

B. Zur normative Begründung der Notwendigkeit juristischen Argumentierens

Bevor über die logische Struktur juristischen Begründens, die Schwachpunkte der dazu vertretenen Ansichten und den richtigen Umgang mit Regel-Ausnahme-Strukturen nachgedacht werden kann, soll zunächst die dieser Arbeit zugrundeliegende Auffassung rekonstruiert werden, wieso juristische Argumentation zur Rechtsanwendung notwendig ist. Denn damit hängen sowohl Annahmen über die Funktionsweise von Rechtsanwendung als auch normative Grundanforderungen an juristisches Begründen zusammen, welche den weiteren Ausführungen als Grundlage dienen.

I. Rechtsanwendung zwischen Bestimmtheit und Bestimmung

Die Theorien, die sich mit der Frage befassen, wie der Rechtsanwender von der abstrakten Rechtsnorm zur konkreten Entscheidung gelangt, lassen sich in der Regel zwischen zwei Extrempositionen einordnen, welche im Kern klar beschrieben werden können: der völligen Bestimmtheit des Ergebnisses durch das Recht („*juristischer Determinismus*“) und der völligen Bestimmung des Ergebnisses durch den Rechtsanwender („*juristischer De-zisionismus*“).¹⁸⁸ Gleichwohl diese Extrempositionen in der Praxis kaum ernsthaft vertreten werden,¹⁸⁹ sind diese Positionen oder Teile davon wiederholt Ausgangspunkt für heftige Debatten: So führten die „*Freirechtslehrer*“ ihren polemischen Kampf gegen die „*Begriffsjuristen*“¹⁹⁰, denen sie eine unbedingte Gesetzestreue nachsagen, um die Notwendigkeit von mehr richterlicher Rechtsschöpfung zu begründen und so von dem Ideal der

188 Differenzierung nach Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 3.

189 Bezüglich der „Begriffsjurisprudenz“ Haferkamp, *Enzyklopädie der Neuzeit*, S. 1150–1152.

190 So erstmals bei Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz : eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, S. 337; Jhering, *Theorie der juristischen Technik* (57); Vgl. Krawietz, *Zur Einleitung: Juristische Konstruktion, Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft*, S. 6; Jhering, *Theorie der juristischen Technik* S. 59.

Bestimmtheit weg zu kommen.¹⁹¹ Auch in der Hart-Dworkin-Debatte¹⁹² ist das Spannungsfeld Thema: Dworkin widerspricht Hart, der dem Richter Rechtsschöpfungsmacht in schwierigen Fällen zugesteht,¹⁹³ weil Richter nur erkennen, nicht aber entscheiden sollten¹⁹⁴. Und bis in die Gegenwart wird diskutiert, ob ein „Subsumtionsautomat“ den Juristen entbehrlich machen könne oder nicht doch immer ein schöpferischer Moment verbleibt, den der Computer nicht ersetzen könne.¹⁹⁵ Diese wiederkehrende Spannung soll im Folgenden in den Blick genommen werden.

1. Das deterministische Ideal

Die Kernthese des juristischen Determinismus ist, dass jede Entscheidung durch das vollständige und widerspruchsfreie System des Rechts determiniert sei: Rechtsanwendung bedeute, dass es in jedem Fall eine einzige richtige Lösung gebe, die allein durch das Recht bestimmbar sei. Ausgehend von Recht und Sachverhalt solle die juristische Entscheidung – ähnlich einem mathematischen Satz – beweisbar sein.¹⁹⁶

191 Bspw. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*; Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*; Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*.

192 Zur Debatte Leiter, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*; Peak, *Dworkin and Hart on 'The Law': A Polanyian Reconsideration*; Saurer, *Hart-Dworkin-Debatte als Grundlagenkontroverse der angloamerikanischen Rechtsphilosophie*; Shapiro, *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*; Soper, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute*.

193 Sog. *discretion*, Hart, *The Concept of Law*, S. 272, siehe auch S. 100–110; Richter determinieren, bestimmen und erweitern das Recht, dazu Hart, *The Concept of Law*, S. 71–73, 196–204.

194 Dworkin, *Hard Cases*, S. 81 (84f.); Rechtslücken sind für Dworkin kein Regelungsdefizit, sondern ein Erkenntnisdefizit. Ein Großteil des bindenden Rechts ist unbekannt, unerforscht oder frei und muss nur entdeckt werden (right thesis); Dworkin, *Hard Cases*, S. 81 (105–123).

195 z. B. Kotsoglou, *Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung*; Engel, *Erwiderung. Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe*; Buchholtz, *Legal Tech. Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung*; Kilian, *Die Zukunft der Juristen. Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer - und entbehrlicher?*.

196 Dworkin, *Hard Cases*, S. 1057 (1058 ff.). Auch Dworkin gehört mit der single right answer Thesis somit zu den Deterministen – folgerichtig spricht Dworkin auch vom „Erkennen“ statt vom „Entscheiden“.

Der Rechtsbegriff, der dem juristischen Determinismus zugrunde liegt, geht über das Gesetz weit hinaus: Eine normative Theorie, die sich nur auf das Gesetz bezieht, würde sich schnell unglaubwürdig machen. Kantorowicz Vorwurf, das Gesetz habe mehr Lücken als Worte,¹⁹⁷ wäre als Gegeneinwand berechtigt.¹⁹⁸ Um den juristischen Determinismus ernst nehmen zu können, muss diesem deshalb ein weiterer Rechtsbegriff zugrunde gelegt werden: Das Recht umfasst nicht nur das Gesetz, sondern – je nach Rechtsbegriff – auch das angewandte Recht, wie es sich in der Rechtsprechung zeigt, bis hin zu Gesetzesbegründungen, Kommentierungen oder dem Schrifttum. Allerdings setzt lückenloses Recht im Sinne des juristischen Determinismus den Glauben an ein Recht voraus, das bereits besteht, bevor es zur Anwendung kommt, da der Anwendungsmoment nur ein Erkenntnis- und kein Entscheidungsmoment ist.

Deskriptive Einwendungen gegen das Ideal der Bestimmtheit verkennen die normative Natur des Ideals und bergen so die Gefahr eines Sein-Sollen-Fehlschlusses. Denn auch wenn die Kritik von einem deskriptiven Standpunkt aus berechtigt sein mag, berührt dies grundsätzlich die Begründetheit eines normativen Ideals nicht. Über die deskriptiven Einwendungen mit diesem Argument hinwegzusehen, wäre allerdings vorschnell: Denn ein normatives Modell zur Rechtsanwendung steht unter der Voraussetzung, dass das Sollen zumindest im Rahmen des Möglichen steht.¹⁹⁹ Die deskriptiven Einwendungen sind also zu berücksichtigen, sofern das normative Ideal den Anspruch erhebt, realitätstauglich zu sein, die deskriptiven Einwendungen eine Realitätstauglichkeit aber ausschließen. Ein normatives Ideal, das in der Rechtswirklichkeit eine Rolle spielen soll, muss auch in der Rechtswirklichkeit umsetzbar sein: *„Selbstverständlich ist es die Aufgabe der Wissenschaft, die juristische Praxis rationaler zu gestalten. Dabei darf man aber die immanenten Schranken, die hier bestehen, nicht außer Acht lassen, andernfalls verfehlt man die Wirklichkeit.“*²⁰⁰

Ein häufiger Einwand gegen das Ideal der Bestimmtheit durch Recht ist die faktische Unmöglichkeit eines vollständigen und widerspruchsfrei-

197 Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 15.

198 Wird der juristische Determinismus als Gesetzesdeterminismus begriffen, entpuppt sich die Kritik häufig als Gesetzeskritik. Allerdings ist der juristische Determinismus nicht gleichbedeutend mit dem Gesetz – die Fehler des Gesetzgebers können dem normativen Ideal nicht ohne weiteres angekreidet werden.

199 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 74; Goldman, *Epistemics: The regulative Theory of Cognition*, S. 509 ff.

200 Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, S. 74.

en Rechtssystems. Vorgebracht wird der Einwand häufig vor dem Hintergrund, dass ein vollständiges und lückenloses System logisch unmöglich sei.²⁰¹ Dieser Einwand überzeugt nicht: Zwar bleibt unbestritten, dass logische Systeme nicht vollständig und widerspruchsfrei sein können. Allerdings heißt das nicht, dass Recht nicht vollständig und widerspruchsfrei sein könne: Zum einen ist fraglich, ob das Rechtssystem ein logisches System ist, da rechtliche Regeln keine logischen Konditionale sind, weil die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge keine wahrheitsfunktionale Verknüpfung ist.²⁰² Zum anderen ist zum Vermeiden von Rechtslücken keine logische Geschlossenheit notwendig. Denn es müssen nicht alle, sondern nur die Fälle geregelt werden, die auch vorkommen können. Die unmöglichen Fälle können ungeregelt bleiben.

Ernster zu nehmen ist der Einwand, wenn mit ihm auf die faktische Unmöglichkeit eines lückenlosen Gesetzes hingewiesen wird.²⁰³ Denn –

201 Adrian, *Der Richterautomat ist möglich - Semantik ist nur eine Illusion*, S. 86; Gödel, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I*, S. 173 ff.; zur Anwendung auf die Philosophie Lucas, *Minds, Machines and Gödel*, S. 112 ff. Der juristische Determinist könnte darauf entgegnen, das stimme, allerdings behaupte er nicht, dass alle Fälle explizit im Gesetz geregelt seien, sondern dass es die Methodenlehre gäbe, mithilfe derer die Lösungen gefunden werden könnten. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass logische Operationen nicht produktiv sind, also immer nur das wiedergeben, was bereits da ist. Soll ein neuer Fall entschieden werden, erfordert das immer einen kreativen Akt, gewöhnlich einen Entscheidungsakt. In der Logik kann es keine Überraschungen, kann es nichts Neues geben – Wittgenstein, *Werkausgabe Band I*, Tractatus 6.1251; Dass mithilfe von Logik Rechtslücken nicht geschlossen werden können, so auch Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 332.

