

Eva Schumann (Hrsg.)  
**Gesetz und richterliche Macht**

# Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen



Neue Folge



**Band 48**

# Gesetz und richterliche Macht

---

18. Symposion der Kommission  
„Die Funktion des Gesetzes  
in Geschichte und Gegenwart“

Herausgegeben von  
Eva Schumann

**DE GRUYTER**  
AKADEMIE FORSCHUNG



Vorgestellt von Eva Schumann durch Rundschreiben vom 06. Oktober 2020

ISBN 978-3-11-064999-4

e-ISBN (PDF) 978-3-11-065404-2

e-ISBN (EPUB) 978-3-11-065015-0

**Library of Congress Control Number: 2020944802**

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Satz: Michael Peschke, Berlin

Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

# Inhalt

**Vorwort der Herausgeberin — VII**

Wolfgang Sellert

**Einführung — 1**

Hans-Peter Haferkamp

**Der unabhängige Richter und der Schutz bürgerlicher Freiheit im  
19. Jahrhundert — 5**

Diskussion — 23

Hubert Rottleuthner

**Bilder von Richtern – Richterbilder — 33**

Diskussion — 67

Frank Schorkopf

**Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente**

Zur gewaltenübergreifenden Korrektur von Rechtsprechung — 81

Diskussion — 109

Marietta Auer

**Richterbindung und Richterfreiheit in Regeln und Standards**

Ein Klassiker der Methodenlehre *reloaded* — 119

Diskussion — 155

Anne Röthel

**Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen durch Gesetzgebung und  
Rechtsprechung**

Muster und Entwicklungslinien im jüngeren Familienrecht — 163

Diskussion — 209

**Abschlussdiskussion — 215**

**Nachweis der Abbildungen — 223**

**Teilnehmer des Symposions — 225**

**Personen- und Sachregister — 227**



# Vorwort der Herausgeberin

Mit dem vorliegenden Band werden die Ergebnisse des 18. Symposions der Akademie-Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, das am 18. und 19. Januar 2018 unter dem Titel „Gesetz und richterliche Macht“ in Göttingen stattfand, der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die äußeren Umstände der Tagung waren schwierig, denn es tobte das Orkantief Friederike über Deutschland. Viele auswärtige Teilnehmer/innen des Symposions kamen daher verspätet, einzelne auch gar nicht in Göttingen an. Ein Vortrag zum Thema „Gemeineuropäische Standards zur Unabhängigkeit des Richters“ musste ausfallen (und wurde leider auch nicht in schriftlicher Fassung nachgereicht). Aber auch darüber hinaus wurde das Programm durcheinandergewirbelt: Einige Vorträge konnten – aufgrund des verspäteten Eintreffens einzelner Referentinnen und Referenten – nicht in der geplanten Reihenfolge stattfinden. Dass die Referate in diesem Sammelband in der ursprünglich geplanten Abfolge und demzufolge nicht so, wie sie am 18./19. Januar 2018 gehalten wurden, abgedruckt sind, lässt sich teilweise noch in den Diskussionen erkennen (z.B. auf S. 26 in dem Wortbeitrag von Dietmar Willoweit). Auch die unterschiedliche Länge der Diskussionen ist darauf zurückzuführen, dass wir improvisieren mussten. Dass die Tagung dennoch erfolgreich durchgeführt werden konnte, war nur möglich, weil sich viele auswärtige Teilnehmer/innen über Stunden und Umwege, einzelne sogar mit Zwischenübernachtungen, nach Göttingen „durchgekämpft“ hatten. Ihnen allen sei nochmals herzlich gedankt, dass sie teilweise ganz erhebliche Beschwerden für die Anreise auf sich genommen haben.

Das 18. Symposium folgt der bewährten Konzeption der Kommission, die Grundlagenfächer mit der Dogmatik zu verbinden und Themen von grundsätzlicher Bedeutung intradisziplinär zu diskutieren. Der Band wird mit einer kurzen Einführung von WOLFGANG SELLERT, Ideengeber für das 18. Symposium und langjähriges Kommissionsmitglied, eingeleitet. Es folgt ein rechtshistorischer Beitrag von HANS-PETER HAFERKAMP zur Unabhängigkeit des Richters im 19. Jahrhundert, in dessen Zentrum die Ausbildung von Juristen und deren Vorbereitung auf eine Tätigkeit in der Justiz steht. Anschließend beleuchtet HUBERT ROTTLEUTHNER in vielschichtigen Facetten und in einem weiten historischen Bogen Bilder von Richtern und Richterbilder. FRANK SCHORKOPF stellt mit seinem Beitrag das überkommene Verständnis von der Gewaltenteilung in Frage, zeigt aber zugleich auf, wie wichtig es ist, an der prinzipiellen Trennung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung festzuhalten. MARIETTA AUER beginnt ihre Ausführungen mit der These, dass die herkömmlichen Kategorien der juristischen Methodenlehre nichts zur Lösung des Richterrechtsproblems beitragen könnten, und arbeitet mit Blick auf aktuelle Entwicklungen heraus, dass sich die Bedeutung der richterlichen Rechtserzeugung vom Ausgleich individueller Interessen zur verhaltenssteuernden, gemeinwohlorientierten Regulierung verlagert habe. Der letzte Beitrag von ANNE RÖTHEL zu den Anteilen von Gesetzgebung und Rechtsprechung an der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen im jünge-

ren Familienrecht beschäftigt sich anhand einer Fülle von Beispielen mit den immensen, auch rechtlich zu verarbeitenden gesellschaftlichen Veränderungen familiärer Lebensformen in den vergangenen drei Jahrzehnten.

Dass das Verhältnis von Gesetz und richterlicher Macht weit über die juristischen Debatten hinausweist, hat sich nicht nur in den Beiträgen, sondern auch in den lebhaften Diskussionen immer wieder gezeigt. Diese machen aber zugleich deutlich, dass das Symposium viele Fragen des weitreichenden Themas nur anreißen konnte. Daher verbindet die Kommission mit dem vorliegenden Tagungsband die Hoffnung, dass die anregenden Beiträge und fruchtbaren Diskussionen Impulse für weitere Forschungen geben mögen.

Göttingen, im September 2020

## Wolfgang Sellert

# Einführung

Die Anregung zum Thema des 18. Symposiums gab ein Einführungsvortrag, den *Dietmar Willoweit* 2015 bei der feierlichen Übergabe der Festschrift „Rechtsprechung und Justizhoheit“ an den Rechtshistoriker *Götz Landwehr* gehalten hat.<sup>1</sup> Dort befasste sich *Willoweit* mit dem Thema „Selbständigkeit und Abhängigkeit der Gerichtsbarkeit im Alten Reich“. Sein Beitrag zeigte nicht nur die historische Dimension des Themas, sondern auch das bis heute andauernde und nicht befriedigend gelöste Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit, Richterrecht und Rechtsfortbildung sowie Gesetzgebung, Gesetzesbindung und Gewaltenteilung.

Nach wie vor geht es zentral um die richterliche Unabhängigkeit, die zwar einerseits als Palladium der bürgerlichen Freiheit gilt, die aber andererseits stets Gefahr läuft, sich zu verselbständigen und die Grundlage für die Ausübung gesetzgeberischer Funktionen zu bilden. Die Versuche zur Lösung dieses Problems reichen je nach historisch-rechtspolitischem Umfeld von einer strikten Bindung des Richters an das Gesetz durch Auslegungsverbote<sup>2</sup> über die Gewährung weiter richterlicher Entscheidungsspielräume, weil das Recht „nicht durch die Gesamtheit der Normen, sondern die Gesamtheit der Entscheidungen dargestellt“ wird,<sup>3</sup> bis hin zur nationalsozialistischen Rechtsideologie, mit der die enge Bindung des Richters an das Gesetz im Kontext konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens als leerer Normativismus aufgehoben wurde. Damit waren richterliche Entscheidungen auch *contra legem* zulässig, wenn sie durch das parteipolitisch gefärbte „gesunde Volksempfinden“ geboten schienen.<sup>4</sup>

Grenzüberschreitungen der Gesetzesbindung durch Richterrecht dienen andererseits der Rechtsfortbildung und ermöglichen Einzelfallgerechtigkeit. Raum dazu geben die im Zivilrecht verankerten Generalklauseln. Sie sind „zu einer fast uner-

---

1 DIETMAR WILLOWEIT, Rechtsprechung und Justizhoheit, in: Volker Friedrich Drecktrah/Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtsprechung und Justizhoheit, Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag, 2016, S. 11–19; DERS., Rechtsprechung und Staatsverfassung, JZ 2016, S. 429–434.

2 CLAUDIETER SCHOTT, Auslegungsverbot, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl. 2008, Sp. 369–375.

3 HERMANN ISAY, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929 (Neudruck 1970), S. 29.

4 MICHAEL STOLLEIS, Nationalsozialistisches Recht, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. III, 2. Aufl. 2016, Sp. 1806–1824, insb. Sp. 1813, 1820.

schöpflichen Quelle gesetzeskorrigierenden (und -ergänzenden) Rechts“ geworden<sup>5</sup> und daher „ein Stück offen gelassener Gesetzgebung“.<sup>6</sup>

Die richterliche Auslegungskompetenz ist innerhalb der allgemeinen Interpretationsregeln vor Eingriffen der staatlichen Exekutive durch den Unabhängigkeitsgrundsatz geschützt. Das gilt auch für die obersten Fachgerichte, deren rechtspolitische Grundsatzentscheidungen eine faktische Rechtsgeltung haben und daher den Parlamenten vorbehalten sein sollten.<sup>7</sup> Diese Entscheidungspraxis wird gegenwärtig nicht zuletzt dadurch gefördert, dass sich der Gesetzgeber selbst entmachtet und wie beispielsweise im Arbeitsrecht regelungsbedürftige Rechtsmaterien der Judikative überlässt.

Eine Sonderstellung nimmt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ein, dessen Entscheidungen Rechtsbindungskraft und Gesetzeskraft haben, wenn das Gericht „ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt“ hat (§ 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG). Das BVerfG hat wiederholt nicht nur die Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Vorschriften festgestellt, sondern dem Gesetzgeber auch Weisungen für verfassungskonforme Regelungen erteilt sowie die Verfassung durch Ergänzungen und Interpretationen geändert. Das Verfassungsgericht beschränkt sich insoweit nicht nur auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, sondern macht sich zum „Ersatzgesetzgeber“.<sup>8</sup> Verkürzt und zugespitzt könnte man die einschlägigen Probleme mit *Bernd Rütters* auf die alternative Fragestellung bringen: „Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?“<sup>9</sup>

Noch ungeklärt ist, welches die tiefer liegenden Gründe für die Verschiebung der Balancen zwischen Legislative und Judikative sind und welche Konsequenzen sich hieraus für die bestehende rechtsstaatliche Ordnung ergeben werden. Liegen die Ursachen in einem fundamentalen Strukturwandel der Zivilgesellschaft, ein Wandel, der durch die Europäisierung, Globalisierung sowie Internationalisierung des Rechts- und Wirtschaftswesens, durch die zunehmende Beschleunigung der Nachrichten- und Informationssysteme, durch eine rasante Digitalisierung auf fast allen Gebieten und/oder durch einen häufig überzogenen Schutz von Individualinteressen bedingt ist? Zur rechtlichen Bewältigung dieser Entwicklung ist möglicherweise der anpas-

<sup>5</sup> JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2. Aufl. 2012, S. 316 f.; DERS., *Generalklausel*, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. II, 2. Aufl. 2012, Sp. 99–101.

<sup>6</sup> JUSTUS WILHELM HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933, S. 58.

<sup>7</sup> WILLOWEIT (Anm. 1), S. 15.

<sup>8</sup> Vgl. NORBERT LAMMERT, *Produktive Spannung. Ein Gesetzgeber, der sich durch das Verfassungsgericht beschränkt sieht, wird sich womöglich zu wehren suchen – indem er die Verfassung ändert*, FAZ, 11. Mai 2017, S. 6.

<sup>9</sup> BERND RÜTTERS, *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?*, JZ 2002, S. 365–371.

sungsfähige Richterspruch besser geeignet als das abstrakt-generelle Gesetz, zumal die Legislative auf die umwälzenden Veränderungen in Wirtschaft, Gesellschaft, Politik und Kultur zunehmend mit einer oft übereilten, nicht auf Dauer angelegten und zum Teil ausufernden „Eintagsgesetzgebung“ reagiert.

Diese und viele andere Problemfelder zur Unabhängigkeit des Richters, der richterlichen Macht und der Gesetzgebung werden uns auf dieser Tagung beschäftigen.



Hans-Peter Haferkamp

# Der unabhängige Richter und der Schutz bürgerlicher Freiheit im 19. Jahrhundert\*

- I Einführung
- II Der Gelehrte auf dem Richterthron
- III Der politische und der dogmatische Richter
- IV Versöhnung mit dem Staat nach 1871

## I Einführung

„Um des Rechts willen und um sich dieses zu sichern begibt der Mensch sich in den Staat. Es ist daher ganz natürlich, daß er die Justiz für sein sicherstes Palladium hält.“<sup>1</sup>

Noch ganz in kontraktualistischer Manier skizzierte *Ludwig Mimmigerode* 1835 den Ausgangspunkt meines Themas. Mit der um 1780 aufkommenden Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht,<sup>2</sup> wurde die Herrschaft des Gesetzes zum Schutzkonzept der bürgerlichen Gesellschaft und die Justiz zu ihrem Palladium. Die Justiz sollte durch *Unabhängigkeit* vor monarchischem Machtanspruch und Kabinettsjustiz geschützt werden und zugleich durch *Abhängigkeit* vom Gesetz dessen Garant sein. Wie stand es nun um diese richterliche Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert? Und welche Bedeutung hatte sie für mein Thema, die bürgerliche Freiheit?

Nähert man sich diesem Feld, steht man zunächst vor ganzen Bibliotheken voller *literarischer Stellungnahmen* zur richterlichen Unabhängigkeit. *Dieter Simon* zählte 1975,<sup>3</sup> in einer Hochzeit der Justizkritik, 800 Veröffentlichungen zu diesem Fragenfeld und *Rainer Schröder* fand 1988 sogar nur für den Untersuchungszeitraum zwischen

---

\* Die Vortragsfassung wurde beibehalten. Auf einen umfangreichen Apparat wurde bewusst verzichtet. Zahlreiche Hinweise auf eigene Arbeiten dienen auch dazu, die dort jeweils zusammengetragene Literatur einzubinden.

1 LUDWIG MINNIGERODE, Beitrag zur Beantwortung der Frage: Was ist Justiz- und was ist Administrativ-Sache?, 1835, S. 49 f., dazu bereits bei DIETER SIMON, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 3, 5.

2 Vgl. nur: JAN SCHRÖDER, Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts, in: Hermann Lange/Knut Wolfgang Nörr/Harm Peter Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 961; PIO CARONI, „Privatrecht“. Eine sozialhistorische Einführung, 1988, S. 101; JOACHIM RÜCKERT, Das BGB und seine Prinzipien, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2003, Rn. 79 ff.

3 SIMON (Anm. 1), S. IX.

1880 und 1914 ebenfalls 800 Titel, die das Verhältnis des Richters zum Gesetz thematisierten.<sup>4</sup>

Noch schwieriger wird es, wenn man Aussagen über die *Wirklichkeit* der richterlichen Unabhängigkeit treffen will. Diese bestimmte sich im 19. Jahrhundert kaum über Verfassungsartikel oder über § 1 GVG. Entscheidend für die Realität richterlicher Unabhängigkeit waren Fragen wie das in Preußen unbezahlte Referendariat, das Disziplinarrecht, das Gerichtsorganisationsrecht, die Urlaubsregelung, die etwa über eine Mitarbeit in Parlamenten entschied, das Ämterbesetzungsrecht, das Beförderungsrecht, die Frage der Besoldung, die Pension, zudem Dienstaufsicht und Personalbeurteilung.<sup>5</sup> Unweigerlich landet man bei solchen Fragen zwischen 1806 und 1871 in vielen territorialen Besonderheiten des Deutschen Bundes und verliert sich in Sonderlagen.

Ebenso kaum möglich ist es, anhand konkreter Rechtsprechung Unabhängigkeitswirklichkeiten zu analysieren. Die wenigen Machtsprüche des 19. Jahrhunderts<sup>6</sup> taugen kaum als Gradmesser. Man müsste vielmehr Urteile darauf befragen, ob hier der unabhängige oder der abhängige Richter judizierte. Damit geriete man in den Sumpf der Methodendebatten darüber, was Rechtsanwendung von Rechtsfortbildung eigentlich unterscheidet. Zudem müsste man Entscheidungssituationen komplex rekonstruieren, was angesichts der bisher äußerst rudimentären Erkenntnisse über die richterliche Entscheidungswirklichkeit<sup>7</sup> im 19. Jahrhundert nicht irgendwie aussagekräftig leistbar ist.

Ich habe mich daher dazu entschlossen, mich dem Thema sozusagen über die Hintertreppe zu nähern. Im Zentrum meiner Überlegungen wird die Juristenausbildung im Privatrecht, also im Signalgebiet bürgerlicher Freiheit stehen.<sup>8</sup> In privatrechtlichen Ausbildungsprogrammen wurden Richterleitbilder verwirklicht. Hier versuchte man die Richter zu produzieren, die man sich erhoffte.

Diese Perspektive taugt deshalb für übergreifende Aussagen, weil spätestens um 1850 im Deutschen Bund eine weitgehend angegliche universitäre Juristenausbil-

---

<sup>4</sup> RAINER SCHRÖDER, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, 1988, S. 487, Anm. 1.

<sup>5</sup> So das Untersuchungsprogramm von THOMAS ORMOND, Richterwürde und Regierungstreue. Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866–1918, 1994.

<sup>6</sup> Vgl. Zusammenstellung bei WILHELM WALLMANN, Einflußnahmen der Exekutive auf die Justiz im 19. Jahrhundert, 1968, S. 128 ff.

<sup>7</sup> Dies liegt für den Vormärz überwiegend an der schlechten Überlieferungslage. Seltene Ausnahmen bieten etwa FRANK THEISEN, Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische Rechtsprechung von 1821–1848, 1997, S. 208 ff.; BJÖRN CZESCHICK, Das Landgericht und Stadtgericht Büren 1815–1849, 2018; KATALIN POLGAR, Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1879) und seine Richterpersönlichkeiten, 2006, S. 85 ff.; PETER OESTMANN, Zur Gerichtspraxis im 19. Jahrhundert. Ein Schmutzgeleiprozess am Oberappellationsgericht Lübeck, 2019.

<sup>8</sup> Ich kann dabei auf meine Untersuchungen zur Juristenausbildung zurückgreifen, HANS-PETER HA-FERKAMP, Die Historische Rechtsschule, 2018, S. 31 ff.

derung im Privatrecht bestand, also eine Einheitlichkeit gegeben war, die bei anderen Perspektiven an den vielen territorialen Besonderheiten scheitert. Entscheidend hierfür war, dass sich von Göttingen ausgehend das Konzept der akademischen Freiheit weitgehend durchsetzte.<sup>9</sup> Künftige Richter des Privatrechts wurden daher durch Lehrer des Privatrechts erzogen, die über den Ausbildungsinhalt weitgehend frei entschieden, nur locker eingerahmt von territorialen Ausbildungsvorgaben. Das betraf freilich nur einen Teil der Richterausbildung. Ausgeblendet werden die in den Gebieten mit zweistufiger Juristenausbildung sehr unterschiedlichen nachuniversitären Ausbildungsstufen, also etwa in Preußen Auskulatur und Referendariat, in Bayern, Hessen und Württemberg der im Einzelnen unterschiedliche dreijährige praktische Vorbereitungsdienst.<sup>10</sup> Jedenfalls für die Territorien mit zweistufiger Ausbildung blieb die hier interessierende Sozialisationswirkung der Universität daher begrenzt. Man kann also nicht einfach von der Universität auf die Richter schließen. Gleichwohl: Die universitäre Ausbildung war jedenfalls der Ort, wo die Justiz auch vor 1871 gemeinsame Prägungen erhielt. Bei allen denkbaren Sonderlagen im einzelnen Fall kann man also annehmen, dass zwischen dem Denken und dem Selbstverständnis der Justiz und dem Konzept der Juristenausbildung enge Beziehungen bestanden. Was für einem Richterleitbild strebten die Universitäten also nach?

