Entscheidung einer anderen Rechtsstreitigkeit, etwa der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Einzelakts, in diesem konkreten Gerichtsverfahren darstellt.⁴¹⁴ Wenn die Norm verworfen wird, hat das keine rechtliche Wirkung über den Rechtsstreit hinaus, sondern bindet nur die Beteiligten dieses Rechtsstreits.⁴¹⁵ Wenn eine solche inzidente Prüfung der Fachgerichte nicht zur Beseitigung von subjektiven (Grund-)Rechtsverletzungen führt, eröffnet Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg⁴¹⁶ vor den Fachgerichten gegen Rechtsverordnungen im Rahmen einer Feststellungsklage⁴¹⁷. Diese Möglichkeit steht auch in der Sozialgerichtsbarkeit zur Verfügung⁴¹⁸, wenn effektiver Rechtsschutz nicht im Wege von § 55a SGG oder im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle erreicht werden kann. Darüber hinaus kann Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG erhoben werden.⁴¹⁹

3. Nicht normativ-verbindliche Aussagesätze

Rechtssätze können auch als Aussagesätze über das positive Recht (a.) oder als Aussagesätze über Tatsachen (b.) verstanden werden. Im Gegensatz zu den oben gemeinten normativ-verbindlichen Rechtssätzen stellen sie kein gültiges Gesetzesrecht dar, sondern beziehen sich auf ein Sein.⁴²⁰ Diese beiden Arten von Aussagesätzen gilt es nachfolgend voneinander abzugrenzen.

414 *BVerwG*, Urteil vom 28.06.2000 – II C 13/99, juris-Rn. 29; *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, *VwGO*, § 47 Rn. 5; *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer, *VerwR*, *VwGO* § 47 Rn. 4; *Panzer/Schoch*, in: Schoch/Schneider, *VwGO*, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8; *Giesberts*, in: Posser/Wolff/Decker, *BeckOK VwGO*, § 47 Rn. 1, Rn. 1.1, Rn. 3 und 8; *Detterbeck*, *Öffentliches Recht*, § 23 Rn. 825; *Schenke/Schenke*, in: Kopp, *VwGO*, § 47 Rn. 1; *Michael*, *ZJS* 2012, S. 756, 760.

415 *Giesberts*, in: Posser/Wolff/Decker, *BeckOK VwGO*, § 47 Rn. 3; *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer, *VerwR*, *VwGO* § 47 Rn. 4; *Panzer/Schoch*, in: Schoch/Schneider, *VwGO*, Band I, 02/2016, § 47 Rn. 8.

416 Der Rechtsweg gegen Parlamentsgesetze ist durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet (*Michael/Morlok*, *Grundrechte*, § 43 Rn. 820).

417 *BVerfG*, Beschluss vom 17.01.2006 – I BvR 541/02, I BvR 542/02, juris-Rn. 40 ff. und 50; *BVerwG*, Urteil vom 28.06.2000 – II C 13/99, juris-Rn. 29 f.

418 *BSG*, Urteil vom 13.01.1993 – 14a/6 RKA 67/91, juris-Rn. 30 ff. und 43 f.

419 *Michael/Morlok*, *Grundrechte*, § 43 Rn. 821; *Giesberts*, in: Posser/Wolff/Decker, *BeckOK VwGO*, § 47 Rn. 8 f.; *Detterbeck*, *Öffentliches Recht*, § 23 Rn. 825.

420 *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 250 f.

Zudem ist im Zusammenhang mit nicht normativ-verbindlichem Recht auf das sogenannte Richterrecht (c.) einzugehen, welches im Kapitel zum Off-label-Use von Arzneimitteln eine wichtige Rolle spielen wird⁴²¹.

a. Aussagesätze über das positive Recht

Aussagesätze über das positive Recht zielen auf Sätze ab, in welchen über Rechtsnormen und deren Anwendungsbereich gesprochen wird.⁴²² Aussagesätze über das positive Recht können beispielsweise aussagen, dass eine bestimmte Rechtsnorm gültiges Gesetzesrecht ist, also dass die Norm den im Grundgesetz aufgestellten Bedingungen genügt. Ein Aussagesatz über das positive Recht kann ebenfalls aussagen, wie ein Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes auszulegen ist⁴²³. Diese Behauptungen über das positive Recht können wahr⁴²⁴ oder falsch sein.⁴²⁵ Bei Aussagesätzen geht es um tatsächliche Behauptungen über die Verknüpfung zwischen Objekten und deren Eigenschaften. Im Vergleich zu normativ-verbindlichen Rechtssätzen, welche stets normativen Charakter haben und bei welchen bei Erfüllung des Tatbestands eine Rechtsfolge sicher eintritt, ist diese Art von Aussagesätzen nicht verbindlich.⁴²⁶

b. Aussagesätze über Tatsachen

Aussagesätze über Tatsachen in Form einer Tatsachenfeststellung⁴²⁷ beschreiben Vorgänge oder Zusammenhänge, welche tatsächlich so sind oder

421 Siehe Kapitel D. II. 2. c.

422 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 5 Rn. 33.

423 Ähnlich Artur May, welcher von „konkretisierenden Zwischensätzen“ spricht (May, Die Revision, VI. B. Rn. 383).

424 Zu philosophischen Wahrheitstheorien etwa: Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Teil C, Kapitel 10 oder Gloy, Karen, Wahrheitstheorien, eine Einführung, Stuttgart 2004.

425 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 197 und 251 und 253; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; so auch bereits Kelsen, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, III. 75 f. (S. 145); Engisch, Beiträge zur Rechtstheorie, S. 290 f.

426 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; Weinberger, Rechtslogik, S. 259.

427 Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S. 3, 12.

waren. Gesprochen werden könnte auch von der Ermittlung eines Lebenssachverhalts.⁴²⁸ Aussagesätze über Tatsachen können ebenfalls wahr oder falsch sein. Ob ein Aussagesatz wahr ist, hängt davon ab, ob der betreffende Satz die Tatsachen in der Form beschreibt, wie sie tatsächlich sind.⁴²⁹

c. Richterrecht

Unter Richterrecht wird in dieser Arbeit das vom Gericht gesprochene Recht verstanden, welches nicht unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen ist. Darunter sind die letztinstanzlichen Gerichtsurteile etwa des *BVerfG* oder der obersten Gerichtshöfe zu fassen. Diese Rechtsprechung ergeht insbesondere zur Entwicklung von Grundsätzen und zur Ausfüllung von durch das Gesetz nicht geregelten Lücken (Lückenbereich).⁴³⁰ Die herrschende Meinung⁴³¹, welcher auch in dieser Arbeit gefolgt wird, spricht dem Richterrecht die Rechtsquellenqualität ab⁴³². Das wird damit begründet, dass rechtsetzende Akte der Judikative dem Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG⁴³³ widersprechen. Ein weiteres Argument, welches die verbreitete Ansicht stützt, kann dem Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG⁴³⁴ entnommen werden. So werden positiv gesetzte Rechtsnormen von der Legislative in einem demokratischen Verfahren erzeugt⁴³⁵, was auf Richterrecht nicht zutrifft. Dieses ist vielmehr gesprochenes Recht von der Judikative, auf welches das demokratische Gesetzgebungsverfahren

428 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; Weinberger, Rechtslogik, S. 53 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; Engisch, Beiträge zur Rechtstheorie, S. 289 f.

429 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; Weinberger, Rechtslogik, S. 53 f.

430 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 235 ff.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 17; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 123.

431 Beispielseise: Wilke, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 112 Rn. 32, Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 502, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 429 ff. oder Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 128 ff.; a.A.: Pense, Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 58; ebenso kritisch in Bezug auf die herrschende Ansicht: Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 17.

432 So auch in Bezug auf höchstrichterliche Urteile: *BVerfG*, Beschluss vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, juris-Rn. 42.

433 Siehe: B. II. 1.

434 Siehe: B. III.

435 Siehe: C. I. 2. a. aa.

keine Zugriffsmöglichkeit hat⁴³⁶. Ein weiterer Einwand gegen die Rechtsnormqualität betrifft die Unterscheidung zwischen einer Rechtsnorm mit ihrer Eigenschaft der Allgemeinverbindlichkeit⁴³⁷ und Richterrecht, welches durch neues Richterrecht wieder verdrängt werden kann. Gesagt werden muss jedoch, dass auch wenn Richterrecht kein gesetztes, positives Recht darstellt, viele Lebensbereiche nicht abschließend durch die Legislative geregelt werden. Die Judikative ist damit aufgefordert, mit Ihrer Rechtsprechung diese Lücke zu füllen⁴³⁸. Beachtet werden muss jedoch, dass es Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung gibt, welche von den Gerichten eingehalten werden müssen⁴³⁹.

d. Zwischenergebnis

Aussagesätzen über das positive Recht und Aussagesätzen über Tatsachen kann die Eigenschaft wahr oder unwahr bzw. falsch zugesprochen werden.⁴⁴⁰ Sie sind grundsätzlich der Tatsachensphäre zuzurechnen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Aussagesätzen ist jener, dass Aussagesätze der ersten Art das Ergebnis einer normativen Prüfung einer Rechtsfrage und Aussagesätze der zweiten Art eine Tatsachenfeststellung darstellen⁴⁴¹. Um diese Überlegung konkreter auszudrücken, kann konstatiert werden, dass Aussagesätze über das positive Recht richtig oder unrichtig und dass Aussagesätze über Tatsachen wahr oder unwahr sein können. Der Unterschied liegt darin, dass die Adjektive richtig oder unrichtig einen etwas geringeren Grad an Gewissheit ausdrücken als die beiden Adjektive wahr und unwahr. In der Rechtswissenschaft gibt es oftmals verschiedene Ansichten, wie eine Rechtsfrage zu beantworten ist, weshalb diese Unterscheidung

436 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 107 und 110 f.

437 Siehe: C. I. 2. c. aa. (2).

438 BVerfG, Beschluss vom 19.02.1975 – 1 BvR 418/71, juris-Rn. 35; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 236 ff. m.w.N.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 13 Rn. 17; Wilke, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 112 Rn. 32; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 6.

439 BVerfG, Beschluss vom 03.11.1992 – 1 BvR 1243/88, juris-Rn. 20; Wilke, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 112 Rn. 32 m.w.N.

440 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 f.; Weinberger, Rechtslogik, S. 53 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; Engisch, Beiträge zur Rechtstheorie, S. 289 f.

441 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 197.

treffend erscheint.⁴⁴² Die Eigenschaft wahr oder unwahr der beiden Arten von Aussagesätzen kann auf Rechtssätze nicht angewandt werden, da sie stets normativen Charakter haben. Rechtsnormen sind im Gegensatz zu Aussagesätzen nicht auf ihren Wahrheitsgehalt hin verifizierbar.⁴⁴³

4. Zusammenfassung

Grundsätzlich sind normativ-verbindliche Rechtsnormen und Rechtssätze, welche von einer zum Normerlass ermächtigten Stelle rechtsverbindlich gesetzt wurden (sollen)⁴⁴⁴, von nicht normativ-verbindlichen Aussagesätzen (sein)⁴⁴⁵ zu unterscheiden. Dies kann mit rechtsphilosophischen Theorien belegt werden⁴⁴⁶. Jedoch wird in Bezug auf diese Arbeit der Naturrechtsgedanke⁴⁴⁷, dass außerrechtliche Elemente, welche unabhängig vom positiv gesetzten Recht in der Tatsachensphäre zu finden sind, in der Form übernommen, dass nicht positiv gesetzte Aussagesätze in das positive Recht hineingetragen werden. Der Autor der Arbeit geht deshalb davon aus, dass jedes positive Recht einen „Offenheitsbereich“⁴⁴⁸ hat bzw., dass das positive Recht lückenhaft ist⁴⁴⁹. Dieser „Offenheitsbereich“ oder die „Lückenhaftigkeit“ des positiven Rechts tritt dem Rechtsanwender in der Gestalt von auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen entgegen. Dadurch öffnet sich die Rechtsnorm insbesondere gegenüber nicht normativ-verbindlichen Elementen, also z.B. wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin, um welche es in dieser Arbeit vordergründig geht. Die beiden Ebenen der Rechtsnorm und der Wirklichkeit stehen also in Beziehung zueinander und vertreten nicht zwei entgegengesetzte Positionen, wie es

442 A.a.O., S. 198; *Engisch*, Beiträge zur Rechtstheorie, S. 287 f.

443 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251 und 253; *Weinberger*, Rechtslogik, S. 55 und 227 f.; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 93; so auch bereits *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, III. 75 f. (S. 145).

444 C. I. 2.

445 C. I. 3.

446 C. I. I. a. und C. I. I. b.

447 C. I. I. c.

448 *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 118.

449 *Zippelius*, in: *Kunst/Grundmann*, Evangelisches Staatslexikon, Band II, Rechtsphilosophie S. 2725.

der Rechtspositivismus verstanden haben will⁴⁵⁰. Passend dazu führt das *BVerfG* aus, dass das Recht nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch sei, sondern dass gegenüber dem positiven Recht auch ein „Mehr an Recht“ bestehen könne, welches als Korrektiv gegenüber dem positiven Recht wirken könne. Weiterhin stehe die Norm ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken solle⁴⁵¹. Der Rechtspositivismus geht weiterhin davon aus, dass die Norm und der Normtext identisch seien sowie dass die Rechtsnorm und der Normtext als etwas vom Gesetzgeber fertig Vorgegebenes angesehen werden müssten. Diese Annahmen werden in dieser Arbeit nicht vertreten. Demnach sind Rechtsnorm und Rechtssatz zu trennen⁴⁵². In diesem Sinne ist praktische Rechtsanwendung mehr als bloße Konfrontation der Rechtsnorm mit dem Fall. Die Rechtsnorm ist nicht zur Anwendung fertig vorgegeben. Die damit gemeinte Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion („Strukturierende Rechtslehre“) wird im nachfolgenden Kapitel näher zu beleuchten sein⁴⁵³.

II. Rechtsanwendung

In diesem Teil der Arbeit wird herausgearbeitet, was unter Rechtsanwendung zu verstehen ist. Dafür ist zu Beginn auf die klassische Methode einzugehen, wie Rechtsnormen angewandt werden (1.), um daran anschließend das für diese Arbeit grundlegende Konzept der „Strukturierenden Rechtslehre“ vorzustellen (2.).

1. Die juristische Methode der Rechtsanwendung

Die Methode der Rechtsanwendung oder Rechtsfindung gibt dem Rechtswissenschaftler die zu befolgende Vorgehensweise bzw. Technik vor, um den Inhalt von Rechtsvorschriften *lege artis* zu erkennen und das abstrakt ver-

450 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn.235 und Rn.248; Müller, Strukturierende Rechtslehre, S.115; Müller, Normstruktur und Normativität, S.19 f.; in diesem Sinne auch Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.289 ff.; so auch schon oben: C. I. 1. d.

451 *BVerfG*, Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38 und 41.