202 Siehe ab S. 148.

203 Siehe dazu auch den nächsten Abschnitt; Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, S. 19.; vgl. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S. 13 (16); Gegen die abschließende Definierbarkeit rechtlicher Regeln wendet sich auch die von Karl Larenz prominent gemachte Lehre vom Typusbegriff (vgl. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 460 ff.). In der Diskussion um den Typusbegriff wird immer wieder das Argument vorgebracht, rechtliche Regeln seien zu unscharf und zu unbestimmt, weshalb sie keine Klassenbegriffe formulieren und eine „Subsumtion“ im syllogistischen Sinne deshalb nicht funktionieren; vgl. Puppe, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, S. 15 (25 ff.); Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 37 ff., 42; bis heute ist dies noch strittig und wird – so Bäcker – unter „Defeasibility“ verhandelt, vgl. Bäcker, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?*, Rth 40 (2009), S. 404 (422); zum Problem auch McCarthy, *Circumscription – A Form of Non-Monotonic Reasoning*; Prakken / Sartor, *The Three Faces of Defeasibility in the*

ungeachtet dessen, ob Lückenlosigkeit logisch möglich ist – kann das Recht nicht auf jede gesellschaftliche Veränderung und die damit einhergehenden Fallkonstellationen vorbereitet sein.²⁰⁴ Wenngleich diese Kritik bezüglich des geschriebenen Gesetzes wohl berechtigt ist, ist sie hinsichtlich des Rechts nicht ohne weiteres begründet. Denn eine Rechtslücke meint nicht, dass das Recht keine Lösung bereitstellt, sondern dass die bereitgestellte Lösung nicht sachgerecht ist. Da die Feststellung einer Rechtslücke eine Wertung voraussetzt, ist die Lückenbehauptung Rechtskritik.²⁰⁵ Der Einwand, das Recht habe faktisch immer Lücken, zielt damit aber nicht direkt gegen den juristischen Determinismus, sondern zunächst nur auf die Unzulänglichkeiten des Gesetzes. Zudem ist damit nicht widerlegt, dass das lückenhafte Gesetz durch Auslegung, Analogie, Umkehrschluss, teleologischer Reduktion und dergleichen Argumentationen *aus sich heraus* vervollständigt werden könne.²⁰⁶

Die Ablehnung des juristischen Determinismus gründet also auf zwei Prämissen: Erstens, dass es das lückenlose Recht nicht geben kann, und zweitens, dass Recht immer sachgerechte Lösungen treffen muss, das heißt, dass eine Korrektur im Einzelfall möglich sein muss. Beide Prämissen lohnen eine nähere Betrachtung.

Ein Versuch, lückenloses Recht durch lückenlose Kodifikation zu erreichen, wurde unter dem absolutistischen Herrscher Friedrich dem Großen, und später Friedrich Wilhelm II. mit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 unternommen. In dem Gesetzeswerk mit 19.194 Paragraphen sollte jeder Fall bedacht und geregelt werden, sodass Auslegungsschwierigkeiten der Vergangenheit angehören und das Recht für jeden Bürger verständlich wird.²⁰⁷ Darüber hinaus galt ein Kommentierungs-, Interpretations- und Analogieverbot – alle Rechtsfragen sollten durch das Gesetz selbst entschieden werden.²⁰⁸ Bereits 1798, vier Jahre nach Inkrafttreten des ALR,

Law; abweichend Alchourrón, der zwischen individuellen und generischen Fällen differenziert, lediglich generischen Fälle können vollständig geregelt werden, vgl. weiter Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 331 ff.

204 De Araujo Kurth, *Legal Defeasibility, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts*, S. 96 ff.

205 Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 873–877.

206 Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 285.

207 Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte* Rn. 318, 320.

208 Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Einleitung §§ 46–48; auch „Auf Meinungen der Rechtslehrer soll keine Rücksicht genommen werden“ (ALR Einl. § 6); Meder, *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, S. 286.

wurde das Interpretationsverbot allerdings wieder aufgehoben und damit der Glaube an eine lückenlose Kodifikation aufgegeben.²⁰⁹ Mittlerweile herrscht Einigkeit, dass kein Gesetzgeber bei der Setzung alle möglichen, insbesondere zukünftigen Fallkonstellationen bedenken kann.²¹⁰ Dies kann einerseits daran liegen, dass beispielsweise durch Fortschritt Fallkonstellationen entstehen, welche der Gesetzgeber zum Setzungszeitpunkt nicht bedenken konnte.²¹¹ Andererseits können allerdings bei bedachten Fallkonstellationen Umstände auftreten, die bei der Setzung als nicht rechtserheblich beachtet wurden, die zu ignorieren in der Anwendungssituation allerdings unbillig erscheinen würden.²¹² Bei der Gesetzgebung werden nur eine bestimmte Anzahl an Faktoren als rechtserheblich berücksichtigt, und bei der Rechtsanwendung wird deshalb in der Regel vorausgesetzt, dass alle anderen Umstände keine rechtliche Bedeutung haben.²¹³ Beim Mord spielt es beispielsweise grundsätzlich keine Rolle, wie sich das Opfer gegenüber dem Täter vor dem Mord verhalten hat. Selbst, wenn sich Täter und Opfer darüber einig sind, dass der Täter das Opfer ermordet, bleibt es bei der Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.²¹⁴ Anders aber in Fällen, in denen die über Jahre durch den Ehemann tyrannisierte Frau ihren Mann im Schlaf erschießt, weil sie keinen anderen Ausweg mehr sieht (sog. „Haustyrannenmord“): Eine lebenslange Freiheitsstrafe ist nach der ganz

209 Conrad, *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat*; Schumann, *Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden*, S. 3 ff.; Schumann, *Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden*, S. 79 ff.

210 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, S. 239.

211 Als beispielsweise der BGH im Jahr 1988 darüber entscheiden musste, ob auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware eine Sache im Sinne des § 90 BGB ist, und bejahte er dies damit, dass „ein Fehler des so verkörperten Programms [...] dem Konstruktionsfehler eines (massenhaft hergestellten) technischen Werkzeugs eher als dem Mangel einer Erfindung“ ähnele, siehe BGH, Urteil vom 04. November 1987 – VIII ZR 314/86.

212 Würde man verlangen, auch in derartigen Fällen strikt nach dem Gesetz zu entscheiden, würde man, wie Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 153 gegen den juristischen Determinismus vorbringt, den Lebenssachverhalt bei der Rechtsanwendung nicht hinreichend würdigen.

213 Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, S. 12 f.

214 Vorausgesetzt, es liegt keine Tötung auf Verlangen vor, § 216 StGB. Siehe BGH, Urteil vom 06. April 2016 – 5 StR 504/15.

herrschenden Ansicht dann nicht angebracht und eine Korrektur des Gesetzes erforderlich.²¹⁵ Weil also immer wieder – sei es beispielsweise durch fortschreitende Entwicklung oder außergewöhnliche Fallkonstellationen – Fälle auftreten, die der Gesetzgeber nicht bedenken konnte, wird es immer Fälle geben, die nicht geregelt sind oder in denen Normen kollidieren.²¹⁶

Da Lückenlosigkeit nicht durch Kodifikation hergestellt werden kann, bedarf es zur Herstellung von Lückenlosigkeit neben dem Gesetz einer Technik, um Gesetzeslücken *aus dem Recht heraus* schließen zu können: Die Methodenlehre als Rechtserkenntniswerkzeug soll deshalb an den Stellen zur Anwendung kommen, wo das Gesetz nicht eindeutig ist oder wozu es schweigt.²¹⁷ Bezieht man nicht nur das Gesetz, sondern auch die Ergebnisse der Methodenlehre in Rechtsprechung und Kommentierungen mit ein, mag das Recht lückenlos erscheinen.²¹⁸ So auch aus einer praktischen Perspektive: Obgleich der Rechtsunterricht an den Universitäten durch kontroverse Meinungsstreitigkeiten geprägt ist, erfordert die Rechtsanwendung in der Praxis vor allem eine fundierte Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung, des Schrifttums und der Gesetze. Ein Richter, der entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung entscheidet, muss damit rechnen, dass sein Urteil in der nächsten Instanz keinen Bestand haben wird. Ebenso wird ein Anwalt, der sein Klagebegehren mit einer Mindermeinung begründet, kaum Erfolg haben. Daher ist der Eindruck, dass das Recht *de facto* für jeden Fall eine Lösung bereithält,²¹⁹ die durch ausreichend Recherche und Nachdenken erkannt werden kann, durchaus

215 BGH, Urteil vom 25. März 2003 – 1 StR 483/02.

216 Adrian, *Der Richterautomat ist möglich - Semantik ist nur eine Illusion*, S. 77 ff.; vgl. d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, S. 17, 45; eingehend dazu de Araujo Kurth, *Legal Defeasibility*, materielle Gründe und die Werteperspektive des Rechts, S. 96 ff.

217 Zu Recht kritisch Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, S. 285.

218 Zum Verständnis von Recht als die Gesamtheit aller Meinungen, ohne Lückenlosigkeit zu behaupten Neumann, *Juristische Argumentationslehre* S. 8.