Befragt man hierzu nochmals *Ludwig Minnigerode*, so erhält man ein altbekanntes Bild. Weil Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive eine Abhängigkeit gegenüber der Legislative implizierte, lag es nahe, den Richter als streng an das Gesetz gebunden zu konzipieren und so folgte *Minnigerode* für den Schutz der bürgerlichen Freiheit „die notwendige Bestimmung des Richters, daß er nur das ausspreche, was sich [...] in Beziehung auf das Gesetz, als notwendige Folge ergibt.“<sup>11</sup>

Dieses Bild des *bouche de la loi* bedient eine alte Geschichte. Lange Zeit wurden die Jahre um 1800 als Zeit großer Illusionen geschildert. *Minnigerodes* anklingende Vorstellung, das richterliche Urteil sei eine logisch-formale Operation, bei der subjektive Einstellungen des Richters keinerlei Einfluss hätten,<sup>12</sup> galt als ebenso zeittypisch wie die gleichermaßen illusionäre Ansicht, es sei möglich, eine lückenlose Rechtsordnung zu entwickeln, die dem Richter auf jede Frage Antworten bereitstellen würde.<sup>13</sup> Erst um 1880 oder gar erst mit dem sogenannten Freirecht habe man, so das ältere Bild, entdeckt, dass die Alternative „gebunden vs. frei“ so gar nicht besteht, dass

<sup>9</sup> RUDOLF STICHWEH, Akademische Freiheit, Professionalisierung der Hochschullehre und Politik, in: DERS., Wissenschaft, Universität, Professionen. Soziologische Analysen, Neuauf. 2013, S. 295 ff.

<sup>10</sup> Vgl. nur überblicksartig PETER KRAUSE, Geschichte der Justiz – und Verwaltungsausbildung in Preußen und Deutschland, in: Christian Baldus (Hrsg.), Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform, 2008, S. 95 ff.

<sup>11</sup> MINNIGERODE (Anm. 1), S. 52.

<sup>12</sup> So etwa SIMON (Anm. 1), S. 5.

<sup>13</sup> Vgl. beispielhaft FRANZ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. 1967, S. 333 („Anmaßung des Gesetzgebers, alle erdenklichen Verhältnisse ein für allemal vorregeln zu können“).

richterliche Tätigkeit immer auch wertend und damit politisch ist, so dass sich die Vorstellung der strengen Gesetzesbindung als undurchführbar erweist.<sup>14</sup>

Wir wissen heute, dass diese oft erzählte Geschichte einer verlorenen Unschuld wenig glaubwürdig ist. *Regina Ogorek* hat bereits vor mehr als dreißig Jahren gezeigt, dass schon um 1800 ein Wissen um die Vorverständnisabhängigkeit richterlicher Entscheidungen bestand.<sup>15</sup> Auch die Lückenanfälligkeit jeder Rechtsetzung war, wie zuletzt *Bernd Mertens*<sup>16</sup> nachgewiesen hat, in der Gesetzgebungstheorie des 18. und 19. Jahrhunderts durchweg selbstverständlich. Eine letztlich unglaublich naive Herrschaft des „Subsumtionsautomaten“ in Methodenlehre und Gesetzgebungstheorie um 1800 ist also eine legitimierende Rückschauverzerrung des antipositivistischen 20. Jahrhunderts.<sup>17</sup> Damit ist es wieder interessant, die Toten zum Sprechen zu bringen, da sich nicht nur naive Erörterungen erwarten lassen. Jenseits der schlichten Antithese Bindung versus Freiheit des Richters konnte man bereits um 1800 differenziert über das Maß relativer Bindung diskutieren. Wollte man also den Gesetzgeber und den Richter möglichst zu einer Wertungseinheit verschmelzen oder wollte man im Richter eine relativ eigenständige zweite Schutzwehr gegen den Staat?

## II Der Gelehrte auf dem Richterthron

1789 nahm der junge *Gustav Hugo* zu den Plänen eines Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (ALR) Stellung. Den zeitgenössischen Hoffnungen, durch eine Kodifikation dem Ideal eines auf allgemeinen Prinzipien beruhenden Naturrechts nahe zu kommen, konnte *Hugo* schon deshalb wenig abgewinnen, weil der begeisterte Leser der *Kritik der reinen Vernunft* an die Erkennbarkeit eines allgemein-

<sup>14</sup> Vgl. meine Nachzeichnung dieser Bilder in HANS-PETER HAFERKAMP, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘, 2004, S. 46 ff., 78 ff.

<sup>15</sup> REGINA OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, 1986, S. 60.

<sup>16</sup> BERND MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, 2004, S. 326 ff.; übergreifend zum Problem, JAN SCHRÖDER, Art. Lücke im Gesetz. Lücke im Recht, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. III, 2. Aufl. 2016, Sp. 1079–1083.

<sup>17</sup> Zu diesen Bildern HANS-PETER HAFERKAMP, *Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts*, in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), *Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts*, 2010, S. 181 ff.; DERS., Art. Positivismus, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 27. Lieferung 2018, Sp. 688–693. Zusammenstellung historischer Zitate, allerdings ohne genaue Erarbeitung des Kontextes, bei CLARA GÜNZL, *Subsumtionsautomaten und -maschinen. Rechtshistorische Anmerkungen zu einem beliebten Vorwurf*, JZ 2019, S. 180 ff.

gültigen Naturrechts nicht glaubte.<sup>18</sup> *Hugo* sah in durchkomponierten Gesetzen zu diesem Zeitpunkt eher eine Gefahr:

Aber der große Nachtheil besteht darin, daß, wenn das Uebel die Sanction eines Gesetzes erhalten hat, es nicht mehr so leicht zu heben ist, als jetzt, wo vielleicht noch Alles durch eine verbesserte Studierart auf Universitäten, in zwanzig Jahren, sich allmählich ändern kann.<sup>19</sup>

*Hugo* setzte an die Stelle des Gesetzes den wissenschaftlichen Juristen – und diesen wollte er über eine verbesserte Studierart ausbilden. Er war sich dabei durchaus mit den Verfechtern einer Kodifikation darüber einig, dass die bisherige Justiz den Bedürfnissen nicht genügte.<sup>20</sup> Die Klagen über die Qualität des Justizpersonals nahmen um 1800 zu. Noch immer hielt sich an Untergerichten die Praxis, Richterstellen zu verkaufen oder zu verleihen.<sup>21</sup> Selbst bei Obergerichten fand sich die Tendenz, Richterstellen quasi erblich in einer Familie weiterzugeben.<sup>22</sup> Die Folgen zeigten am Beispiel Bayerns die dort zwischen 1799 und 1803 durchgeführten fachlichen Prüfungen der Richterschaft, denen zwei Drittel aller bis dahin amtierenden Richter zum Opfer fielen.<sup>23</sup>

Entgegen späterer Legenden ging es beim Versuch des ALR, den Richter stärker an das Gesetz zu binden, nicht um den naiven Glauben, Lebenssachverhalte über Gesetze lückenlos und ohne richterliche Abschwächungen durchsteuern zu können. Hintergrund waren vielmehr konkrete justizielle Defizite und der Versuch, richterliche Willkür einzudämmen. Dies war gerade eine privatrechtliche Perspektive. Es war die Sorge um Rechtssicherheit, die *Carl Gottlieb Svarez* davon überzeugte, dass die Freiheit der Bürger stärker durch den Gesetzgeber als durch den Richter geschützt werden könnte. *Svarez* begründete das in § 6 Einl. ALR ausgesprochene Verbot von Richterrecht mit dem Schutz der bürgerlichen Freiheit vor „Unsicherheit des Eigenthums und der Rechte, in einem Lande, wo die Justiz nur nach Praejudicialis verwaltet“ werde.<sup>24</sup> Seine Warnung vor „den moralischen Grundsätzen, und den Leidenschaften des an keine feste Norm gebundenen Richters“<sup>25</sup> machten *Hugo* aber offenbar keine Angst. Er setzte ganz gegenteilig auf einen Richter, der auch nach „Billigkeit“ urteilen sollte.

**18** Hierzu JOACHIM RÜCKERT, »... daß dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte ...«? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts. Vorträge der Tagung der Deutschen Sektion der IVR, Göttingen 12.–14. Oktober 1988, 1990, S. 94 ff.

**19** GUSTAV HUGO, Rez. J. G. Schlosser. Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1789, in: DERS., Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniß der letzten vierzig Jahre, Bd. 1, 1828, S. 107, 115.

**20** Hierzu OGOREK (Anm. 15), S. 61 ff.

**21** ERICH DÖHRING, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, 1953, S. 52 ff.

**22** DÖHRING (Anm. 21), S. 53.

**23** REINHARD WENDT, Die bayerische Konkursprüfung in der Montgelas-Zeit, 1984, S. 276 und passim.

**24** ANDREAS SCHWENNICKE, Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 128.

**25** SCHWENNICKE (Anm. 24), S. 128.

Dieser Billigkeit war im ganzen schönen römischen Rechte sehr Viel überlassen, und auch in diesem Punkte macht die simple historische Bemerkung es schon sehr wahrscheinlich, daß man nicht wohl thue, wenn man den Richter zu einer bloßen UrteilsMaschine machen will.<sup>26</sup>

*Hugo* gab dem Richter ganz erstaunlich große Freiheit, die er durch Gesetze gefährdet sah. Er lehnte sich dabei an Warnungen an, die *Johann Georg Schlosser* 1789 in seinen viel gelesenen Briefen über die Gesetzgebung verbreitet hatte. *Schlosser* hatte mit Blick auf den gebundenen Richter prognostiziert: „Der Bube, dem man immer vorsagt er wäre ein Dummkopf, wird endlich einer“.<sup>27</sup> Seine Befürchtungen schienen sich schnell zu bewahrheiten, als bereits 1797 das Kammergericht davor warnte, dass sich die Studenten nur noch „auf das Lesen, oder höchstens das Auswendiglernen der am meisten praktischen Titel des Allg. Landrechts“ beschränken würden.<sup>28</sup> 1809 bemängelte dann auch Großkanzler *Karl Friedrich von Beyme* in einem Brief an *Wilhelm von Humboldt*, die bisherigen Vorlesungen über das ALR in Königsberg, Halle und Frankfurt a. d. Oder<sup>29</sup> hätten „bey dem größten Theil der Studirendenschaft die ihrer Bequemlichkeit so sehr entsprechende Meinung erweckt, daß ihnen zur Ausfüllung ihres künftigen Berufs nichts weiter nöthig sey, als diejenige Kenntniß der Landesgesetze, die ihnen in diesen Lehrvorträgen mitgetheilt wird“.<sup>30</sup>

Die Sorge vor einem weiteren Niveauverlust der Justiz schien also nicht unbegründet. Damit stand zu befürchten, dass der Gesetzgeber durch nicht mitdenkende Richter absurde Ergebnisse zu verantworten hätte. *Hugo* hatte daher von Anfang an auf ein ganz anderes Ausbildungskonzept und damit einen ganz anderen Richter gesetzt. In seinem civilistischen Cursus entwickelte er 1789 ein Ausbildungsprogramm, bei dem Exegese und Kritik gelehrt wurden.<sup>31</sup> Er setzte auf methodische Fähigkeiten, nicht bloßes Anwendungswissen. *Hugo* hatte „bedeutende Ansprüche“

<sup>26</sup> HUGO (Anm. 19), S. 114.

<sup>27</sup> JOHANN GEORG SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1789, S. 210.

<sup>28</sup> Rescript an das Cammer-Gericht, wie es künftig bey dem Examine der Rechts-Kandidaten gehalten werde soll vom 1. Januar 1797 (Verzeichniß derer in dem 1797sten Jahre ergangenen Edicte, Patente, Mandate, Rescripte und Haupt-Verordnungen etc. Nach der Zeitfolge, Berlin 1798, Sp. 905 ff.), abgedruckt als „Justizministerialrescript, die Gegenstände der Prüfung der zum juristischen Staatsdienst sich meldenden Kandidaten betreffend“ bei JOHANN FRIEDRICH WILHELM KOCH, Die Preussischen Universitäten. Eine Sammlung der Verordnungen welche die Verfassung und Verwaltung dieser Anstalten betreffen, Bd. 2, Abt. 1, 1840, S. 207.

<sup>29</sup> Zusammenstellung der dortigen Vorlesungen zum ALR bei MATTHIAS BÄUMER, Die Privatrechtskodifikation im juristischen Universitätsstudium, 2008, S. 25 ff.; zu den Versuchen ein „Jus commune borussicum“ zu etablieren CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, Praktische Theorie: Die Landrechtsvorlesung in Savignys wissenschaftlichem Programm, in: DERS. (Hrsg.), Friedrich Carl von Savigny. Landrechtsvorlesung 1924. Drei Nachschriften, 1. Hbd., 1994, S. XXX f.

<sup>30</sup> *Karl Friedrich von Beyme*, Brief an *Wilhelm von Humboldt* vom 29.8.1809, abgedruckt bei UWE BAKE, Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen, 1971, S. 155 f.

<sup>31</sup> Hierzu HAFERKAMP (Anm. 8), S. 46 ff.

an einen Juristen: „Kopf, Fleiß, Vorkenntnisse [...] und eine veredelte Denkungsart“.<sup>32</sup> Das Studium bezwecke „Ausbildung des Gedächtnisses“, „Bildung des Geschmacks“, „Übung des Scharfsinns“ und der „Moralität“.<sup>33</sup> Hugo wollte einen Richter, der rechtliche Quellen kritisch, mit wissenschaftlichem Handwerkszeug, historischen und philosophischen Kenntnissen und einem klaren Blick für das Leben verarbeitet. Hugo legte damit den Grundstein für das neue juristische Studium des 19. Jahrhunderts. 1794 hatte sich mit *Christian-Gottlieb Haubold* eine erste zeitgenössische Leitfigur Hugos Zielen angeschlossen und 1802 trat *Friedrich Carl von Savigny* dem nun sogenannten Triumvirat bei, um einen neuen Juristentyp auszubilden.<sup>34</sup> Savigny nannte es noch 1834 seine „Lieblingsüberzeugung [...], daß aller Erfolg davon abhängt, den Richterstand in eine Lage zu bringen, in welcher er mit lebendigem Denken und nicht auf mechanische Weise sein Geschäft vollbringe, ihn also zu erziehen. Hätten wir das erreicht, so wäre alles gewonnen“.<sup>35</sup> Savigny hatte 1808 den Geltungsgrund des *Ius Commune* vom Alten Reich getrennt und auf ein gemeinsames deutsches Rechtsbewusstsein verlagert, dem *Georg Friedrich Puchta* später den Namen Volksgeist gab.<sup>36</sup> Für die Universitäten war dies interessant, weil es mit seiner Fiktion, das territoriale Recht entstamme einem gemeinsamen Unterbau, ein Ausbildungskonzept unterstützte, das ein gesamtdeutsches Publikum anzog.<sup>37</sup> In der Folge blieb das Römische Recht Ausbildungsschwerpunkt, von dem aus, wie etwa Savignys Landrechtsvorlesungen zeigten, die territorialen Kodifikationen interpretiert und kritisiert wurden.<sup>38</sup> Damit ging es nicht um traditionelle Gesetzesbindung. Schließlich war mit Blick auf das *Ius Commune* und das antike Recht rätselhaft, wo – so *Carl Friedrich Ferdinand Sintenis* – „denn der Gesetzgeber (für uns) sei, welchem die Rechtsgelehrten entge-

**32** GUSTAV HUGO, Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Erster Band, welcher als allgemeine Einleitung die juristische Encyclopädie enthält, 8. Aufl. 1835, S. 58.

**33** GUSTAV HUGO, Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Erster Band, Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, 4. Aufl. 1811, S. 21.

**34** CHRISTIAN GOTTLIEB HAUBOLD (anonym), Rezension Hugo Institutionen (1789), Lehrbuch der Rechtsgeschichte (1790), Lehrbuch und Chrestomathie des classischen Pandektenrechts (1790), Encyclopädie (1792), Civilistisches Magazin 1 u. 2, 1790–1792, JALZ 1794, Nr. 278, Sp. 505 ff.; FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Methodologie 1802, abgedruckt in: Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, hrsg. v. Aldo Mazzacane, 2. Aufl. 2004; klärend dann FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Rezension Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, 2. u. 3. Ausg. 1806, hier zitiert nach Wiederabdruck in: DERS., Vermischte Schriften, Bd. 5, 1850, ND 1981, S. 1 ff.; vgl. HAFERKAMP (Anm. 8), S. 51 ff.

**35** *Friedrich Carl von Savigny* an *Wilhelm von Gerlach* am 1.4.1834, in: Hans Liermann/Hans-Joachim Schoeps (Hrsg.), Materialien zur preußischen Ehreform im Vormärz. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen aus dem Jahre 1961. Philologisch-Historische Klasse, 1961, S. 490.

**36** HAFERKAMP (Anm. 8), S. 68 ff.

**37** STEN GAGNÉR, Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, in: Helmut Coing/Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation im 19. Jahrhundert, Bd. I, S. 15 ff.

**38** WOLLSCHLÄGER (Anm. 29), S. XLII ff.

gen Partei machen?“<sup>39</sup> Indem die Richter an einem Recht ohne Gesetzgeber geschult wurden, das gar nicht in der modernen Form abstrakt-genereller Konditionalsätze formuliert war, stand auch methodisch die ganze Idee einer strengen Bindung an den Gesetzgeberwillen ganz am Rande der Ausbildung. Römische Quellen, deren Regeln erst herausexegiert werden mussten, nicht ein modernes Gesetz, waren Ausgangspunkt für wissenschaftliches Argumentieren.

Eine ganze Generation von Schülern *Savignys* und *Hugos* verbreitete dieses Ausbildungsmodell an den deutschen Universitäten.<sup>40</sup> *Moritz August von Bethmann-Hollweg* formulierte 1832 das Ziel, das bereits *Hugo* 1789 zu seinen Reformen veranlasst hatte:

Möchte durch die neue Belebung, welche die Rechtswissenschaft in unsern Tagen erfahren hat, mehr und mehr auch ein tüchtiger Stand praktischer Juristen gebildet werden, wahrlich! Es würde dann in unserm Vaterlande nicht bloß um die Anwendung des bürgerlichen Rechts wohl stehn, sie würden durch gründliche Kenntniß unsres einheimischen Rechts und unerschütterlichen Rechtssinn einen festen Damm bilden wider die Fluth von Sophismen, welche die ersten Grundlagen der bürgerlichen Ordnung zu zerstören droht.<sup>41</sup>

*Gründliche Kenntnis* und *unerschütterlicher Rechtssinn* waren also die Haupteigenschaften, mit denen man die bürgerliche Freiheit schützen wollte. Daraus ergab sich ein zweihändiges Erkenntnisverfahren, das man dem Richter mitgeben wollte. „Gründliche Kenntnis unsres einheimischen Rechts“ bezog sich keineswegs lediglich auf ein Kennen der Gesetze, sondern auf ein Verstehen. Schlagworte waren seit *Hugo*: Exegese, Geschichte und System.