452 C. I. 2. c. bb. (2).

453 Siehe: C. II. 2.

fasste Recht in die Praxis zu überführen bzw. eine rechtliche Entscheidung zu treffen.⁴⁵⁴ So verstanden, ist die Lehre von der Methode der Rechtsanwendung eine „rechtsdogmatische Metadisziplin“⁴⁵⁵ oder eine „Metawissenschaft“⁴⁵⁶, welche den Weg zum Ziel vorgibt. Für den Rechtsanwender geht es also vordergründig darum, den meistens nicht eindeutig oder nicht endgültig fixierten Inhalt von Gesetzestexten zu verstehen.⁴⁵⁷ Diese „Verstehensleistung“ bzw. die Auslegung von Gesetzen (sogleich unter b.) ist eingebettet in das klassische Modell des juristischen Justizsyllogismus (a.). Bei der Rechtsanwendung kann weiterhin ein Ermessensspielraum und/oder ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung bestehen (c.) und es können Rechtsanwendungsfehler begangen werden (d.).

a. Der Justizsyllogismus bzw. das juristische Subsumtionsmodell

aa. Der Akt der Rechtsanwendung

Der Akt der Rechtsanwendung von Rechtssätzen bzw. die Herbeiführung einer rechtlichen Entscheidung kann als „[...] denkende Anwendung von Rechtsnormen auf die Welt des Seins durch den Syllogismus [...]“ bezeichnet werden⁴⁵⁸. Durch diese Definition wird deutlich, dass die Anwendung von Recht das Zusammentreffen von abstraktem Denken und einem Sachverhalt oder der Wirklichkeit bedeutet. Zwischen der generell-abstrakten Norm und der individuell-konkreten Wirklichkeit besteht eine Distanz⁴⁵⁹, weshalb eine Methode benötigt wird, um diese Distanz zu überbrücken⁴⁶⁰. Die Methode, welche den Akt der Rechtsanwendung strukturiert, wird

454 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 466; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 44 f.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 9 und 14 f.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2 Rn. 25; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 5.

455 Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 44 f. und 53 f.; Oberhammer, AcP 214 (2014), S. 155, 165; Fleischer, RabelsZ 2011, S. 700, 702; van Hoecke, Norm, Kontext und Entscheidung, Die Interpretationsfreiheit des Richters, S. 52.

456 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 248; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 69.

457 Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 44 f.

458 Bächtold, in: Bächtold, SGG, § 163 Rn. 4.

459 Siehe dazu bereits oben: C. I. 2. c. aa. (2).

460 Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 18 und 24; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 94.

durch den sogenannten Justizsyllogismus⁴⁶¹ repräsentiert. Dieses theoretische Modell, gesprochen werden könnte auch vom juristischen Subsumtionsmodell⁴⁶², besteht aus Obersatz, Untersatz und Schlussfolgerung.⁴⁶³ Unter diesem Justizsyllogismus bzw. dem juristischen Subsumtionsmodell versteht der Verfasser dieser Arbeit die Subsumtion im weiteren Sinne. Nachfolgend sind die Bestandteile dieses Syllogismus darzustellen (bb.).

bb. Bestandteile des Justizsyllogismus

(1) Der Obersatz

Im Obersatz befinden sich abstrakt vermittelte und normativ-verbindliche Rechtsideen, die der Welt des Sollens⁴⁶⁴ zugehörig sind.⁴⁶⁵ Um den Obersatz zu gewinnen, muss die rechtsanwendende Person die im Einzelfall anzuwendenden Rechtsvorschrift(en) und die im Tatbestand genannten Voraussetzungen identifizieren. Dies erfolgt anhand des festgestellten Sachverhalts oder Falles. Sodann ist der Inhalt eines vom Gesetzgeber abstrakt vorgegebenen und anzuwendenden Normtextes zu ermitteln. Damit ist die Auslegung von Rechtsnormen und deren Tatbestandsmerkmalen bzw. Rechtsbegriffen im Obersatz gemeint.⁴⁶⁶

461 Dazu ausführlich: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271 ff., *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 91 ff. oder *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 8 ff.

462 *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 238; *Rauscher*, SGB 1986, S. 45, 48.

463 *Berchtold*, in: *Berchtold*, SGG, § 163 Rn. 1; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 101; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395; *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; *Früh*, JuS 10/2021, S. 905, 906 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92; *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 238; *Rauscher*, SGB 1986, S. 45, 48; *Mannheim*, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren, S. 38 f.

464 C. I. 1. a.

465 *Berchtold*, in: *Berchtold/Karmanski/Richter*, Prozesse in Sozialsachen, § 8 Rn. 246b; *Berchtold*, in: *Berchtold*, SGG, § 163 Rn. 4.

466 *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 77 f.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 103; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24; *May*, Die Revision, VI. B. Rn. 327; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: *Baldschun et al.*, Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 152; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 6.

(2) Der Untersatz

Der festgestellte Lebenssachverhalt ist fester Bestandteil des Untersatzes des theoretischen Modells der Rechtsanwendung.⁴⁶⁷ Die Bildung des Untersatzes wird als Subsumtion bezeichnet.⁴⁶⁸ Diese wird vom Verfasser als Subsumtion im engeren Sinne⁴⁶⁹ verstanden, welche im Folgenden erläutert wird.

(i) Die Subsumtion im engeren Sinne

Die Subsumtion im engeren Sinne zeichnet sich dadurch aus, dass der Tatbestand bzw. der ausgelegte Rechtsbegriff einer Norm des formellen oder materiellen Rechts mit den ermittelten und festgestellten Einzel Tatsachen auf deren Kongruenz abgeglichen wird.⁴⁷⁰ Der ermittelte Lebenssachverhalt bzw. einzelnen Sachverhaltselemente werden also unter den ausgelegten Tatbestand einer Rechtsvorschrift im Wege eines logischen Schlussverfahrens subsumiert. Technisch ausgedrückt, kann gesagt werden, dass der Untersatz abschließend unter den Obersatz gezogen wird.⁴⁷¹ Ein Subsumtionsschluss ist dadurch gekennzeichnet, dass Begriffe von engerem Umfang, solchen von weiterem Umfang untergeordnet bzw. subsumiert wer-

467 Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 78, S. 82 und 86; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 104; Bертold, in: Bертold, SGG, § 163 Rn. 4; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271 ff.

468 Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 82, S. 86 und 97; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 19; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 273; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 94.

469 Ähnlich Franz Reimer, der jedoch hinsichtlich des Begriffs der Subsumtion zwischen dem Syllogismus insgesamt und der Bildung der Schlussfolgerung (Conclusio) unterscheidet (Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 40).

470 Lennartz, Dogmatik als Methode, S. 6; May, Die Revision, VI. B. Rn. 335; Müller, Normstruktur und Normativität, S. 19 f.

471 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92 und 94; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 272; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 99; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395 ff.; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24; Roesen, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 152.

den.⁴⁷² Es handelt sich demnach um einen logischen Schluss⁴⁷³, dass der im Einzelfall festgestellte Sachverhalt (Untersatz) ein Fall des Tatbestands der ausgelegten Norm (Obersatz) ist⁴⁷⁴. Fraglich ist, ob die Subsumtion deshalb lediglich ein „Vorgang logischen Denkens“⁴⁷⁵ oder eine „logische Operation“⁴⁷⁶ ist und deshalb keinen Rechtsanwendungsakt im engeren Sinne betrifft. Das führt zu der nachfolgend zu erörternden Frage, ob die Subsumtion im engeren Sinne zur Rechtsanwendung gehört.

(ii) Die Subsumtion im engeren Sinne als Rechtsanwendung

Die Mittel der juristischen Methodik zielen auf theoretisches Nachdenken ab⁴⁷⁷ und erlauben es insofern nicht, Tatsachen zu erheben⁴⁷⁸. Das trifft auf die Auslegungstätigkeit, aber auch auf die Subsumtion zu. Wie gesagt, ist der Subsumtionsvorgang dadurch gekennzeichnet, dass ein Abgleich zwischen der abstrakten Norm und dem Einzelsachverhalt durchgeführt wird⁴⁷⁹. Das beinhaltet Elemente des logischen Denkens, aber auch das Wissen über die abstrakten Voraussetzungen der Norm, welche zur Wirklichkeit passen müssen. Die Erforschungs- und Ermittlungstätigkeit von Einzeltatsachen, um den Sachverhalt feststellen zu können, gehört nicht zur Rechtsanwendung⁴⁸⁰, die Unterwerfung des festgestellten Sachverhalts unter den Rechtssatz dafür schon⁴⁸¹. Bei einem Subsumtionsschluss wird also eine Norm auf den einzelnen Sachverhalt angewandt⁴⁸².

472 *Regenbogen/Meyer*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Stichwort: Subsum(p)tion (S. 642).

473 *Herresthal/Weiß*, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 99; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 273; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 94.

474 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271.

475 *Grave/Mühle*, MDR 1975, S. 274, 275.

476 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 396.

477 C. II. 1. a. aa.

478 *Becker*, SGB 2007, S. 261, 265; *Breunig*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 86 Rn. 16 f.

479 C. II. 1. a. bb (2) (i).

480 *Berchtold*, in: *Berchtold*, SGG, § 163 Rn. 4; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 90.

481 *May*, Die Revision, VI. B. Rn. 327.

482 *Berchtold*, in: *Berchtold/Karmanski/Richter*, Prozesse in Sozialachen, § 8 Rn. 246.

(3) Schlussfolgerung (Conclusio)

Die erfolgreiche Subsumtion im engeren Sinne, also wenn sich die Norm im konkreten und festgestellten Lebenssachverhalt verwirklicht hat, geht über zu der Schlussfolgerung, dass für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge gilt.⁴⁸³

cc. Zwischenergebnis

Das juristische Subsumtionsmodell ist ein syllogistisches Schlussverfahren, in welchem der Obersatz die Voraussetzung(en) für eine Folge benennt, welche für einen konkreten Sachverhalt gelten soll. Im Untersatz wird geprüft, ob sich diese abstrakten Voraussetzungen in einem Sachverhalt verwirklichen. Wenn die Voraussetzung(en) erfüllt sind, wird eine Schlussfolgerung gezogen.⁴⁸⁴ Ober- und Untersatz sind demnach miteinander verbunden und stehen in einem gegenseitigen Wechselverhältnis.⁴⁸⁵ Ebenso sind Gesetzesauslegung (Obersatz) und Rechtsfolge (Conclusio) miteinander verbunden. Denn erst wenn der Inhalt einer Norm ausgelegt bzw. klar umrissen wurde, kann eine mit dem Tatbestand einer Norm verknüpfte Rechtsfolge ausgesprochen werden.⁴⁸⁶ Der Untersatz und die Schlussfolgerung stehen ebenfalls in einem engen Zusammenhang, da bei erfolgreicher Subsumtion eine Rechtsfolge ausgelöst wird. Die in dem Subsumtionsmodell auftauchenden juristischen Tätigkeiten der Auslegung, Subsumtion sowie Schlussfolgerung gehören zur Rechtsanwendung und lassen sich im Rahmen der praktischen Rechtsarbeit nicht voneinander trennen. Die Subsumtion kann unterteilt werden in die Subsumtion im weiteren Sinne⁴⁸⁷ und in die Subsumtion im engeren Sinne⁴⁸⁸. Die Sachverhaltserforschung gehört nicht zur Rechtsanwendung und ist von dieser grundsätzlich zu trennen⁴⁸⁹. Die folgenden Ausführungen beleuchten den Hauptbestandteil des Obersatzes, die Gesetzesauslegung (b.).

483 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 271; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 92; Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395.

484 Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 40.

485 BSG, Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 18.

486 Eichenhofer, SGB 2011, S. 511, 512.

487 C. II. 1. a. aa.

488 C. II. 1. a. bb. (2).

489 C. II. 1. a. bb. (2) (ii).

b. Die Auslegung bzw. Konkretisierung von Gesetzen

In diesem Unterabschnitt ist zunächst der Begriff der Auslegung zu definieren (aa.). Bevor die einzelnen juristischen Auslegungsmethoden aufgezeigt werden (cc.), ist jedoch vorab auf zwei Theorien einzugehen, welche Aufschluss darüber geben sollen, was das Ziel der Auslegung einer Norm ist (bb.). Abschließend ist eine mögliche Rangordnung der einzelnen Auslegungskriterien zu erarbeiten (ee.).

aa. Definition von Auslegung

Jegliche Gesetzestexte sind der Auslegung zugänglich und bedürftig. Das liegt daran, dass die Sprache des Rechts oftmals vage und uneindeutig ist. So müssen insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe ausgelegt bzw. näher konkretisiert werden.⁴⁹⁰ Aber auch bei auf den ersten Blick eindeutig formulierten Gesetzestexten, kann es vorkommen, dass sich die Bedeutung des jeweiligen Normtextes über die Zeit wandeln kann oder dass Rechtstexte nur in Verbindung mit anderen Normen verstanden werden können, welche dann dem ursprünglich vermeintlich eindeutigen Text wieder eine neue Bedeutung geben.⁴⁹¹ Grundsätzlich bezieht sich die Auslegungstätigkeit auf Rechtssätze. Sonstige nicht normativ-verbindliche Aussagesätze⁴⁹² sind nicht auszulegen, sondern richtigerweise kritisch zu würdigen.⁴⁹³ Der Gesetzestext ist eine sprachliche Äußerung, welche vom Rechtsanwender verstanden werden muss. Bei der normativen Gesetzesauslegung⁴⁹⁴ von Rechtstexten will sich die auslegende Person durch theoretisches Nachdenken⁴⁹⁵ den Sinn oder die Bedeutung eines normativen

490 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 312 f.

491 A.a.O., S. 205; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 156 ff., Rn. 171 ff., Rn. 731 ff. und 743.

492 Siehe: C. I. 3.

493 BSG, Urteil vom 23.04.2015 – B 2 U 10/14 R, juris-Rn. 23 m.w.N.; Spellbrink/Karmanski, SGB 2021, S. 461, 463 (Fußnote 16).

494 BSG, Urteil vom 03.03.1999 – B 6 KA 18/98 R, juris-Rn. 15 m.w.N.; Dreher, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 798.

495 Becker, SGB 2007, S. 261, 265.

Textes erschließen.⁴⁹⁶ Das ist Gegenstand der Hermeneutik, welcher es um das Interpretieren oder Verstehen von Texten geht.⁴⁹⁷ Wie zu zeigen sein wird, erschöpft sich die Auslegungstätigkeit nicht normativ. Vielmehr steht die sogenannte tatsächengestützte Auslegung⁴⁹⁸ im Mittelpunkt. In Bezug auf das Subsumtionsmodell⁴⁹⁹ ist zu sagen, dass der Auslegungsvorgang so lange vorangetrieben wird, bis der jeweilige Rechtsbegriff so weit ausgelegt wurde, dass er zum festgestellten Sachverhalt passt und der Subsumtionsvorgang im engeren Sinne vollzogen werden kann⁵⁰⁰. Auch Verträge können gemäß § 69 Abs.1 S.3 i.V.m. §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Solche Verträge sind z.B. bundesweit geltende, öffentlich-rechtliche Verträge zwischen dem *Spitzenverband Bund der Krankenkassen* (GKV-Spitzenverband) und der *Kassenärztlichen Bundesvereinigung* (KBV), welche als Bestandteil des Bundesmantelvertrags (BMV) gemäß § 82 Abs.1 SGB V⁵⁰¹ abgeschlossen werden⁵⁰². Die klassischen Regeln der Auslegung von Rechtsvorschriften, welcher sich der Rechtsanwender bedient, sind im Jahr 1840 von *Friedrich Carl von Savigny*⁵⁰³ entwickelt worden, der diese selbst als Kunst bezeichnete⁵⁰⁴. Diese sogenannten Kanones der Auslegung haben sich seither als Instrument bewährt, wenn Rechtsbegriffe auszulegen sind⁵⁰⁵. Diese Auslegungskriterien, -gesichtspunkte, -elemente, -methoden oder auch Konkretisierungselemente⁵⁰⁶ werden grundsätzlich durch die

496 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 204 f. und 312 f.; zur Kritik der juristischen Auslegungsmethoden aus sprachwissenschaftlicher Sicht: Baumann, LeGes 6 (1995) 3, S. 11, 13 ff. m.w.N.

497 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 1 Rn. 3 sowie § 4 Rn. 15 ff.; Kunz/Mona, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 37 f.

498 Dreher, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: von Wulffen/Krasney, FS 50 Jahre BSG, S. 791, 798 f.

499 C. II. 1. a. bb.

500 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 14.