219 Dieser Eindruck eines lückenlosen Rechtssystems verstärkt sich durch die Fortschritte im Bereich der Digitalisierung. Juristische Informationssysteme wie *juris* oder *beck online* ermöglichen es dem Rechtsanwender, per Stichwortsuche (und neuerdings auch per Chatbot) gezielt passende Rechtsprechungen oder Kommentare für den spezifischen Anwendungsfall zu finden. Angesichts der enormen Informationsmenge entsteht schnell der Eindruck, dass das Rechtssystem für jede Frage eine Antwort bereithält. Ein besserer Überblick über das Rechtssystem lässt es somit vollständiger erscheinen.

nachvollziehbar und zu einem gewissen Grad auch notwendig²²⁰. Dabei darf der Methodenlehre nicht angelastet werden, dass diese offen, flexibel und häufig indifferent ist: Eine Methodenlehre, die eindeutig und logisch klar ist, sodass sie in jedem Fall nur die eine Lösung herausarbeitet, wäre zum Umgang mit unbestimmten oder schwierigen Fällen nicht geeignet. Eine logische Maschine, die keine Entscheidungen, Wertungen oder Kreativitätsakte zulässt, kann nur das wiedergeben, was ihr als Prämissen vorgegeben wurde.²²¹ Die Lückenschließung durch „Konstruktion“, die auch „Inversionsmethode“²²² genannt wird, entlarvte Kantorowicz als „Schaubilde der juristischen Technik“²²³ zu Beginn des 20. Jahrhunderts zurecht als „Utopie einer dilettantischen Logik“²²⁴.

Der Forderung nach einer Korrekturmöglichkeit im Einzelfall liegt der Gedanke zugrunde, dass eine juristische Entscheidung nicht nur normgerecht, sondern auch sachgerecht sein müsse. Dies entpuppt sich bei näherem Hinsehen allerdings als bloße Negation des juristischen Determinismus: Denn das Ideal, die Entscheidung solle vollständig durch das Recht determiniert sein, meint, dass eine Korrektur durch den Rechtsanwender eben nicht erfolgen soll. Damit taugt die bloße Entgegnung, dass eine Korrektur aber erfolgen müsse, wenig. Auch verfassungsrechtlich scheint dem juristischen Determinismus zunächst nichts entgegenzustehen: Dem Grundgesetz ist auf den ersten Blick nicht zu entnehmen, ob sich Rechtsanwendung in Erkenntnis erschöpft und ob der Richter durch Entscheidung selbst Recht schöpfen darf. Der Grundsatz der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 3 GG scheint sich auf ersten Blick gegen eine Entscheidungskompe-

220 Siehe dazu zur Richtigkeit der Entscheidung als kontrafaktische Unterstellung ab S. 70.

221 Logik – so das herrschende Verständnis zur Jahrhundertwende auf die Spitze getrieben – ist nichts weiteres als eine Tautologien produzierende Maschine, siehe Wittgenstein, *Werkausgabe Band I, Tractatus*, 5.43, 6.1251, 6.1261; weniger explizit siehe Heck, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, S. 1457 (1458), S. 92.

222 Heck, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, S. 93; Zur Inversionsmethode siehe auch den Vorwurf von Kantorowicz, die juristische Konstruktion sei „nichts anderes als der Nachweis, dass nur die Anwendung bestimmter Rechtsbegriffe die gewollten Rechtsfolgen gewährt, so dass die Konstruktion die Konsequenz ihrer eigenen Konsequenzen ist.“, Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 18.

223 Ehrlich Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, S. 6.

224 Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 23.

tenz des Richters auszusprechen: Denn der Richter ist als Judikativorgan kein Teil der Legislative und hat damit keine Entscheidungskompetenz über das, was Gesetz ist und was nicht. Da aber ohnehin keine strenge Gewaltenteilung, sondern vielmehr eine Gewaltenverschränkung besteht, hilft das Argument der Gewaltenteilung zur Begrenzung der Richterkompetenzen wenig weiter. Auch die Differenzierung des Grundgesetzes zwischen Gesetz und Recht ist nicht weiterführend: Sie zeigt zwar, dass sich Recht nicht in dem Gesetz erschöpft.²²⁵ Der Gesetzgeber wollte mit der Formulierung betonen, dass Gesetz und Recht auseinanderfallen können und das positive Recht nicht befolgt werden muss, wenn es prinzipielle Gerechtigkeitsansprüche verfehlt.²²⁶ Wie weit die Judikative aber Gerechtigkeitsansprüchen verpflichtet ist, ist umstritten,²²⁷ eine Verpflichtung, Gerechtigkeitserwägungen neben dem Recht anzustellen, kann aber nicht zweifelsfrei aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet werden.²²⁸

Eingewandt werden gegen den juristischen Determinismus kann allerdings das Argument der Gewaltenteilung in Kombination mit der Garantie der Unabhängigkeit des Richters aus Art. 97 Abs. 1 GG: Ein Richter, der im Einzelfall nur die Lösung erkennt, die der Gesetzgeber oder die Exekutivorgane ihm vorgedacht haben, wäre nur schwerlich eine ebenbürtige Gewalt. Der Richter ist in seiner Sachentscheidung unabhängig von Legislative, Exekutive und der übrigen Judikative.²²⁹ Das BVerfG befürwortet zudem deutlich die Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung,²³⁰ sofern der Richter *„bei der Rechtsfortbildung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert hat und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung gefolgt ist“*²³¹. Die Rechtsfortbildung ist *„im modernen Staat geradezu unentbehrlich“*²³². Und auch eine Missachtung der Gesetzesbindung wird erst angenommen, *„wenn die Begründung der Entscheidung eindeutig erkennen*

225 So auch BVerfG, Urteil vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65.

226 Hoffmann, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG* S. 136 ff.; Grzeszick, Art. 20 GG Rn. 63 f.

227 Hoffmann, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG* S. 114 ff. m.w.N.

228 Grzeszick, Art. 20 GG Rn. 67.

229 Morgenthaler, Art. 97 GG, Rn. 7–12.

230 Soraya-Entscheidung BVerfG, Urteil vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65; auch BVerfG, Urteil vom 03. November 1965 – 2 BvR 246/62, 2 BvR 257/62, 2 BvR 110/63, 2 BvR 111/63; BVerfG, Urteil vom 14. Januar 1986 – 1 BvR 209/79, 1 BvR 221/79.

231 BVerfG, Urteil vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94.

232 BVerfG, Urteil vom 12. März 1985 – 1 BvR 571/81, 1 BvR 494/82, 1 BvR 47/83, Rn. 20.

lässt, dass sich das Gericht aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben hat, also objektiv nicht bereit war, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen.“²³³. Zumindest in einem gewissen Maße gesteht das BVerfG dem Richter somit eine über das Erkennen hinausgehende Entscheidungskompetenz zu, die sie unabhängig ausüben darf –²³⁴ und auch ausüben muss, da der Richter auch in schwierigen oder unregelmäßigen Fällen durch das Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet ist, zu entscheiden.²³⁵ Mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters trifft das Grundgesetz eine klare Aussage darüber, dass der Richter mehr als nur Marionette der Legislative und Exekutive ist. Verfassungsrechtlich ist der Richter zwar nicht verpflichtet, das Recht fortzubilden und so Korrekturen vorzunehmen, allerdings setzt die Garantie der Unabhängigkeit des Richters zumindest die Möglichkeit der Rechtsfortbildung voraus.

Auch im rechtstheoretischen Schrifttum herrscht insoweit weitgehend Einigkeit, dass Rechtsanwendung mehr sei als das Subsumieren unter die Norm: Der Jurist müsse die Wertungen des Gesetzgebers nachvollziehen und die Norm dementsprechend – auch entgegen dem Wortlaut – interpretieren, er schulde „denkenden Gehorsam“²³⁶. Rechtsanwendung als „unlösbare[s] Gemisch reproduktiver und produktiver, theoretischer und praktischer erkennender und schöpferischer, objektiver und subjektiver, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher Elemente“²³⁷ beschränke sich nicht auf ein „Nachdenken eines Vorgedachten, sondern [bedeutet] zu Ende denken eines Gedachten“²³⁸. Bereits in der ersten Fassung der reinen Rechtslehre bejahte auch Kelsen ausdrücklich eine richterliche Entscheidungskompetenz, wenn nicht gar Notwendigkeit, um eine der im Rahmen des Gesetzes möglichen Entscheidungen zu positivem Recht zu treffen. Denn „die Interpretation eines Gesetzes [muss] nicht notwendig zu einer einzigen Entscheidung als der allein richtigen, sondern kann möglicherweise zu mehreren führen, die alle [...] gleichwertig sind, wenn auch nur eine einzige von ihnen im Akt des richterlichen Urteils positives Recht wird.“²³⁹

233 BVerfG, Urteil vom 03. November 1992 – 1 BvR 1243/88.

234 Wiedemann, *Richterliche Rechtsfortbildung*, S. 2408 mwN.

235 Rüthers / Fischer, u.a., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Rn. 823.

236 Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Das Problem der Rechtsgewinnung*, S. 17.

237 Radbruch, *Arten der Interpretation*, S. 24.

238 Radbruch, *Arten der Interpretation*, S. 24.

239 Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, S. 105.

Das normative Ideal der Vollständigkeit und Widerspruchslosigkeit des Rechtssystems bewegt die Rechtsphilosophen trotz seiner Unerreichbarkeit weiterhin.²⁴⁰ Denn kein Rechtssystem könnte mehr Rechtssicherheit bieten als eines, in dem jede rechtliche Lösung für jeden erdenklichen Fall deduktiv aus Rechtsnorm und Sachverhalt ableitbar ist.²⁴¹ Wie gezeigt wurde, ist die Forderung, jede juristische Entscheidung müsse allein aus dem Recht heraus bestimmbar sein, aber so strikt nicht vertretbar. Dennoch darf der Gedanke des juristischen Determinismus nicht ohne weiteres verworfen werden. Denn dahinter steht der Gedanke, dass nur durch die Bestimmtheit durch das Recht die verfassungsmäßig gebotene Gesetzesbindung garantiert werden kann. Das (unerreichbare) Ideal der Bestimmtheit spielt deshalb dort eine gewichtige Rolle, wo über die Reichweite der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung gestritten wird.