Exegese trat seit *Hugo* an die Stelle abstrakter Hermeneutikregeln.<sup>42</sup> Als erster nahm *Hugo* methodische Veränderungen in der Göttinger Theologie auf und setzte an die Stelle der Vermittlung von Ergebnissen autoritativer Interpretation die eigene Interpretation des Studenten, die er durch gemeinsames Interpretieren antiker Texte vorführte und zugleich gemeinsam betrieb. Interpretieren lernte man ühend, nicht durch ein methodisches Reglement. Im gesamten 19. Jahrhundert wurde nun die Pandektenvorlesung der Ort, an dem man antike Texte interpretierte. Obwohl die Vorlesung als „Heutiges Römisches Recht“ ausgeflagt war, wurden eine Fülle antiker Besonderheiten mitbehandelt, weil man glaubte, nur so die systematischen Zusammenhänge des römischen Rechts erklären zu können.

<sup>39</sup> CARL FRIEDRICH FERDINAND SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 1868, S. 30 f., Anm. 20.

<sup>40</sup> Zusammenstellung der Hörer bei JOACHIM RÜCKERT u. FRANK L. SCHÄFER, *Repertorium der Vorlesungsquellen zu Friedrich Carl von Savigny*, 2016; Gruppenbildung bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 18 ff.

<sup>41</sup> MORITZ AUGUST VON BETHMANN-HOLLWEG, *Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und Preußischen Civilprozeß*. Mit einer Vorrede zur Einleitung in die Civilpraxis, 1832, S. XLI.

<sup>42</sup> Hierzu HAFERKAMP (Anm. 8), S. 41 ff., 102 ff.

Das System,<sup>43</sup> der zweite Erkenntnisweg, diente der Rationalisierung des positiven Rechts, war also ein Teilaspekt guter Interpretation. Dabei ging es nicht um die Anwendung eines bestimmten Systems. Ohne dass über die Systemtypen oder auch über die Eigenstruktur des Rechts jemals Einigkeit erzielt worden wäre,<sup>44</sup> ging es immer darum, das positive Recht in den Quellen dadurch besser zu verstehen, dass man die Ergebnisse der Textinterpretation als einen Zusammenhang von Begriffen und Prinzipien zu erklären suchte und zugleich mit philosophischen Grundannahmen, also dem jeweiligen Rechtsbegriff, verknüpfte. Dem positiven Recht wurde ein Sinnzusammenhang unterstellt und nur Sätze, die sich als Besonderheiten diesen Zusammenhängen entzogen, sollten als Ausnahme, *ius singulare*, dem System äußerlich angegliedert werden. Die Vorstellung eines Gesamtsinnzusammenhangs wurde vor allem dem antiken Ideal unterstellt, indem viele Juristen in solchen systematischen Zusammenhängen gedacht hätten, obwohl es kaum zur abstrakten Ausformulierung eines solchen Systems gekommen war. Besonders *Savigny* betonte den Zauber eines solchen gemeinsamen Denkkzusammenhangs „fungibler Personen“.<sup>45</sup> Gerade der Blick auf die Antike machte aber auch klar, dass es nicht darum ging, feste Systemzusammenhänge einfach zu lernen, sondern in ihnen selbst zu argumentieren.

Geschichte, der dritte Zugang, unterstellte einen teleologischen Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit, der jedenfalls im Umfeld *Savignys* offen christlich begründet wurde.<sup>46</sup> Das dazu notwendige historische Wissen stellte zumeist die Institutionen- oder die Rechtsgeschichtsvorlesung im ersten Semester bereit. *Savigny* führte in seinen Berliner Vorlesungen zum ALR vor,<sup>47</sup> was dies bedeutete: Das ALR wurde von ihm als Ergebnis einer langen Vorgeschichte vom antiken Recht zum *Ius Commune* und mit Berücksichtigung preußischer Besonderheiten interpretiert. Das ALR war sozusagen ein Durchgangspunkt einer langen Geschichte und nur so zu verstehen. Es ging also keineswegs um eine subjektive Auslegung im modernen Sinne, da auch der Gesetzgeberwille selbst als Durchgangspunkt verstanden wurde, also nicht einfach band.

Exegese, Geschichte und System waren Wege der Sinnergmittlung. Feste Regeln dafür mochte man nicht geben.<sup>48</sup> In den Lehrbüchern und den Vorlesungen gab es kaum feste Regeln der Hermeneutik. Wie heute hatten also auch damals die meisten Richter nie eine Vorlesung über Methodenlehre gehört und waren trotzdem hermeneutisch geschult. Um Interpretation einzuüben, verbreiteten sich neben den exegetischen Übungen in der Pandektenvorlesung bald Fallübungen, bei denen nicht antike

---

**43** Hierzu HAFERKAMP (Anm. 8), S. 228 ff.

**44** Zu den Systemdebatten HAFERKAMP (Anm. 8), S. 228 ff.

**45** FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 157.

**46** HAFERKAMP (Anm. 8), S. 173 ff.

**47** Vgl. WOLLSCHLÄGER (Anm. 29); zu den Abgrenzungen zum antiken Verfahren HAFERKAMP (Anm. 8), S. 203 ff.

**48** Zum Folgenden HAFERKAMP (Anm. 8), S. 41 ff., 102 ff.

Texte, sondern Fälle diskutiert wurden. Interpretieren lernte man durch Interpretieren. Und genau deshalb konnte man es sich auch leisten, das geltende Recht, etwa die territorialen Kodifikationen, nur als Nebengebiet des Studiums zu betreiben. Wenn man wissenschaftliches Arbeiten gelernt hatte, konnte man diese Fähigkeit auf jeden Stoff anwenden und da es nie einfach nur feststehendes, sondern wissenschaftlich immer wieder neu zu durchdenkendes Wissen gab, konnte man auf starre Wissenskanones des geltenden Rechts verzichten. Vergleicht man den Text einer Kodifikation mit dem Pandektenlehrbuch *Bernhard Windscheids*, so zeigen die teilweise seitenlangen Fußnoten die Unterschiede. Es ging im Justizkonzept der Pandektenwissenschaft nicht darum, Ergebnisse festzuschreiben, sondern Recht als lebendigen Diskussionsprozess einer Juristenaristokratie zu ermöglichen. Daraus folgte, dass kaum ein Begriff, kaum ein Institut, kaum ein Prinzip frei von Diskussionen blieb.

Lag schon in diesen Vorgaben ein klares Bekenntnis zu einem selbstbewussten, eigenständig denkenden Richter, so erhöhte sich das diesem zugewiesene Vertrauen noch dadurch, dass *Bethmann-Hollweg* ein zweites Kriterium für justiziellen Freiheitsschutz benannte: unerschütterlichen Rechtssinn.<sup>49</sup> Sinn, nicht Wissen. Stets blieb ein Restbereich, in dem man dem Interpreten eine Berufung auf das Rechtsgefühl gestattete, denn, so *Johann Christian Hasse* 1822, „ohne dieses Gefühl würde man bei aller Gelehrsamkeit doch nur ein mittelmäßiger oder schlechter Practiker bleiben, der sich immer an's Gesetzbuch erinnern mußte, ohne sein Gefühl gehörig um Rath fragen zu können. Der gute Practiker muß jedem Falle abzufühlen verstehen, wie er zu beurtheilen sei.“<sup>50</sup> Dieses Rechtsgefühl tauchte in verschiedenen Benennungen auf,<sup>51</sup> *Puchta* sprach, wie *Hugo*, von einem „natürlichen Gefühl der Billigkeit“, bisweilen wurden scheinempirische Wirklichkeitsargumente vorgeschoben, etwa „praktische Bedürfnisse“ oder die „Natur der Sache“, oft fiel der Ausdruck „Überzeugung“. Keineswegs verstieß es also gegen die wissenschaftlichen Regeln, wenn *Rudolf von Jhering* in seinem Plädoyer für eine culpa in contrahendo schlicht ausrief: „Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf?“<sup>52</sup> Freilich gerade hier zeigte sich das römische Verständnis der Interpretatio, das diese Romanisten einte. Es ging nicht um bloße Gerechtigkeitsappelle. Vielmehr war stets eine rationale Begründung mit dieser Berücksichtigung des Rechtsgefühls verbunden. *Puchta* beschrieb

<sup>49</sup> Auch zum Folgenden die Nachweise bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 197 ff.

<sup>50</sup> JOHANN CHRISTIAN HASSE, Institutionen, Nach seinem Vortrage geschrieben, Bonn im Wintersemester 1822/23 von *Ferdinand Joseph Esser*, Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln H I 142, S. 18.

<sup>51</sup> HANS-PETER HAFERKAMP, ‚Needs‘ – Pandectists between Norm and Reality, in: Jean Louis Halperin/Michael Stolleis/Yasutomo Morigiwa (Hrsg.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment*, 2011, S. 107 ff.

<sup>52</sup> RUDOLF VON JHERING, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, S. 1, 5; hierzu JOACHIM RÜCKERT, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil 1, Rg 5 (2004), S. 128 ff., Teil 2, Rg 6 (2005), S. 122 ff.

dies auch mit *Hugos* kongenialem Verständnis von Billigkeit: „Dem Richter muss die juristische Vernunft nicht niedriger stehen als das Gesetz“,<sup>53</sup> seine Tätigkeit müsse stets vom „Rechtssinn, der das Volk durchdringt“,<sup>54</sup> getragen sein. Die daher stets zu berücksichtigende richterliche Billigkeit sei freilich niemals „ein dunkles, subjektives Gefühl, sondern ein seiner Gründe sich bewusstes, dem Geist des fraglichen Rechtsinstituts entsprechendes Ermessen der individuellen Umstände“.<sup>55</sup>

Den Ausgleich zwischen der erwünschten Rechtssicherheit einerseits und der notwendigen Entwicklungsfähigkeit des Rechts andererseits suchte man nicht nur in der Interpretationslehre. Auch in der Rechtsquellenlehre wurde dieses Zusammenspiel zwischen Flexibilität und Stabilität, zwischen Freiheit und Notwendigkeit, ausbuchstabiert. Ort der Diskussion war die Frage, ob man traditionelle Geltungsregeln wie die *Communis opinio doctorum* oder den *Usus fori* zu Indizien für die Richtigkeit eines Satzes herabstufen durfte, um der wissenschaftlichen Überzeugung eine Abweichung zu gestatten.<sup>56</sup> *Puchta*, einer der Architekten dieses Konzepts, meinte:

Es entsteht eine Vermutung für die Wahrheit einer Ansicht, wenn sie von den bewährtesten Rechtsgelehrten übereinstimmend vorgetragen wird (*communis opinio*), und wenn sie sich auch in der Anwendung constant geltend gemacht hat (*usus fori*) und ein gewissenhafter Richter wird im Zweifel dabei stehen bleiben. Aber diese Vermuthung muß der Wahrheit weichen; sowie ein Richter sich von ihrer Unrichtigkeit überzeugt hat, würde er pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt.<sup>57</sup>

Dieses Zutrauen in einen Richter, der das Gesetz selbstbewusst und gestaltend zu überzeugenden Lösungen verarbeitete, durchzog das Denken der Pandektenlehrer. Das war ihre Antwort auf den Schutz der bürgerlichen Freiheit. *Savigny* meinte:

Findet sich einmal ein eigentlicher Gelehrter auf dem Richterstuhl, so soll diesem damit das Recht nicht abgesprochen werden, seine wohl begründete und geprüfte Überzeugung auch in der Rechtspflege geltend zu machen.<sup>58</sup>

*Johann Friedrich Martin Kierulff* betonte, dass Rechtsanwendung stets Koordination juristischer Sätze bedeute. Hier „mache sich die Subjectivität des Interpreten geltend, und Verschiedenheit der Auffassung ist unausweichlich. Es kommt nur darauf an, sich das Bewusstseyn gegenwärtig zu halten, daß selbstgewonnene Ueberzeugung

**53** GEORG FRIEDRICH PUCHTA, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Aus dessen Nachlaß herausgegeben von Adolf August Friedrich Rudorff, Bd. 1, 1847, S. 18.

**54** GEORG FRIEDRICH PUCHTA, Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk. *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, 1841, S. 72.

**55** GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Pandekten*, 3. Aufl. 1845, S. 31.

**56** HAFERKAMP (Anm. 14), S. 141 ff.

**57** PUCHTA (Anm. 53), S. 40.

**58** FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 89.

hier allein Werth hat, und mit einem bloßen Häufen von Citaten aus Quellen und Schriftstellern nichts gethan ist. Bei aller Divergenz wird sich begründetes Wissen gegenseitig respectiren“.<sup>59</sup> Alois Brinz betonte 1873, die Arbeit der Rechtsprechung bestehe zumeist nicht in bloßen Folgerungen aus feststehenden Sätzen, sondern darin, diese Sätze erst selbst zu entwickeln und eigenständig zu begründen und zudem vom Gesetzgeber nicht bedachte Fälle in dessen Sinne zu entscheiden,<sup>60</sup> wofür Windscheid 1884 die Wendung entwickelte, der Richter müsse nicht nur die Gedanken feststellen, die der Gesetzgeber gedacht hat, sondern auch die, die er habe denken wollen.<sup>61</sup>

Die Pandektenlehrer wussten dabei durchaus, wovon sie sprachen. Die meisten kannten die richterliche Tätigkeit aus ihrer eigenen Beschäftigung mit praktischen Rechtsfällen in den Spruchkollegien der Fakultäten. Viele wirkten jedoch noch direkter in die Rechtspraxis hinein. Als Richter an ordentlichen Gerichten prägten Professoren auf dem Richterstuhl zunehmend die Justiz. Savigny, Puchta, Eduard Schrader, Hasse, Georg Arnold Heise, Carl Georg von Wächter, Friedrich Bluhme, Friedrich Ludwig Keller, August Wilhelm Heffter, Gustav Ludwig Theodor Marezoll, Sigmund Wilhelm Zimmern, Georg Christian Burchardi, der ältere Ludwig Wilhelm Anton Pernice und der jüngere Alfred Pernice, Ernst Adolph Theodor Laspeyres, Sintenis, Ernst Immanuel Bekker, Johannes Christiansen und sogar Jhering waren zumindest zeitweise an ordentlichen Gerichten im Haupt- oder Nebenamt tätig.<sup>62</sup> Von Professoren geprägte Gerichte entfalteten wissenschaftliche Vorbildwirkung, allen voran das Gericht der vier freien Städte in Lübeck unter Heise, Bluhme, Kierulff und Wächter.<sup>63</sup> Einfluss hatten auch die großen Gutachtenschlachten, in denen Professoren an Gerichtsverfahren teilnahmen. Genannt seien der Städelsche Erbfall in den 1820er Jahren<sup>64</sup> oder der Baseler Festungsstreit von 1862.<sup>65</sup> Die Pandektenwissenschaft prägte die deutsche Justiz durch Ausbildung und Vorbild.

<sup>59</sup> JOHANN FRIEDRICH MARTIN KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, Bd. 1, 1839, S. XXVII.

<sup>60</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 1, 2. Aufl. 1873, S. 126 f.

<sup>61</sup> BERNHARD WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1884, in: Paul Oertmann (Hrsg.), *Bernhard Windscheid. Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, S. 110 f.

<sup>62</sup> Zusammenstellung mit Nachweisen bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 280; ergänzend DERS., *Pandektistik und Gerichtspraxis*, *Quaderni Fiorentini* 40 (2011), S. 177 ff.

<sup>63</sup> POLGAR (Anm. 7), S. 166 ff., S. 234 ff.

<sup>64</sup> ULRICH FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, 1989, S. 77 ff.; HANS KIEFNER, *Das städelsche Kunstinstitut*. Zugleich zu C. F. Mühlenbruchs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalles, *Quaderni Fiorentini* 11/12 (1982), S. 339 ff.; RYUICHI NODA, *Zum Städelschen Beerbungsfall*, *ZRG GA* 133 (2016), S. 365 ff.

<sup>65</sup> Hierzu WERNER SÜSS, *Heinrich Dernburg – Ein SpätPandektist im Kaiserreich*, 1991, S. 88 ff.

### III Der politische und der dogmatische Richter

Das von den Universitäten her geprägte Bild des starken, wissenschaftlichen Richters war also methodisch und im bevorzugten Stoff, dem *Ius Commune*, eine Absage an überzogene Erwartungen an Gesetzesbindung. Es war freilich kein Plädoyer für den offen politischen Richter, der sich dazu bekannte, politisch Partei zu sein. Die liberalen Richter, welche die bürgerliche Freiheit in Landtagen, Ständeversammlungen und den Nationalversammlungen in Frankfurt und Berlin so vehement verteidigten,<sup>66</sup> lassen sich sicher nicht einfach auf universitäre Prägungen zurückführen. Den Richter, der die bürgerliche Freiheit direkt politisch verteidigte, propagierte man hier nicht, auch wenn viele Professoren ebenfalls oft politisch, vielfach auch im liberalen Lager, aktiv waren. Sucht man nach dem Bereich der fachwissenschaftlichen Ausbildung, in dem man die Autonomie des Privatrechts gegen den Staat thematisierte, so findet man dies vor allem im gegängelten Vormärz weniger in offen politischen Forderungen nach einer Autonomie des Privatrechts als in dem beständigen Verlangen, das positive Recht insgesamt und auch die vertretenen Lösungen zu rationalisieren, mithin zu versuchen, das Recht als System zu begreifen. Auf den ersten Blick war die Forderung nach System schlichte Folge des zeitgenössischen Wissenschaftsparadigmas. In der idealistischen Philosophie, an der sich die Rechtswissenschaft jedenfalls bis etwa 1850 orientierte – sei es bei *Kant*, *Fichte*, *Hegel* oder *Schelling* –, bestand Einigkeit darüber, dass wissenschaftliches Begreifen System bedeutete.<sup>67</sup> Auch die Naturwissenschaftsannäherungen etwa in den Allgemeinen Rechtslehren nach 1850 hielten am System als Wissenschaftserfordernis fest.<sup>68</sup>

Es ging aber auch um Politik. In doppelter Hinsicht wurde System auch zugunsten der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft propagiert. Zunächst betonte es die nationale, also überterritoriale Einheit des Privatrechts. System war die traditionelle wissenschaftliche Technik, um Unterschiede zu harmonisieren. Der Pandektenvorlesung gelang es nach 1806, sich gegen die Konkurrenz von Naturrechtslehren, dem Deutschen Privatrecht und dem Allgemeinen Staatsrecht zu behaupten und der Ort zu sein, wo sich das gemeinsame nationale Recht als fortlebend präsentierte, obwohl mit dem Alten Reich der Staatsunterbau weggebrochen war.<sup>69</sup> Im

<sup>66</sup> Überblick bei ORMOND (Anm. 5), S. 15 ff.

<sup>67</sup> Das muss hier kaum nachgewiesen werden, zur Philosophiegeschichte MANFRED FRANK, ›Unendliche Annäherung. Die Anfänge der philosophischen Frühromantik, 1997; zum Aufstieg von System als Ausdruck von Rechtswissenschaft JAN SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“, 1979.

<sup>68</sup> Vgl. nur ANDREAS FUNKE, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, 2004; zu den Übergängen HANS-PETER HAFERKAMP, Neukantianismus und Rechtsnaturalismus, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15. und 16. Juni 2007, Universität Zürich (= ARSP B 115), 2008, S. 105 ff.

<sup>69</sup> HAFERKAMP (Anm. 8), S. 92 ff.