501 Zum Rechtsnormcharakter der Bundesmantelverträge: Vogl/Engelhart-Au, in: Hähnlein/Schuler, LPK-SGB V, § 82 Rn. 7 oder Rompf, Der Bundesmantelvertrag als Herzstück untergesetzlicher Normsetzung im Vertragsarztrecht, in: Katzenmeier/Ratzel, FS Dahm, S. 401, 408 f.

502 BSG, Urteil vom 03.03.1999 – B 6 KA 18/98 R, juris-Rn. 14.

503 Von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, § 33 S. 212 ff.

504 A.a.O., § 32 S. 211.

505 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 87; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 8; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 7; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 66.

506 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 303.

sprachlich-grammatische, die systematische, die historische und genetische sowie die teleologische Auslegungsmethode repräsentiert⁵⁰⁷.

bb. Subjektiver Wille des historischen Gesetzgebers oder objektiver Wille der Norm?

Hinsichtlich der Frage, wie Gesetze auszulegen sind, und auch in Bezug auf eine Rangfolge der einzelnen Auslegungskriterien⁵⁰⁸, existieren zwei sich widerstrebende Theorien. Einerseits besagt die subjektive Theorie, dass das Ziel der Auslegung einer Norm in der Ermittlung des subjektiven Willens des historischen Gesetzgebers liege. Diese subjektive Vorstellung des historischen Gesetzgebers (subjektiv-teleologisches Auslegungsziel) ergebe sich in der Regel aus den Gesetzgebungsmaterialien mittels einer genetischen Auslegung. Die objektive Theorie sieht das Auslegungsziel in der Ermittlung des objektiven Willens der Norm selbst, also des aus heutiger Sicht normativen Sinns des Gesetzes. Dieser könne mit der grammatischen, der systematischen, der teleologischen und der historischen Auslegungsmethode herausgefiltert werden.⁵⁰⁹ Die einzelnen Methoden sind dann als Mittel anzusehen, um das jeweilige Auslegungsziel zu erreichen. Demnach bestimmt sich der inhaltliche Schwerpunkt des jeweiligen Auslegungsarguments danach, ob der subjektiven oder objektiven Theorie gefolgt wird.⁵¹⁰

507 So beispielsweise auch: BSG, Urteil vom 24.06.2010 – B 10 EG 12/09 R, juris-Rn. 20 m.w.N.; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 269; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 66; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 133; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 319 ff.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 7; Deckert, JA 1994, S. 412, 413.

508 Siehe sogleich unten: C. II. 1. b. ee.

509 BVerfG, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 16 f.; in Bezug auf die Auslegung von Verträgen mit normativer Wirkung gegenüber Dritten und der dabei zu ermittelnden objektiven Erklärungsbedeutung, anstatt des subjektiven Willens der Vertragspartner: BSG, Urteil vom 18.05.2021 – B 1 KR 34/20 R, juris-Rn. 21 oder BSG, Urteil vom 20.11.2012 – B 3 KR 10/11 R, juris-Rn. 20 m.w.N.; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24 und 442; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 5; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 796 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 126 f.; Deckert, JA 1994, S. 412, 413 ff.; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 35 f.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 ff.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 247; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 17 ff.

510 Deckert, JA 1994, S. 412, 413; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 8.

Bei der Auslegung handelt es sich also um einen Nachvollzug des Willens des Normgebers oder des Willens der Norm mittels der genannten Kriterien.⁵¹¹ Das *BVerfG* positioniert sich auf der Seite der objektiven Theorie, wenn es ausführt, dass für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend sei. Dieser ergebe sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang. Nicht entscheidend sei hingegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Norm.⁵¹² Die Gesetzgebungsmaterialien seien lediglich mit einer gewissen Zurückhaltung und unterstützend heranzuziehen, um den objektivierten Willen zu untermauern. Nicht zulässig sei es, die Vorstellungen der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Akteure dem objektiven Inhalt des Gesetzes gleichzusetzen.⁵¹³ Die Entstehungsgeschichte der Norm sei für die Auslegung nur insofern von Bedeutung, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätige oder Zweifel behebe, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.⁵¹⁴ Aus den Ausführungen des *BVerfG* zur objektive Theorie kann zunächst geschlossen werden, dass zumindest mit der Auslegung nach dem Wortlaut („Wortlaut der Gesetzesbestimmung“) zu beginnen ist⁵¹⁵. Weiterhin liegt besonderes Gewicht auf der systematischen und teleologischen Auslegung („Sinnzusammenhang“).⁵¹⁶ Beachtet werden muss an dieser Stelle jedoch, dass es

511 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24.

512 *BVerfG*, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52, juris-Rn. 56; *BVerfG*, Beschluss vom 17.01.1957 – 1 BvL 4/54, juris-Rn. 73; *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.1959 – 1 BvL 10/55, juris-Rn. 40; *BVerfG*, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 16; *BVerfG*, Beschluss vom 05.07.1972 – 2 BvL 6/66, juris-Rn. 90; *BVerfG*, Beschluss vom 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, juris-Rn. 29; *BVerfG*, Beschluss vom 16.12.1981 – 2 BvR 898/79, 1 BvR 1132/79, juris-Rn. 59; ebenso: *BGH*, Urteil vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 13.

513 *BVerfG*, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 18 m.w.N.

514 *BVerfG*, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52, juris-Rn. 56.

515 Ebenso: *BVerfG*, Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, juris-Rn. 66 und *BGH*, Urteil vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 13.

516 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 26; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 18; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 731 und 743; Deckert, JA 1994, S. 412, 414.

ebenso Entscheidungen des *BVerfG* gibt, in welchen das Gericht der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung eine wichtige Rolle beimisst.⁵¹⁷

cc. Die einzelnen Auslegungsmethoden

Weder die Anzahl noch eine Anwendungs(reihenfolge) bzw. eine Rangordnung der Kanones der Auslegung sind eindeutig festgelegt.⁵¹⁸ Die Auslegungsmethoden können also auf unterschiedliche Art und Weise verstanden werden.⁵¹⁹ Auch können sie nicht ohne Weiteres auf die Auslegung und Interpretation von Grundrechten angewandt werden, wie *Ernst-Wolfgang Böckenförde* mit seiner Sichtweise auf unterschiedliche Grundrechtstheorien eindrucksvoll bewiesen hat.⁵²⁰

(1) Sprachlich-Grammatische Auslegung

Die sprachlich-grammatische Auslegung umfasst den Auslegungsvorgang, welcher seinen Ausgangspunkt am Wortlaut des Gesetzes nimmt, und übergeht zu der Ermittlung des Wortsinns bzw. der Wortbedeutung (Semantik) eines Rechtsbegriffs. Die Ermittlung des Inhalts und der Bedeutung eines Begriffs stellt also das Ziel der sprachlich-grammatischen Aus-

517 Beispielsweise: *BVerfG*, Urteil vom 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, juris-Rn. 88 f., *BVerfG*, Beschluss vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, juris-Rn. 90 ff. oder *BVerfG*, Beschluss vom 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, juris-Rn. 23 und 39; dazu ausführlich *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 27 ff.

518 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 19 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 429; *Deckert*, JA 1994, S. 412, 414; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 18; *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 27; auch *Savigny* selbst hatte keine Rangfolge festgelegt (*von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, § 33 S. 215).

519 In Bezug auf eine ausführliche Aufarbeitung der Auslegungsmethoden sind insbesondere zu nennen: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 67-67e; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Kapitel C. II. 2., *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 3. Buch, 2. Teil oder *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Kapitel 4.

520 Grundlegend: *Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529, 1529 ff.

legung dar.⁵²¹ Für ein Verständnis des jeweiligen Rechtsbegriffs ist zu beachten, dass dieses variieren kann. So kann ein Begriff unterschiedlich gebraucht werden, je nachdem ob auf den Sprachgebrauch vom Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes oder auf denjenigen Sprachgebrauch abgestellt wird, welcher von der Gesellschaft im Rahmen der aktuellen Anwendung der Norm zugrunde gelegt wird. Weiterhin kann ein Unterschied zwischen der juristischen Fachsprache und dem umgangssprachlichen Sprachgebrauch bestehen.⁵²² Für die Ermittlung des jeweiligen Sprachgebrauchs kann auf (juristische) Wörterbücher zurückgegriffen werden.⁵²³ So griff z.B. das *Bundesarbeitsgericht (BAG)* für die Ermittlung der Bedeutung des Begriffs „einschließlich“ in einem Tarifvertrag auf das Deutsche Wörterbuch von *Jacob Grimm und Wilhelm Grimm*⁵²⁴ zurück.⁵²⁵ Mit der Heranziehung von solchem Tatsachenmaterial wird tatsächengestützt ausgelegt.⁵²⁶

(2) Systematische Auslegung

Das systematische Auslegungselement stellt die auszulegende Norm in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung. Hierbei ist zu fragen, in welchem Kapitel oder Abschnitt eine Norm in dem jeweiligen Gesetz eingebunden ist. Auch ist die Norm in ihrem Zusammenhang oder in ihrem Zusammenwirken mit anderen Rechtsvorschriften dieses Gesetzes oder auch anderer Gesetze zu sehen. Dabei sind auch Widersprüche zwischen

521 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 351a, ebenso mit weiteren Ausführungen zu möglichen Problemen während des Wegs vom Gesetzestext zur Bedeutung der Vorschrift in Rn. 351b ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 62; Schwacke, Juristische Methodik, S. 89; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 281; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 320 f.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 9 f.; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 67.

522 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 11; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 738 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 323 f.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 134 ff. Deckert, JA 1994, S. 412, 414; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 166 f.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 35 f.

523 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 11; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 738; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 301 f.

524 Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm, Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, herausgegeben vom Kompetenzzentrum - Trier Center for Digital Humanities, Trier 2024.

525 BAG, Urteil vom 25.04.2013 – 6 AZR 800/11, juris-Rn. 23.

526 C. II. 1. b. aa.

einzelnen Normen zu beachten und zu beseitigen. Zur systematischen Auslegung gehört ferner, dass höherrangiges Recht, also insbesondere die Verfassung, bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. Der Rechtsanwender hat das Gesetz also verfassungskonform auszulegen.⁵²⁷ Karl Larenz erkennt in der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen ein eigenständiges Auslegungselement.⁵²⁸ Die systematische Auslegung erschöpft sich in der Regel in einer normativen Gesetzesauslegung. Tatsächliche Umstände spielen bei dieser Art der Auslegung eine untergeordnete Rolle. Vielmehr sind als Auslegungsmaterial die auszulegende Norm selbst und das gesetzliche System, in welches sie eingebettet ist, zu identifizieren. Darüber hinaus sind andere Gesetze, welche für das Verständnis der auszulegenden Norm hilfreich sind, sowie logische Zusammenhänge ausschlaggebend⁵²⁹.

(3) Historische und genetische Auslegung

Bei der historischen Auslegung wird nach dem geschichtlichen Kontext der Rechtsnorm gefragt. Fraglich ist, welche Begebenheiten zur damaligen Zeit bei Erlass des Gesetzes vorherrschend waren und den Gesetzgeber, also das Parlament, dazu veranlasst haben, das entsprechende Gesetz zu verabschieden. Zu diesen Begebenheiten sind z.B. kulturelle, politische oder soziologische⁵³⁰ Verhältnisse zu zählen.⁵³¹ Grundlage, um diese historischen Umstände zu ermitteln, können u.a. geschichtswissenschaftliche Erkenntnisse oder auch rechtswissenschaftliche Literatur zur damaligen Zeit sein.⁵³² Diese damals geltenden Umstände können sich im Laufe der Zeit jedoch ändern. Bei der Auslegung der aktuell geltenden Norm sind diese historischen Verhältnisse dann zu berücksichtigen und die Auslegung

527 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn.12 und 14; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 36; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 324 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 744 ff.; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 144 ff.; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 32 ff.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 311 ff.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 167.

528 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 339 ff.

529 Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 442.

530 Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 105.

531 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 15; Deckert, JA 1994, S. 412, 415 f.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 347 f.

532 Deckert, JA 1994, S. 412, 416; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 37.

weiterzuentwickeln.⁵³³ Mit der historischen Auslegung eng verknüpft ist die genetische Auslegung⁵³⁴ von Gesetzen. Als Auslegungsmaterial für diese Auslegungsmethode, welche die Entstehungsgeschichte einer Norm in das Zentrum der Auslegung stellt, dienen Gesetzgebungsmaterialien. Dazu zählen amtliche Dokumente im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren, wie z.B. Gesetzentwürfe, Beschlussempfehlungen, Ausschussberichte oder Parlamentsprotokolle.⁵³⁵

(4) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegungsvariante stellt den Sinn und Zweck der jeweils auszulegenden Rechtsnorm in den Mittelpunkt. Sie fragt nach den Leitgedanken, welcher der Norm zugrunde liegen. Es geht um die von der Norm bezweckten Folgen oder Ziele für die Gesellschaft.⁵³⁶ Die teleologische Auslegung kann weiterhin in die subjektiv-teleologische und die objektiv-teleologische Auslegung untergliedert werden.⁵³⁷ Die subjektiv-teleologische Auslegung⁵³⁸ stellt den Zweck bzw. die Zwecke in den Mittelpunkt, welchen bzw. welche der historische Gesetzgeber der Norm bei deren Erlass zugeschrieben hat.⁵³⁹ Hingegen geht es der objektiv-teleologischen Auslegung um den Sinn und Zweck der Norm aus heutiger Sicht.⁵⁴⁰ Hierbei

533 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 15.

534 Dazu ausführlich im Rahmen einer Dissertationsschrift: Sehl, Markus, Was will der Gesetzgeber?, Baden-Baden 2019.

535 A.a.O., S. 51; Deckert, JA 1994, S. 412, 416; Redeker/Karpenstein, NJW 2001, S. 2825, 2826; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 15; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 37; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 449; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 330; Spitzlei, JuS 4/2022, S. 315, 315; Schlehofer, JuS 7/1992, S. 572, 575 f.; eine ausführliche Übersicht relevanter Materialien für die genetische Auslegung von Europarecht und nationalem Recht ist bei Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 350 zu finden; ebenso zu möglichen Anforderungen an für die genetische Auslegung relevanten Materialien und deren Einbindung in die Auslegung: Wischmeyer, JZ 2015, S. 957, 964 ff.

536 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 16; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 156.

537 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 156; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 360.

538 Siehe oben: C. II. 1. b. bb.

539 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 157.

540 A.a.O., Rn. 158 ff.; Früh, JuS 10/2021, S. 905, 907.

kann, ausgehend vom ursprünglichen Verständnis des Gesetzgebers⁵⁴¹, auf objektiv-teleologische Kriterien⁵⁴² oder externe Zwecke⁵⁴³ zurückgegriffen werden, welche über das aktuelle Verständnis der Norm Aufschluss geben. Dazu sind solche zu zählen, welche sich z.B. aus ethischen, ökonomischen oder wissenschaftlichen Gesichtspunkten ergeben.

dd. Zwischenergebnis

Der Einfluss der subjektiven und objektiven Theorie⁵⁴⁴ ist in den jeweiligen Auslegungsmethoden zu erkennen. Diese können, je nachdem welcher Theorie im Einzelfall gefolgt wird, eingesetzt werden.⁵⁴⁵ Die tatsächengestützte oder tatsachenbasierte Auslegung ist kein eigenes Auslegungskriterium. Vielmehr kann jede Auslegungsmethode, mit Ausnahme des systematischen Elements, unter Rückgriff auf Tatsachen angewandt werden.

ee. Rangordnung der Auslegungsmethoden

(1) Gesetzliche Bindung der juristischen Methode

In Bezug auf eine Rangordnung der einzelnen Auslegungsmethoden ist zunächst danach zu fragen, ob es normativ-verbindliche Vorgaben gibt, welche der rechtsanwendenden Person eine bestimmte Vorgehensweise vorschreibt, wie ein Rechtsfall zu lösen ist. Grundsätzlich gibt es im deutschen Recht keine solche gesetzliche Bindung der juristischen Methode.⁵⁴⁶ Das liegt darin begründet, dass solche Rechtsvorschriften ihrerseits wiederum

541 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 158.