2. Das dezisionistische Ideal

Das Ideal der Bestimmtheit wird mit einer objektiven Entscheidung assoziiert: Der Jurist bleibt passiv, wird nur erkennend tätig, und die rechtliche Bewertung ist fremdbestimmt. Dieser Heteronomie tritt die Autonomie der Bestimmung der Entscheidung durch den Rechtsanwender entgegen: Der Rechtsanwender muss aktiv werden, subjektiv bewerten und entscheiden. Ausgehend vom juristischen Dezisionismus ist Rechtsanwendung niemals Erkenntnis, sondern soll immer eine willentliche Entscheidung des Rechtsanwenders sein.

So beispielsweise die Auffassung des Freirechtslehrers²⁴² Eugen Ehrlich, jede Entscheidung sei lediglich eine freie Willensäußerung des Richters, da ein Gesetz „*eigentlich schon in dem Augenblick veraltet ist, da es festgelegt worden ist*“, weil „*die gesellschaftlichen Einrichtungen, auf die das Recht Anwendung findet, in einer fortwährenden Entwicklung begriffen sind, und die festgesetzten Entscheidungsnormen jeden Augenblick mit einem neuen Inhalt erfüllen*.“²⁴³ Nach Kantorowicz gelingt die richtige Entscheidung keinem

240 Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 52.

241 Alchourrón, *On Law and Logic*, S. 52. Bis heute gibt es derartige Bestrebungen, siehe Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, S. 132.

242 Eine „Schule“ war die Freirechtsschule nie. Der Name der freirechtlichen Strömung ist eine Analogie zu „freireligiös“, so Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 10.

243 Ehrlich Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, S. 17.

„Subsumptionsautomaten“²⁴⁴, freie Rechtsfindung verlangt weniger Scharfsinn als vielmehr „schöpferische Gedanken einer großen Individualität“²⁴⁵ – zentral für die Entscheidung ist also die Richterpersönlichkeit.²⁴⁶ Auch in der Bewegung²⁴⁷ des amerikanischen Realismus ist die Rechtsschöpfung durch die richterliche Entscheidung zentral.²⁴⁸ Das geschriebene Recht wird von Holmes auf „*prophecies of what the courts will do in fact*“²⁴⁹ reduziert, verbindlich ist lediglich die richterliche Entscheidung.

Während bereits die Kritik am juristischen Determinismus gezeigt hat, dass ein Entscheidungsmoment bei der Rechtsanwendung notwendig ist, stellt sich angesichts des juristischen Dezisionismus die Frage, wie weit die Entscheidungskompetenz des Richters reichen soll. Verfassungstheoretisch²⁵⁰ ist die Entscheidungskompetenz mit der Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“ begrenzt. Contra-legem-Entscheidungen sind damit unzulässig.²⁵¹ Rechtstheoretisch problematisch ist aber, dass Rechtsanwendung immer auch der Rechtssicherheit verpflichtet ist, was den umfassenden Möglichkeiten, welche der juristische Dezisionismus eröffnet, aber entgegensteht. Denn ein Judizieren *contra*²⁵² oder *sine lege* ist mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit in der Regel nicht vereinbar.²⁵³ Darf der Richter völlig frei entscheiden und sich beliebig über das Gesetz hinwegsetzen, würde das nicht nur de facto das Ende der Rechtssicherheit bedeuten,

244 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie : ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, S. 5.

245 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, S. 29.

246 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, S. 29, 40.

247 Auch der amerikanische Realismus ist keine „Schule“, siehe Llewellyn, *Some Realism About Realism* S.1233 f.

248 Llewellyn, *Some Realism About Realism* S. 1236.

249 Holmes, *The Path of the Law* S. 457.

250 Dem Einwand, die Verfassung werde ebenfalls durch den Pluralismus relativiert, ist entgegenzuhalten, dass die mit der Begründungspflicht einhergehende Bindung des Richters an Gesetz und Recht ein Paradigma ist, das sich durch zahlreiche Rechtsordnungen zieht und eine Begründung ausgehend von anderen Verfassungen ähnlich wäre.

251 Zur Begrenzung der Entscheidungsfreiheit durch die Gesetzesbindung bereits Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, S. 1140 (1140).

252 Verteidigend gegen diese „Contra-legem-Fabel“ seitens der Freirechtsschule Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie : ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, S. 11–14.

253 Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Problem, S. 9 (9, 25–28); Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, S. 1140 (1142).

zudem würde Ungerechtigkeit im Sinne von Ungleichheit Tür und Tor geöffnet.

3. Erkennen und Entscheiden

Wird im Folgenden von „Rechtsanwendung“ gesprochen, ist damit ein *Zusammenspiel von Erkennen und Entscheiden* gemeint:²⁵⁴ Zunächst sollen die Möglichkeiten erkannt werden, die das Recht zur Beurteilung des konkreten Einzelfalls bereitstellt, und in einem zweiten Schritt soll eine rational begründbare Entscheidung für eine der Möglichkeiten begründet werden.²⁵⁵ Pavčnik formuliert treffend: „Die Rechtsentscheidung ist [...] eine Entscheidung, die trotz einer größeren oder kleineren inhaltlichen Offenheit des Gesetzes und des Lebenssachverhaltes rational begründbar ist.“²⁵⁶ Die juristische Entscheidung ist mithin eine „zwar am Gesetz orientierte, aber nicht durch das Gesetz determinierte Entscheidung“²⁵⁷. Denn „jede Rechtsentscheidung ist [...] ein Mehr gegenüber der Leistung des Gesetzgebers.“²⁵⁸ Die Entscheidung muss deshalb nicht nur den Anforderungen des Gesetzes, sondern auch denen des gerechten und vernünftigen Entscheidens entsprechen.²⁵⁹ Diese zwischen juristischem Determinismus und juristischem Dezipionismus stehende Auffassung liegt der Argumentationstheorie zugrunde.²⁶⁰

De facto ist der Entscheidungsspielraum zwischen den verschiedenen vom Gesetz zur Verfügung gestellten Möglichkeiten in den meisten Fällen überaus gering. Denn viele Fälle sind mittels des Gesetzes unproblematisch zu entscheiden, bspw. dass ein Messerstich in den Unterarm eine Körperverletzung nach § 223 StGB darstellt, dass ein Ehepaar mit gemeinsamem Kind eine Familie i.S.d. Art. 5 GG ist, dass ein Zwanzigjähriger volljäh-

254 Kritisch zum Begriff der „Rechtsanwendung“ Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 1 ff.

255 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 2 f.; Ähnlich im Ergebnis auch Lege, *Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism*, S. 221: „Eine juristische Erkenntnis ist die Entscheidung für das im konkreten Fall besser begründete Ergebnis“.

256 Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden : vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung*, S. 153.

257 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 6.

258 Kaufmann, *Gesetz und Recht*, S. 162.

259 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 6.

260 Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 2.

rig nach § 2 BGB ist, usw.²⁶¹ Allerdings gibt es daneben auch Fälle, in denen das Gesetz mehrere Lösungen anbietet oder keine, die zufriedenstellend ist²⁶². Dann muss der Rechtsanwender zwischen den Möglichkeiten entscheiden können. Die zugrundeliegende Vorstellung der Rechtsanwendung ähnelt damit der „*erkenntnismäßige Interpretation*“²⁶³ bei Kelsen, wonach sich „*in der Anwendung des Rechts durch ein Rechtsorgan [...] die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt [verbindet], in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten*“²⁶⁴. Es gibt also eine – genuine – Art juristischer Unbestimmtheit, wobei die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsfolge auf der Grundlage von Überlegungen gefällt werden muss, die nicht von den anwendbaren Gesetzen vorgegeben werden.²⁶⁵

II. Legitimation

Eine juristische Entscheidung, die sich allein aus dem Gesetz ergibt, leitet ihre Legitimation direkt aus dem Gesetz ab und muss nicht weiter begründet werden.²⁶⁶ Hingegen gründet die Legitimität einer juristischen Entscheidung, die allein durch einen Willensakt des Rechtsanwenders entsteht, in der Richterautorität.²⁶⁷ Weder die determinierte noch die dezisionistische Entscheidung müsste deshalb begründet werden: Wer der Meinung ist, dass das Gesetz die Entscheidung bereits völlig determiniere, wird nicht einsehen, warum er normativ begründen solle, was doch bloß Ergebnis eines Erkenntnisvorgangs sei. Ebenso wenig wird derjenige, der die juristische Entscheidung völlig auf einen Willensakt zurückführt, deren Begründungsnotwendigkeit anerkennen. Man könne einen Willensakt psychologisch erklären und so vielleicht auf seine Ursachen zurückführen –

261 Auch in solchen Fällen ist Argumentation notwendig, allerdings steht dabei nicht die Frage im Vordergrund, welche Rechtsnorm angewendet werden soll, sondern eher, ob die Rechtsnorm anwendbar sind – näher thematisiert wird dies unter der „Anwendbarkeit“, ab S. 192.

262 Letzterer Fall wird eingehend thematisiert auf der „Anwendungsebene“, ab S. 202.

263 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 50.