Privatrecht versuchte man die nationale Einheit zu erhalten und hoffte, „wenn die nationale Einheit mächtig genug ist, wird es ihr [...] gelingen, die zufällige politische Trennung zu überwinden“.<sup>70</sup> Die Betonung des Gleichen im Ungleichen bestückte den Methodenkoffer, den man dem Richter mitgab. Hier legte man die Grundlagen für die rechtsvereinheitlichende Tendenz, welche die Judikatur schon vor 1871 auszeichnete<sup>71</sup> und die noch *Heinrich Eduard Pape* 1870 in seiner Ansprache zur Eröffnung des Bundesoberhandelsgerichts betonte.<sup>72</sup>

Hinzu kam aber noch ein zweiter politischer Grund, System als zentral für die Tätigkeit des Richters einzuschätzen. Dies machte *Puchta* in einem inzwischen oft zitierten Brief an den konservativ-klerikalen *Ludwig von Gerlach* deutlich:

Sie sind Staatsmann, ich bin Jurist. [...] Der Staatsmann hat nicht das Bedürfnis, das Recht von den übrigen Elementen und Seiten des geistigen Lebens zu unterscheiden [...] für ihn wird es das Sicherste sein, sein Netz weitausspannend lieber gleich das Recht mit dem Willen Gottes zu identifizieren. Er braucht dann nicht zu fürchten, daß ihm irgend etwas entgehe, worüber er seine Hand halten will [...]. Der Jurist dagegen hat das Interesse, nur von vorneherein den Begriff des Rechts streng und rein zu fassen und seine Übergänge in andere Gebiete als Modifikationen jenes Begriffs zu behandeln und damit zugleich in ihre erforderlichen Schranken einzuschließen. Dieses Interesse ist ein theoretisches – von ihrem Standpunkt aus ist ein Rechtssystem unmöglich –, und es ist ein praktisches, das Recht sicherzustellen, gegen die Staatskünstler, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara auftreten.<sup>73</sup>

Die Dogmatik brandmarkte Sonderregelungen als begründungsbedürftige Ausnahme und zwang so den Entscheider, sei es der Gesetzgeber, sei es der Richter, zur rationalen Begründung – so das Konzept *Puchtas*. Leitete man noch dazu das Privatrecht von der Willensfreiheit des Subjekts ab, konnten idealiter politische Freiheitseingriffe als wissenschaftlich fehlerhaft gebrandmarkt werden. Der von *Christoph Schönberger* jüngst so genannte „German Approach“<sup>74</sup> mit seinem Versuch, Entscheidungen durch Dogmatik zu rationalisieren und zu stabilisieren, war die an den Universitäten gelehrte Antwort auf das Dilemma von richterlicher Freiheit und Bindung. Man schwächte die Bindung an konkrete Vorgaben des Gesetzgebers, indem man viel Frei-

<sup>70</sup> PUCHTA (Anm. 54), S. 27.

<sup>71</sup> WERNER SCHUBERT, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877)*, 1981, S. 140 ff.; THOMAS HENNE, *Richterliche Rechtsharmonisierung – Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung* analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts, in: Andreas Thier/ Guido Pfeifer/Philipp Grzimek (Hrsg.), *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte*, 1999, S. 335, 339 f.

<sup>72</sup> HEINRICH EDUARD PAPE, *Eröffnungsansprache*, abgedruckt in: ROHGE 1, hier nach 2. Aufl. 1873, S. 8 ff.

<sup>73</sup> *Georg Friedrich Puchta*, Brief an *Ludwig von Gerlach* vom 16.2.1844, in: Liermann/Schoeps (Anm. 35), S. 489 ff., 501; Verwendung dieses Briefs bereits bei FRANZ WIEACKER (Anm. 13), S. 402; JOACHIM BOHNERT, *Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas*, ZRG GA 96 (1979), S. 229, 238; JOACHIM RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, 1988, S. 80.

<sup>74</sup> CHRISTOPH SCHÖNBERGER, *Der „German Approach“*, 2005.

raum bei der Rechtsanwendung gewährte. Zugleich stabilisierte man jedoch durch eine an einem liberalen Rechtsbegriff orientierte Dogmatik die Einbindung solcher Entscheidungen in einen rationalen Diskurs und sicherte so die Grundwertungen des Privatrechts gegen richterliche Willkür.

Bedeutung kam diesem Konzept auch dadurch zu, dass – nicht nur in Preußen – die Abgrenzung der Sphären zwischen Staat und Gesellschaft nicht primär zu einer Verfassungsfrage wurde.<sup>75</sup> Der Schutz der Privatautonomie durch Privatrecht wurde auch in den süddeutschen Verfassungen nicht über Grundrechte abgesichert. Anders als in Frankreich behielt im Deutschen Bund Privatrecht eine eigenständige Abwehrfunktion und noch dem Bürgerlichen Gesetzbuch kam 1900 insofern durchaus Verfassungersatz zu.<sup>76</sup> Dazu beigetragen hat sicherlich, dass der Verfassungsbruch 1837 in Hannover überzeugte Privatrechtler darin bestärkte, weiterhin nicht auf Verfassungen zu setzen, sondern auf die Justiz, um Privatautonomie zu schützen. Nach der Entlassung *Christoph Friedrich Dahlmanns* als einen der Göttinger Sieben schrieb *Puchta* an *Hugo*:

Unter uns gesagt, ich finde eine Art Nemesis darin, daß sich an Dahlmann seine Constitution rächt, bey der er auch von der Abneigung der neueren Politiker gegen die Juristen und die juristische Behandlung der Sache geleitet worden zu seyn scheint. Nun sieht man, was dabey heraus kommt, wenn man alles auf solche in die Luft gebauten Stände baut; [...]. Es ist merkwürdig, daß in dem ersten Band der Politik von Dahlmann, der doch schon die Grundlage der Staatsverfassung enthält, die Gerichte nicht vorkommen.<sup>77</sup>

*Friedrich Julius Stahl* meinte nach *Puchtas* Tod, *Puchta* habe „die öffentliche Freiheit überall lieber auf dem Wege der Rechtspflege als auf dem der ständischen Vertretung geschützt“ gesehen, ihm sei die Justiz „Surrogat der Verfassung“ gewesen.<sup>78</sup> Der Gelehrte auf dem Richterstuhl genoss für viele die Richterausbildung mitprägenden Pandektenwissenschaftler mehr Vertrauen als das Gesetz oder die Verfassung. Und ihr Konzept trug wohl den Sieg im Deutschen Bund davon. Die Versuche von *August Ludwig Reyscher*, *Georg Beseler* und anderen, neben oder sogar anstelle des geleh-

---

75 DIETER GRIMM, *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert. Die Formationsphase*, 2017; JOACHIM RÜCKERT, *Verfassungen und Vertragsfreiheit*, in: Jean-Francois Kervégan/Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, 1999, S. 165 ff.

76 JOACHIM RÜCKERT, Vor § 1. Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, Rn. 31 ff.

77 *Georg Friedrich Puchta*, Brief an *Gustav Hugo* vom 14.2.1839, in: Horst Heinrich Jakobs (Hrsg.), *Georg Friedrich Puchta. Briefe an Gustav Hugo*, 2009, S. 197, 198.

78 FRIEDRICH JULIUS STAHL, *Zur Erinnerung an Georg Friedrich Puchta's Leben und Wirken*, in: Adolph August Friedrich Rudorff (Hrsg.), *Georg Friedrich Puchta's Kleine civilistische Schriften*, 1851, S. I–LII, XI.

ten Richters Volksrichter und Schöffen zu setzen,<sup>79</sup> die unmittelbar aus dem Leben heraus judizieren sollten, setzten sich bekanntlich nicht durch. Auch die Patrimonialgerichtsbarkeit starb langsam ab.<sup>80</sup> Der rechtswissenschaftlich geschulte, gegenüber dem Gesetz selbstbewusste, privatrechtsliberale und auf die nationale Einheit bedachte Richter prägte 1871, im Übergang zum Kaiserreich, die Justiz.

## IV Versöhnung mit dem Staat nach 1871

Nun, mit dem Erreichen des ersehnten Nationalstaates, waren freilich viele Prämissen des *Hugo-Savignyschen* Ausbildungsmodells in Frage gestellt. Bemerkenswert schnell rückten die Ideale der noch traditionell ablaufenden Universitätsausbildung nun in die Kritik. *Jhering*, der in Jugendjahren noch genauso wie *Puchta* gedacht hatte, sprach 1888 gegenüber *Otto von Bismarck* mit Bezug auf das Jahr 1871 von einem „Umschwung in meiner ganzen Anschauungsweise und Gesinnung“.<sup>81</sup> Er habe, so *Jhering*, als Student den Hannoverschen Verfassungsbruch und die Vertreibung der Göttinger Sieben miterlebt, danach schlechte Könige und Misswirtschaft. Erst Kaiser *Wilhelm* habe seinen Glauben in den Staat und die Monarchie geweckt. Er machte deutlich, dass diese politischen Wechsellagen unmittelbare Auswirkungen auf sein Wissenschaftskonzept hatten: „Gegenüber der öden Verherrlichung von Prinzipien und toten Formeln hoffe ich auf den Segen einer gewaltigen Persönlichkeit“. *Bismarck* als „Meister der Realpolitik“ habe ihm gezeigt, dass die frühere Richtung „über dem Blendwerk juristischer Konsequenz und abstrakter Prinzipien des Blicks für die realen Dinge verlustig gegangen“ sei. Was so klang, als habe man vor 1871 die Wirklichkeit schlicht naiv übersehen, war eine Hinwendung zu einer Realpolitik, die man nun nicht mehr fürchten zu müssen glaubte. *Jherings* 1884 publikumswirksam in „Scherz und Ernst“ vollzogener „Übergang von der formalistischen zur realistischen Methode“ spiegelte die schlichte Tatsache, dass sich *Jhering* dem Staat, den er zuvor durch juristische Dogmatik noch hatte abwehren wollen, in die Arme warf. Und es passte dazu, dass *Jhering* in „Scherz und Ernst“ eine Ausbildungsreform entwarf, die den Blick in die Rechtspraxis gegenüber der Dogmatikschulung in den Vordergrund

<sup>79</sup> RÜCKERT (Anm. 73), S. 65 f.

<sup>80</sup> SABINE WERTHMANN, Vom Ende der Patrimonialgerichtsbarkeit: Ein Beitrag zur deutschen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts, 1995.

<sup>81</sup> *Rudolf von Jhering*, Brief an den Fürsten *Bismarck* vom 15.9.1888, in: HELENE EHRENBERG, Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde, 1913, S. 441 ff., 442 f.; hierzu ULRICH FALK, Von Dienern des Staates und anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert, in: André Gouron/Laurent Mayali/Antonio Padoa Schioppa/Dieter Simon (Hrsg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, 1996, S. 251, 271 ff.

hob. Das Lehr- und Wissenschaftskonzept der Pandektenwissenschaft brach nun in wenigen Jahren zusammen.<sup>82</sup>

Nicht nur Dogmatik wurde plötzlich als weltfremd verspottet. Auch die anderen Hilfsmittel, die dem Richter an die Hand gegeben worden waren, fielen Stück für Stück. Der Volksgeist, vor 1871 Träger einer nationalen Einheit ohne Staat, wurde nun als bloße Mystik verlacht.<sup>83</sup> Die Geschichte als Träger einer teleologischen Mission fiel der Krise des Historismus zum Opfer und das römische Recht wurde zur bloßen Rechtsgeschichte degradiert.<sup>84</sup> Bereits 1885 stellte *Bekker* nüchtern fest: „Keine Wissenschaft ist so wenig populär wie die unsre“.<sup>85</sup> Die Rechtswissenschaft verlor den Glauben an die eigene Methode – und zwar keineswegs nur infolge des Aufstiegs des Neukantianismus,<sup>86</sup> sondern auch deswegen, weil man die staatliche Regelungsprärogative nicht mehr in Zweifel zog. Der Gesetzgeber wurde kurzzeitig zum Hoffnungsträger. Die unzähligen Meinungsstreitigkeiten im „Heutigen Römischen Recht“, die vor 1871 noch als Ausdruck einer lebendigen Rechtskultur gegolten hatten, wurden nun als Zeichen massiver Rechtsunsicherheit gedeutet, was etwa den Pandektenlehrer *Julius Baron* mit Blick auf das Bürgerschaftsrecht des Jahres 1874 dazu verleitete, den Ruf nach einer Zivilrechtskodifikation als einen „Angstschrei des bedrängten juristischen Gewissens“ zu bezeichnen.<sup>87</sup> Die nun folgende „innere Reichsgründung“<sup>88</sup> erfolgte juristisch vor allem durch den Gesetzgeber und die Verwaltung.

Mit dem Ende eines Vertrauens in den Gelehrten auf dem Richterthron trat die Justiz als politischer Akteur ins Rampenlicht. Die Fronten verschoben sich. Aus der Justiz als Partner der Gesellschaft gegen den Staat wurde die Justiz als innergesellschaftlicher Machtfaktor. Als *Max Weber* 1902 *Jherings* altes Diktum<sup>89</sup> von der Form als Zwillingsschwester der Freiheit wieder aufnahm,<sup>90</sup> ging es bereits nicht mehr um das antiquierte Bild einer Privatrechtsautonomie gegen den Staat. Er thematisierte unter

---

**82** Zusammenstellung bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 315 ff.

**83** Zusammenstellung der Stellungnahmen bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 318 f.

**84** ANNETTE WITTKAU, Historismus. Zur Geschichte des Begriffs und des Problems, 2. Aufl. 1994; JOHANNES LIEBRECHT, Fritz Kern und das gute alte Recht, 2016, S. 41 ff., 51 ff.; zur Krise des römischen Rechts REINHARD ZIMMERMANN, Roman Law, Contemporary Law, European Law, 2000, S. 1 ff.

**85** ERNST IMMANUEL BEKKER, Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft, ZRG RA 6 (1885), S. 68, 84.

**86** Überblickartig über die Wirklichkeit-Wert-Probleme bei HERBERT SCHNÄDELBACH, Philosophie in Deutschland 1831–1933, 5. Aufl. 1994, S. 219 ff.

**87** JULIUS BARON, Rez. Die Bürgerschaft des gemeinen Rechts. Eine civilistische Studie von H. Hasenbalg, KritVj 16 (1874), S. 31, 32.

**88** MICHAEL STOLLEIS, „Innere Reichsgründung“ durch Rechtsvereinheitlichung 1866–1880, in: Christian Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze – Bedingungen, Ziele, Methoden, 1993, S. 15 ff.

**89** RUDOLPH JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung, 1858, S. 497 f.

**90** MAX WEBER, Rez. Lotmar, Philipp, Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Brauns Archiv 17 (1902), S. 723, 725.

dem altbekannten Label ganz andere, innergesellschaftliche Konflikte. *Weber* sagte voraus, dass eine politisch rechts stehende Justiz die interpretative Freiheit zulasten der Arbeiter verwenden würde, so dass deren Ruf nach einer Materialisierung gerade die Haltepunkte beseitige, die ihnen Schutz vor der Justiz boten. *Weber* warnt vor Richtern, nicht vor dem Staat. Dabei unterstützte er natürlich nicht einfach *Karl Liebknechts* „Klassenjustiz“<sup>91</sup>, sondern machte deutlich, dass die Justiz im Kaiserreich ihre Aufgabe als Schutzmacht der Bürger gegen den Staat aufgab. Die oft diskutierte<sup>92</sup> „Entliberalisierung“ der deutschen Justiz nach 1866, von *Friedrich Karl Kübler* als „Metamorphose liberaler Honoratioren in Reserveoffiziere“<sup>93</sup> bezeichnet, machte aus Staat, Bürgertum und Justiz eine diffuse Einheit, in der die Justiz ihre Aufgabe als Palladium der bürgerlichen Freiheit verlor. Die beiden großen Justizkrisen vor 1914,<sup>94</sup> in der die bis heute wirksamen Methodenschlagworte wie Freirecht, Interessenjurisprudenz, objektive, subjektive oder teleologische Auslegung entstanden, sind insofern das Ende meiner Geschichte.<sup>95</sup> Die dem Konzept der Unabhängigkeit des Richters inhärente Gesetzesbindung wurde nun unter anderen Aspekten kritisiert. Wer jetzt Gesetzesbindung perhorreszierte, wollte einen Richter, der gesellschaftliche Modernisierungsbedürfnisse, Naturrechtsvisionen oder bestimmte politische Forderungen gegen eine Legislative umsetzte, die das in sie gesetzte Vertrauen schnell verspielt hatte. Die Trennung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht war nur noch ein leises liberales Hintergrundrauschen in einer Zeit, die dem Privatrechtsgedanken seit dem Gründerkrach insgesamt zunehmend skeptisch gegenüberstand. Die Unabhängigkeit des Richters wurde von der Unabhängigkeit der Privatrechtsgesellschaft getrennt.

---

**91** RAINER SCHRÖDER, Art. Klassenjustiz, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II, 2. Aufl. 2012, Sp. 1870–1872.

**92** ORMOND (Anm. 5), S. 557 ff.

**93** ORMOND (Anm. 5), S. 561.

**94** GERD LINNEMANN, Klassenjustiz und Weltfremdheit, Deutsche Justizkritik 1890–1914, 1989, S. 134 ff.; RAINER SCHRÖDER, Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz, Rechtstheorie 19 (1988), S. 323 ff.

**95** Vgl. zur hier beginnenden Methodengeschichte nur HANS-PETER HAFERKAMP, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, AcP 214 (2014), S. 60, 64 ff.

# Diskussion zum Vortrag von Hans-Peter Haferkamp

Leitung: WOLFGANG SELLERT

SELLERT:

Vielen Dank, Herr Haferkamp für Ihren anschaulichen und klaren Vortrag, der eine Fülle von Stoff verarbeitet hat. Ich bin sicher, dass es dazu eine ganze Reihe von Fragen gibt. Herr Behrends.

BEHREND'S:

Ich darf Ihnen zunächst einmal zu diesem Ihrem wirklich sehr eindrucksvollen Vortrag gratulieren, an dem ich nicht zuletzt den großen Bogen genossen habe. Besonders einleuchtend fand ich die Betonung des lebendigen wissenschaftlichen Diskurses in der Historischen Rechtsschule, die Betonung des Rechtsgefühls und der Überzeugung von der selbstverständlichen Gegenwart von anrufbaren Billigkeitsprinzipien. Das ist ein Bild dieser Rechtswissenschaft, das unter dem Einfluss der dramatischen Selbstkritik des jungen *Jherings*, die er alsbald zu einer scharfen Kritik der ihm zeitgenössischen Rechtswissenschaft verallgemeinert, nahezu unkenntlich geworden ist. *Jhering* hat in seiner ersten Phase bekanntlich geglaubt, eine auf Begriffe gebrachte Jurisprudenz vorgelegt zu haben, die fähig war, so wörtlich, „der Herrschaft des Rechtsgefühls ein Ende zu machen“.<sup>1</sup> Indem er dann diese Illusion in leidenschaftlichen Attacken auch bei seinen Zeitgenossen zu finden glaubte, hat er *Savignys* feinfühligte Schilderung der juristischen Entscheidungskunst so sehr der Wahrnehmung entzogen, dass die Meinung entstehen konnte, *Savigny* sei ein Kantianer gewesen. Das war und ist Interpretation, die in ihrer grundsätzlichen Verfehltheit nicht überbietbar ist. Es gehört schon einiges dazu, den Juristen, der die Jurisprudenz geschichtlich, d.h. aus den in der gegebenen Kulturwelt möglich gewordenen geistigen Erfahrungen, legitimierte, mit dem Denker zu identifizieren, dessen apriorischer Idealismus für das Recht in der Aussage gipfelt, dass die Billigkeit „eine stumme Gottheit ist, die nicht gehöret werden kann“, da „ein Richter [...] nach unbestimmten Bedingungen nicht sprechen kann“.<sup>2</sup>

Insofern sollte es ein Gewinn für die Dauer sein, dass Sie überzeugend vor Augen stellen konnten, dass die Historische Rechtsschule die Juristen und künftigen Richter zu einer offenen, in einem geistigen Sinne aristokratischen Erörterungs- und Diskussionskultur erziehen wollte, die das praktische Urteil im Zentrum hielt, zugleich auf

---

<sup>1</sup> RUDOLF VON JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil. Zweite Abtheilung, 1858, § 39 S. 377.