542 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 333 ff.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 360.

543 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 158; eher kritisch: Rückert/Seinecke, Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 32, 57 f.

544 C. II. 1. b. bb.

545 Mit Beispielen: Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 9-16.

546 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 429; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 704; insbesondere im österreichischen, schweizerischen und italienischen Zivilrecht sind solche positivrechtlichen Normen zu finden, welche die juristische Methodik erfassen (Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 45 ff. und 52 f.; Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 79 ff.).

interpretationsoffen wären und es deshalb einer Methode bedürfte, welche die Interpretation der gesetzlich verankerten Interpretationsrichtlinien regeln würde.⁵⁴⁷ Lediglich für völkerrechtliche Verträge bestehen mit Artt. 31-33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Wiener Vertragskonvention – WKV) Auslegungsregeln.⁵⁴⁸ In Deutschland wurde die WKV gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ratifiziert⁵⁴⁹ und gilt demnach wie ein einfaches Bundesgesetz⁵⁵⁰. Folglich bleibt weiterhin fraglich, wie eine Rangordnung bzw. Rangfolge der Auslegungskriterien und damit auch eine rechtliche Entscheidung begründet werden kann.

(2) Ableitung einer Rangordnung im Einzelfall aus dem Verfassungsrecht

Anknüpfend an die beiden erläuterten Theorien des einerseits subjektiven und andererseits objektiven Auslegungsziels wird nachfolgend eine Rangfolge der einzelnen Auslegungselemente erarbeitet, welche insbesondere verfassungsrechtlich begründet werden kann.

(i) Grundsätzlicher Gleichrang der Auslegungsmethoden

Die einzelnen Auslegungsregeln sind grundsätzlich gleichrangig in den Auslegungsvorgang einzubeziehen. Sie sollen sich gegenseitig ergänzen und stützen sowie den objektiven Willen des Gesetzgebers herausfiltern.⁵⁵¹ Das

547 *Kramer/Arnet*, Juristische Methodenlehre, S. 52 f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 79 f.; in Bezug auf das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch: *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, II. Allgemeiner Theil, B. Motive der I. Kommission, S. 15 (S. 365).

548 *EGMR*, Urteil vom 29.01.2008 – 13229/03, juris-Orientierungssatz Nr. 1; *Herdegen*, Völkerrecht, § 15 Rn. 31 ff.; *Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Einleitung Rn. 23; *Lagodny/Mansdörfer*, in: Erb/Schäfer, MünchKommStGB, Band 7, Einleitung Rn. 44.

549 Gesetz zu dem Wiener Übereinkommen vom 23.05.1969 über das Recht der Verträge vom 03.08.1985 (BGBl. II, S. 926), Bekanntmachung über das Inkrafttreten vom 26.10.1987 (BGBl. II, S. 757).

550 *BVerfG*, Beschluss vom 29.01.2019 – 2 BvC 62/14, juris-Rn. 61.

551 *BVerfG*, Beschluss vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, juris-Rn. 18; *BVerfG*, Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, juris-Rn. 66; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 8 und 17; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 25; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 731 ff. und 743.

gilt, wenn sich die Kanones nicht komplett gegenseitig widersprechen bzw. kein Konfliktfall gegeben ist. Ein Konfliktfall liegt vor, wenn sich mehrere Auslegungsargumente gegenseitig komplett ausschließen. Ein Konflikt liegt also z.B. nicht vor, wenn sich zwei Deutungsmöglichkeiten des Normtextes nur teilweise, aber nicht komplett, widersprechen.⁵⁵² Wenn also im Einzelfall z.B. die Gesetzgebungsmaterialien im Gegensatz zu anderen Auslegungselementen ergiebiger sind, können sie bei der Auslegung ein bedeutendes Auslegungsargument sein.⁵⁵³ Ebenso ist das Ergebnis eines Auslegungsvorgangs kein logisch zwingender Schluss, sondern die subjektive Entscheidung der auslegenden Person, eine für überzeugend erachtete Bedeutung des jeweiligen Rechtsbegriffs zu wählen. Beachtet werden muss jedoch, dass gewisse Rechtsbegriffe in ständiger Rechtsprechung, insbesondere durch höchstrichterliche Entscheidungen, bereits ausgelegt wurden und dass diese Ansicht bei der Anwendung der entsprechenden Rechtsbegriffe in die Entscheidung miteinbezogen wird.⁵⁵⁴ Weil alle Erkenntnismöglichkeiten grundsätzlich gleichrangig in den Auslegungsvorgang einzubeziehen sind, spielt der geschilderte Streit zwischen der subjektiven und objektiven Methode⁵⁵⁵ heute eine eher untergeordnete Rolle.⁵⁵⁶ Jedoch kann im Einzelfall durchaus eine Rangfolge festgelegt werden ((ii)).

(ii) Vorrang der normtextbezogenen Auslegungsmethoden im Konfliktfall

Die in dieser Arbeit präferierte Vorgehensweise hinsichtlich einer Rangfolge zwischen den Auslegungsmethoden orientiert sich an *Müller/Christensen*, welche eine abstrakte Rangfolge der einzelnen Auslegungselementen unabhängig vom Bedeutungsgehalt der einzelnen Kriterien ablehnen. Stattdessen soll diesen im jeweiligen Einzelfall bei der Auslegung des Normtextes unterschiedliches Gewicht beigemessen werden, wenn sich die Auslegungsargumente untereinander widersprechen oder zueinander in Konflikt

552 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 433 f.

553 So z.B.: *BSG*, Urteil vom 31.10.1968 – 2 RU 139/67, juris-Rn. 17; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 444; zur Maßgeblichkeit der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung: *BGH*, Entscheidung vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 21.

554 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 204.

555 C. II. 1. b. bb.

556 *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 35 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 442 ff., insbesondere Rn. 445.

stehen.⁵⁵⁷ Demnach würden im Konfliktfall die direkt normtextbezogenen Auslegungsmethoden, der grammatischen und systematischen Auslegung, denjenigen Auslegungsmethoden, welche nicht unmittelbar normtextbezogen sind (teleologische, historische und genetische Auslegung), vorgehen.⁵⁵⁸ Die Begründung dieses Vorrangverhältnisses ist einerseits auf das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)⁵⁵⁹ zurückzuführen, weil der Normtext demokratisch erzeugt wurde. Weiterhin folgt dieses dargestellte Vorrangverhältnis aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)⁵⁶⁰ und insbesondere aus der daraus abzuleitenden Gesetzesbindung der Gerichte gemäß Art. 97 Abs. 1 GG⁵⁶¹ sowie aus dem Bestimmtheitsgebot^{562, 563}. In diesem Sinne bedeutet Gesetzesbindung der Gerichte die Beachtung des Normtextes.⁵⁶⁴ Bei Konflikten zwischen den nicht unmittelbar normtextbezogenen Auslegungskriterien untereinander gibt es hingegen keine Rangfolge.⁵⁶⁵

(3) Wortlaut- bzw. Wortsinnngrenze

Im Zusammenhang mit den bisher gemachten Ausführungen stellt sich auch die Frage nach einer Wortlaut- bzw. Wortsinnngrenze, also der Frage, ob der Rechtsanwender diese bei der Auslegung überschreiten darf. In der überwiegenden Methodenliteratur wird von der Wortsinnngrenze⁵⁶⁶, statt

557 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 433, Rn. 437 und 444.

558 A.a.O., Rn. 437 f., Rn. 439 f. und 445; generell eine Reihenfolge in diesem Sinne festlegend: Früh, JuS 10/2021, S. 905, 907.

559 B. III.

560 B. II.

561 B. II. 2. b.

562 B. II. 3.

563 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 439 und 445; Hans-Joachim Koch und Helmut Rüßmann sehen neben der Wortlautauslegung, auch das subjektiv-teleologische Auslegungsziel als vorrangig an und leiten ebenso wie Müller/Christensen eine mögliche Rangfolge aus staats- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen ab (Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 176-184); ebenso eingehend zu einer Rangfolge der juristischen Auslegungsmethoden: Gern, VerwArch 1989, S. 415, 415 ff.; Larenz erkennt ebenfalls eine Rangfolge zwischen den verschiedenen Auslegungskriterien. Diesen komme ein unterschiedliches Gewicht zu (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343 ff.).

564 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 179.

565 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 435 f.

566 Beispielhaft: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343; Deckert, JA 1994, S. 412, 415; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 63.

von der Wortlautgrenze⁵⁶⁷ gesprochen. Jedenfalls ist festzuhalten, dass der Wortlaut einer Norm auch den ihr vom Rechtsanwender gegebenen Sinn umfasst⁵⁶⁸. Das *BVerfG* führt aus, dass wenn der Wortlaut des Gesetzes eindeutig sei und diesem Gesetz durch den Rechtsanwender ein entgegenstehender Sinn gegeben würde (Interpretation contra legem), die Auslegung als unzulässig zu verwerfen sei⁵⁶⁹. Auch müssten laut *BVerfG* Regelungsabsichten des Gesetzgebers, welche sich nicht in einem eindeutigen Normtext niederschlagen, bei der Auslegung unberücksichtigt bleiben^{570, 571}. Ungeachtet dessen, ob von einer Wortlaut- oder Wortsinnngrenze gesprochen wird, muss die gerichtliche Entscheidung noch mit dem Wortlaut vereinbar sein. Das bedeutet nicht, dass sie am unmittelbaren Wortlaut haften muss. Wenn die Frage nach der Vereinbarkeit der Auslegungshypothesen mit dem Normtext nicht eindeutig verneint werden kann, dann besteht Spielraum für weitere Auslegung mit allen anerkannten juristischen Auslegungsmethoden.⁵⁷² Eine vertretbare Auslegung bewegt sich also grundsätzlich innerhalb der Grenzen des Normtextes bzw. des Wortsinns. Die Grenzen der Auslegung werden also durch Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 GG abgesteckt. Wenn über die Wortsinnngrenze ausgelegt wird, ist nicht von

567 Müller/Christensen sprechen von der Wortlautgrenze (Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 312); ebenso von der Wortlautgrenze sprechend, damit aber wohl die Wortsinnngrenze synonym verwendend („Wortlaut im weitesten Sinne“): Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 20 f.

568 Siehe bereits: C. II. 1. b. cc. (1).

569 Beispielhaft: *BVerfG*, Beschluss vom 23.10.1958 – 1 BvL 45/56, juris-Rn. 28 oder *BVerfG*, Beschluss vom 11.06.1958 – 1 BvL 149/52, juris-Rn. 22.

570 Beispielhaft: *BVerfG*, Urteil vom 19.12.1961 – 2 BvL 6/59, juris-Rn. 42.

571 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 26; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 64.

572 Ebenso: *BVerfG*, Beschluss vom 30.03.1993 – 1 BvR 1045/89, 1 BvR 1381/90, juris-Rn. 67; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 312; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 734 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 62; zur Wortsinnngrenze als unübersteigbare Hürde bei der Interpretation: *BVerfG*, Beschluss vom 10.01.1995 – 1 BvR 718/89, 1 BvR 719/89, juris-Rn. 46 (wohlgemerkt in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG); ebenso *BVerfG*, Beschluss vom 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, juris-Rn. 16 und *BGH*, Urteil vom 30.06.1966 – KZR 5/65, juris-Rn. 13 m.w.N.

Auslegung, sondern von richterlicher Rechtsfortbildung⁵⁷³ die Rede.⁵⁷⁴ Aus der Wortsinnngrenze ergibt sich dann auch der Vorrang des grammatischen Arguments vor dem systematischen, also bei einem Streit zwischen zwei normtextbezogenen Auslegungsargumenten.⁵⁷⁵

ff. Zwischenergebnis

Neben die normative Gesetzesauslegung von Rechtsbegriffen tritt eine zweite Art der Auslegung, die tatsächengestützte Auslegungstätigkeit.⁵⁷⁶ Die Frage, welche Auslegungsmethode im jeweiligen Einzelfall die passende ist, muss die rechtsanwendende Person selbst entscheiden. Hierfür gibt es auch keine gesetzlich normierte Beschreibung der Vorgehensweise.⁵⁷⁷ Der Rechtsanwender hat grundsätzlich gleichrangig auf alle Auslegungskriterien zurückzugreifen. Dies gilt, wenn kein Konfliktfall⁵⁷⁸ und keine Überschreitung des Wortsinns⁵⁷⁹ vorliegt. Hinsichtlich einer Rangfolge der Auslegungsargumente untereinander ist stattdessen im Einzelfall und in Konfliktfällen aufgrund von Art. 20 Abs. 2 S. 1, Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG den direkt normtextbezogenen Auslegungskriterien der Vorrang einzuräumen⁵⁸⁰.

573 C. I. 3. c.

574 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343; Deckert, JA 1994, S. 412, 415; Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, Rn. 138 und 175; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 467 f.; Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, S. 63; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7 Rn. 20 f.; Meier/Jocham, JuS 5/2016, S. 392, 393; zur Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung: Becker/Martenson, JZ 2016, S. 779, 779 ff.; a.A., welche eine Auslegung über den Wortlaut hinaus für möglich erachtet: Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 310 oder Schlehofer, JuS 7/1992, S. 572, 575, welcher den Wortsinn, nicht als absolute Grenze der Auslegung ansieht; zur Kritik hinsichtlich der Formulierung eines eindeutigen Wortsinns: Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“, S. 3 ff.

575 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 445 ff. (insbesondere 447).

576 C. II. 1. b. dd.

577 C. II. 1. b. ee. (1).

578 C. II. 1. b. ee. (2) (i).

579 C. II. 1. b. ee. (3).

580 C. II. 1. b. ee. (2) (ii).

c. Ermessensspielraum und/oder Beurteilungsspielraum

aa. Ermessensspielraum

Wenn der Verwaltung bei der Rechtsanwendung Entscheidungsspielräume eröffnet werden, ist von Ermessensverwaltung oder nicht-gebundener Verwaltung die Rede. Die Ermessensverwaltung ist zu erkennen an Wörtern, wie z.B. „kann“, „soll“, „darf“ oder „in der Regel“. Auch bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen hat die Verwaltung die Wahl unter verschiedenen Möglichkeiten, z.B. welche Art von Rechtsfolge eintreten soll oder auch, ob die Verwaltung überhaupt tätig wird (z.B. § 66 Abs. 1 SGB I).⁵⁸¹ Zwei Arten des Ermessens sind zu unterscheiden: Erstens existiert das Entschließungsermessen. In einem solchen Fall kann die Verwaltung entscheiden, ob sie tätig wird oder nicht. Zweitens gibt es das Auswahlermessen. In diesem Fall muss die Verwaltung handeln, kann aber zwischen mehreren Auswahlvarianten entscheiden. Die Verwaltung entscheidet hier also, wie sie tätig wird.⁵⁸² Ermessen findet auf der Rechtsfolgendeite einer Rechtsnorm statt.⁵⁸³ Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle eines Ermessensspielraums ist lediglich zu prüfen, ob die Verwaltung das Ermessen fehlerfrei, d.h. entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und unter Beachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens ausgeübt hat (§ 40 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)⁵⁸⁴ i.V.m. § 114 VwGO bzw. § 39 SGB I i.V.m. § 54 Abs. 2 S. 2 SGG). Ein Verstoß macht die Ermessensentscheidung rechtswidrig und anfechtbar.⁵⁸⁵ Von der Ermessensverwaltung abzugrenzen ist die gebundene Verwaltung. Diese ist zu erkennen durch Wörter im Gesetz, wie z.B. „ist“, „hat zu“, „muss“ oder „hat Anspruch auf“. Hier ist die jeweils eintretende Rechtsfolge fest vorgeschrieben. Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, bleibt der Verwaltung also nur eine Entscheidungsmöglichkeit (§ 38 SGB I).⁵⁸⁶ In dieser Arbeit ist vordergründig nicht der Ermessensspielraum der Behörde, sondern derjenige der Rechtsprechung interessant. Insbeson-

581 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 683 f. und 685 f.