264 Kelsen, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, S. 351.

265 Marmor, *The Language of Law*, S. 3.

266 Neumann, *Juristische Argumentationslehre* S. 2 f.

267 Neumann, *Juristische Argumentationslehre* S. 2 f.

Begründen, warum etwas Bestimmtes gewollt wird, kann man hingegen nicht.²⁶⁸

Anders stellt es sich hingegen dar, wenn die juristische Entscheidung ein erkenntnisbezogenes und ein entscheidungsbezogenes Element umfasst. Denn die Legitimation durch das Gesetz wird im Entscheidungsmoment durchbrochen. Eine Legitimation über die Richterautorität wäre zwar möglich. Dem steht allerdings entgegen, dass Rechtsanwendung aus verfassungsrechtlicher Perspektive wegen Art. 97 Abs. 1 GG keine freie Willensbetätigung sein darf, weil der Richter seinen Willen nur im Rahmen des gesetzlich zulässigen betätigen darf: In seiner Entscheidungsfindung muss sich der Richter von „*Gesetz und Recht*“ leiten lassen und in der Begründung aufzeigen, dass für die Entscheidung und die damit einhergehende Willensbetätigung gute (rechtliche) Gründe sprechen.²⁶⁹ An die Stelle der Legitimation durch Autorität tritt so die Legitimation durch Wahrheit.²⁷⁰ Was Wahrheit dabei bedeutet, und insbesondere welche Wahrheitstheorie (Korrespondenztheorie? Konsenstheorie? Kohärenztheorie? etc.) dem zugrunde liegt, wird unterschiedlich beantwortet.²⁷¹ Für die vorliegenden Zwecke eignet sich die Auffassung von *Wahrheit durch Begründbarkeit* jedoch am besten.

1. Wahrheit durch Begründung?

Wahrheit durch Begründbarkeit scheint auf den ersten Blick mit *Wahrheit durch Begründung* eng verwandt: Juristische Entscheidungen wie Urteile, Beschlüsse oder Verwaltungsakte werden in der Regel begründet, die Begründung ist auch maßgeblich dafür, ob eine Aufhebung in Rechtsbehelfs-

268 Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Band 1, Kapitel 19.

269 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 3.

270 Stellenweise wird vorgeschlagen, anstelle von „Wahrheit“ von „Richtigkeit“ zu sprechen. Um die Diskussion um Wahrheit im Recht an die philosophische Diskussion zur Wahrheitsbegriffen und -theorien anschlussfähig zu halten, und da der Wahrheitsbegriff – anders als der Richtigkeitsbegriff – jeder Graduierbarkeit widerstreitet, spricht sich Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 9 f. für den Wahrheitsbegriff aus. Siehe auch Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, S. 4; Deckert, *Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion*, S. 43, 44; Poscher, *Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie*, S. 200, 214.

271 Ausführlich hierzu Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*.

oder Rechtsmittelverfahren erfolgt. Das Konzept *Wahrheit durch Begründung* hat jedoch Schwächen, deren nähere Betrachtung für das Verständnis von *Wahrheit durch Begründbarkeit* Voraussetzung sind.

De lege lata gibt es keine allgemeine Pflicht, jede juristische Entscheidung zu begründen. In den Verfahrensgesetzen finden sich zwar zahlreiche Normen, die eine richterliche oder behördliche Begründung erfordern: Beispielsweise besteht nach § 267 StPO eine Pflicht, Strafurteile zu begründen. Weiterhin statuiert für sonstige strafrechtliche Entscheidungen § 34 StPO eine allgemeine Begründungspflicht: Eine Begründung ist immer dann erforderlich, sofern ein Antrag abgelehnt wird oder die Entscheidung durch ein Rechtsmittel angegriffen werden kann. Verwaltungsrechtliche Urteile sind nach § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO zu begründen. Und nach § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO sind Urteile mit Entscheidungsgründen zu versehen, um die Parteien über die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen, die dem Urteil zugrunde liegen, zu unterrichten, und um dem Rechtsmittelgericht die Nachprüfung der Entscheidung zu ermöglichen.²⁷² Die Begründungspflicht wird aber nur unter bestimmten Annahmen ausgesprochen, wie derjenigen, dass gegen die zu begründende Entscheidung noch Rechtsmittel eingelegt werden können.

Eine allgemeine Begründungspflicht lässt sich auch nicht aus dem Grundgesetz herleiten.²⁷³ Insbesondere sind Ansätze, welche die Begründungspflicht auf die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG zurückführen,²⁷⁴ wenig überzeugend, schon allein weil Art. 1 Abs. 1 GG nur für natürliche Personen gilt.²⁷⁵ Das BVerfG bejaht eine Begründungspflicht aufgrund eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, „wenn von dem eindeutigen Wortlaut einer Norm abgewichen werden soll und der Grund hierfür nicht ohne weiteres erkennbar ist.“²⁷⁶ Kudlich und Christensen ziehen auch den Gesichtspunkt der Grundrechtssicherung durch Verfahren,²⁷⁷ den Anspruch auf rechtliches

272 Elzer, § 313 ZPO, Rn. 97.

273 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 286.

274 Befürwortend Kopp, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, S. 16 ff., 47 und Lücke, *Begründungszwang und Verfassung: zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*, S. 75 f.

275 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 288 f.

276 BVerfG, Urteil vom 08. Dezember 2010 – 1 BvR 1382/10; siehe auch BVerfG, Urteil vom 05. November 1985 – 2 BvR 1434/83.

277 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 292 ff.

Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG,²⁷⁸ die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG,²⁷⁹ das Postulat der Gesetzesbindung nach Art. 97 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG,²⁸⁰ den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG,²⁸¹ das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 3 GG,²⁸² zur Herleitung einer allgemeinen Begründungspflicht heran. Nach dem BVerfG lässt sich dem Grundgesetz aber keine generelle Verpflichtung, gerichtliche Entscheidungen mit einer Begründung zu versehen, entnehmen.²⁸³ Es bejaht zwar einen Begründungszwang bezüglich behördliche Eingriffsakte, weil „dem Betroffenen aus rechtsstaatlichen Gründen eine sachgemäße Verteidigung seiner Rechte ermöglicht werden muss.“²⁸⁴ Tatsächlich ist es gängige Praxis, an den höchsten Gerichten Entscheidungen ohne Begründung zu fassen: Beispielsweise werden etwa drei Viertel aller Revisionen vom BGH nach § 349 Abs. 2 StPO ohne Begründung als „*offensichtlich unbegründet*“ verworfen.²⁸⁵ Das BVerfG billigt diese Praxis.²⁸⁶ Anders der EGMR: So kann aus dem Grundsatz einer geordneten Rechtspflege nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hergeleitet werden, dass gerichtliche Entscheidungen angemessen begründet werden müssen.²⁸⁷ Dies bedeutet aber nicht, dass eine ausführliche Stellungnahme zu jeder Behauptung notwendig ist – so ist die Begründungspflicht bereits erfüllt, wenn bei der Zurückweisung eines Rechtsmittels auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung verwiesen wird.²⁸⁸

Selbst wenn man eine verfassungsrechtlich begründete allgemeine Begründungspflicht annehmen würde, bedeutet dies nicht, dass Ausnahmen

278 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 294 ff.

279 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 297 ff.

280 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 301 ff.

281 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 305 f.

282 Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 307 ff.

283 BVerfG, Urteil vom 28. Februar 1979 – 2 BvR 84/79; BVerfG, Urteil vom 22. Januar 1982 – 2 BvR 1506/81. Angesichts der Praxis des BGH, in den meisten Fällen keine Gründe anzugeben, bescheinigt Kroitsch, *Wegfall der Begründungspflicht - Wandel der Staatsform der Bundesrepublik der BRD* gar den Wandel zu einer Richteraristokratie.

284 BVerfG, Urteil vom 28. Februar 1979 – 2 BvR 84/79; Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 14.

285 Hamm / Krehl, *Vier oder zehn Augen bei der strafprozessualen Revisionsverwerfung durch Beschluss? - Worum es wirklich geht*, 903; Fischer, *Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren*, 425 ff. mit genauen Zahlen.

286 BVerfG, Urteil vom 22. Januar 1982 – 2 BvR 1506/81.

287 EGMR, Urteil vom 21. Januar 1999 – 30544/96.

288 EGMR, Urteil vom 21. Januar 1999 – 30544/96.

von der Begründungspflicht unzulässig wären: Eine Ausnahme der Begründungspflicht wird beispielsweise dann gemacht, wenn keine Rechtsmittel zulässig sind oder der Verzicht auf das Einlegen von Rechtsmitteln erklärt wurde. Beispielsweise normiert § 77b OWiG zur Justizentlastung,²⁸⁹ dass keine schriftliche Begründung eines Urteils erforderlich ist, wenn alle zur Anfechtung Berechtigten auf die Einlegung der Rechtsbeschwerde verzichten oder wenn innerhalb der Frist Rechtsbeschwerde nicht eingelegt wird.²⁹⁰ Derselbe Gedanke findet sich in § 72 Abs. 4 OWiG, wonach von einer Begründung abgesehen werden kann, wenn die Verfahrensbeteiligten darauf verzichten.²⁹¹ Weiterhin ist dem Gericht nach § 313a Abs. 1, 2 ZPO „unnötige Schreibaarbeit“²⁹² zu ersparen und eine Begründung nicht erforderlich, wenn Rechtsmittel unzweifelhaft nicht zulässig sind oder beide Parteien auf die Rechtsmittel gegen das Urteil verzichten.²⁹³ Und schließlich gilt auch nach § 38 Abs. 4 Nr. 3 FamFG, dass ein Beschluss nicht begründet werden muss, wenn er in Gegenwart aller Beteiligten mündlich bekannt gegeben wurde und alle Beteiligten auf Rechtsmittel verzichtet haben. Hinter derartigen Ausnahmen von der Begründungspflicht steht der Gedanke, dass eine Hauptaufgabe der Abgabe einer Begründung die Ermöglichung eines Rechtsmittelverfahrens darstellt.²⁹⁴ Wenn keine Rechtsmittel eingelegt werden (können) und damit eine erhöhte Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit besteht, dass die Entscheidungen nicht angefochten werden,²⁹⁵ macht es ausgehend davon auch keinen Sinn, eine Entscheidungsbegründung zu verlangen. Der Verzicht oder die Unmöglichkeit des Einlegens von Rechtsmitteln führt aber nicht immer zu einem Wegfall der Begründungspflicht. Beispielsweise statuiert § 267 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 2 StPO aufgrund der Grundrechtssensitivität des Strafens, dass bei einem Verzicht der Prozessbeteiligten auf Rechtsmittel an die Begründung lediglich niedrigere Anforderungen gestellt werden: Es ist eine abgekürzte Begründung erforderlich.²⁹⁶ Dies gilt selbst dann, wenn ein Freispruch erfolgt.²⁹⁷