<sup>2</sup> Nachweise in der Studie OKKO BEHREND'S, Kants Taube und der luftleere Raum der reinen praktischen Vernunft, in: Friedrich Harrer/Heinrich Honsell/Peter Mader (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, 2011, S. 53, 55.

eine verlässliche Rechtsordnung verwies und so eine Richterschaft erzeugen konnte, die ihrer Aufgabe gewachsen war sowie leistete, was man von ihr verlangen kann. Vollkommenheit wird niemand erwarten. Aber wenn eine Richterschaft verwirklicht, dass die existenzsichernden Berechtigungen des Privatrechts gewährleistet werden, dann hat sie den wesentlichsten Teil ihrer Arbeit erfüllt.

Wir haben einmal versucht, in einer Tagung unserer Kommission nicht ohne Erfolg das für Legistik und Gesetzesanwendung gleichermaßen bedeutsame Bündnis zwischen Dogmatik und Gesetzgebung zu propagieren.<sup>3</sup> Das hat mit der von Ihnen so überzeugend herausgestellten „aristokratischen“ Erörterungs- und Diskussionskultur durchaus zu tun. Wenn die heutige Examenspraxis – ich weiß nicht, ob jemand widersprechen wird – Examenskandidaten wegen dogmatischer Schwächen durchfallen lässt, beispielsweise wenn sie das Abstraktionsprinzip partout nicht begreifen wollen, dann doch deswegen, weil sie damit beweisen, nicht gelernt zu haben, an der Diskussionskultur teilzuhaben. Wir wollen aber den Juristen und Richter, der auf Argumente so zu hören gelernt hat, dass er einem guten Argument nicht widerstehen kann. Deshalb würde ich Ihren Vortrag als eine große Revitalisierung der von *Gustav Hugo* und *Savigny* herkommenden Idee verbuchen, die mit Erfolg den gebildeten Juristen gefordert hat. Daher noch einmal vielen Dank.

SELLERT:

Vielen Dank. Es geht weiter mit Jan Schröder.

SCHRÖDER:

Sie haben mit Recht gesagt, dass das Bild, es habe ein Gesetzespositivismus im 19. Jahrhundert geherrscht und dann erst die Freirechtsbewegung die Erlösung zur Freiheit gebracht, falsch ist. Ein Anti-Gesetzespositivismus ist durchaus schon in der Historischen Rechtsschule vorhanden. Nur darf man nicht den Fehler machen – den haben Sie auch nicht gemacht –, dass man dann eben schon in der Historischen Schule die Abkehr von einer langen gesetzsespositivistischen Phase sieht. Die Geschichte des Gesetzespositivismus lässt sich ganz gut anhand der Entwicklung des Lückenbegriffs verfolgen. In der Frühen Neuzeit gab es ebenso wenig einen Begriff der Lücke wie einen Gesetzespositivismus. Warum? Nicht weil es überhaupt keine Lücken gegeben hätte, sondern weil es nur Lücken gab. Man hat sich überhaupt nicht interessiert für die Lücke; es konnte sich kein Begriff der Lücke bilden, weil das gesamte Recht lückenhaft, unvollständig war. Im Strafrecht zeigt sich das besonders bei der berühmten Vorschrift der Carolina, dass der Richter in gewissen Fällen einfach selbst entscheiden soll. Die Wende kommt mit der Hochaufklärung und der

---

<sup>3</sup> OKKO BEHRENDTS/WOLFRAM HENCKEL (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 3. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 29. und 30. April 1988, 1989 (2. erweiterte Aufl. 2005), mit dem Einführungsreferat von OKKO BEHRENDTS, *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen*.

Kodifikationsidee. Jetzt entdeckt man das Ideal der Vollständigkeit, aber auch, dass es vielleicht einmal verfehlt wird. Nun kann es Lücken geben und so entsteht um 1800 der Begriff der Lücke im Gesetz. Er ist also, so paradox das auf den ersten Blick scheint, das Produkt eines frühen Gesetzespositivismus (einer sehr kurzen Phase), gegen den sich dann die Historische Rechtsschule wehrt. Diese kurze Positivismus-Phase repräsentiert z.B. das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR), wenn es bestimmt, es solle nicht mehr auf die Meinung von Rechtslehrern und Gerichten Rücksicht genommen werden. Dasselbe findet sich im ABGB und im Code Civil. Dagegen wenden sich dann *Hugo* und die gesamte Historische Rechtsschule. Ob man *Hugo* zur Historischen Rechtsschule rechnen soll oder nicht, wird in Ihrem neuen Buch („Die Historische Rechtsschule“) sehr intensiv erörtert. Ob *Hugo* überhaupt eine Zentralfigur ist, darüber kann man sich vielleicht streiten. Aber wie auch immer: Der Anti-Gesetzespositivismus der Historischen Schule ist ein Protest gegen eine relativ kurze aufklärerisch-positivistische Phase, die wirklich nur noch auf das Gesetz blicken will, die aber eine Reaktion wiederum ist auf eine jahrhundertelange Phase, in der es selbstverständlich war, dass es Lücken gab.

SELLERT:

Herr Haferkamp bitte.

HAFERKAMP:

Ich muss, glaube ich, gar nicht so viel antworten, weil ich mit den beiden Beiträgen völlig einig bin. Die Frage mit dem Rechtsgefühl, Herr Behrends, ist eine, die ganz schwer zu beantworten ist. Wenn man sich damit beschäftigt, ist das immer so ein bisschen wie die Frage: Ist das jetzt römisches Recht oder nicht? Vielleicht ist es schlichtweg eine völlig banale Grundannahme, dass jeder Jurist der damaligen Zeit einen intuitiven Zugriff zu Gerechtigkeitskonzepten hat, wie auch immer sie aussehen. Was jedenfalls interessant ist, ist, dass der Kampf gegen das Rechtsgefühl auch bei anderen einsetzt. Das wird ein großes Thema. *Burkard Wilhelm Leist* und andere veröffentlichen dagegen und schreiben, wir müssten uns von dem Rechtsgefühl befreien. Das ist der Wirklichkeitsschub, der da mitzieht, man will an dieser Stelle nach Wirklichkeit suchen und weiß gar nicht, was man da findet oder was man da finden will bzw. wie man mit dieser Wirklichkeit umgeht und was sie eigentlich beantwortet oder nicht beantwortet. Aber klar ist, dass dieses Verhältnis von Wirklichkeit und Rechtsgefühl schon bei *Savigny* sehr interessant ist. Denn der sagt einerseits, das Rechtsgefühl ist unverzichtbar, das brauchen wir, weil es ein wichtiger Zugang zum Recht ist. Aber auf der anderen Seite ist das dann oftmals auch ein vorschneller Schluss auf die Rechtswirklichkeit. *Savigny* bemängelt sehr stark, dass wir zu wenig über die gerichtliche Praxis wissen. Wenn Juristen irgendwie ein Gerechtigkeitsargument haben wollen, behaupten sie, die Gerichte würden das so entscheiden und keiner kann es nachlesen, weil niemand weiß, wie die Gerichte entscheiden. *Savigny* fordert ganz früh die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, um das Rechts-

gefühl irgendwie zu kontrollieren. Dieses Gefühl, dass da ein Risiko liegt und es gleichzeitig eine unverzichtbare Seite ist, das bleibt konstant. Aber das ist jedenfalls ein großes Thema und führt zu der großen Frage um den Aufstieg des Wirklichkeitsglaubens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Herr Schröder, ich gebe Ihnen komplett Recht. Was ich da vielleicht noch anfügen könnte, ist, dass auch im ALR nie behauptet wird, mit einer Kodifikation Vollständigkeit zu erreichen. Wie oft finden sich etwa präzise, konkret-individualisierte Gesetze, die sehr genaue Aussagen treffen? Es überwiegt eine Mischung zwischen Prinzipien, allgemeinen Leitsätzen und sehr konkreten Sätzen.

SELLERT:

Vielen Dank. Gemeint war natürlich kein beliebiges Rechtsgefühl, sondern ein Rechtsgefühl, das hauptsächlich durch die Ausbildung des Juristen geprägt ist. Herr Starck bitte.

STARCK:

Ich möchte mich auch vielmals für diesen sehr anregenden Vortrag bedanken. Ich habe eine Frage bezüglich des Code Civil. Dieser galt ja in Deutschland in einigen Gegenden und ich habe die Wirkung des Code Civil auf die deutsche Diskussion vermisst.

SELLERT:

Vielen Dank. Jetzt bitte Dietmar Willoweit.

WILLOWEIT:

Herr Haferkamp, Sie haben in Ihrem ersten Teil bis 1871 vieles berührt, was uns an das Referat von Herrn Rottleuthner erinnerte. Ich denke, das sind zum Teil Idealbilder eines Richters, die da geschildert wurden. Was mich interessieren würde, ist der Umschwung nach 1871. Ich hatte immer das Gefühl, dass in der Reichsgerichtsrechtsprechung eine sehr enge Bindung an den Gesetzestext eine große Rolle spielte – jedenfalls vor dem Ersten Weltkrieg. Kaum jemand liest heute diese alten Entscheidungen, aber die würden eine gründliche Analyse eigentlich vertragen. Ich möchte ein Beispiel nennen: Die Erfindung der Verkehrssicherungspflicht fällt nach meiner Erinnerung in den Ersten Weltkrieg und das Oberlandesgericht hatte dazu Folgendes gesagt – und das erinnert mich wirklich an den Subsumtionsautomaten: „Aus der Tatsache, dass jemand durch Eigentum eines anderen geschädigt wird, ergibt sich keine Schadensersatzpflicht, weil die im Gesetz nicht vorgesehen ist“. Tatsächlich war es aber wohl so, dass im Gemeinen Recht eine Haftung aufgrund pflichtwidrigen Unterlassens des Eigentümers anerkannt war und in dem Gegensatz dieser beiden Beurteilungen kann man ein bisschen die Rechtsprechungskultur ablesen. Der gesetzgläubige Richter sagt: „Davon steht nichts im Gesetz“. Und derjenige, der den wissenschaftlichen Hintergrund des Gemeinen Rechts berücksichtigt, hat einen viel

breiteren Zugang, aus dem das Reichsgericht dann auch die besondere Figur einer Verkehrssicherungspflicht entnommen hat. Kann man etwas darüber sagen, wie sich die Rechtsprechungspraxis seit 1871 entwickelt hat? Ich kann mir gut vorstellen, dass sich das ziemlich unterscheidet von den wissenschaftlichen Diskussionen, die bis dahin geführt worden sind.

SELLERT:

Vielen Dank. Herr Haferkamp, Sie haben jetzt das Wort.

HAFERKAMP:

Zwei sehr interessante Fragen, die schwer zu beantworten sind. Ich kann etwas dazu sagen, welche Wirkung der Code Civil in den deutschen Landen hatte, das weiß ich relativ gut über das Rheinland. Es ist völlig klar, dass die Geltung des Code Civil in den linksrheinischen Gebieten eine ganz andere Kultur als etwa in Preußen geschaffen hat. Sie wissen, dass anfangs nur noch ein Rechtsstudium in Koblenz existiert hat, alle anderen Universitäten wurden abgeschafft. Gerade in Bonn empfindet man, dass durch das napoleonische Recht, durch die ausschließliche Geltung des Code Civil, der ja das römische Recht verdrängte, eine ganz andere Rechtskultur geherrscht haben muss. Bonn fühlte sich lange Zeit als sehr isoliert im Rheinland, wo die Richter als sehr selbstbewusst, als extrem frei gegenüber dem Gesetz galten. Der Code Civil gilt als nicht besonders präzise formuliert, mit ihm lässt sich daher sehr viel machen und es gab eine sehr starke Rechtsprechung in Paris, an der sich die Richter zum Teil auch orientierten. Ich erinnere mich an eine kleine Geschichte: Es gibt einen Brief von *Savigny*, in dem dieser, nachdem er im rheinischen Revisions- und Kassationsgerichtshof gesessen und nach Code Civil judiziert hat, als Richter in der höchsten Instanz in Berlin wiederholt Beschwerden über seine Beisitzer, die aus dem Rheinland kommen, äußert. Diese haben aus seiner Sicht ein großes Selbstbewusstsein und wollen alles sofort entscheiden, sind aber wissenschaftlich absolut minderwertig. *Savigny* sitzt dann da und sagt in seiner ganzen Würde nichts, fühlt sich aber zutiefst gekränkt von diesen extrem selbstbewussten rheinischen Richtern.

Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts: Eines ist völlig klar, Herr Willoweit, das sind Idealbilder. Ich würde keineswegs behaupten, dass die Richter so waren wie es geplant war. Wie die Richter tatsächlich waren, müsste erst einmal untersucht werden. Aber dass das ein Leitbild war, das war mir wichtig. Sie wissen ja, dass im Jahr 2000 ein großes Projekt am Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte stattfand: „Das BGB und seine Richter“. Ziel des Projektes war es, die These vom Gesetzespositivismus des Reichsgerichts bis 1914 in Frage zu stellen. Sie ist schon zuvor in Frage gestellt worden, etwa in den Untersuchungen zum Arbeitsrecht, wo die Rechtsprechung sehr frei neue Dinge judiziert hat, die durch das BGB dann nicht geändert wurden. Es ist sicher so, dass im Ersten Weltkrieg der Glaube der Justiz an die Leistungsfähigkeit der Gesetze in eine fundamentale Krise kommt. Und die Justiz glaubt, relativ offen gegen das Gesetz agieren zu müssen, weil die ökonomischen Zwecke das

erfordern. Aber jenseits der Betrachtung, dass man das BGB vor 1914 etwa leiser korrigiert hat und dass es erst ab 1916 mehr und mehr Urteile gibt, in denen die Richter ziemlich offen sagen, dass sie damit nicht einverstanden sind, ist die These vom Positivismus des Reichsgerichts vor 1918 meiner Ansicht nach unzutreffend.

SELLERT:

Vielen Dank; ich darf jetzt Herrn Vec bitten.

VEC:

Vielen Dank, ich würde gerne nochmal zum Anfang des Referats springen und zwar zu der Zeit um 1800. Der rote Faden ist ja „Freiheit schützen“ und ich würde gerne sowohl auf die Freiheit als auch auf deren Schutz zurückkommen. An wen richtet sich diese Vorstellung von Freiheit und vor wem will man sich in dieser Zeit schützen? Der große Vorzug des Vortrags ist nicht nur der immense Überblick über die Zeit, der Wille zur Systematisierung und die großen Linien, sondern dass alles minutiös aus den Quellen heraus belegt ist. Jetzt frage ich mal ganz ketzerisch: Vielleicht gibt es ja umgekehrt Dinge, die die Quellen nicht abbilden, weil es einen Habitus der Richter bzw. ein Selbstverständnis dazu gibt, was man sagen und was man nicht sagen kann. Interessanterweise kommen offene Rekurse auf Politik in Deinen Ausführungen für die Zeit zwischen Vormärz und Reichsverfassung nicht vor. Hat das etwas damit zu tun, dass man sich als Richter in diesen Diskursen als unpolitisch geriert, dass es eine Haltung gibt, welche die Grenzen von Politik und Recht auf diesen Feldern vorgibt, so dass man bestimmte Vorstellungen darüber hat, gegen wen bürgerliche Freiheit zu schützen ist, wie dieser Schutz aussehen soll, welche Rolle dem Richter zukommt, dass diese zunehmende Verwissenschaftlichung auch ihre blinden Flecken hat, man aber diese nicht ausspricht?

SELLERT:

Vielen Dank, Herr Vec; jetzt Herr Jansen.

JANSEN:

Auch ich knüpfe an diese Frage nach blinden Flecken an. Es gab ja offene Konflikte zwischen den Regierungen und der Richterschaft, auch vor 1850. Insbesondere ging es um Regierungsverordnungen, mit denen vor allem die süddeutschen Regierungen gegen verfassungsrechtliche Vorgaben verstießen. In all diesen Fällen ging es um Regelungen, die nach den Verfassungen nur in Gesetzesform, also mit Zustimmung der Landstände, ergehen durften. Gleichwohl griffen die Regierungen auf Verordnungen zurück, weil sie eine solche landständische Zustimmung nicht erwarten konnten. Mir scheint es außerordentlich bemerkenswert, wie viele Gerichte unter diesen Umständen festgestellt haben, dass die Verordnungen unwirksam seien, obwohl dies für die Richter schwere persönliche Konsequenzen nach sich ziehen konnte. In Kurhessen, in Kassel, waren diese Konsequenzen bekanntlich besonders einschneidend.

Ohne dass man das deutlich aussprach, stritt man in all diesen Fällen im Kern um eine Verteidigung des *legal point of view*; und die Richterschaft scheint mir hier früh einen ausgesprochen starken Sinn für die richterliche Unabhängigkeit entwickelt zu haben. Der Juristentag hat diese Frage übrigens 1862 diskutiert, und auch für *Jhering* als Referenten war dabei selbstverständlich, dass die Wirksamkeit solcher Verordnungen von den Richtern zu überprüfen sei. Bei der Abstimmung vermerkt das Protokoll dann eine an Einmütigkeit grenzende Einstimmigkeit unter den Juristen, die sich völlig unabhängig von ihren politischen Auffassungen auf die Seite der Richter stellten. Hier lässt sich der Sinn für richterliche Unabhängigkeit und die Integrität des Rechtssystems ohne große methodische Probleme in den Quellen beobachten.

Und vielleicht noch ein kleiner Punkt zum Erfolg und Misserfolg der Pandektenvorlesung nach 1800. Die Naturrechtsvorlesungen waren genau an derselben Frage gescheitert wie später die Pandektenvorlesungen, nämlich daran, dass es keine Einmütigkeit, sondern eine Vielzahl unterschiedlicher, unvereinbarer Naturrechtssysteme gab. In einer anonymen Sammelrezension mokiert sich der Rezensent 1794 über die vielen Naturrechts-„Paläste“ seiner Zeit. Das sind die gleichen Worte, mit denen man 100 Jahre später, in den 1880er Jahren, ernüchert spottet, dass die Pandektenwissenschaft es eben nicht geschafft habe, präzise zu sagen, was das heutige römische Recht sei.

SELLERT:

Herr Haferkamp bitte.

HAFERKAMP:

Beide Fragen berühren sich, es geht um Recht und Politik bzw. die politische Dimension des Ganzen. Ich habe versucht, das in meinem Vortrag ein bisschen an den Rand zu schieben, weil ich glaube, dass man diese Fragen mit meiner Ausbildungsperspektive nicht beobachten kann. Die Ausbildung versucht, überterritorial zu sein und sich als entpolitisiertes, rein wissenschaftliches Konzept zu verkaufen. Das ist der Versuch, die Politik rauszuhalten, so zu tun, als sei die Ausbildung nicht politisch. Auch aufgrund der großen Nähe zu den Machthabern seitens der führenden Professoren sind diese nicht offen politisch. Deswegen ist das ein blinder Fleck in meinem Vortrag. Ob es einen Habitus gab, sich als unpolitisch zu gerieren, lässt sich für Deutschland insgesamt nicht beantworten. Das ist eine territorial sehr unterschiedlich zu beantwortende Frage. Ich glaube, dass sich zum Beispiel in Kurhessen oder auch im Rheinland bestimmte kulturelle Traditionen herausbilden, die dazu führen, dass man es wagt, offen politisch zu sein. Es ist ein Faktum, dass die Richter vor 1866 sich liberal engagieren und sich auch als eine gegen die Politik agierende Schutzmacht der Gesellschaft sehen. Aber es besteht keine Einheitlichkeit beispielsweise bei der Pressefreiheit: *Georg Friedrich Puchta* schreibt etwas zur Pressefreiheit, *Savigny* schreibt nichts zur Pressefreiheit. Die Pressefreiheit oder die Ehescheidungsfrage sind typische politische Fragen, die natürlich diskutiert werden, aber es gibt keine Einig-

keit unter den Professoren, sobald es offen politisch wird. Nehmen wir die Frage, ob die Legislative durch Verordnung das Gesetz umgehen darf. *Paul Johann Anselm Feuerbach* schreibt einen flammenden Appell 1830: „Das geht nicht, das ist ein Ausstieg aus der Gewaltenteilung.“ *Puchta* ist voll auf Seite von *Feuerbach* und will auf jeden Fall eine starke Unabhängigkeit der Justiz, während *Savigny* überhaupt keine Unabhängigkeit der Richter, richterliche Gesetzeskontrolle oder ein Gesetzesprüfungsrecht will. Das Dilemma bei den Professoren ist, dass es kein offen politisches Gespräch gibt. Das tun sie in Briefen, aber nicht besonders intensiv, so dass es schwierig ist, eine einheitliche Linie zu finden. Die Richter sind territorial zum Teil ziemlich einheitlich organisiert. Es gibt jedenfalls Territorien, wo man sehr viele liberale Richter findet, die offen politisch agieren. Aber mehr kann ich dazu nicht sagen und ich habe auch das Gefühl, dass es nicht viel mehr Untersuchungen dazu gibt.