582 A.a.O., Rn. 685.

583 A.a.O., Rn. 685 und 701; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 26.

584 Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I, S. 102), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 15.07.2024 (BGBl. I, Nr. 236).

585 BVerwG, Urteil vom 12.02.1991 – 1 C 4/89, juris-Rn. 27; Detterbeck, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 687 ff.

586 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 683 und 685.

dere der Ermessenspielraum der Tatsachen⁵⁸⁷ oder Revisionsinstanz⁵⁸⁸ bei deren Beweiswürdigung und (generellen) Tatsachenfeststellung sowie die Überprüfbarkeit dieses Ermessens durch ein nachfolgendes Gericht⁵⁸⁹ werden im weiteren Verlauf der Arbeit bedeutsam sein.

bb. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielraum

Rechtsnormen enthalten oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe, welche durch den Rechtsanwender näher ausgelegt werden müssen. Bei der Auslegung und Anwendung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe kann der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum oder eine Einschätzungsprärogative zustehen.⁵⁹⁰ Im Gegensatz zum Ermessen tauchen unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielräume grundsätzlich auf der Tatbestandsseite von Rechtsnormen auf.⁵⁹¹ Grundsätzlich ist jedoch anzumerken, dass der Behörde kein Beurteilungsspielraum zusteht, weil effektiver Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG⁵⁹² in diesen Bereichen möglich sein muss.⁵⁹³ So ist die Auslegung und Anwendung dieser Begriffe in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gerichtlich uneingeschränkt überprüfbar.⁵⁹⁴ Anhand des jeweiligen Gesetzes ist deshalb zu prüfen, ob die Behörde in Ausnahmefällen zur abschließenden Beurteilung und Entscheidung ermächtigt wurde.⁵⁹⁵ Wenn in diesem Sinne ein unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungs-

587 Siehe unten, insbesondere: E. II. 2. b.

588 Siehe unten, insbesondere: F. IV. 2.

589 Siehe unten, insbesondere: E. II. 2. b. cc. und F. VI. (in Bezug auf die Berufungsinstanz) sowie F. VII. (in Bezug auf die Revisionsinstanz).

590 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 699 f.; Jacob/Lau, NVwZ 2015, S. 241, 241 f.

591 Detterbeck, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 701; Jacob/Lau, NVwZ 2015, S. 241, 241; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 26.

592 B. II. 4. a.

593 BVerfG, Beschluss vom 16.12.1992 – 1 BvR 167/87, juris-Rn. 44 ff.; BVerfG, Beschluss vom 28.06.1983 – 2 BvR 539/80, 2 BvR 612/80, juris-Rn. 45; BVerfG, Beschluss vom 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80, juris-Rn. 79; BVerwG, Urteil vom 27.04.2017 – 9 C 5/16, juris-Rn. 29; BVerwG, Urteil vom 25.07.2013 – 2 C 12/11, juris-Rn. 25; BVerwG, Urteil vom 16.05.2007 – 3 C 8/06, juris-Rn. 35; BVerwG, Urteil vom 21.12.1995 – 3 C 24/94, juris-Rn. 29; BVerwG, Urteil vom 25.11.1993 – 3 C 38/91, juris-Rn. 22.

594 BSG, Urteil vom 20.02.2014 – B 14 AS 10/13 R, juris-Rn. 42; BSG, Urteil vom 14.12.2021 – B 14 AS 21/20 R, juris-Rn. 29; BVerwG, Urteil vom 25.11.1993 – 3 C 38/91, juris-Rn. 22; Jacob/Lau, NVwZ 2015, S. 241, 242; Detterbeck, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 702.

595 Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 32; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 33 f.

spielraum besteht, bedeutet das, dass der öffentlichen Verwaltung eine gesetzlich normierte Befugnis zur Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs und zur Subsumtion eines Sachverhalts unter diesen Rechtsbegriff eingeräumt wird (Letztentscheidungsrecht der Verwaltung⁵⁹⁶). Eine solche Entscheidung zieht dann eine nur eingeschränkte gerichtliche Kontrollpflicht nach sich⁵⁹⁷. Ein Beurteilungsspielraum besteht regelmäßig z.B. im Prüfungsrecht⁵⁹⁸, im Beamtenrecht⁵⁹⁹ oder im Sozialrecht hinsichtlich der Frage, ob gemäß § 101 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB V ein besonderer Versorgungsbedarf für die Besetzung eines zusätzlichen Vertragsarztsitzes in einem Versorgungsbereich besteht⁶⁰⁰.⁶⁰¹ Hinsichtlich der vom Gericht zu prüfenden Punkte, wenn ein Beurteilungsspielraum bejaht wurde, kann auf die oben geschilderten Grundsätze bei der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle von Ermessensentscheidungen⁶⁰² verwiesen werden, da sich diese überwiegend ähnlich sind⁶⁰³. Dazu gehört dann z.B. auch die Nachprüfung, ob die Behörde von einem korrekten Rechtsbegriff ausgegangen ist.⁶⁰⁴ In Bezug auf diese Arbeit sind mögliche Beurteilungsspielräume interessant, welche sich daraus ergeben, dass das Gesetz auf wissenschaftliche Sachverhalte, also z.B. auf den Stand der Wissenschaft oder Technik verweist⁶⁰⁵. Bei diesen Entscheidungen, in welchen regelmäßig naturwissenschaftliche bzw. medizinwissenschaftliche Wertungen und Abwägungen eine Rolle spielen, soll

596 *BVerfG*, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, juris-Leitsatz Nr. 2 und Orientierungssatz Nr. 2d.

597 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Viertes Kapitel Rn. 69 ff.; *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 704 und 710; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 241 f.

598 *BVerfG*, Beschluss vom 17.04.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, juris-Rn. 53 ff.; *BVerfG*, Beschluss vom 17.04.1991 – 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, juris-Rn. 70 ff.; *BVerwG*, Urteil vom 12.11.1997 – 6 C 11/96, juris-Rn. 22 m.w.N.; *VGH Baden-Württemberg*, Urteil vom 11.10.2023 – 9 S 1759/22, juris-Rn. 21 m.w.N.; in Bezug auf die juristische Staatsprüfung: *Zimmerling/Brehm*, DVBl. 2012, S. 265, 265 ff.

599 *BVerwG*, Urteil vom 25.07.2013 – 2 C 12/11, juris-Rn. 29.

600 *BSG*, Urteil vom 28.06.2017 – B 6 KA 28/16 R, juris-Rn. 21 m.w.N.; *Kaltenborn/Kießling*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 101 Rn. 5.

601 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 31 m.w.N.; *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 704.

602 C. II. 1. c. aa.

603 *BVerfG*, Beschluss vom 17.04.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, juris-Rn. 56; *GmS-OGB*, Beschluss vom 19.10.1971 – GmS-OGB 3/70, juris-Rn. 21.

604 *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 22 Rn. 710 m.w.N.; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 243.

605 Siehe unten, insbesondere: G. II. 2.

dann die Verantwortung bei der Verwaltung liegen.⁶⁰⁶ Weiterhin erfolgt die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oftmals mit Hilfe der Feststellung genereller Tatsachen.⁶⁰⁷ Dies ist auch verfassungsrechtlich verankert. So folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG, dass die Tatsachengerichte zur Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen, welche auf Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis verweisen, sich dieser Erkenntnisse bedienen müssen.⁶⁰⁸ Dies trägt weiterhin zur genaueren Bestimmung einer Norm (Bestimmtheitsgebot) bei.⁶⁰⁹

d. Rechtsanwendungsfehler

Unter einem Rechtsanwendungsfehler oder einer Gesetzesverletzung ist gemäß § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 546 ZPO eine Nichtanwendung oder eine nicht richtige Anwendung einer im Einzelfall einschlägigen Rechtsnorm des formellen oder materiellen Rechts zu verstehen. Eine unrichtige Rechtsanwendung kann weiterhin in Interpretations- bzw. Auslegungsfehler (Fehler im Obersatz) und Subsumtionsfehler (Fehler im Untersatz/Schlussatz) unterteilt werden. Bei der Auslegung⁶¹⁰ und der Subsumtion⁶¹¹ des Sachverhalts unter die korrekt ausgelegte Norm kann das Gericht also Fehler begehen. So kann ein Auslegungsfehler vorliegen, wenn ein Rechtsbegriff des Tatbestands oder der Rechtsfolge einer Rechtsnorm unrichtig ausgelegt bzw. falsch verstanden wurde. Ein Subsumtionsfehler liegt vor, wenn der

606 OVG Berlin, Urteil vom 25.11.1999 – 5 B 11.98, juris-Rn. 27; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 104 Rn. 30; Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, Band I, 02/2019, § 114 Rn. 170.

607 Siehe näher dazu unten, insbesondere: F. IV. 2.

608 BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris-Rn. 19.

609 B. II. 3.

610 Siehe: C. II. 1. b.

611 Siehe: C. II. 1. a. bb. (2).

festgestellte Sachverhalt zu Unrecht unter die korrekt ausgelegte Norm subsumiert wird.⁶¹²

e. Zwischenergebnis

Das klassische Modell der Rechtsanwendung⁶¹³ ist gekennzeichnet durch schlichte Deduktion: Aus der generell-abstrakten Norm wird insofern auf den Einzelfall deduziert⁶¹⁴. Fraglich ist, ob der praktische juristische Entscheidungsvorgang durch dieses Modell abschließend repräsentiert wird.⁶¹⁵ Nachfolgend wird deshalb eine weiterentwickelte Konzeption der klassischen Rechtsanwendungsmethode vorgestellt. Diese kann als Theorie der Rechtsanwendung i.S.v. Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion gesehen werden⁶¹⁶. Diese ist für diese Arbeit grundlegend.

2. „Strukturierende Rechtslehre“

Die ursprünglich von *Friedrich Müller* entwickelte „Strukturierende Rechtslehre“⁶¹⁷ verfolgt die Strukturierung der Rechtsanwendung bzw. der

612 BSG, Urteil vom 27.06.2019 – B 5 RS 2/18 R, juris-Rn. 12; BSG, Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 16 ff. m.w.N.; BSG, Urteil vom 24.02.2016 – B 13 R 31/14 R, juris-Rn. 14; *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 8; *Heinz*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 25 f.; *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5; *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 170 Rn. 8; *Fichte*, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 162 Rn. 2; *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 15.06.2022, § 162 Rn. 34 f.; *Neumann/Korbmacher*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 137 Rn. 14; *Ratschow*, in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 6 und 23 m.w.N.; *Lange*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 11/2023, FGO § 118 Rn. 90 ff.; *Kessal-Wulf*, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 546 Rn. 6; *May*, Die Revision, VI. A. Rn. 75 und 172 sowie B. Rn. 327; *Rauscher*, SGB 1986, S. 45, 48 m.w.N.

613 C. II. 1.

614 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 395 f.; *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 29; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 4 Rn. 25.

615 Kritisch dazu: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 24 und 248 oder *Haft*, Juristische Rhetorik, S. 87.

616 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 156 und 471.

617 *Müller, Friedrich*, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966; darauf aufbauend: *Müller, Friedrich*, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., Berlin 1994.

tatsächlichen Vorgänge der Rechtsprechungspraxis und der juristischen Argumentation.⁶¹⁸

a. Theorie der Rechtsnormerzeugung als juristische Argumentationstheorie

Aus der philosophischen Argumentationstheorie⁶¹⁹ oder Argumentationslehre können Erkenntnisse hinsichtlich des juristischen Argumentierens und Begründens gerichtlicher Entscheidungen gewonnen werden. Die philosophische Argumentationstheorie beschäftigt sich mit dem Gebrauch und dem Einsatz von Argumenten, um moralische Fragen oder Fragen der Vernunft zu klären.⁶²⁰ Rechtswissenschaft und Rechtspraxis kommen nicht ohne Wertungen aus. Juristische Argumentationstheorien⁶²¹ verfolgen damit einhergehend das Ziel, einzelne Wertungen und subjektive Überzeugungen eines Rechtsanwenders zu objektivieren.⁶²² Es existieren verschiedene Theorien juristischen Argumentierens.⁶²³ Hervorzuheben sind sicherlich

618 Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 313 und 431 f.; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 548 ff. und 556 ff.; Windisch, „Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung“, Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 21; Laudenklos, „Juristische Methodik“ bei Friedrich Müller (geb. 1938), in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 1081, 1096.

619 Zur philosophischen Argumentationstheorie siehe z.B. den Sammelband Wohlrapp, Harald (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart 1995, insbesondere den Beitrag von Lueken, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: Wohlrapp, Wege der Argumentationsforschung, S. 358, 358 ff.

620 Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, S. 233; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 256; Neumann, Juristische Argumentationstheorie, § 1 Rn. 3 f.

621 Zur Entwicklung juristischer Argumentationstheorien etwa: Kreuzbauer, Kleine Einführung in die Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie, in: Kreuzbauer/Augeneder, Der juristische Streit, S. 9, 9 ff.

622 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 21 ff. und 27 f.

623 Neumann, Juristische Argumentationstheorie, § 1 Rn. 1 f.; eine Übersicht zu verschiedenen Theorien der juristischen Argumentation ist etwa bei Horn/Berster, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 601 bis 612 zu finden.

die von Jürgen Habermas⁶²⁴ und Alexy⁶²⁵ entwickelten juristischen Diskurs- bzw. Argumentationstheorien.⁶²⁶ Die noch näher zu erläuternde Theorie der Rechtsnormerzeugung bzw. -konstruktion stellt die Begründung und Argumentation gerichtlicher Entscheidungen in den Mittelpunkt. Deshalb kann die Theorie der Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion ebenfalls als eine Theorie der juristischen Argumentation bezeichnet werden.⁶²⁷

b. Rechtsanwendung als Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion

Es existieren verschiedene Konzeptionen wie die Methode der Rechtsanwendung verstanden werden kann.⁶²⁸ Anknüpfend an die bereits oben vertretene These, dass Rechtsnorm und Rechtssatz nicht identisch sind⁶²⁹, geht der Autor dieser Arbeit von der theoretischen Annahme aus, dass Rechtsanwendung Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion, Rechtsnormproduktion oder auch Rechtsnormkonkretisierung ist.⁶³⁰ Demnach wird der Normtext über verschiedene operative Tätigkeiten des Rechtsanwenders, also durch juristisches Handeln bzw. juristische Argumentation, zur Rechtsnorm geformt. Dahinter verbirgt sich die These, dass Rechtsanwendung nicht nur die normative Auslegungstätigkeit des geltenden Rechts mit Hilfe der von Savigny entwickelten klassischen Auslegungskunst sowie

624 Habermas, Jürgen, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1 und Band 2, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2019.

625 Robert Alexy entwickelt in diesem Zuge die sogenannte Sonderfallthese, nach welcher der juristische Diskurs ein Sonderfall von praktischen (Anwendungs-)Diskursen sei (Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 33 f. und insbesondere Kapitel C. I.); weiterhin dazu etwa: Horn/Berster, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 608 f., Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Rn. 254 f. und Engländer, Diskurs als Rechtsquelle, S. 34 f. und 144 ff.; Kritik an der Sonderfallthese ist insbesondere bei Jürgen Habermas (Habermas, Faktizität und Geltung, S. 283 ff. und 286) zu finden.