289 Krumm, § 77b OWiG, Rn. 1.

290 Krumm, § 77b OWiG, Rn. 7.

291 Hettenbach, § 72 OWiG, Rn. 48.

292 Elzer, § 313a ZPO, Rn. 1.

293 Elzer, § 313a ZPO, Rn. 1f.

294 Elzer, § 313a ZPO, Rn. 1.

295 Ulrici, § 38 FamFG, Rn. 21.

296 Peglau, § 267 StPO, Rn. 53.

297 Peglau, § 267 StPO, Rn. 70.

Eine weitere Ausnahme von der Begründungspflicht zugunsten der Prozessökonomie und zur Entlastung der Gerichte statuiert auch § 313b Abs. 1 S. 1 ZPO, wonach Versäumnis-, Anerkenntnis- und Verzichtsurteile keiner Entscheidungsgründe bedürfen.²⁹⁸ Dasselbe gilt auch nach § 38 Abs. 4 Nr. 1 FamFG. Dabei ist keine Begründung erforderlich, weil es sich zumeist um nicht streitige Urteile handelt und das Urteil auf einem Parteihandeln bzw. Parteierklärungen beruht.²⁹⁹ Nach § 38 Abs. 4 Nr. 2 FamFG ist dementsprechend keine Begründung erforderlich, wenn gleichgerichteten Anträgen der Beteiligten stattgegeben wird oder der Beschluss nicht dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht.

Die vorgenannten gesetzlichen Ausnahmen von den Begründungspflichten lassen sich mit Effizienz- und Effektivitätserwägungen begründen: Zum einen muss Rechtsanwendung *effektiv* sein – Justiz und Verwaltung müssen Ergebnisse produzieren, die den an das Recht gestellten Zweck erfüllen. Beispielsweise müssen Verwaltungsakte das Alltagshandeln regeln oder Urteile müssen Streitigkeiten beilegen und Rechtssicherheit schaffen. Die Begründung juristischer Entscheidungen ist dabei oft effektiv, da die Entscheidung durch die mit der Begründung einhergehende Nachvollziehbarkeit eine höhere Akzeptanz erfahren kann.³⁰⁰ Zum anderen muss Rechtsanwendung *effizient* sein. Es kommt nicht nur darauf an, am Ende ein Ergebnis zu erzielen, sondern das Ergebnis möglichst einfach, schnell und ohne übermäßigen Aufwand zu erreichen. Der Effizienzgedanke spiegelt sich z. B. im Grundsatz der Verfahrensökonomie in § 10 S. 2 VwVfG wider: Verwaltungsverfahren sind einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen.³⁰¹ Deshalb gibt es weitreichende Ausnahmen von der Begründungspflicht des § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG, die *„allein der Vereinfachung des Verwaltungshandelns und damit praktischen Bedürfnissen [dienen], deren Beachtung dort ihre Grenzen finden muss, wo verfassungsrechtliche Prinzipien eingreifen.“*³⁰²

298 Elzer, § 313b ZPO, Rn. 1 f.

299 Saenger, § 313b ZPO, Rn. 1.

300 Anders ist dies z. B., wenn durch Erlass eines Verwaltungsakts lediglich dem Antrag entsprochen wurde und der Verwaltungsakt nicht in Rechte eines anderen eingreift – die Begründung des Verwaltungsakts würde dann keine Akzeptanz stiften, weil der Antragsteller seine Akzeptanz der Entscheidung quasi durch die Stellung des Antrags bereits erklärt hat. In derartigen Fällen ist nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG deshalb auch keine Begründung erforderlich. Bereits ausgehend von Effektivitätserwägungen ist mithin nicht jede Entscheidung begründungsbedürftig.

301 Gerstner-Heck, § 10 VwVfG, Rn. 15; Schwarz, § 10 VwVfG Rn. 12 ff.

302 Tiedemann, § 39 VwVfG, Rn. 57.

Die Ausnahmen von der Begründungspflicht selbst bei nicht begünstigenden Verwaltungsakten begründen sich in der Verwaltungseffizienz.³⁰³ Das Verwaltungsverfahrensgesetz steht im Spannungsfeld zwischen umfassendem Grundrechtsschutz und funktionsfähiger Verwaltung.³⁰⁴ Da die Begründungspflicht nicht nur nach § 39 Abs. 2 VwVfG eingeschränkt wird, sondern da die Begründung nach § 45 Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines gerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann und da darüber hinaus ein Begründungsmangel nach § 46 VwVfG auch unbeachtlich ist, wenn er sich offensichtlich nicht auf das Ergebnis ausgewirkt hat, meint Schwarz, dass die Bedeutung des Begründungserfordernisses „in der Praxis kaum noch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Begründungspflicht“ entspricht.³⁰⁵ Weiterhin gibt es Verwaltungshandeln, das gar nicht unter die Begründungspflicht fällt, wie beispielsweise mündliche Verwaltungsakte oder Realakte.³⁰⁶ Und auch spezialgesetzliche Bestimmungen können die Begründungspflicht einschränken oder gar ganz ausschließen.³⁰⁷ Im Strafprozess begegnet der Effizienzgedanke weiterhin bei der in § 257c StPO geregelten Verständigung im Strafverfahren.³⁰⁸ Bei der Verständigung im Strafverfahren werden zugunsten der Effizienz sogar zentrale strafprozessuale Grundsätze missachtet.³⁰⁹ Und auch im Zivilprozess spielt die Effizienz eine tragende Rolle. Zur Effizienzsteigerung wurden erst jüngst Änderungen der ZPO vorgenommen, die unter anderem Ablehnungsgesuche, das persönliche Erscheinen des Nebenintervenienten, die Strukturierung und Abschtung des Streitstoffs, die Hinzuziehung von Sachverständigen, den schriftlichen gerichtlichen Vergleich, die Möglichkeiten zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren und den elektronischen Rechtsverkehr betreffen.³¹⁰

Mithin scheitert das Konzept der *Wahrheit durch Begründung* an den Durchbrechungen der Begründungspflicht – in diesen Fällen wäre kein

303 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 15.

304 Schwarz, *Einleitung zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Rn. 115.

305 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 1.

306 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 3, 6.

307 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 8.

308 Kontrovers Engländer, *Verständigung im Strafverfahren*, S. 23 ff.

309 Becker, *Transparenz in Mausecheln? – Die strafprozessuale Verständigung seit der Entscheidung BVerfGE 133, 168, S. 641 ff.*; Die Verständigung auf Effektivitätserwägungen zurückführend Behrendt, *Rechtsstaatliche Strafverfahren und Ressourcenschonung – Widerspruch oder lösbares Problem?*, S. 881 ff.

310 Fölsch, *Neuerungen im Zivilprozess – Entfristung, Spezialisierung, Effizienz*, 803 ff.

Nachweis möglich, dass die Entscheidung eine richtige Entscheidung ist. Mit dem Konzept der *Wahrheit durch Begründbarkeit* ist dies hingegen durchaus vereinbar. Die Entscheidungsbegründung ist nach den gesetzlichen Wertungen kein Selbstzweck, sondern hat insbesondere eine Rechtsschutz-,³¹¹ Kontroll- und Ergänzungsfunktion.³¹² Die Begründung soll sicherstellen, dass die Gesetzesbindung bei der Entscheidungsfindung eingehalten wurde und das Urteil kein reiner Willkürakt ist.³¹³ Eine Begründung soll effektiven Rechtsschutz und rechtliches Gehör gewährleisten.³¹⁴ Begründungen sollen die Akzeptanz verbessern, indem sie über die für die Entscheidung maßgeblichen Gründe informieren.³¹⁵ Und die Begründung von Verwaltungsakten soll der Selbstkontrolle der Behörden dienen und eine Kontrolle durch Gerichte, Aufsichts- oder Widerspruchsbehörden ermöglichen.³¹⁶ Wo eine Begründung nichts davon leisten kann, ist sie auch nicht erforderlich.

2. Wahrheit durch Begründbarkeit!

Das Konzept von *Wahrheit durch Begründbarkeit* ist insbesondere durch das Werk von Neumann bekannt geworden: Neumann drückt sich stellenweise zwar missverständlich aus, als dass die „richtige Entscheidung [...] die gerechtfertigte und damit die legitime Entscheidung“³¹⁷ sei, differenziert aber überzeugend selbst zwischen *begründeten* und *begründbaren* juristischen Entscheidungen.³¹⁸ Eine Entscheidung ist begründet, wenn eine den formalen gesetzlichen Vorschriften entsprechende Begründung vorgelegt wurde. Für die Begründetheit spielt keine Rolle, ob die Begründung sachlich richtig ist oder den inhaltlichen Anforderungen entspricht. Hingegen wird mit der Begründbarkeit einer juristischen Entscheidung auf die Möglichkeit,

311 Ermöglichung von Rechtsbehelfen Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 12.

312 Tiedemann, § 39 VwVfG, Rn. 1–11.

313 Der Willkürakt ist auch für das BVerfG die Grenze zwischen zulässiger Rechtsfortbildung und unzulässige Überschreitung der Gesetzesbindung, BVerfG, Urteil vom 03. November 1992 – 1 BvR 1243/88.