Diese Parallele zwischen Naturrechtsuntergang und Pandektistikuntergang ist interessant, aber insofern schief, weil das Naturrecht damit auftritt, rein richtiges Recht zu produzieren und damit ist die Pandektenwissenschaft nie aufgetreten. Sie sagen ja nicht, es gibt DIE richtigen Pandekten, es gibt DAS wahre römische Recht, sondern das römische Recht ist ein Leitbild, ein Ideal, ein großer phantastischer Diskussionsprozess. Aber diesen Anspruch, den jedenfalls Naturrechtler per se haben müssten, hat die Pandektenwissenschaft nicht gehabt. Die Parallele ist natürlich völlig klar, man streitet sich oder man empfindet die Differenzen als störend.

SELLERT:

Ja, vielen Dank, wir fahren fort mit Herrn Schorkopf.

SCHORKOPF:

Herr Haferkamp, Ihre Ausführungen haben bei mir die Frage ausgelöst, ob man einen Gegenwartsbezug herstellen kann. Sie haben dargestellt, wie Methode und Juristenausbildung die Beziehung zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung intensiv beeinflussen. Vielleicht können Sie etwas über die Konflikte im europäischen Raum sagen, die auch Konflikte über die politischen Grenzen sind, wenn wir an die Transformationsstaaten denken, die sozialistische Gesetzlichkeit hatten, in denen vielleicht auch die Richterschaft ausgetauscht worden ist und ein neuer Richtertyp mit westlich-liberalem Methodenverständnis und Ausbildung ins Amt gekommen ist. Aber auch im alten Westeuropa gibt es die unterschiedlichen Juristenausbildungen, die diese Konflikte und auch die Sprachlosigkeit, die darüber herrscht, generieren. Ich habe mich gestern kritisch zum EGMR geäußert, das ist aber nicht nur eine Frage von Ost/West, sondern es gibt sicherlich verschiedene Bruchlinien. Ein Ansatzpunkt zur Lösung der Konfliktlinien könnte mittelfristig die Angleichung der Methoden und Juristenausbildungen sein.

SELLERT:

Herr von Knobloch bitte.

VON KNOBLOCH:

Vielen herzlichen Dank für Ihren Vortrag. Ich will Ihre blinden Flecken nicht auswalzen, aber vielleicht doch auf einen Punkt zurückkommen, nämlich auf die Frage, ob das ALR eine Art Verfassungersatz gewesen ist. Das war es ja mit Sicherheit, weil im Zentrum der ALR-Diskussion die Frage des Machtspruchs des Königs, des Souveräns, stand. Hatte er die Möglichkeit, alles über den Haufen zu schmeißen, das Spielbrett umzuwerfen und zu sagen: „Ich mach das anders“, oder hatte er diese Möglichkeit nicht? Das ALR ist das letzte Projekt *Friedrichs des Großen* gewesen, des letzten „überzeugten“ absolutistischen Herrschers. Das ALR hatte Verfassungersatz, aber hatte es nicht auch jenseits dieser Methodenfrage das ganz klare Ziel der Harmonisierung? Denn die Patrimonialgerichtsbarkeit in Preußen wurde durch das ALR vereinheitlicht. Wo kommen eigentlich diese Entwicklungslinien her?

SELLERT:

Es hat sich noch Herr Reimer gemeldet.

REIMER:

Ich wollte Herrn Haferkamp zu einer Außenperspektive auf die entstehende Verwaltungsgerichtsbarkeit verleiten. Es gibt ja die These, dass die Richter in der Anfangszeit gar nicht wirklich unabhängig waren, weil sie aus der Verwaltung abgeordnet wurden.

SELLERT:

Bitte, Herr Haferkamp.

HAFERKAMP:

Ich fange mit dem letzten an: Da traue ich mir keine Antwort zu. Ich glaube, da wissen wir noch gar nichts. Das ist ein typischer blinder Fleck.

Herr Schorkopf, ich bin fest davon überzeugt, dass es bei einer Harmonisierung um kulturelle und nicht um technische Fragen geht. Deshalb glaube ich, dass die Richterausbildung oder überhaupt die Juristenausbildung ein fundamentaler Faktor ist, um Differenzen in Europa zu verstehen. Das ist oft thematisiert worden; schön fand ich den Vergleich Frankreich/Deutschland mit diesem *German approach* und dem Ergebnis, dass es deutliche Unterschiede gibt. Wir haben ein Gesetz und wir haben zwei unterschiedliche Richterkulturen, so dass die Ergebnisse, die unten rauskommen, divergieren. Wie viel sozialistische Gesetzlichkeit überlebt hat, ist – wie ich finde – eine ganz interessante Frage. Ich würde zum Beispiel für das Rheinland immer behaupten, dass es da Spätprägungen des rheinischen Rechts bis heute gibt. Nicht nur bei Notaren, sondern auch bei den Richtern. Die Gesetze sind alle längst

weg, aber trotzdem ist da ein Selbstverständnis geblieben, das extrem lange hält. Ich fand es immer interessant, dass das offensichtlich viel zu selten untersucht wird.

Herr von Knobloch, die Frage hinsichtlich des ALR ist ebenfalls schwierig. War das wirklich eine Rechtsvereinheitlichung? Das ALR galt ja nicht überall einheitlich, sondern es gab Teile mit sehr viel ALR und Teile mit eher wenig ALR; die Rechtsvereinheitlichung hat jedenfalls nicht geklappt. Ob das ALR Verfassungersatz hatte, das müsste man untersuchen. Sie wissen, dass die Rechte des Monarchen im ALR sehr stark sind. Jenseits der Machtsprüche des Monarchen taucht aber viel modernes Grundrechtsdenken auf, z. B. Abwehrrechte gegen den Staat. Ich finde aber interessant, dass allein die Tatsache, dass man Privatrecht in einer Kodifikation niederlegt, für Privatrechtler eine symbolische Funktion hatte, die man ein bisschen als Verfassungersatz sehen könnte. Daher kommt gerade in Preußen aus der Tatsache, dass es zuerst das ALR und viel später eine Verfassung gab, schon sehr frühzeitig die Idee, dass die Kodifikation eigentlich alleine dafür zuständig ist, das Privatrecht zu schützen und die Verfassung gar nicht mehr so wichtig ist. Die Verfassung wird dann eher in den Abwehrrechten gegen den Staat, aber nicht als Ausbuchstabierung dessen, was Bürger untereinander eigentlich dürfen oder nicht dürfen, gedacht. Man regelt in den Verfassungen zwar das Eigentum und dass ich nicht enteignet werden darf, es wird aber nicht geregelt, dass ich das Eigentum gegenüber meinem Mitbürger frei ausüben darf. Das regelt man in den Kodifikationen. Das führt vielleicht dazu, dass man das ALR ein bisschen als Verfassungersatz ansieht.

Hubert Rottleuthner

# Bilder von Richtern – Richterbilder

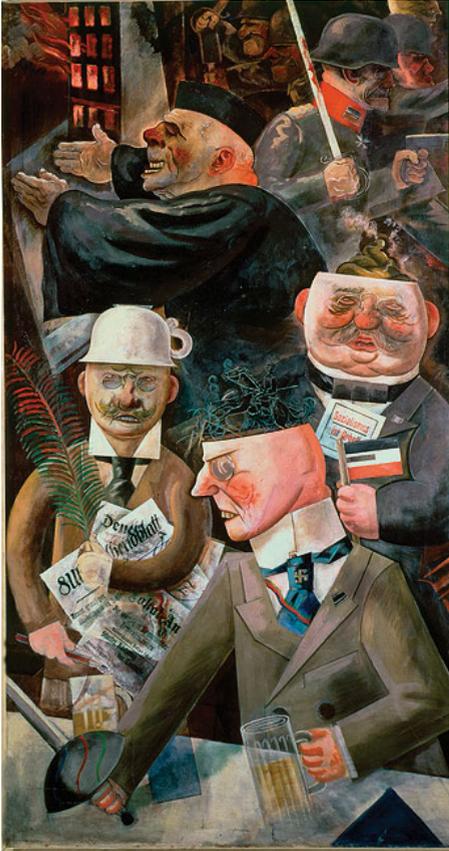
- I Bilder von Richtern
  - 1 Richter in der bildenden Kunst: Salomo – Jüngstes Gericht – Iustitia/Iniustitia
  - 2 Gemälde von „richtigen“ Richtern
  - 3 Reale Richter
  - 4 Fotos in Monographien etc.
  - 5 Richter in Film und Fernsehen
- II Texte über Richterpersonen
  - 1 Biographien und Autobiographien
  - 2 Richter in Romanen
- III Richterbilder: Leitbilder – Schreckensbilder – Galerien
  - 1 Leitbilder
  - 2 Schreckensbilder
  - 3 Galerie: Klassifikationen, Typologien
  - 4 Durchgängige Probleme der Richterschaft
  - 5 Problemfelder und Richterbilder
    - a) Gesetzgeber
    - b) Regimewechsel in Deutschland
    - c) Prestige
    - d) Richterinnen
    - e) Laienrichter
  - 6 Abschluss

## I Bilder von Richtern

Das Thema „Richterbilder“ habe ich, als ich es übernahm, zunächst so verstanden, dass es um solche Figuren wie den Subsumtionsautomaten, den königlichen Richter oder den Sozialingenieur ginge. Mein Verständnis wurde irritiert durch einen Besuch der Ausstellung in der Frankfurter Schirn „Glanz und Elend in der Weimarer Republik“. Wenn man kunstgeschichtlich und zugleich an juristischer Zeitgeschichte interessiert ist, kann man nur verwundert feststellen, dass die Justiz, die doch in der Weimarer Zeit so heiß umkämpft war, vor allem die politische Justiz gegen links,<sup>1</sup> fast überhaupt nicht auftaucht – nur einmal ganz winzig in einem Bild im Zusammenhang mit § 218 StGB. Die berühmten (kritischen) Maler und Malerinnen wie *Otto Dix*, *George*

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu FRIEDRICH KARL KAUL, *Der Pitaval der Weimarer Republik*, Bd. 1: Justiz wird zum Verbrechen, 1953, Bd. 2: Verdienen wird groß geschrieben, 1954, Bd. 3: Es knistert im Gebälk, 1961; GOTTHARD JASPER, *Der Schutz der Republik*, Studien zur staatlichen Sicherung der Demokratie in der Weimarer Republik, 1922–1930, 1963; DERS., *Justiz und Politik in der Weimarer Republik*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1982, S. 167–205; OTTO KIRCHHEIMER, *Politische Justiz, Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, 1965, S. 124 ff., 314 ff.; HEINRICH HANNOVER/ELISABETH HANNOVER-DRÜCK, *Politische Justiz 1918–1933*, 1966.



Grosz, *Jeanne Mammen* u.a. widmen sich anderen Sujets. Insbesondere bei *George Grosz* ist das verwunderlich. Gegen ihn wurden in den Jahren 1921, 1924 und 1928 bis 1931 drei Strafverfahren bis zum Reichsgericht wegen Beleidigung der Reichswehr, Verbreitung unzüchtiger Abbildungen und Beschimpfung der christlichen Kirchen geführt.<sup>2</sup> Grosz hat bitterböse Bilder von Militärs, Klerikern und Kapitalisten gemalt, aber nicht von Richtern. Nur in einem Skizzenbuch finden sich zwei kleine Zeichnungen eines Richters und eines Staatsanwaltes (sowie eines Wachtmeisters), wohl anlässlich eines Strafverfahrens gegen ihn,<sup>3</sup> also von der Angeklagtenbank aus. Aber er hat daraus kein „richtiges“ Bild gemacht. In seinem Bild „Stützen der Gesellschaft“ (1926; Abb. 1) ist oben kein Richter abgebildet, sondern ein Militärseelsorger.<sup>4</sup>

**Abb. 1:** George Grosz, Stützen der Gesellschaft, 1926

## 2 Strafverfahren gegen Grosz (u.a.):

1. „Gott mit uns“ (1920) (keine Person, sondern typisierend): Beleidigung der Reichswehr (§§ 185, 196 StGB) – LG Berlin 20.4.1921 gegen Grosz u.a. (Dada-Prozess); Grosz: 300 Mark Geldstrafe, Vernichtung der Platten.

2. „Ecce Homo“ (1921): Verbreitung unzüchtiger Abbildungen (§ 184 StGB) – LG Berlin 16.2.1924 (gegen Grosz u.a.: 500 Mark; Einziehung, Unbrauchbarmachung); Revision: Reichsgericht (RG) 2.6.1924 verworfen.

3. „Maul halten und weiterdienen“ (*Christus* mit der Gasmasken aus der Mappe „Hintergrund“) (1927): Beschimpfung der christlichen Kirchen (§ 166 StGB; keine Gotteslästerung) (auch gegen *Wieland Herzfelde*); LG Berlin 10.12.1928: 2.000 Mark (Einziehung, Unbrauchbarmachung); Berufung: LG Berlin Freispruch; LG Berlin 4.12.1930: Verurteilung; RG 5.11.1931: Alle Exemplare sind zu vernichten. (Art. 142 WRV: Freiheit von Kunst und Wissenschaft).

Vgl. dazu: ROSAMUNDE NEUGEBAUER, *George Grosz – Macht und Ohnmacht satirischer Kunst am Beispiel der Graphikfolgen „Gott mit uns“, „Ecce Homo“ und „Hintergrund“*, 1993; vgl. auch ihren Beitrag im Katalog der Ausstellung „George Grosz: Berlin – New York“, hrsg. von Peter-Klaus Schuster für die Neue Nationalgalerie Berlin, 1994, S. 166–174.

3 Skizzen vom Juni 1923 (also wohl anlässlich des zweiten Strafverfahrens vor dem LG Berlin); vgl. den Katalog (Anm. 2), S. 502. Abgebildet ist im Katalog nur der Wachtmeister.

4 Katalog (Anm. 2), S. 33.

In der winzigen Skizze „Seid untertan der Obrigkeit“ (1927, also in einer Prozesspause) ist neben zwei Militärs und einem Geistlichen auch ein Richter zu sehen (Abb. 2).<sup>5</sup> Das ist alles, was ich bei Grosz finden konnte.

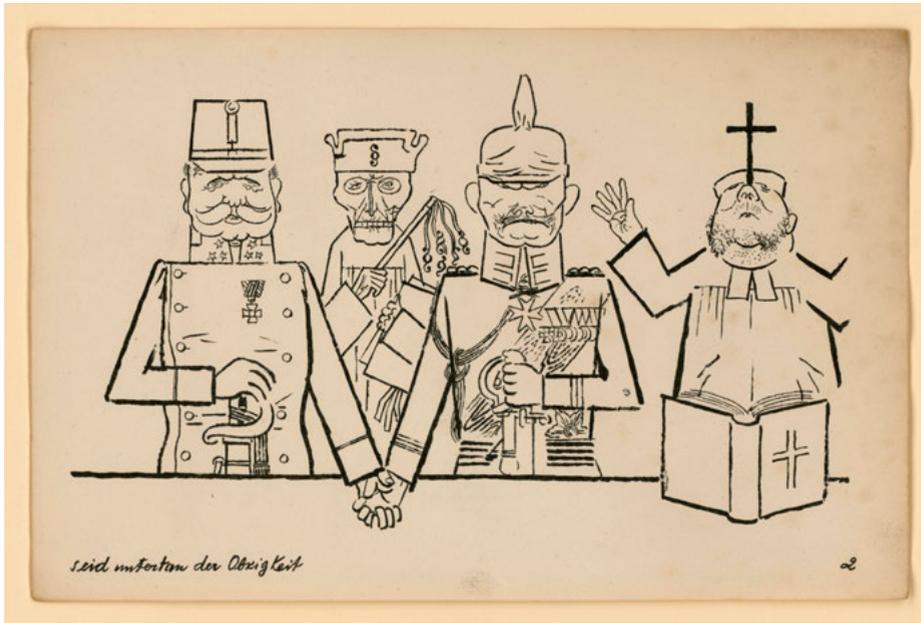


Abb. 2: George Grosz, Seid untertan der Obrigkeit, 1927

Doch dann gibt es noch einen Zufallsfund, nämlich bei nochmaliger Lektüre von *Otto Kirchheimers* „Politische Justiz“, in der deutschen Übersetzung, bei Luchterhand 1965 erschienen (s.o. Anm. 1), finde ich auf dem rückseitigen Umschlag eine Zeichnung von Grosz aus dem Jahr 1919: das Titelblatt der Satirischen Wochenschrift „Der Blutige Ernst“, herausgegeben von *Carl Einstein* und *George Grosz*, die nur 1919 und 1920 erschien – wohl mit einem imaginären Volksrichter, der über die großen Kriegsverbrecher zu Gericht sitzt, mit *Karl Liebknecht* im Rücken (Abb. 3).

<sup>5</sup> Katalog (Anm. 2), S. 477. Daneben finden sich noch Skizzen mit Paragrafenzeichen, S. 477 f.

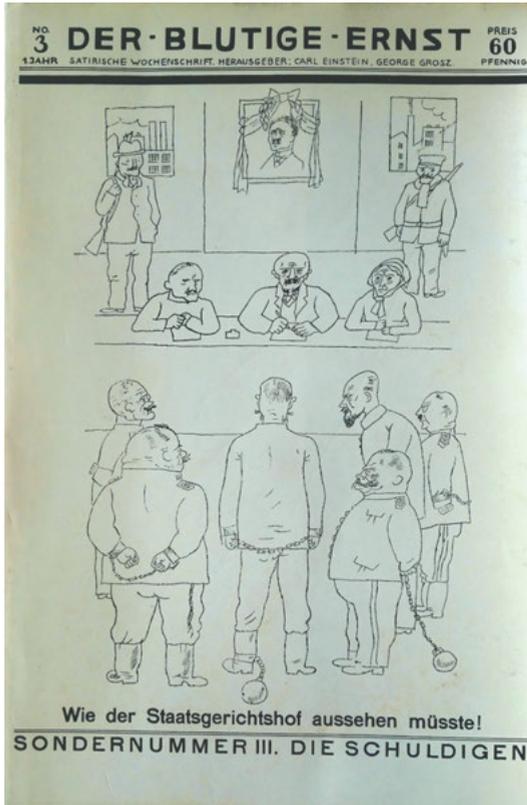


Abb. 3: George Grosz, Wie der Staatsgerichtshof aussehen müsste!, 1919

## 1 Richter in der bildenden Kunst: Salomo – Jüngstes Gericht – Iustitia/Iniustitia

Wo kann man Bilder von Richtern (nicht die üblichen „Richterbilder“) finden?<sup>6</sup> In der abendländischen Tradition gibt es wohl drei Bilder oder Allegorien von Richtern oder

<sup>6</sup> Reich bebildert mit Symbolen von Recht und Gerechtigkeit und auch mit Bildern von Richtern sind z.B. FRANZ HEINEMANN, Der Richter und die Rechtsgelehrten. Justiz in früheren Zeiten, 1969 (Nachdruck der Ausgabe von 1900); Wolfgang Pleister/Wolfgang Schild (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst, 1988; Staatliche Archive Bayerns (Hrsg.), Katalog zur Ausstellung „Gerechtigkeit erhöht ein Volk“. Recht und Rechtspflege in Bayern im Wandel der Geschichte, 1990; GERNOT KOCHER, Zeichen und Symbole des Rechts. Eine historische Ikonographie, 1992; WOLFGANG SELLERT, Recht und Gerechtigkeit in der Kunst, 1993; WOLFGANG SCHILD, Bilder von Recht und Gerechtigkeit, 1995 – Sehr sparsam mit Bildern ist HEIKE JUNG, Richterbilder. Ein interkultureller Vergleich, 2006, insbesondere S. 141 ff. „Richterbilder – wörtlich genommen“.

auch einer Richterin. Aus dem Alten Testament stammt die Figur des *Salomo*, der als König in seinem bekannten Urteil Recht spricht (Abb. 4).<sup>7</sup>



Abb. 4: Lucas Cranach d. Ä., Das Urteil Salomonis, ca. 1537

---

<sup>7</sup> Altes Testament, 1 Kön 3, 16–28.