626 Goebel, Rechtsgespräch und kreativer Dissens, S. 88.

627 Neumann, Juristische Argumentationstheorie, § 4 Rn. 1 und 5.

628 Verschiedene Theorien juristischer Methodik sind zu finden bei: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 4. Aufl., Baden-Baden 2024.

629 Siehe: C. I. 2. c. bb. (2).

630 Dazu bereits einleitend: A. IV. 2.

den Subsumtionsvorgang umfasst.⁶³¹ Der jeweilige Rechtsfall kann nicht allein durch Deduktion gelöst werden. Der Normtext kann nur mit Bezug zur Wirklichkeit verstanden werden. Andersherum erschließt sich der Sachverhalt erst mit Bezug zu den einschlägigen Rechtsnormen.⁶³² Dazu passt eine Aussage von *Engisch*, welcher in Bezug auf Rechtsanwendung von einem „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“ spricht.⁶³³ Der sogenannte hermeneutische Zirkel spiegelt das wider. Dieser besagt, dass das Verständnis einer Person mit deren Vorverständnis eng verknüpft ist. Das bedeutet, dass für das Verständnis eines Normtextes immer auch ein fallbezogenes Vorverständnis vorhanden sein muss. Andersherum ist für das Verstehen der juristischen Bedeutsamkeit des Falles immer auch ein Vorverständnis des Normtextes notwendig.⁶³⁴ Damit werden dieser These entgegengesetzte rechtspositivistische Ansichten sowie ein enges Verständnis von Rechtsanwendung im Sinne einer gesetzesspositi-

631 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 248, Rn. 252 f. und 471; *Windisch*, „Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: *Müller/Mastronardi*, „Abwägung“, Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 22 f.; *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, § 3 Rn. 44; *Hans-Joachim Strauch* zeichnet ein ähnliches Bild von Rechtsanwendung. Er versteht darunter einen „kohärenztheoretischen Ansatz“ (*Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 36 ff. und insbesondere Teil B); ebenso in diese Richtungweisend *BVerfG*, Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38.

632 *BSG*, Beschluss vom 23.02.2017 – B 5 SF 5/16 AR, juris-Rn. 18; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 44 f.; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 9; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 587 ff.; *Windisch*, „Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: *Müller/Mastronardi*, „Abwägung“, Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 20 ff.; eine ähnliche Ansicht vertritt *Theodor Viehweg*, welcher das sogenannte „topische“ Denken begründet hat, siehe dazu: *Viehweg*, *Theodor*, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München 1974; ausführlich zur topischen Argumentationstheorie und deren Weiterentwicklung etwa: *Ulfrid Neumann* (*Neumann*, *Juristische Argumentationstheorie*, § 3).

633 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

634 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 587 f. m.w.N.; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 43 ff.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 4 Rn. 18; *Starck*, JZ 1972, S. 609, 612; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 9.

vistischen Begriffsjurisprudenz⁶³⁵ abgelehnt.⁶³⁶ In diesem Sinne vertreten *Müller/Christensen* die Ansicht, dass die positivistische Annahme zu kurz greife, eine anzuwendende Rechtsnorm sei schon vor der Konfrontation mit dem Sachverhalt vorgegeben und anwendbar (*lex ante casum*). Zu sagen ist, dass lediglich Rechtssätze fertig vorgegebene Konstrukte sind.⁶³⁷ *Müller/Christensen* folgend, gehöre mehr dazu, als dass die Norm lediglich deduzierend, vom Abstrakten auf das Konkrete, hin angepasst bzw. zugeschnitten und somit auf den Sachverhalt angewandt werde. Rechtsanwendung könne nicht auf den Nachvollzug von einer im Normtext bereits vollzogenen Entscheidung zukünftiger Fälle beschränkt bleiben. Damit ist der Nachvollzug des subjektiven oder objektiven Willens des Normgebers oder der Norm mittels Auslegung mit den oben genannten Auslegungsmethoden⁶³⁸ sowie die sich daran anschließende Subsumtion gemeint. Die Arbeit am und mit dem geltenden Recht beinhaltet hingegen produktive bzw. schöpferische⁶³⁹ Elemente und ist nicht ein rein kognitives Problem. In diesem Sinne bringt der Rechtsanwender das Gesetz „zum Sprechen“ und entlockt ihm seinen fallbezogenen Anwendungsbereich⁶⁴⁰. So wird ein Rechtsproblem nicht durch Rechtsnormen oder methodische Vorgaben, sondern durch den handelnden Juristen entschieden⁶⁴¹. Die Arbeit am und mit dem Recht ist in diesem Sinne Textarbeit mit dem Ziel, die Norm erst herzustellen⁶⁴². Die bloße, quasi-automatische Anwendung von Rechtsnormen wird also durch Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion ersetzt. Das Recht oder die Rechtsnorm wird erst im (gerichtlichen) Ver-

635 Zu diesem Begriff: *Seinecke*, Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen“ Jhering (1818-1892), in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 352, 352 ff. oder *Groh*, in: Weber, Rechtswörterbuch, Begriffsjurisprudenz.

636 *Laudenklos/Rohls/Wolf*, Resümee, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Rn. 1511, 1511.

637 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 284.

638 C. II. 1. b. cc.

639 Das *BVerfG* spricht von „schöpferischer Rechtsfindung“ (*BVerfG*, Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 39).

640 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kapitel 6.3 Rn. 44; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 89 f.

641 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 284.

642 A.a.O., Rn. 528.

fahren erzeugt bzw. produziert (lex in casu).⁶⁴³ Mit gerichtlichem Verfahren ist der Fall oder die Wirklichkeit bzw. die prozessuale Situation gemeint, welche bei der so verstandenen juristischen Methodik grundlegend ist⁶⁴⁴. Die Rechtsanwendung wird also vom Verfahren her bestimmt.⁶⁴⁵ Beachtet werden muss, dass der oben geschilderte Grundsatz der Gesetzesbindung der Gerichte gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 GG⁶⁴⁶ insofern die Grenze dieser Rechtsnormerzeugung darstellt.⁶⁴⁷ Da darunter keine enge gesetzesspositive Bindung am Normtext zu verstehen sein kann, hat sich die Rechtsnormerzeugung am Normtext zu orientieren.⁶⁴⁸

aa. Ablaufmodell der Rechtsnormerzeugung

(1) Einzelne Elemente der Rechtsnormerzeugung

Der nachfolgend aufzuzeigende Ablauf der Rechtsnormerzeugung bzw. der Rechtsnormkonkretisierung⁶⁴⁹ ist nicht als Methode der Sozialwissenschaft einzuordnen, sondern als Methode der Rechtswissenschaft. Mit der Rechtsnormerzeugung werden keine Erkenntnisse erhoben. Gegenstand ist das Aufzeigen des Ablaufs der juristischen Entscheidung bzw. des Entscheidungsvorgangs⁶⁵⁰, es geht also um Rechtsanwendung. So ist der Prozess der Herstellung der Rechtsnorm, also der Weg vom Rechtssatz zur fertigen

643 A.a.O., Rn. 24, Rn. 67b ff., Rn. 213, Rn. 235 ff., Rn. 248 ff., Rn. 256, Rn. 274 f., Rn. 282, Rn. 470 f., Rn. 473 und 577 f.; ebenso: *Windisch*, „Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: Müller/Mastronardi, „Abwägung“, Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 20 f., *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, S. 53, 54 und *Pense*, Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 26; in diesem Sinne ebenfalls: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 6, *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 89 und *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 1 ff.

644 Siehe bereits zum Verhältnis zwischen Norm und Wirklichkeit: C. I. 4.

645 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 172 f.

646 B. II. 2. b.

647 *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, S. 21 f.; *Pense*, Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 25 f.

648 *BVerfG*, Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38; *Pense*, Die Rechtsnatur von MdE-Tabellen, S. 26.

649 *Wolfgang Hoffmann-Riem* stellt ebenso in Anlehnung an *Müller/Christensen* den Ablauf der Rechtsnormkonkretisierung dar (*Hoffmann-Riem*, VERW 2016, S. 1, 2 ff.).

650 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 238, Rn. 483 und 578.

Rechtsnorm, durch verschiedene Elemente oder Phasen gekennzeichnet. Damit sind der Sachbereich, das Normprogramm, der Normbereich und die Entscheidungsnorm gemeint. Diese Elemente sind Teil einzelner juristischer Operationen. Dieser Vorgang der Herstellung der Rechtsnorm ist im Folgenden darzustellen.

(2) Die Herstellung der Rechtsnorm

Die Elemente oder Phasen der Rechtsnormkonstruktion laufen wie folgt ab: Anhand des zu beurteilenden Sachverhalts werden durch den Rechtsanwender zunächst aus den Rechtssätzen des positiven Rechts diejenigen abstrakten Normtexthypothesen ausgewählt, welche für einschlägig erachtet werden. Der Sachbereich⁶⁵¹ bzw. der Lebenssachverhalt⁶⁵² in der Form von Tatsachenhypothesen wird zum Fallbereich verengt. Es werden also im Hinblick auf die rechtliche Entscheidung unwichtige Fakten von wichtigen Fakten getrennt⁶⁵³. Die Rechtsauslegung des Normtextes mittels der einzelnen Konkretisierungselemente⁶⁵⁴ bestimmt sodann das sogenannte Normprogramm. Aus dem Sach- bzw. Fallbereich wird schließlich der sogenannte Normbereich⁶⁵⁵ herausgefiltert. Der Normbereich ist demnach ein Ausschnitt aus dem Sach- bzw. Fallbereich und stellt die „Grundstruktur des Sachbereichs der Rechtsnorm“ dar, auf welchen das Normprogramm angewandt wird. Der Normbereich umfasst die Summe der de iure entscheidungserheblichen Tatsachen, also z.B. soziale Verhältnisse, gesellschaftlich-politische Anschauungen oder auch Möglichkeiten des technischen oder medizinischen Fortschritts bzw. Erkenntnisstands. Die Auslegung bzw. Konkretisierung von Rechtsbegriffen hängt auch von deren Normbereich ab oder anders formuliert kann die Auslegung nur unter Rückgriff auf

651 Zum Sachbereich etwa: *BVerfG*, Beschluss vom 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, juris-Rn. 52 f., welches vom „sachlichen Gehalt der Regelung“ spricht, *BVerfG*, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris-Rn. 68 f., welches darunter gesellschaftliche Verhältnisse und bestimmte weltanschauliche Ansichten versteht oder *BVerfG*, Beschluss vom 08.04.1987 – 2 BvR 909/82, juris-Rn. 126, welches den „normativen Gehalt“ einer Rechtsnorm vom Sachbereich abhängig macht.

652 *Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 253 f.

653 *A.a.O.*, S. 254 f.

654 C. II. 1. b. cc.

655 Generell zur Verwendung des Begriffs etwa: *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19.01.2022 – 1 BvR 2513/18, juris-Rn. 5, *BVerfG*, Beschluss vom 11.03.2003 – 2 BvK 1/02, juris-Rn. 33 oder auch *BSG*, Urteil vom 18.03.2003 – B 2 U 13/02 R, juris-Rn. 20.

den Normbereich gelingen. Veränderungen im Normbereich können Auswirkungen auf den Inhalt und die Auslegung dieser Begriffe haben⁶⁵⁶. Der Unterschied zwischen Sachbereich und Normbereich besteht darin, dass im Sachbereich einzelne sowie generelle Tatsachenelemente, im Normbereich hingegen lediglich generelle Tatsachenelemente zu finden sind⁶⁵⁷. Deshalb ist der Normbereich auch Strukturbestandteil⁶⁵⁸ der Rechtsnorm⁶⁵⁹. Normprogramm und Normbereich repräsentieren die produzierte Rechtsnorm. Die Individualisierung der produzierten Rechtsnorm zur sogenannten Entscheidungsnorm stellt sodann die Subsumtion der Tatsachen unter die Rechtsvorschrift dar.⁶⁶⁰ Aus diesem Grund, und weil sich der Ablauf der Normkonstruktion durchgehend an der Wirklichkeit orientiert, muss neben der Auslegung auch die Subsumtion zur Normkonstruktion gezählt werden.

bb. Begründung und Argumentation der gerichtlichen Entscheidung

Eine gerichtliche Entscheidung, welche durch produktive Rechtsnormerzeugung zustande kommt, bedarf einer rechtsstaatlich (Art. 20 Abs. 3 GG)

656 *BVerfG*, Beschluss vom 24.03.1987 – 1 BvR 147/86, 1 BvR 478/86, juris-Rn. 132 ff.; *BVerfG*, Beschluss vom 04.11.1986 – 1 BvF 1/84, juris-Rn. 96; *BVerfG*, Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38 und 41; weitere Nachweise der Überlegungen des *BVerfG* zum Normbereich sind bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 41 (Fußnote 49) oder Rn. 236 (Fußnote 223) zu finden.

657 Zur Abgrenzung zwischen Normbereich und Sachbereich weiterhin z.B. *BVerfG*, Beschluss vom 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21, juris-Rn. 30 f. und Rn. 42 f. (Normbereich) sowie Rn. 27 und Rn. 31 (Sachbereich), *BVerfG*, Beschluss vom 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12, juris-Rn. 99 (Normbereich) sowie Rn. 182 (Sachbereich) oder *BVerfG*, Urteil vom 10.02.2004 – 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, juris-Rn. 104 (Normbereich) sowie Rn. 96 f. und Rn. 142 ff. (Sachbereich); weitere Beispiele dazu bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 236 (Fußnote 223).

658 Die Entwicklung dieser These vom Normbereich als Strukturbestandteil einer Rechtsvorschrift anhand der Rechtsprechung des *BVerfG* ist bei *Müller*, Normstruktur und Normativität, S. 107 f., S. 117 f., S. 125 f., S. 131 ff., S. 137 ff., S. 142 ff., S. 184 ff. und S. 201 ff. zu finden.

659 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 235a; *Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 253.

660 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Rn. 16, Rn. 235a f., Rn. 281, Rn. 284, Rn. 468 und Rn. 482 bis 488; so auch: *Windisch*, „Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion, Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre, in: *Müller/Mastronardi*, „Abwägung“, Herausforderung für eine Theorie der Praxis, S. 19, 22 f.

gebotenen Begründung, welche die sachlich korrekten Argumente⁶⁶¹ enthält, die zu dieser Entscheidung geführt haben. Die schon dargestellte Herstellung der Rechtsnorm⁶⁶² muss also hinsichtlich der einzelnen dort aufgeführten Schritte begründet werden. Die am Ende stehende juristische Entscheidung muss insofern nach außen hin transparent sowie nachprüfbar sein.⁶⁶³ Zur Begründung muss jedenfalls die Offenlegung des festgestellten Sachverhalts, des Subsumtionsvorgangs⁶⁶⁴ und in bestimmten Fällen auch der im Einzelfall herangezogenen Auslegungsmethoden bzw. Auslegungsargumenten⁶⁶⁵ gehören. Deshalb ist es auch wichtig, dass im Einzelfall bei sich widersprechenden Auslegungsargumenten eine Rangfolge der Auslegungsmethoden festgelegt werden kann⁶⁶⁶. Die Begründung und Argumentation sind für die Legitimation gerichtlicher Entscheidungen grundlegend⁶⁶⁷. Die Richtigkeit juristischer Entscheidungen ist also an deren Kommunikationsbedingungen der Argumentation zu messen⁶⁶⁸. Es geht um die Verringerung der Distanz zwischen abstrakt-genereller Norm und konkretem Fall⁶⁶⁹, welche umso kleiner wird, je dezidiierter begründet und argumentiert wird. Eine überzeugende und richtige gerichtliche Entscheidung stimmt am Ende mit dem positiv gesetzten Recht überein⁶⁷⁰.

c. Zwischenergebnis

Rechtsanwendung ist in dieser Untersuchung, im Vergleich zum klassischen Verständnis von Rechtsanwendung mittels schlichter Auslegung und Sub-

661 „Die Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen“ (*BVerfG*, Beschluss vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, juris-Rn. 38).