314 BVerfG, Urteil vom 08. Dezember 2010 – 1 BvR 1382/10, Rn. 18.

315 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 12.

316 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 12 und Fn. 37 mwN.

317 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 41 f.

318 So auch Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 30.

diese sachlich korrekt zu begründen, referiert. Es kann somit nicht nur unbegründete, aber begründbare Entscheidungen geben – das ist beispielsweise häufig der Fall, wenn gesetzlich geregelt ist, dass keine Begründung erforderlich ist. Umgekehrt gibt es auch begründete, aber unbegründbare Entscheidungen: In diesen Fällen wurde zwar eine Begründung abgefasst, die Begründung rechtfertigt die Entscheidung aber nicht oder es wurden Umstände oder Faktoren herangezogen, die nicht so hätten berücksichtigt werden dürfen. Sogenannte „*Fehlurteile*“ stellen immer unbegründbare Entscheidungen dar. Die Begründbarkeit entspricht *Neumanns* Kriterium der inhaltlichen und materiellen Richtigkeit eines Rechtsaktes.³¹⁹

Die These wird im Folgenden sein, dass das objektive Element der *Begründbarkeit* und nicht die *Begründetheit* die Wahrheit der juristischen Entscheidung konstituiert.³²⁰ So auch *Neumann*: „*Wahr (oder: richtig) ist eine rechtliche Aussage dann, wenn sie anhand der juristischen Argumentationsregeln gerechtfertigt werden kann.*“³²¹ Legitimation durch Rechtfertigung meint deshalb nicht, dass nur gerechtfertigt ist, was explizit begründet wurde, sondern vielmehr, dass gerechtfertigt ist, was zumindest begründbar ist. In den Fällen, in denen keine Begründung verlangt wird, wird diese gesetzlich vermutet. Die Vermutung, dass eine Entscheidung die richtige Entscheidung und dementsprechend auch begründbar ist, liegt beispielsweise nahe, wenn die Prozessparteien auf Rechtsmittel verzichten, dem Antrag entsprochen wird oder ein Säumnisurteil ergeht. Ist die Begründung der Entscheidung nicht offensichtlich, statuieren die Gesetze Begründungspflichten, die dem Nachweis der Begründbarkeit dienen. So ist *Neumann* im Grunde zuzustimmen, dass ein „*auf den Gedanken der Richtigkeit von Entscheidungen gegründetes Rechtssystem [...] jede einzelne Entscheidung rechtfertigen*“³²² muss, die Rechtfertigung muss jedoch nicht in allen Fällen explizit gemacht werden. Anders gesprochen: Auch in Fällen, in denen keine formelle Begründungspflicht besteht, gilt eine materielle Begründungs-

319 *Neumann, Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 42.

320 Anders Engisch: „Eine richtige Entscheidung ist eine methodengerecht begründete Entscheidung“, Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, S. 14.

321 *Neumann, Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 29.

322 *Neumann, Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 48.

pflicht: Der zugrunde liegende Sachverhalt ist korrekt festzustellen und die Sache ist sachlich richtig zu bewerten.³²³

a) Begründbarkeit und Vertretbarkeit

Da die Begründbarkeit einer juristischen Entscheidung als das maßgebliche Kriterium für ihre Legitimität angesehen wird und da Begründbarkeit nicht zwingend eine tatsächliche Begründung erfordert, schließt sich die Frage an, anhand welcher Kriterien das Vorliegen von Begründbarkeit beurteilt werden kann. Das Kriterium der Begründbarkeit erinnert an die Vertretbarkeit von Rechtsansichten. Obwohl der Begriff der Vertretbarkeit ein für Rechtstheorie und Rechtspraxis zentraler Begriff ist, finden sich kaum Studien, die sich mit der Bedeutung des Begriffes befassen.³²⁴ Einigkeit besteht jedoch insoweit, als dass die Vertretbarkeit von der methodisch einwandfreien Herstellung der Entscheidung abhängt.³²⁵ Da die Methodenlehren aber kein einheitliches Verfahren bereitstellen, das zu genau einem Ergebnis führt, „sind mehrere widerstreitende Aussagen gleichermaßen vertretbar, wenn in den maßgeblichen Normen Kollisionen, Unklarheiten oder Entscheidungsspielräume vorhanden sind.“³²⁶

Wird die Vertretbarkeit als Begriff der Methodenlehre erfasst, stellt sie den Gegenbegriff zur (argumentationstheoretischen) Begründbarkeit dar. Beharrt man auf die strikte Trennung von Herstellung und Darstellung,³²⁷ wären auch Vertretbarkeit und Begründbarkeit strikt voneinander zu trennen. Da Methodenlehre und Argumentationstheorie aber nicht als strikte Gegensätze betrachtet werden dürfen, dient die Unterscheidung nicht dazu, um zwischen Vertretbarkeit und Begründbarkeit überzeugend zu differenzieren. Vielmehr ist die Vertretbarkeit eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Begründbarkeit einer Entscheidung,

323 Schwarz, § 39 VwVfG, Rn. 2.

324 So bereits Schuhr, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, S. 605; jüngst Neupert, *Was macht Rechtsauffassungen vertretbar?*, S. 489 ff.

325 Schuhr, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, S. 606; Neupert, *Was macht Rechtsauffassungen vertretbar?*, S. 493.

326 Schuhr, *Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage*, S. 611.

327 Unterscheidung ursprünglich Reichenbach, *Experience and Prediction*, S. 3 ff., 381 ff.; Sobota differenziert zwischen Darstellung und Herstellung der Darstellung, siehe Sobota, *Sachlichkeit*, S. 13 ff. in der Lesart von Fischer, *Analogie und Argument*, S. 33.

denn ansonsten könnten mehrere, einander ausschließende Entscheidungen gleichzeitig legitim sein.³²⁸ Lehnt ein Richter in seinem Urteil einen klageweise geltend gemachten Zahlungsanspruch ab und weist gleichzeitig darauf hin, dass auch die Verurteilung zur Zahlung vertretbar gewesen wäre, würde das Urteil nicht nur den Unmut des Klägers hervorrufen, sondern auch die Frage aufwerfen, warum das ablehnende Urteil überhaupt legitimiert sein sollte. Die Legitimität einer juristischen Entscheidung, der eine ebenso legitime andere Entscheidung entgegentreten kann, ist dadurch erheblich abgeschwächt. Neben die Legitimation durch Begründbarkeit müsste eine weitere Legitimation – beispielsweise durch Autorität – treten. Erschöpft sich das Legitimitätskriterium einer juristischen Entscheidung in ihrer Begründbarkeit, muss sich diese von der Vertretbarkeit absetzen.

Eine Unterscheidung der legitimen (begründbaren) von der lediglich vertretbaren Entscheidung kann über das Kriterium der *Richtigkeit* erfolgen, das Neumann als Gegenbegriff zur *Vertretbarkeit* einführt.³²⁹ Während viele verschiedene Entscheidungen vertretbar sein könnten, sei nur eine – nämlich die richtige – Entscheidung begründbar. Neben das objektive Element der Begründbarkeit tritt dann ein subjektives Element: der Anspruch, dass es sich bei der juristischen Entscheidung um die richtige Entscheidung handelt. Ob es (die) eine richtige Entscheidung tatsächlich gibt, ist immer wieder Streitpunkt in rechtsphilosophischen Werken.³³⁰ Für

328 Problem auch bei Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 30.

329 Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 340; Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 55; als dritte Alternative zu Richtigkeit und Vertretbarkeit schlägt Lege den Begriff der „Gelingenheit“ vor, der die Relativität juristischen Entscheidens mitumfassen soll, siehe Lege, *Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism*, S. 230: „Gelingenheit ist der allerletzte Punkt, der in einer konkreten Entscheidung/Erkenntnis nach bestem Wissen und Gewissen erreicht werden kann – etwa so wie bei einem Kunstwerk. Dabei gibt es für dieses Gelingen keine Garantie; man kann mit all seiner Kunst doch auch scheitern.“

330 Bspw. Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*; Adomeit, *Juristische Methode und Sicherheit des Ergebnisses*; Canaris, *Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung*; Sieckmann, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*; Deckert, *Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion*; Habermas, *Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen*; Seiler, *Auslegung als Normkonkretisierung*; Poscher, *Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie*; Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*; jüngst ausführlich Siedenburg, *Die kommunikative Kraft der richterlichen Begründung* S. 15 ff.

die vorliegenden Zwecke soll der Hinweis genügen, dass mit der einzig richtigen Entscheidung nicht etwa Dworkins *right answer thesis*³³¹ gemeint ist. Die richtige Entscheidung ist eher als regulative Idee zu verstehen, die den „Charakter eines anzustrebenden Ziels“ hat:³³²

„Die Teilnehmer eines praktischen Diskurses müssen unabhängig davon, ob eine einzig richtige Antwort existiert, den Anspruch erheben, dass ihre Antwort die einzig richtige ist, wenn ihre Behauptungen und Begründungen sinnvoll sein sollen. Dies setzt nur voraus, dass es möglich ist, dass es praktische Fragen gibt, in denen im Diskurs eine Antwort als einzig richtige ausgezeichnet werden kann, und dass es nicht sicher ist, welche Fragen dies sind, so dass es sich lohnt, bei jeder Frage das Auffinden einer einzig richtigen Antwort zu versuchen.“³³³

So müssen die Beteiligten an einer juristischen Diskussion für ihre jeweilige Position den Anspruch erheben, dass ihre Position die richtige sei.³³⁴ Denn ist ein Urteil nur begründet, ohne dass es einen Richtigkeitsanspruch erhebt, steht es der Entgegnung, ein anderes Urteil sei ebenso begründet, wehrlos gegenüber. Deshalb reicht es nicht aus, wenn das Urteil nur als „vertretbar“ gekennzeichnet wird, weil sich das konkrete Urteil von allen anderen vertretbaren Urteilen hervorheben muss. Das bloße Behaupten der Vertretbarkeit im juristischen Dezisionismus würde enden, wo eine Legitimation des Urteils nur über die Richterpersönlichkeit gelingen kann – gerade das ist aber rechtsstaatlich nicht gewollt.³³⁵ Dazu kommt, dass erst durch das Erheben eines Wahrheitsanspruchs die Entscheidung Gegenstand sachlicher Kritik werden kann, das heißt durch Behörden, Ge-

331 Dworkin, *Hard Cases*, S. 1057 (1058 ff.).

332 Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S. 122; Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 61.