Und es gibt in der christlichen Tradition Bilder des Jüngsten Gerichts mit *Jesus Christus* als Weltherrscher und Richter.<sup>8</sup> Am bekanntesten ist wohl *Michelangelos* Darstellung in der Sixtinischen Kapelle (1534–1541) in sehr lockerer Aufmachung, die seinerzeit als anstößig empfunden wurde (Abb. 5).



Abb. 5: *Michelangelo*, Das Jüngste Gericht, 1534–1541

Die dritte Figur: *Iustitia*. Die Tugend der Gerechtigkeit wird wie alle Tugenden als Frau dargestellt. Allerdings gibt es eine interessante Variante in der Darstellung der *Iniustitia*. *Giotto di Bondone* stellt sie nämlich in der Arena- oder Scrovegni-Kapelle in Padua (1304–1306) als Mann, als einen Richter – jedenfalls als Inhaber der Herrscher- und Jurisdiktionsgewalt –, dar (Abb. 6).<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Nach dem christlichen Glaubensbekenntnis sitzt Christus „zur Rechten Gottes, des allmächtigen Vaters; von dort wird er kommen, zu richten die Lebenden und die Toten“.

<sup>9</sup> Das scheint selbst *JUDITH N. SHKLAR*, *Über Ungerechtigkeit, Erkundungen zu einem moralischen Gefühl*, 1992, S. 79 ff. entgangen zu sein – aber nicht *MARCEL PROUST* (*Auf der Suche nach der verlorenen Zeit*, Bd. 2: *In Swanns Welt*, 1964, S. 434): Bei diesem erinnert ein *Monsieur de Palancy* an den „Ungerechten“ aus Padua. – Wie ist diese Vermännlichung zu erklären? Die männliche Figur ist wie ein Amtsträger gekleidet, befindet sich also in einer Position, die Frauen kaum einnehmen konnten und die besonders anfällig für Ungerechtigkeiten ist. *SCHILD* (Anm. 6), S. 104 f., deutet die Figur als Richter, durch die Mütze der Paduaner gekennzeichnet, der bereits durch seine Attribute entlarvt werde. „Statt des traditionellen Stabes und des erhobenen Richterschwertes trägt er eine Hellebarde (oder einen Fischhaken) und das umgegürtete Kriegsschwert, unter dem Hemd wird die Rüstung sichtbar; er schlägt den linken Fuß über den rechten (also gegen die Vorschrift). Dadurch erweist er sich als Tyrann, als Gewaltherrscher – vielleicht dachte Giotto dabei an Friedrich II. oder dessen Vertreter Ezelino –, was sich im halberstörten Stadttor, im Fries darunter (mit Gewaltszenen) und in der hochwuchernden Waldwildnis zeigt.“ – *WOLFGANG SELLERT* sieht im unteren Feld die Geschichte des barmherzigen Samariters dargestellt. Aus diesem Szenarium der Nächstenliebe wuchsen Pflanzen



Abb. 6: Giotto di Bondone, Iusticia und Iniusticia (sic!), Scrovegni-Kapelle, 1304–1306

Alle drei Figuren – *Salomo*, *Christus* und *Iustitia* – werfen Probleme mit der Richterrolle auf: *Salomo* ist zugleich König und Richter; es gibt also noch keine klare Rollendifferenzierung von König (oder Landesherr) und Richter. Es wird noch Jahrtausende dauern, bis diese Differenzierung erfolgt (bis sich dann wieder *Adolf Hitler* von *Carl Schmitt* zum „obersten Gerichtsherrn“ küren lässt). Überdies entscheidet *Salomo* keine Rechtsfrage, sondern löst mit einem Trick eine empirische, eine Tatfrage.<sup>10</sup> Im Christentum gibt es trotz Dreifaltigkeit keine klare Gewaltenteilung. Gott vereint wohl alle Gewalt in sich. Allerdings: Gott Vater ist Gesetzgeber; in Gestalt von *Jesus Christus* fungiert Gott als Richter und Pantokrator überhaupt. Was bleibt für den Hei-

---

mit treibenden Blüten und Blättern als Zeichen des durch die Sünde nicht verdorbenen urzeitlichen Paradieses. Die Figur stelle einen Herrscher als den alleinigen Inhaber der Regierungs- und Jurisdiktionsgewalt dar. Mit der linken Hand umfasse er einen Herrschafts- oder Gerichtsstab. Die rechte Hand halte einen nichts Gutes verkündenden Speer mit Widerhaken. Die Ungerechtigkeit dieses Herrschers werde noch dadurch unterstrichen, dass er auf einem Thron sitzt, der von brüchigem Mauerwerk als Zeichen der Zerstörung und Gewalt umgeben wird (Schreiben vom 21. Mai 2007 an den Verfasser).

<sup>10</sup> Diesen Hinweis verdanke ich *Joachim Rückert*.

ligen Geist? Und an *Iustitia* ist eben irritierend, dass sie eine Frau ist. Richter sind – nicht nur in Deutschland – bis ins 20. Jahrhundert stets Männer: Die erste Richterin kam in Deutschland 1928 ins Amt.<sup>11</sup>

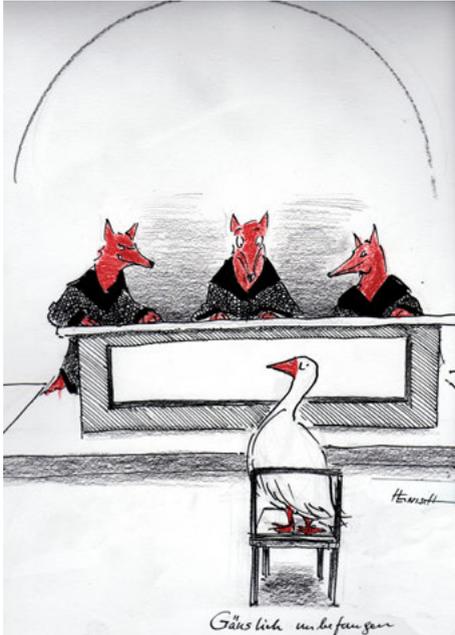
Aus neuerer Zeit finde ich das Gemälde eines (fiktiven) Richters bei *Werner Tübke* aus dem Jahr 1965: Lebenserinnerungen des Dr. jur. Schulze (die dritte von sieben Fassungen) aus einem Zyklus zur Nazi-Herrschaft und ihrer ungenügenden Aufarbeitung in der BRD (Abb. 7).



Abb. 7: *Werner Tübke*, *Lebenserinnerungen des Dr. jur. Schulze*, 1965

---

<sup>11</sup> *Maria Hagemeyer* war ab 1.6.1928 Richterin am LG Bonn. Oft wird auch *Marie Munk*, Land- und Amtsgerichtsrätin in Berlin 1930, genannt.



Häufiger sind *Karikaturen* von Richtern. Bekannt sind die von *Honoré Daumier* (1808–1879), der neben Richtern vor allem Anwälte mit ihren Eitelkeiten aufgespießt hat.<sup>12</sup> Aus neuester Zeit sind die Juristen-Zeichnungen von *Philipp Heinisch* bekannt, hier: „Gänzlich unbefangen“ (Abb. 8). *Heinisch* gibt auch einen „Juristenkalender“ mit Bildern zu Recht und Gerechtigkeit heraus.

**Abb. 8:** *Philipp Heinisch*, Gänzlich unbefangen, 2017

Oder dieses Gegenbild von *Ari Plikat* (Abb. 9):<sup>13</sup> „Wir lehnen das Gericht wegen Unbefangenheit ab!“



**Abb. 9:** *Ari Plikat*, Wir lehnen das Gericht wegen Unbefangenheit ab!, 2017

<sup>12</sup> Karikaturen von ihm erscheinen seit langem in einem Jahreskalender „Die Juristen“, der besonders in Anwaltskanzleien beliebt zu sein scheint.

<sup>13</sup> ARI PLIKAT, „Wir lehnen das Gericht wegen Unbefangenheit ab!“, aus der Ausstellung im Caricatura-Museum Frankfurt a. M. 2017. Auch in: ARI PLIKAT, *Das ist mein Hip Hop!*, 2017, S. 95.

## 2 Gemälde von „richtigen“ Richtern

Gemälde von „richtigen“ Richtern gibt es kaum. Richter lassen sich selten malen oder zeichnen – und das ist wohl nicht nur eine Kostenfrage. Bildnisse gibt es von den Präsidenten oberster Gerichte. Am Bundesarbeitsgericht (BAG) befindet sich im nicht öffentlichen Bereich eine solche Art von „Ahnengalerie“: die ehemaligen Präsidenten großformatig in Öl, die ehemaligen einfachen BAG-Richter deutlich kleiner auf Fotopapier (zunächst schwarz-weiß, später farbig).<sup>14</sup> – Von unterschiedlichen Künstlern gemalte Porträts der Präsidenten des Bundesgerichtshofs (BGH) befinden sich am Ort ihres Wirkens; ebenso beim Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) und Bundesverfassungsgericht (BVerfG); wohl auch beim Bundessozialgericht (BSG) und Bundesfinanzhof (BFH). Im Dienstzimmer der Präsidentin des BGH hängt ein Porträt des ersten Reichsgerichtspräsidenten *Eduard von Simson*.

## 3 Reale Richter

Reale Richter werden heute eher *in Filmen und Fotos* festgehalten.<sup>15</sup> In Ausstellungen zur Justizgeschichte könnte man fündig werden. Ausstellungen versuchen die herkömmliche Textlastigkeit zu vermeiden, indem sie Bilder und Gegenstände – und möglichst noch interaktiv – präsentieren. Nach 1989 hatten wir zwei größere Ausstellungen zur Justiz: einmal zu „Justiz und Nationalsozialismus“ (ab 1989), dann zur „Justiz im Staat der SED“ (ab 1994). Auffällig ist, dass der Katalog der *NS-Ausstellung* reich mit Bildern auch von Richtern oder von Strafprozessen bestückt ist.<sup>16</sup> Natürlich muss *Roland Freisler* auftauchen. Bekannt ist auch das Bild der Feier im Kriminalgericht Moabit (1.10.1936) aus Anlass der Anlegung des NS-Hoheitszeichens an die Richterrobe (Abb. 10).<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Mitteilung von *Wolfgang Linsenmaier*, ehemals Senatspräsident am BAG.

<sup>15</sup> Eine weitere Variante anschaulicher Darstellung der Justiz wäre die Architektur von Gerichtsgebäuden. Darauf gehe ich nicht ein.

<sup>16</sup> Einzelne Personen: zweimal Reichsgerichtspräsident *Erwin Bumke* (S. 15 f.); für die Titelseite der DRiZ vom 5.1.1925 ließ sich der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes Dr. *Johannes Leeb* ablichten (S. 27); *Freisler* (S. 208); *Lothar Kreyssig* mit einem späten Foto aus dem Jahr 1974 (S. 301). – Dann Fotos aus Prozessen: Gerichtsszene aus dem *Hitler-Prozess* 1924 (S. 50 ff.); Sondergericht Beuthen gegen SA-Männer und eine Karikatur aus dem „Angriff“ 1928 (S. 54); Reichstagsbrandprozess mit Oberreichsanwalt *Karl August Werner* (S. 57) und *Marinus van der Lubbe* (S. 84); Schwurgerichtssitzung (anonym, S. 151); Volksgerichtshofsverhandlung mit *Freisler* (S. 153); noch ohne *Freisler* aus dem Jahr 1939 (S. 156); undatierte Prozesse (S. 168 f.); ein anonymes Standgericht (S. 256); Gruppenfotos von Richtern: 225-Jahr-Feier des OLG Celle 1936 (S. 81) oder Staatsakt anlässlich der Verreichlichung der Justiz 1935 (S. 109); auch Zeichnungen und Karikaturen: eine Zeichnung zur politischen Justiz (S. 28).

<sup>17</sup> Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*, Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, 1989, S. 303.



**Abb. 10:** Feier im Kriminalgericht Moabit aus Anlass der Anlegung des NS-Hoheitszeichens an die Richterrobe, 1.10.1936

Die Ausstellung zur NS-Justiz erfasst auch die Entwicklung nach 1945.<sup>18</sup> Breiter Raum wird dem Nürnberger Juristenprozess (1947) eingeräumt (S. 331–345), versehen mit einem nicht sehr scharfen Bild von den Angeklagtenbänken und der Richterbank. Von allen fünfzehn Angeklagten<sup>19</sup> im Nürnberger Juristenprozess – Ministerialbeamte, Richter und Reichsanwälte – wurden Aufnahmen von der US Army gemacht (für das *Office of the U.S. Chief of Counsel for the Prosecution of Axis Criminality* [OUSCCPAC, Mai 1945 bis Okt. 1946]) oder die Nachfolgeorganisation, *Office of Chief of Counsel for War Crimes* (OCCWC, Okt. 1946 bis Juni 1949). Alle Fotos finden sich in Wikipedia unter „Nürnberger Juristenprozess“. Schauen wir uns das Foto eines Spitzenrichters einmal in ungewöhnlicher Häftlingskluft an (Abb. 11): Dr. *Curt Rothenberger* (30.6.1896–1.9.1959, Suizid), 1933 Justizsenator in Hamburg, ab 1935 Präsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts und des Hamburgischen Obergerichts, von August

**18** Bundesministerium der Justiz (Anm. 17): Fotos der drei ersten Präsidenten des BVerfG (S. 367); die Abbildung eines Ölgemäldes von *Hermann Weinkauff* (erster Präsident des BGH) (S. 367); Generalbundesanwalt *Wolfgang Fränkel* (S. 373); eine Karikatur zur NS-Belastung der bundesdeutschen Justiz (S. 378). Ansonsten auch Fotos von wegen Rechtsbeugung angeklagten NS-Richtern (S. 400, 429, 436), darunter auch ein Foto von *Hans-Joachim Rehse* mit *Freisler* (S. 441) und vor dem LG Berlin (S. 444); schließlich ein Zeitungsfoto von *Paul Reimers* 1984 (S. 452), der sich vor Eröffnung der Verhandlung selbst tötete.

**19** Der 16. Angeklagte, *Carl Westphal*, beging vor Verhandlungsbeginn Suizid.



1942 bis Dezember 1943 Staatssekretär im Reichsjustizministerium (in diesen Rollen wird er uns noch weiter unten begegnen). Er wurde in Nürnberg zu sieben Jahren Zuchthaus verurteilt, aber schon im August 1950 entlassen. Er erhielt eine Pension als OLG-Präsident, scheiterte aber mit seinem Antrag auf Versorgungsbezüge eines Staatssekretärs.

**Abb. 11:** Dr. Curt Rothenberger als Angeklagter im Nürnberger Juristenprozess 1946/47

Dagegen gibt es im Katalog der Ausstellung „*Im Namen des Volkes? Über die Justiz im Staat der SED*“<sup>20</sup> kaum Bilder von Richtern. *Hilde Benjamin* taucht nur als Mitglied der Deutschen Justizverwaltung in einem Gruppenbild von 1948 auf (S. 19); sie war Vizepräsidentin des Obersten Gerichts der DDR (OG) von 1949–1953. Sonst ein anonymes Gruppenbild von Volksrichtern am 1. Mai 1949 (S. 31); als einziger namentlich benannter Richter: *Kurt Schumann* (1. Präsident des OG von 1949 bis 1960, S. 40); ein Bild aus dem Prozess gegen die SS-Wachmannschaft des Lagers Sachsenhausen 1947 (S. 41) und vom Prozess gegen die Deutsche Continental Gas Gesellschaft (DCGG) 1950 (S. 71).<sup>21</sup> Insgesamt werden viel mehr Justizopfer abgebildet als die „Täter“ in der Justiz. Die dreibändige Geschichte der Rechtspflege der DDR<sup>22</sup> kam übrigens ganz ohne Bilder aus. – Bedacht werden wir mit Fotos von Richtern/Richterinnen am BVerfG nach ihrer Ernennung üblicherweise mit einer Kurzbiographie und Einschätzung (etwa in der FAZ).

#### 4 Fotos in Monographien etc.

Fotos von 52 der 65 Oberlandsgerichtspräsidenten in der Zeit des NS finden sich in einer Arbeit von *Moritz von Köckritz*.<sup>23</sup> Eigenartigerweise fehlt dort ein Foto des Präs-

**20** Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Im Namen des Volkes? Über die Justiz im Staat der SED*, Katalog zur Ausstellung des Bundesministeriums der Justiz, 1994, 2. Aufl. 1996.

**21** Bundesministerium der Justiz (Anm. 20), sonst die Spitzen aus der ZK-Abteilung Staats- und Rechtsfragen (*Karl Polak, Anton Plenikowski, Klaus Sorgenicht*, S. 133); eine anonyme Richterin mit zwei Schöffen am Stadtbezirksgericht Treptow 1974 (S. 151); ein Plakat zu Schöffenwahlen 1958 (S. 155). Im Anhang (S. 278 ff.) finden sich Kurzbiographien einiger weniger führender Justizfunktionäre – alle ohne Bild.

**22** HILDE BENJAMIN u.a., *Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR*, 3 Bände: 1945–1949, 1949–1961, 1961–1971, 1976 ff.

**23** MORITZ VON KÖCKRITZ, *Die deutschen Oberlandesgerichtspräsidenten im Nationalsozialismus (1933–1945)*, 2011, S. 535–544.

identen des Kammergerichts *Heinrich Hölscher* (11.4.1875–3.12.1945; Präsident von 1933–1943, er war nicht Mitglied der NSDAP und wurde postum gar entlastet [Gruppe V], ein Urteil, dem sich der Oberrevisor *von Köckritz* anschließt).<sup>24</sup> *Eugen Schiffer*, der Präsident der Deutschen Justizverwaltung in der SBZ, hatte ihn 1945 sogar als Mitarbeiter vorgesehen, drang damit aber nicht durch. Wusste *Schiffer* nicht, dass *Hölscher* seit Oktober 1945 in einem Spezialgefängnis des NKWD war und dort im Dezember 1945 starb?