662 C. II. 2. b. aa.

663 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, S.11 (Vorwort zur achten Auflage) und Rn. 471; *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 303, 303.

664 C. II. 1. a. bb. (2).

665 C. II. 1. b. cc.

666 C. II. 1. b. ee.

667 *Neumann*, Juristische Argumentationstheorie, § 4 Rn. 1 und 5; *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 233 f.

668 *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 283.

669 C. II. 1. a. aa.

670 *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 303, 303 f.

sumtion⁶⁷¹, als Rechtsnormerzeugung bzw. Rechtsnormkonstruktion, welche fallbezogen anhand verschiedener vom Rechtsanwender vorzunehmender Operationen arbeitet, zu verstehen.⁶⁷² Die Konstruktion der Rechtsnorm, welche in einer juristischen Entscheidung oder einem Gerichtsurteil mündet, ist als nachvollziehbar und legitim anzusehen, wenn dieser Weg vom Normtext zur Rechtsnorm ausreichend dargestellt, begründet und argumentiert wurde.⁶⁷³ Dieser Vorgang wird der praktischen Rechtsarbeit eher gerecht, als das klassische Verständnis von Rechtsanwendung. Diese, dem Rechtspositivismus entgegengesetzte Position kritisiert diesen auf eine andere Art und Weise, als dies etwa aus einer naturrechtlichen Position⁶⁷⁴ heraus erfolgt. Im nächsten Kapitel ist auf die mit der Anwendung von Rechtssätzen zusammenhängende Unterscheidung zwischen Rechtsfragen und Tatfragen bzw. Tatsachenfragen einzugehen. Sinn und Zweck dieser Abgrenzung ist die Funktionsteilung zwischen Revisions- und Berufungsinstanz⁶⁷⁵.

III. Die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen

Die Abgrenzungsproblematik resultiert einerseits daraus, dass Rechtsnormen in Beziehung zur Wirklichkeit gesetzt werden müssen, wenn sie angewandt werden.⁶⁷⁶ Andererseits setzen die einzelnen Prozessordnungen, wie beispielsweise das SGG in § 160, § 162 oder § 163, diese Trennung voraus.⁶⁷⁷ Diese nicht unproblematische Abgrenzung stellt in der Rechtswissenschaft einen viel beachteten Streitpunkt dar.⁶⁷⁸ *Alexander Graf zu Dohna* verdeutlichte diese schwierige Abgrenzungsfrage bzw. vertrat insofern eine Untrennbarkeit⁶⁷⁹ zwischen Rechts- und Tatsachenfrage, als er bereits in

671 C. II. 1.

672 C. II. 2. b.

673 C. II. 2. b. bb.

674 Dazu: C. I. 1. c. aa.

675 *Rauscher*, SGG 1986, S. 45, 45.

676 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199; *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 58 f., S. 61 f. und 227.

677 *Ratschow*, in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 21; *May*, Die Revision, VI. B. Rn. 320 f. m.w.N.; *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 58 ff.; *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 237.

678 *Keller*, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5.

679 *Wilhelm Alexander Scheuerle* sieht in den in der Literatur vertretenen Vorschlägen hinsichtlich der Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage eine gewisse Untrennbarkeitstheorie vorherrschend (*Scheuerle*, AcP 157 (1958/1959), S. 1, 3).

den 1910er bzw. 20er Jahren ausführte, dass dieses Problem einen Knoten darstelle, „dessen Lösung allen Menschenwitz übersteigen würde“⁶⁸⁰. Nachfolgend wird die Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage optimistischer angegangen und deshalb werden zunächst die in der Literatur diskutierten Abgrenzungstheorien aufgearbeitet (1.). Daran anschließend wird konkret definiert, was unter Rechtsfragen einerseits und Tatsachenfragen andererseits zu verstehen ist (2.).

1. Theorien zur Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen

Die rechtswissenschaftliche Diskussion hinsichtlich des Problems der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen hat ihren Ursprung beim zweiten Deutschen Juristentag in Dresden im Jahr 1861⁶⁸¹ gefunden.⁶⁸² Zu dieser Thematik gibt es seitdem eine Vielzahl an wissenschaftlichen Theorien und Ansichten, wie eine Abgrenzung möglich gemacht werden kann.⁶⁸³ Hier haben sich zwei Richtungen herausgebildet: Eine Möglichkeit der Abgrenzung stellt die logisch-begriffliche Revisionsmethode (a.) dar. Zwei weitere Möglichkeiten bestehen in der teleologischen Methode (b.) und der

680 *Graf zu Dohna*, Das Strafprozessrecht, S. 198 f.

681 *Von Sternenfels*, Gutachten des Obertribunalraths von Sternenfels zu Stuttgart, in: Deutscher Juristentag e.V., Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, S. 3, 29; *Planck*, Gutachten des Professors Dr. Planck zu Kiel, in: Deutscher Juristentag e.V., Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages – Gutachten, S. 66, 69 f.

682 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 200.

683 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind zu nennen: *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 138 ff.; *Kuchinke, Kurt*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage, Bielefeld 1964; *Scheuerle*, AcP 157 (1958/1959), S. 1, 1 ff.; *Henke, Horst-Eberhard*, Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966; *Rießmann*, Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, in: Alexy et al., Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 299, 299 ff.; *Mitsopoulos*, ZZP 1968, S. 251, 251 ff.; *Nierwetberg, Rüdiger*, Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983, S. 237-241; *Dreher, Wolfgang*, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln 2004, S. 791-811; *Stahl*, AcP 67 (1884), S. 94-153 u.v.m.; *Krüger*, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 546 Rn. 2; *Ratschow*, in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 21; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 348 f.

Leistungsmethode (c.).⁶⁸⁴ Auf diese einzelnen Theorien oder Methode wird im Folgenden näher eingegangen.

a. Die logisch-begriffliche Revisionsmethode

Die logisch-begriffliche Revisionsmethode⁶⁸⁵ geht davon aus, dass sich Rechts- und Tatsachenfragen begrifflich unterscheiden lassen. Demnach unterliegt die Subsumtion unter Rechtsbegriffe in den juristischen Obersätzen der Kontrolle des Revisionsrichters und ist demnach Rechtsfrage. Der Kontrolle entzogen ist hingegen die Subsumtion unter natürliche oder außerrechtliche Begriffe (Tatsachenfrage).⁶⁸⁶ *Wilhelm Alexander Scheuerle* unterscheidet diesbezüglich zwischen natürlichen Begriffen und Rechtsbegriffen.⁶⁸⁷ *Scheuerle* zufolge, kann eine Trennung von Rechts- und Tatsachenfrage begrifflich ausnahmslos durchgehalten werden.⁶⁸⁸

684 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199.

685 Ausführlicher dazu: *a.a.O.*, 217 ff. oder *Henke*, Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, S. 138 ff.

686 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 217; *Eicher*, SGB 1986, S. 501, 505 f.; *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 239; Befürworter dieser Abgrenzungstheorie sind z.B. *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 138 ff.; *Scheuerle*, AcP 157 (1958/1959), S. 1, 1 ff. oder *Rüßmann*, Logisch-strukturelle Analysen juristischer Entscheidungsbegründungen, Internetquelle m.w.N. (wobei gesagt werden muss, dass *Rüßmann* „zwischen Sätzen über die außersprachliche Realität (Sachverhalt, Tatfragen), Normsätzen und (Auslegungs-)Sätzen über die in den Normsätzen verwendeten Begriffe“ unterscheidet); auch *Engisch* vertritt eine begriffliche Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen (*Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 96), kommt jedoch gleichzeitig zu dem Ergebnis, dass insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen die Trennung auf Schwierigkeiten stoße (S. 102 f.).

687 *Scheuerle*, AcP 157 (1958/1959), S. 1, insbesondere Abschnitt III; *Scheuerle*, Rechtsanwendung, S. 66 f.

688 *Scheuerle*, AcP 157 (1958/1959), S. 1, 73.

b. Die teleologische Revisionsmethode

Eine andere Meinung in der Literatur geht in die Richtung, dass eine begriffliche Trennung von Rechts- und Tatfrage nicht möglich sei.⁶⁸⁹ Demnach könne eine Abgrenzung nicht auf begrifflichem Wege, also in der Gegenüberstellung eines rechtlichen und natürlichen bzw. außerrechtlichen Begriffssystems, gelingen. Das wird damit begründet, dass rechtliche (unbestimmte) Begriffe auch gleichzeitig natürliche oder außerrechtliche Begriffe sein können.⁶⁹⁰ Die der begrifflichen Trennungsmethode entgegengesetzte teleologische Methode geht zurück auf *Erich Schwinge*, der bei der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen auf den Zweck der Revision abstellte. Dieser bestehe in der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsfortbildung. Aufgabe des Revisionsgerichts sei es demnach, über die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wachen.⁶⁹¹ Diese besonderen Zwecke oder Aufgaben der Revision sind entsprechend im jeweiligen Verfahrensrecht zu finden. Die Frage danach, ob sich ein bestimmter Sachverhalt ereignet hat, ist in Bezug auf die Ziele der Revision unbedeutend und wäre also Tatsachenfrage.⁶⁹² All jene Fragen, welche nicht über den einzelnen Fall hinaus von Bedeutung sind, seien als Fragen des Einzelfalls dem Tatsachenbereich zuzuordnen, da diese Fragen für die einheitliche

689 Vertreter dieser Ansicht sind z.B.: *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 52 f.; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 22 ff., S. 47 und 59 ff.; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 67-117, S. 118 f., S. 193, S. 215 und 222-223; *Rauscher*, SGB 1986, S. 45, 48; *Duske*, Die Aufgaben der Revision, S. 37; mit einem eigenen Lösungsansatz etwa: *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 239 f.; differenzierter etwa: *Henke*, der eine Trennung in der Mischung aus begrifflicher und teleologischer Methode als möglich ansieht (*Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199 und 205 f.); erläuternd dazu: *Ratschow*, in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 21; *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 177 f.

690 *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 52 f.; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 67 ff. und 225; *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 239.

691 *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 33, S. 48 ff. und 132; diese Ansicht bestätigend z.B. *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 58 ff.; *Böttcher*, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 27 ff., *Duske*, Die Aufgaben der Revision, S. 38 und 64 ff. sowie *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, S. 88 f., S. 96 ff. und 141 ff.; näher dazu: *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199 und 203.

692 *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 223 f.

Rechtsprechung unbedeutend seien.⁶⁹³ Auch *Kurt Kuchinke* sieht die logisch-begriffliche Revisionsmethode kritisch. Er ist zwar grundsätzlich der Ansicht, dass eine Abgrenzung mit Hilfe juristischer und außerjuristischer Begriffe möglich sei⁶⁹⁴, jedoch stoße diese Methode bei der Subsumtion von außerrechtlichen oder natürlichen Begriffen unter Rechtsbegriffe aufgrund von inhaltsgleichen Formulierungen im Ober- und Untersatz und der dadurch hervorgerufenen Verwischung der Grenze zwischen Rechts- und Tatsachenfrage auf Schwierigkeiten.⁶⁹⁵ Als Beispiel, um die angesprochene Schwierigkeit von inhaltsgleichen Begriffen im Ober- und Untersatz zu verdeutlichen, kann § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V herangezogen werden. Diese Norm spricht von einer lebensbedrohlichen Erkrankung, was einerseits einen Rechtsbegriff und andererseits einen natürlichen Begriff darstellt. Beim juristischen Subsumtionsvorgang einer Tatsachenfeststellung (Untersatz) unter einen Rechtsbegriff (Obersatz) werden Rechts- und Tatsachenfragen miteinander verschmolzen. Dadurch wird deutlich, dass eine Trennung von Rechts- und Tatsachenfrage nicht auf begrifflichem, sondern nur auf teleologischem Wege zu erreichen ist⁶⁹⁶.

c. Die Leistungsmethode

Die Leistungsmethode, welche sich aus den Besonderheiten des Strafprozesses entwickelt hat, stellt auf die Leistungsfähigkeit des Gerichts ab. Wenn eine neue Beweisaufnahme erforderlich ist, ist die betreffende Streitfrage eine Tatsachenfrage.⁶⁹⁷

693 *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 50.

694 *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 68.

695 A.a.O., S. 70, S. 73 und 77; *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 207.

696 *Kuchinke*, Grenzen und Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 113 f., 117, 215 und 222 f.; *Rauscher*, SGB 1986, S. 45, 48.

697 *Henke*, ZZP 1968, S. 196, 199 und 215 ff. m.w.N.

d. Zwischenergebnis

Um Rechts- und Tatsachenfragen voneinander abzugrenzen, sollten sinnvollerweise Elemente der teleologischen⁶⁹⁸ und der Leistungsmethode⁶⁹⁹ herangezogen werden. In Bezug auf die teleologische Trennungsmethode wird deshalb das Element des Sinns und Zwecks der Revisionsinstanz, die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, als wichtig erachtet. In Bezug auf die Leistungsmethode wird das Element der Beweiserhebung von Einzeltatsachen als Abgrenzungsmerkmal zu Tatsachenfragen herangezogen.

2. Die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen

a. Rechtsfragen

Grundsätzlich sind Rechtsfragen in den Obersatz des juristischen Subsumtionsmodells⁷⁰⁰ einzuordnen.⁷⁰¹ Eine Rechtsfrage ist eine abstrakte Frage, welche nicht in Beziehung zu einem konkreten Einzelfall, sondern zum Anwendungsbereich einer Rechtsnorm des formellen oder materiellen Rechts steht, also die Rechtsanwendung betrifft und allein mit den Mitteln der juristischen Methodik geklärt werden kann.⁷⁰²

aa. Auslegungsfragen

Rechtsfragen können grundsätzlich als Auslegungsfragen, also als Fragen, welche auf die Bestimmung des Inhalts eines Rechtsbegriffs, also eines Tat-

698 C. III. 1. b.

699 C. III. 1. c.

700 C. II. 1. a. bb. (1).

701 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 75.

702 BSG, Beschluss vom 19.12.2013 – B 9 V 53/13 B, juris-Rn. 3; BSG, Beschluss vom 07.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, juris-Rn. 8; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 160 Rn. 7; Berchtold, in: Berchtold, SGG, § 160 Rn. 17; Berchtold, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 5; Meßling, in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 71; Fichte, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 25; Keller, jurisPR-SozR 3/2006, Anm. 5; Hauck, in: Hennig, SGG, Band 3, 12/2018, § 163 Rn. 15.

bestandsmerkmals oder einer Rechtsfolge, abzielen, bezeichnet werden.⁷⁰³ Das klassische Beispiel einer Auslegungsfrage ist die Auslegung des Begriffs der einfachen oder groben Fahrlässigkeit.⁷⁰⁴ Während die einfache Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 2 BGB legaldefiniert ist, findet sich eine Definition der groben Fahrlässigkeit nicht im Gesetz und ist hauptsächlich durch die Rechtsprechung definiert worden.⁷⁰⁵

bb. Subsumtionsfragen im engeren Sinne

Nachdem Auslegungsfragen als Rechtsfragen einzuordnen sind, ist vielmehr die Zuordnung der Subsumtion im engeren Sinne zur Rechtsfrage oder Tatsachenfrage fraglich. Dies wird nachfolgend zu prüfen sein.

(1) Subsumtion als Tatsachenfrage

Zunächst könnte darüber nachgedacht werden, die Subsumtion von Einzeltatsachen unter die Tatbestandsmerkmale einer Norm der Tatsachenfrage bzw. nicht der Rechtsfrage zuzuordnen.⁷⁰⁶ So betrifft die Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe vielfach tatsächliches Gebiet, so z.B. hinsichtlich der Frage, ob im Einzelfall leichte oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Damit ist zu fragen, ob das tatsächliche Handeln der betroffenen Person dem ausgelegten Rechtsbegriff der Fahrlässigkeit zugeordnet wer-

703 May, Die Revision, VI. B. Rn. 327; Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 351; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; Fichte, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 160 Rn. 25; Heinz, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 26; Becker, SGB 2007, S. 261, 265.