333 Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, S. 122 f.

334 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform* S. 3, 41 und S. 40: „Die rechtstheoretische Einsicht, dass jedenfalls in zahlreichen Fällen unterschiedliche Entscheidungen mit guten Gründen vertreten werden können, taugt nicht als Maxime richterlichen Handelns. Der Richter sollte in seiner Entscheidungspraxis so verfahren, als ob in jedem Fall nur eine Entscheidung richtig wäre.“

335 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform* S. 40 f.

richte und Rechtswissenschaft überprüfbar wird.³³⁶ Und auch die Praxis der Revisionsgerichte setzt voraus, dass nur eine Entscheidung richtig sein kann.³³⁷

Das Begreifen des Konzepts der Richtigkeit einer Entscheidung als regulative Idee bedeutet, die Suche nach einem tatsächlichen Richtigkeitskriterium aufzugeben.³³⁸ Obgleich die regulative Idee der Richtigkeit für die Rechtspraxis unverzichtbar ist, handelt es sich bei der Richtigkeit am Ende um eine „kontrafaktische Unterstellung“³³⁹. Die eine richtige Entscheidung gibt es nicht. Konsistent ist das mit der anfangs betonten Lückenhaftigkeit des Rechts und der Unmöglichkeit einer „Erkenntnis“ des richtigen Rechtsanwendungsergebnisses. Es soll deshalb eine andere Unterscheidung der begründbaren von der vertretbaren Entscheidung versucht werden.

Wer vorbringt, eine andere Rechtsauffassung sei „auch vertretbar“, möchte damit nicht die eigene Position abschwächen, sondern darauf hinweisen, dass die Methodenlehre auch eine andere Auswahl oder Gewichtung der entscheidungserheblichen Prämissen ermöglicht. Es wird der subjektive Entscheidungsspielraum betont, der bei der Beantwortung der Rechtsfrage besteht. Die parallele Existenz mehrerer vertretbaren Entscheidungen stellt dabei kein Problem dar, weil die Vertretbarkeit als Abbild der Methodenlehre konzeptionell in dieser angelegt ist. Am Ende steht aber nicht die Vertretbarkeit mehrerer Entscheidungen, sondern es wird nur eine Entscheidung vertreten. Hier wird der Unterschied zwischen der *vertretenen* und der *vertretbaren* Rechtsauffassung deutlich: Während mehrere Entscheidungen vertretbar sind, kann nur eine am Ende vertreten werden.

Anders ist dies bei der begründbaren Rechtsauffassung: Die Vertretbarkeit sagt lediglich etwas über die Möglichkeit der methodischen Herleitung der Rechtsauffassung aus, die Begründbarkeit aber etwas über die Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Entscheidung. Während es im Rahmen der Vertretbarkeit irrelevant ist, welche der Entscheidungen „am besten“ vertretbar ist, spielt dies bei der Begründbarkeit eine Rolle: Eine Entscheidung kann nur dann als begründbar gekennzeichnet werden, wenn die Gründe für die Entscheidung stärker als die Gründe gegen die Entscheidung sind. Dazu kommt, dass auch keine gleichguten Gründe gegen die Entscheidung

336 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 10.

337 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 11 f.

338 Dazu auch Schulz, *Recht und Pragmatismus*, S. 298 ff.

339 Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 342.

sprechen dürften, weil die Entscheidung ansonsten zugleich begründbar und unbegründbar wäre.

Eine Entscheidung ist nur begründbar, wenn eine Begründung möglich ist, die einen unvoreingenommenen, objektiven, rationalen Gegenüber überzeugen kann. Begründbarkeit erfordert, dass alle relevanten Argumente vollständig berücksichtigt und zutreffend gewichtet wurden.³⁴⁰ Es ist deshalb ausgehend von einer bestimmten Prämissenmenge immer nur eine juristische Entscheidung begründbar, während aber mehrere juristische Entscheidungen vertretbar sein können. Der Unterschied zwischen Begründbarkeit und Vertretbarkeit liegt mithin darin, dass die Behauptung der Vertretbarkeit ausgehend von allen möglichen Prämissenmengen erfolgt, während die Behauptung der Begründbarkeit von einer konkreten Prämissenmenge ausgeht.

Beispielsweise ist in Fällen der willenslosen Absendung einer Willenserklärung nach der Auffassung eines Teils der Lehre und der Rechtsprechung die Abgabe der Willenserklärung abzulehnen.³⁴¹ Nach einer anderen Auffassung ist in derartigen Fällen allerdings bei Fahrlässigkeit die Abgabe zu bejahen.³⁴² Beide Ansichten sind vertretbar. Welche der Ansichten begründbar ist, hängt davon ab, welche weiteren Prämissen hinzugezogen werden: Wird der Schutz des redlichen Erklärungsempfängers als ausschlaggebend betrachtet und Fahrlässigkeit für die Abgabe ausreichend, ist ausgehend davon nur die zweite Ansicht begründbar. Eventuelle Gegenargumente, die für die erste Ansicht sprechen, sind zumindest dann zu entkräften, wenn sie vorgebracht werden.

Bezüglich des Verhältnisses von Vertretbarkeit und Begründbarkeit gilt also Folgendes: Die Vertretbarkeit ist ein Vorstadium der Begründbarkeit. Unter Anwendung der Regeln der juristischen Methodenlehre werden verschiedene vertretbare Entscheidungsmöglichkeiten erarbeitet. Dabei werden gewisse Prämissen – wie beispielsweise der Grad der Vertretbarkeit einer Entscheidungsmöglichkeit – zunächst vernachlässigt. Erst im Rahmen der Begründbarkeit spielt es eine Rolle, welche vertretbare Ansicht am besten begründet werden kann – diese Entscheidung ist dann die begründbare Entscheidung.³⁴³

340 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 37.

341 BGH, Urteil vom 08. März 2006 – IV ZR 145/05.

342 Einsele, § 130 BGB, Rn. 14.

343 Siehe auch Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 342.

b) Relativität der Begründbarkeit

Dass bei der Beantwortung einer Rechtsfrage verschiedene Entscheidungen begründbar sind, liegt an der Möglichkeit, verschiedene Prämissenmengen als Begründungsgrundlage heranzuziehen, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können: Es können verschiedene Prämissenmengen gebildet werden, die der Begründbarkeit jeweils einer Entscheidung zugrunde liegen. Die begründbare juristische Entscheidung ist damit in zweifacher Hinsicht relativ. Einerseits steht sie im Kontext einer bestimmten Zeit und eines bestimmten Systems:³⁴⁴ „*Richtigkeit*‘ bedeutet hier keine zeitlose Wahrheit, sondern Richtigkeit für diese Rechtsordnung und für diese Zeit.“³⁴⁵ Andererseits hängt die Begründbarkeit maßgeblich vom Umfang der Prämissen ab, die als Begründungsgrundlage herangezogen werden können.³⁴⁶ Während der Streit über die Auswahl der Prämissen eine alltägliche und theoretisch umfassend aufbereitete Frage ist – um nichts anderes dreht sich beispielsweise der Streit über den Vorrang der Auslegungsmethoden –, wird die Zeit- und Systemrelativität juristischen Begründens zumeist vernachlässigt. Der Grund dafür ist, dass juristische Entscheidungen derart zeit- und systemverhaftet sind, dass sie außerhalb der Zeit vorrangig den Rechtshistoriker, außerhalb des Systems nur den rechtsvergleichenden Juristen interessieren. In der Praxis stehen die auszuwählenden Prämissen gewöhnlich alle vor denselben Zeit- und Systemumständen. Relevant wird die Systemrelativität aber, wenn die Parteien mit unterschiedlichen Systemannahmen an die juristische Begründung herantreten. Im internationalen Kontext kann die Systemrelativität deshalb eine große Bedeutung einnehmen.³⁴⁷ Das Problem der einzig richtigen Entscheidung entpuppt sich schlussendlich als Anfechtbarkeitsproblem: Welche Prämissen entscheidungserheblich sind, ist der ständigen Veränderung unterworfen.

344 Neumann, *Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, S. 18; Die Kulturabhängigkeit, Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Regelsysteme hebt auch Strawson, *Freedom and Resentment and other Essays*, S. 36 ff. hervor.

345 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 315.

346 Siehe dazu unten ab S. 92 und ab 171.

347 Zur Rolle und zum Umgang mit sog. „vorausgesetzten Annahmen“, welche die Systemrelativität abbilden, siehe ab S. 171.