704 BSG, Urteil vom 11.06.1987 – 7 RA 105/85, juris-Rn. 18; BAG, Urteil vom 19.03.1959 – 2 AZR 402/55, juris-Rn. 25 m.w.N.; BAG, Urteil vom 18.12.1970 – 1 AZR 177/70, juris-Rn. 6; BGH, Urteil vom 11.05.1953 – IV ZR 170/52, juris-Rn. 9; Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 51 und 136; Berchtold, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 11; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3a.

705 Lorenz, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 276 Rn. 18 f.; Lorenz, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 277 Rn. 2 f.

706 BSG, Urteil vom 11.06.1987 – 7 RA 105/85, juris-Rn. 16; Heinz, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 162 Rn. 4; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 75.

den kann.⁷⁰⁷ Dafür, dass die Subsumtion zur Tatsachenfrage gehört, spricht weiterhin die oben angesprochene Tatsache, dass die Subsumtion im Untersatz stattfindet⁷⁰⁸. Hinzukommen die ebenfalls bereits aufgezeigten Ansichten, welche die Subsumtion nicht als rein juristische Tätigkeit, sondern als einen logischen Vorgang sehen⁷⁰⁹.

(2) Subsumtion als Rechtsfrage

In dieser Arbeit wird hingegen folgende Meinung vertreten: Rechtsfragen sind Rechtsanwendungsfragen⁷¹⁰. Rechtsanwendung entfaltet sich in Auslegungsfragen⁷¹¹ und in Subsumtionsfragen⁷¹². Neben der Auslegung ist also auch die Subsumtion folglich der Rechtsfrage zuzuordnen⁷¹³. So ist z.B. die Frage, ob leicht oder grob fahrlässig i.S.d. Gesetzes gehandelt wurde, eine Subsumtionsfrage und demnach keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage.

b. Tatsachen

Im Folgenden geht es nicht um einen allgemeingültigen Tatsachenbegriff, sondern um denjenigen, welcher der sozialgerichtlichen Prozessordnung zugrunde liegt. Anknüpfungspunkt ist hiernach die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage, wie sie vom Gesetz gefordert wird. In Bezug

707 BSG, Urteil vom 28.11.1978 – 4 RJ 130/77, juris-Rn. 9; BSG, Urteil vom 04.07.2000 – B 7 AL 4/00 B, juris-Rn. 7; BSG, Urteil vom 22.03.1999 – B 14 KG 17/98 B, juris-Rn. 3; BGH, Urteil vom 11.05.1953 – IV ZR 170/52, juris-Rn. 9; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3a; Meßling, in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 431; Udsching, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2.

708 Siehe oben: C. II. 1. a. bb. (2).

709 Siehe oben: C. II. 1. a. bb. (2) (i).

710 C. III. 2. a.

711 C. II. 1. b.

712 Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 9 ff.; Nierwetberg, JZ 1983, S. 237, 238; siehe auch oben: C. II. 1. a. bb. (2) (ii) und C. II. 2. b. aa. (2).

713 Ebenso: BSG, Urteil vom 28.09.2017 – B 3 P 3/16 R, juris-Rn. 26 und BSG, Urteil vom 26.06.1980 – 5 RJ 70/79, juris-Rn. 62; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 6 Rn. 9 ff.; Krüger, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, Band 2, ZPO § 546 Rn. 13; Ratschow, in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 23; Gottwald, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 155 ff.; Feskorn, in: Zöller, ZPO, § 546 Rn. 6.

auf das sozialgerichtliche Verfahren, insbesondere das Revisionsverfahren, ist hier beispielsweise § 163 SGG zu nennen.⁷¹⁴

aa. Definition von (Einzel-)Tatsachen

Der Tatsachenbegriff ist weder wissenschaftstheoretisch noch gesetzlich definiert⁷¹⁵, deshalb ist auf die in der Literatur und Rechtsprechung vorgeschlagenen Definitionen zurückzugreifen. So sind unter Tatsachen Umstände, Sachen, Erscheinungen, Zustände oder Geschehensabläufe zu verstehen, die im Rahmen der Rechtsanwendung benötigt bzw. aus rechtlicher Sicht bewertet werden⁷¹⁶ und welche bewiesen werden können⁷¹⁷. Weiterhin kann zwischen Tatsachen als äußere oder innere Vorgänge differenziert werden, die einer sinnlichen Wahrnehmung durch Dritte zugänglich sind⁷¹⁸. Zu den äußeren Tatsachen gehören konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene, gegenwärtige, zukünftige oder hypothetische⁷¹⁹ Geschehnisse und Zustände der Außenwelt, welche zum Zeitpunkt des Geschehens mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar sind bzw. wären, also z.B. die tatsächliche Erklärung eines Zeugen. Zu den inneren Tatsachen⁷²⁰ gehören diejenigen Geschehnisse und Zustände des menschlichen Seelenlebens⁷²¹, welche zumindest dadurch erfahrbare sind bzw. wären, dass

714 May, Die Revision, VI. B. Rn. 320 f. und 323; in Bezug auf das zivilrechtliche Verfahren etwa: BAG, Urteil vom 08.12.1959 – 3 AZR 323/56, juris-Rn. 16.

715 Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 348; Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band I, S. 458, 464.

716 Udsching, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; Schmidt, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; Kuchinke spricht vom „Gegenstand möglicher Rechtsanwendung“ (Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 64) und Scheuerle von den „Daten“ oder dem „Material, „an“ dem sich die Rechtsanwendung vollzieht“ (Scheuerle, Rechtsanwendung, S. 63).

717 Knittel, SGB 2016, S. 124, 134.

718 Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, § 49 Rn. 27; Breunig, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, § 86 Rn. 16.

719 BSG, Urteil vom 07.04.1987 – 11b RAR 7/86, juris-Rn. 13; BSG, Urteil vom 22.03.1988 – 8/5a RKn 11/87, juris-Rn. 21 ff.

720 BVerfG, Kammerbeschluss vom 30.06.1993 – 2 BvR 459/93, juris-Rn. 26; BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, juris-Rn. 216.

721 BGH, Urteil vom 18.10.1973 – III ZR 192/71, DRiZ 1974, 27, 27; BGH, Urteil vom 26.03.1981 – IVa ZR 141/80, juris-Rn. 13.

auf ihr Vorhandensein oder ihr Fehlen aus wahrnehmbaren Geschehnissen geschlossen werden kann bzw. könnte. Dazu gehören z.B. Gedanken, der innere Wille⁷²² oder auch gesundheitliche Zustände, welche mit den menschlichen Sinnen nicht direkt ersichtlich sind. Innere und äußere Tatsachenarten werden durch das Recht zur Voraussetzung einer Rechtswirkung gemacht. Insgesamt handelt es sich bei Tatsachen also um bewiesene Feststellungen zum Vorhandensein, zum Fehlen und zur gegenseitigen Abhängigkeit von konkret-individuellen Tatsachen des Einzelfalls (Einzel-tatsachen)⁷²³. Bezogen auf das juristische Subsumtionsmodell ist unter Tatsachen alles zu fassen, was den Tatbestand einer anzuwendenden Norm mit ihren Rechtssätzen repräsentiert⁷²⁴. Es geht also um Feststellungen, welche zur Bildung des richterlichen Untersatzes (Subsumtion⁷²⁵) notwendig sind⁷²⁶. Gesprochen werden kann von Subsumtionstatsachen⁷²⁷.

bb. Tatsachenfragen

Tatsachenfragen sind Teil des Untersatzes⁷²⁸ und betreffen Fragen tatsächlicher Art, also Fragen, welche die Ermittlung des Sachverhalts durch das Tatsachengericht betreffen⁷²⁹. Für die Beantwortung von Tatsachenfragen ist es grundsätzlich notwendig, Einzeltatsachen in Erfahrung zu bringen

722 BSG, Urteil vom 24.10.1975 – 5 RJ 84/75, juris-Rn. 25.

723 BSG, Urteil vom 29.10.1997 – 7 RAr 48/96, juris-Rn. 34; *Heinz*, in: Roos/Wahrendorf/Müller, BeckOGK SGG, § 163 Rn. 5; *May*, Die Revision, VI. B. Rn. 326 f. und 332 ff.; *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 3; *Düring*, in: Jansen, SGG, § 163 Rn. 2; *Fichte*, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 2; *Meßling*, in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 426; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 3; *Ratschow*, in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 22 f.

724 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 3.

725 C. II. 1. a. bb. (2).

726 BSG, Urteil vom 29.10.1997 – 7 RAr 48/96, juris-Rn. 34; *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 4; *Fichte*, in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 2.

727 *May*, Die Revision, VI. B. Rn. 335 ff.; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 349.

728 *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6.

729 *Becker*, SGG 2007, S. 261, 265; *Ratschow*, in: Gräber, FGO, § 118 Rn. 23; *Schmidt*, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 162 Rn. 3; *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6.

und Beweis zu erheben.⁷³⁰ Demnach können Tatsachen nicht mit den Mitteln der juristischen Methodik erhoben werden.⁷³¹ Tatsachenfragen fragen danach, ob etwas wirklich so war, ist oder sein wird. In Bezug auf den Rechtsbegriff der Fahrlässigkeit ist also beispielsweise das tatsächliche Handeln der betreffenden Person von Bedeutung. Der Sachverhalt enthält weiterhin Feststellungen, die auf der Grundlage außerrechtlicher Begriffssysteme, wie beispielsweise der Politik, der Philosophie, der Wirtschaft oder der Gesundheitsökonomie⁷³², getroffen werden.⁷³³ In Bezug auf weitere Beispiele möglicher Tatsachenfragen kann aus dem Unfallversicherungsrecht § 8 Abs. 1 S. 2 SGB VII⁷³⁴ angeführt werden. Diese Norm fordert einen Kausalzusammenhang zwischen einem Arbeitsunfall und einer gesundheitlichen Schädigung. Die hierfür notwendigen medizinischen Feststellungen des Einzelfalls sind Tatsachenfrage. Die Frage danach, ob auf der Grundlage dieser Feststellungen ein Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne bejaht werden kann, ist eine Rechtsfrage.⁷³⁵

c. Zwischenergebnis

Eine Rechtsfrage⁷³⁶ ist, vereinfacht ausgedrückt, eine Rechtsanwendungsfrage. Mit einem Verständnis von Rechtsanwendung wird also gleichsam die Grenze zwischen Rechtsfrage und Tatsachenfrage⁷³⁷ gezogen⁷³⁸. Rechts-

730 BSG, Beschluss vom 04.07.2000 – B 7 AL 4/00 B, juris-Rn. 7; *Meßling*, in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 71; *Becker*, SGB 2007, S. 261, 265; *Welti*, Diskussionsbeitrag Nr. 18/2013, S. 2; *Hauck*, in: Zeihe, SGG, 08/2017, § 163 Rn. 3b.

731 BSG, Beschluss vom 19.12.2013 – B 9 V 53/13 B, juris-Rn. 3; *Berchtold*, in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6; siehe dazu bereits: C. II. 2. b. aa. (1).

732 Siehe dazu: *Stock, Stephanie/Lauterbach, Karl Wilhelm/Sauerland, Stefan* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Lehrbuch für Mediziner und andere Gesundheitsberufe, 4. Aufl., Bern 2021.

733 *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 224 und 226 f.

734 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Unfallversicherung – (Art. 1 des Gesetzes vom 07.08.1996, BGBl. I, S. 1254), zuletzt geändert durch Art. 66 des Gesetzes vom 23.10.2024 (BGBl. I, Nr. 323).

735 BSG, Urteil vom 05.07.2011 – B 2 U 17/10 R, juris-Rn. 27 ff. m.w.N.; *Udsching*, in: Rolfs et al., BeckOK SozR, SGG § 162 Rn. 2; *Kunkel*, in: Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar SRB, SGB VII § 8 Rn. 17.

736 C. III. 2. a.

737 C. III. 2. b. bb.

738 *Nierwetberg*, JZ 1983, S. 237, 238.

anwendung wurde bereits als Rechtsnormerzeugung definiert⁷³⁹, welche die juristische Entscheidungsfindung darstellt und demnach der Rechtsfrage zuzuordnen ist. Rechts- und Tatsachenfragen sind grundsätzlich theoretisch voneinander zu trennen⁷⁴⁰. So wird im weiteren Verlauf der Arbeit von folgenden theoretischen Trennungsmöglichkeiten ausgegangen: Rechtsfragen betreffen einerseits die Auslegung von Rechtsbegriffen und andererseits die Subsumtion von (Einzel-)Sachverhalten unter die ausgelegten Rechtsbegriffe, wenngleich die Subsumtion im Untersatz stattfindet⁷⁴¹. Über solche Fragen kann mit juristischen Mitteln gestritten werden⁷⁴². Tatsachenfragen betreffen die Erforschung des konkreten Lebenssachverhalts, es muss Beweis erhoben werden⁷⁴³. Im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung sind diese Grenzen jedoch fließend und nicht immer durchzuhalten⁷⁴⁴. Das wird noch deutlicher, wenn generelle Tatsachen, welche vom Gericht festzustellen sind, in den Akt der Rechtsanwendung einbezogen werden.

IV. Zusammenfassung

Normativ-verbindliche Rechtsnormen⁷⁴⁵ werden i.S.v. Rechtsnormerzeugung bzw. -konstruktion⁷⁴⁶ angewandt, um rechtsverbindliche Folgen hervorzurufen. In diesem Zusammenhang wird weiter unten fraglich sein, wie generelle Tatsachen im Verhältnis zu Rechtsnormen einzuordnen sind⁷⁴⁷ und wie sie in den Rechtsanwendungsakt einbezogen werden⁷⁴⁸. Das wird

739 C. II. 2.

740 C. III. 1.

741 C. II. 1. a. bb. (2).

742 C. III. 2. a.

743 C. III. 2. b. bb.

744 BVerfG, Beschluss vom 26.02.1954 – 1 BvR 537/53, juris-Rn. 20; *Meßling*, in: Krasney et al., Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 426; *Ball*, in: Musielak, ZPO, § 546 Rn. 3; *Veit*, SGB 2019, S. 404, 407; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 222; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 52 f.; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 171; *Rauscher*, SGB 1986, S. 45, 48; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 89; *Roesen*, Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln, in: Baldschun et al., Sozialgerichtsbarkeit im Blick, S. 147, 156; siehe auch bereits oben: C. II. 2. b.

745 C. I. 2.

746 C. II. 2.

747 Siehe unten, insbesondere: F. IV. 1. c.

748 Siehe unten, insbesondere: F. IV. 2. b.

dann auch insbesondere in der Analyse der Rechtsprechung des BSG zum Off-Label-Use von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht und Vertragsarztrecht unter besonderer Berücksichtigung der Feststellung genereller Tatsachen Raum einnehmen⁷⁴⁹. Die Thematik der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen⁷⁵⁰ wird sich ebenfalls durch die Arbeit ziehen, insbesondere weil diese Unterscheidung die Aufgabenteilung zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz im sozialgerichtlichen Verfahren bestimmt⁷⁵¹. Weiterhin ist diese Abgrenzung bedeutsam, wenn die Frage gestellt wird, ob die Feststellung genereller Tatsachen zur Rechts- oder Tatsachenfrage gehört⁷⁵².

Im folgenden Kapitel ist jedoch zunächst auf den Off-Label-Use von Arzneimitteln im Sozialrecht einzugehen (D.).

749 Siehe Kapitel H.

750 C. III.

751 Siehe Kapitel E.

752 F. V.