Eine besondere Erwähnung verdient in unserem Zusammenhang Dr. *Max Draeger* (18.1.1885–20.4.1945). Er war für kurze Zeit (1937) OLG-Präsident in Marienwerder, dann ab 1. November 1937 in Königsberg. Seine Bemühungen um die Stelle des OLG-Präsidenten in Kiel (1943) wurden vom dortigen stellvertretenden Gauleiter *Sieh* abgelehnt mit den Bemerkungen an Staatssekretär *Rothenberger*: „Draeger ist ja ein kleiner geltungsbedürftiger Schwätzer, der einen kaum zu Worte kommen läßt und nervös und nicht sehr taktvoll herumredet. Dieser Mann, von seinem Äußeren ganz abgesehen (!), kann in Schleswig-Holstein mit seinem Menschenschlag nie und

nimmer Oberlandesgerichtspräsident werden.“<sup>25</sup> Beim Anrücken der Roten Armee Ende Januar/Anfang Februar 1945 löste *Draeger* die Behörde auf und setzte sich gen Westen ab. Er wurde verhaftet und vom Volksgerichtshof am 29. März 1945 wegen Wehrkraftzersetzung und Fahnenflucht zum Tode verurteilt. Hingerichtet wurde er am 20. April 1945. Manchen galt er später als „Blutzeuge“ oder „Märtyrer“. Und das war sein Äußeres (Abb. 12):



Abb. 12: Dr. *Max Draeger*, OLG-Präsident Königsberg 1937–1945

Fotos von dreizehn Richtern und Nazi-Richtern am Bundesgerichtshof (aus den Beständen des Bundesarchivs) finden sich in *Klaus-Detlev Godau-Schüttke*, *Der Bundesgerichtshof*.<sup>26</sup>

In der Fachliteratur, bei der Darstellung einzelner Prozesse, finden sich üblicherweise Bilder (Zeichnungen oder Fotos) der beteiligten Richter; z.B. bei *Otto Gritschneider*: Landgerichtsdirektor *Georg Neithardt* (1871–1941), Vorsitzender Richter im Münch-

<sup>24</sup> VON KÖCKRITZ (Anm. 23), S. 210.

<sup>25</sup> VON KÖCKRITZ (Anm. 23), S. 108.

<sup>26</sup> KLAUS-DETLEV GODAU-SCHÜTTKE, *Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland*, 2005, S. 457–463. Lebensläufe von ihnen sind auf S. 295–399 geschildert.

ner *Hitler*-Prozess 1924, dem im September 1933 mit der Position des Münchner OLG-Präsidenten für das milde Urteil gedankt wurde<sup>27</sup> – oder in dem Buch von *Georg D. Falk*, *Entnazifizierung und Kontinuität*. Der Wiederaufbau der hessischen Justiz am Beispiel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main mit einer Fülle (kleiner) Fotos.<sup>28</sup>

## 5 Richter in Film und Fernsehen

Nicht weiter gehe ich hier ein – das wäre und ist ein weiteres, weites Forschungsfeld – auf das Bild von fiktiven *Richtern in Film und Fernsehen*.<sup>29</sup> Preisfrage: Gibt es einen „Tatort“, in dem ein Richter auftaucht (und nicht nur die Kommissare und eine Staatsanwältin)?

Also: Bilder von einzelnen Richtern sind nicht häufig, abgesehen von den Spitzen der Justizhierarchie. Manchmal wird eine anonyme Gruppe abgebildet, manchmal eine Szene aus einem Verfahren mit vielen Beteiligten. Porträts von Richtern werden zur Darstellung des Inhabers einer prominenten Position in der Justizhierarchie angefertigt. Dies ist wohl ein Ausdruck der weitgehenden „Entpersönlichung“ des Richterberufs im deutschen Rechtskreis.<sup>30</sup> Dem entspricht auch die Tatsache, dass Richter und Richterinnen selten namentlich bekannt sind.

## II Texte über Richterpersonen

### 1 Biographien und Autobiographien

Jenseits der Welt bildlicher Darstellung zeigt sich die weitgehende Entpersönlichung auch im Medium von Texten, nämlich darin, dass *Biographien* über Richter nicht gerade zahlreich sind – noch weniger *Autobiographien* (also „Selbstbildnisse“) von

<sup>27</sup> OTTO GRITSCHNEDER, *Der Hitler-Prozeß und sein Richter Georg Neithardt, Skandalurteil von 1924 ebnet Hitler den Weg*, 2001. Darin: Pressezeichnung von *Georg Neithardt* vom Februar 1924, S. 35, ähnlich S. 65; undatiertes Foto, S. 39; daneben Zeichnungen des Beisitzers im *Hitler-Prozeß August Leyendecker*, S. 159, und des Ersatzrichters *Josef Simmerding*, S. 165.

<sup>28</sup> GEORG D. FALK, *Entnazifizierung und Kontinuität. Der Wiederaufbau der hessischen Justiz am Beispiel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main*, 2017. Dagegen sehr sparsam mit Bildmaterial: HANNES LUDYGA, *Das Oberlandesgericht München zwischen 1933 und 1945*, 2012.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. STEFAN MACHURA, *Rechtsfilme und Rechtsalltag, Richter ohne Robe* 1998, S. 39–42; STEFAN MACHURA/STEFAN ULBRICH, *Recht im Film: Abbild juristischer Wirklichkeit oder filmische Selbstreferenz?*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1999, S. 168–182; Stefan Machura/Peter Robson (Hrsg.), *Law and Film*, 2001, mit vielen weiteren Hinweisen vor allem auf Beiträge aus dem angelsächsischen Bereich.

<sup>30</sup> Hier läge ein Vergleich mit der Darstellung von „Richterpersönlichkeiten“ in den USA und Großbritannien nahe.

Richtern. Allerdings gibt es über Richter vermutlich mehr zu erzählen als *Martin Heidegger* über Philosophen meinte: „Bei der Persönlichkeit eines Philosophen hat nur das Interesse: Er war dann und dann geboren, er arbeitete und starb.“<sup>31</sup> Unter Biographien behandle ich nicht die mehr oder weniger knappen Lobpreisungen oder Nachrufe.<sup>32</sup> Kurzbiographien von Juristen im Allgemeinen, darunter auch Richtern, findet man in Lexika und Sammelbänden.<sup>33</sup> Ausführlicher sind die Biographien in den zwei Bänden der Redaktion der Kritischen Justiz über „Streitbare Juristen“ (1988)<sup>34</sup> und „Streitbare JuristInnen“ (2016), darunter auch von einigen Richtern und Richterinnen.<sup>35</sup>

---

**31** MARTIN HEIDEGGER, Grundbegriffe der aristotelischen Philosophie (Marburger Vorlesung Sommersemester 1924), Gesamtausgabe II. Abteilung: Vorlesungen 1919–1944 (hrsg. von Martin Michalski), Bd. 18, 2002, S. 5. – In einer anderen Variante: „Aristoteles wurde geboren, arbeitete und starb. Wenden wir uns also seinem Denken zu.“ Nach einem Bericht von HANNAH ARENDT in: DIES., Martin Heidegger: Briefe 1925 bis 1975 und andere Zeugnisse (hrsg. von Ursula Ludz), 1998, S. 184.

**32** S. dazu HUBERT TREIBER, Juristische Lebensläufe. ‚Vergangenheit nach Maß und von der Stange‘. Image und Imagepflege von Juristen in Laudationes und Nekrologen, Kritische Justiz 1979, S. 22–44.

**33** Eine Auswahl: Beck Verlag (Hrsg.), Juristen im Portrait: Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck, 1988 (darin KARL SCHÄFER zu *Fritz Hartung*, S. 382–395); Helmut Heinrichs/Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993; Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 2001 (darin beispielsweise *Benedikt Carpzov*, Richter am Leipziger Schöppenstuhl, S. 119); KLAUS-PETER SCHROEDER, Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz. Eine deutsche Rechtsgeschichte in Lebensbildern, 2001, 2. Aufl. 2011 (an Richtern nur *Bunke* und *Benjamin*); Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Zwischen Recht und Unrecht. Lebensläufe deutscher Juristen, 2004 (darin nur *Hilde Benjamin*, S. 144). Die Sammlung von Gerd Kleinheyder/Jan Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 2017, enthält nur Angaben zu Rechtsgelehrten/Rechtswissenschaftlern, nicht zu Richtern; von „Praktikern“ ist nur der Rechtsanwalt *Ernst Fuchs* wegen seiner Schriften zur Freirechtslehre vertreten. Zu DDR-Richtern gibt es Kurzeinträge von Helmut Müller-Enbergs (Hrsg.), Wer war wer in der DDR?, Ein Lexikon ostdeutscher Biographien, Bd. 2, 5. Aufl. 2010: *Kurt Schumann* (Präsident des OG 1949–1960) und *Heinrich Toeplitz* (1960–1986 Präsident des OG).

**34** Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare Juristen, Bd. 1, 1988, Richter: *Felix Halle* (Mitglied des Staatsgerichtshofes 1928–30), S. 153; *Arnold Freymuth* (Richter am KG 1921–25), *Hermann Großmann* (Mitbegründer des Republikanischen Richterbundes, Richter am KG), *Alfred Orgler* (Richter am KG), S. 204; *Wilhelm Kroner* (Preuß. OVG), S. 219; *Fritz Goldschmidt* (KG), S. 318; *Friedrich Weißler* (LG Magdeburg), S. 330; *Lothar Kreyssig*, S. 342; zeitweise Richter waren: *Otto Kahn-Freund* (S. 380); *Richard Schmid* (S. 487).

**35** Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare JuristInnen, 2016, zeitweise auch RichterInnen waren: *Winfried Hassemer* (Prof. und Richter), S. 201; *Marie Munk*, S. 73; *Wiltraut Rupp-von Brünneck*, S. 427; *Helmut Simon*, S. 495.

Monographische Biographien gibt es zu einigen Spitzen-Richtern:<sup>36</sup> zu *Walter Simons*, 1922–1929 Präsident des Reichsgericht;<sup>37</sup> zu *Roland Freisler*, *Erwin Bumke*, *Curt Rothenberger* und *Karl Sack*.<sup>38</sup> Dem ersten Präsidenten des BGH mit NS-Vergangenheit, *Hermann Weinkauff*, widmen sich einige Darstellungen.<sup>39</sup> Die NS-Vergangenheit ist wohl auch Grund für die Aufmerksamkeit, die *Willi Geiger* (später Richter am BGH und BVerfG) erfahren hat.<sup>40</sup> Die monographische Aufmerksamkeit richtet sich

---

**36** Keine Richter, aber Spitzen-Juristen wurden monographisch bedacht: *Franz Schlegelberger* von ELI NATHANS, Franz Schlegelberger, 1990; ARNE WULFF, Staatssekretär Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Schlegelberger, 1876–1970, 1991; MICHAEL FÖRSTER, Jurist im Dienst des Unrechts: Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im Reichsjustizministerium Franz Schlegelberger (1876–1970), 1995; *Ernst Melsheimer* (erster GStA der DDR bis 1962): kurz bei Jürgen Weber/Michael Piazolo (Hrsg.), *Justiz im Zwielficht – Ihre Rolle in Diktaturen und die Antwort des Rechtsstaates*, 1998, S. 176–189; BRITTA HEYMANN, *Ernst Melsheimer (1897–1960). Eine juristische Karriere in verschiedenen staatlichen Systemen*, 2007; und wiederum knapp bei HELMUT MÜLLER-ENBERGS, *Melsheimer, Ernst*, in: ders. (Anm. 33). Zu weniger prominenten Staatsanwälten liegen Arbeiten vor: HANS-GÜNTER RICHARDI, Josef Hartinger (1893–1984): Der Staatsanwalt, der Himmler in die Enge trieb, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen: eine andere Tradition*, 1988, S. 307–317; JOHANN SCHÜTZ, Josef Hartinger: ein mutiger Staatsanwalt im Kampf gegen den KZ-Terror, Bayerisches Staatsministerium der Justiz, 1990; LORENZ VÖLKER, „War mein Großvater ein Nazi?“ Ein Enkel auf Spurensuche nach der Geschichte eines Staatsanwalts im Dritten Reich, 2015 (zu *Hans Dombois*, StA in der NS-Zeit).

**37** HORST GRÜNDER, *Walter Simons als Staatsmann, Jurist und Kirchenpolitiker*, 1975.

**38** GERT BUCHHEIT, *Richter in roter Robe. Freisler, Präsident des Volksgerichtshofes*, 1968; HELMUT ORTNER, *Der Hinrichter. Roland Freisler – Mörder im Dienste Hitlers*, 1995; DIETER KOLBE, *Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege*, 1975; KLAUS-PETER SCHROEDER, *Im Dienste des Unrechts: Erwin Bumke (1874–1945). Letzter Präsident des Reichsgerichts*, in: Jost Hausmann/Thomas Krause (Hrsg.), *Zur Erhaltung guter Ordnung. Beiträge zur Geschichte von Recht und Justiz. Festschrift für Wolfgang Sellert zum 65. Geburtstag*, 2000, S. 589–615; KLAUS BÄSTLEIN, *Vom hanseatischen Richteramt zum nationalsozialistischen Justiz-Verbrechen. Zur Person und Tätigkeit Curt Rothenbergers 1896–1959*, in: *Justizbehörde Hamburg* (Hrsg.), „Für Führer, Volk und Vaterland ...“, *Hamburger Justiz im Nationalsozialismus*, 1992, S. 74–145; SUSANNE SCHOTT, *Curt Rothenberger. Eine politische Biographie*, 2001; zu *Rothenberger* auch: BENJAMIN LAHUSEN, *Der deutsche Richter, myops* Nr. 18 (2013), S. 54–65; HERMANN BÖSCH, *Heeresrichter Dr. Karl Sack im Widerstand. Eine historisch-politische Studie*, 1967; Stephan Dignath (Hrsg.), *Dr. Karl Sack. Ein Widerstandskämpfer aus Bosenheim. Bekenntnis und Widerstand. Gedenkschrift anlässlich der 40. Wiederkehr des Tages seiner Ermordung im KZ Flossenbürg am 9. April 1945*, 1985.

**39** GODAU-SCHÜTTKE (Anm. 26), S. 21 ff. (weitere „Juristische Lebensläufe“ von zwölf Richtern und Richterinnen am BGH 1950–1953, S. 285 ff.); DANIEL HERBE, *Hermann Weinkauff (1894–1981) – Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs*, 2008.

**40** HELMUT KRAMER, *Willi Geiger: Vom Antisemiten und Staatsanwalt am NS-Sondergericht zum Richter am Bundesverfassungsgericht*, in: Wolfgang Proske (Hrsg.), *Täter Helfer Trittbrettfahrer. NS-Belastete aus Nordbaden und Nordschwarzwald*, Bd. 7, 2017; und s. bereits die Darstellung von HELMUT KRAMER, *Ein vielseitiger Jurist – Willi Geiger 1909–1994*, in: Thomas Blanke/Stephan Beier (Hrsg.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, 1998, S. 373–379.

auch auf Richterinnen, wenn sie sehr prominent sind. Das ist aber auch das Einzige, was *Hilde Benjamin* mit *Jutta Limbach* verbindet.<sup>41</sup>

Der Beruf des Richters ist nicht sehr tauglich für narzisstische Selbstdarstellungen. *Autobiographien* von Richtern<sup>42</sup> sind deshalb selten. Was sollten Richter auch groß aus ihrem Nähkästchen, ihrem Familienleben, ihrem Freizeitverhalten etc. erzählen können? Sicherlich mehr, als dass sie geboren wurden und gearbeitet haben. Die Rechtsprechungstätigkeit steht im Vordergrund; die ist aber bei gewisser Prominenz ohnedies dokumentiert, wenn auch wegen des Kollegialprinzips und Beratungsgeheimnisses nicht klar persönlich zuzuordnen.

Die in Deutschland bekannteste Autobiographie eines Richters<sup>43</sup> ist wohl die von *Fritz Hartung* „Jurist unter vier Reichen“<sup>44</sup> – eine Arbeit, die wegen der Diskrepanz von persönlicher Kontinuität/Identität und politischen Brüchen aufschlussreich sein könnte. Man kann daraus ersehen, wie sich die Arbeit als Richter (bis zum Reichsgericht) oder als Rechtsprofessor unberührt von gravierenden politischen und sozialstrukturellen Wandlungen durchführen lässt.

Einige weitere Autobiographien seien genannt: von *Ludwig Ebermayer*, Reichsgerichtsrat und Oberreichsanwalt;<sup>45</sup> *Alois Zeiler*, Reichsgerichtsrat und Urheber der Eingabe des Vereins der Richter des RG vom 8. Januar 1924;<sup>46</sup> *Hugo Marx*, Staatsanwalt

---

41 ANDREA FETH, *Hilde Benjamin – Eine Biographie*, 1997; MARIANNE BRENTZEL, *Die Machtfrau. Hilde Benjamin 1902–1989*, 1997; KARIN DECKENBACH, *Jutta Limbach: Eine Biografie*, 2003.

42 Das gilt wohl auch für Juristen im Allgemeinen, es sei denn, sie waren in anderen, politischen Feldern tätig: WILLIBALD APELT, *Jurist im Wandel der Staatsformen, 1965 (1877–1965, Professor, auch Staatsminister 1927–1929)*; ARNOLD BRECHT, *Aus nächster Nähe. Lebenserinnerungen 1884–1927*, Bd. I, 1966; *Mit der Kraft des Geistes*, Bd. II, 1967 (Ministerialbeamter; Vertreter Preußens vor dem Staatsgerichtshof; Exil USA, dann Politikwissenschaftler). Die nicht veröffentlichten Tagebücher des Richters und späteren Rechtsanwalts *Eugen Wilhelm* (1866–1951) hat KEVIN DUBOUT ausgewertet: *Der Richter und sein Tagebuch. Eugen Wilhelm als Elsässer und homosexueller Aktivist im deutschen Kaiserreich*, 2018. Das Gewicht liegt dabei nicht auf seiner richterlichen Tätigkeit.

43 Noch seltener sind wohl Autobiographien von Staatsanwälten, z.B.: OTTO KLEINKNECHT, „Im Sturm der Zeiten“. Aus den Erinnerungen eines württembergischen Staatsanwalts 1929 bis 1949 (hrsg. vom Haus der Geschichte Baden-Württemberg in Zusammenarbeit mit *Walter J. Elser*), 2016 (1901–1983, 1928 zum Katholizismus konvertiert, StA Stuttgart, 1941 Dezernat für Kriegswirtschaftsverbrechen beim SG Stuttgart – Vorgesetzter war *Hermann-Albert Cuhorst*, drei Hinrichtungen beantragt und durchgesetzt; hält sich letztlich für unbescholten; mehrmonatige Suspendierung 1945 wegen NSDAP-Mitgliedschaft, empfindet Spruchkammerverfahren als ungerecht, Ruhestand 1966, danach Niederschrift seiner Erinnerungen anhand von Tagebuchaufzeichnungen).

44 FRITZ HARTUNG, *Jurist unter vier Reichen*, 1971.

45 LUDWIG EBERMAYER (1858–1933), *Fünfzig Jahre Dienst am Recht. Erinnerungen eines Juristen*, 1930; er war ab 1904 Reichsgerichtsrat, 1923–1926 Oberreichsanwalt.

46 ALOIS ZEILER (1868–1966), *Meine Mitarbeit*, ca. 1938; dort S. 156 zur Eingabe des Vereins der Richter des RG v. 8.1.1924; er war von 1919–1935 Reichsgerichtsrat; im Vorwort, S. 10, stellt er mit einem gewissen Bedauern fest, dass der Richter „damals“ den Willen der Staatsgewalt, wenn er klar ausgedrückt war, als Gesetz zu befolgen hatte; jetzt habe aber die NSDAP „in vielem einen bedeutsamen und entscheidenden erfreulichen Wandel gebracht“. „So kann doch ich selbst meine Freude darüber zum Ausdruck bringen, daß mir das nationalsozialistische Rechts- und Wirtschaftsdenken

und Richter in Baden;<sup>47</sup> aus neuerer Zeit: *Ronald Barnabas Schill*, bekannt als „Richter Gnadenlos“ und Innensenator in Hamburg;<sup>48</sup> am lohnendsten ist wohl: *Thomas Dieterich*, Richter am BAG, dann am BVerfG und schließlich Präsident des BAG, der seine Judikate in seine Lebensgeschichte einzubetten versteht<sup>49</sup> (von seinen Kindheits- und Jugenderinnerungen einmal abgesehen). Dann gibt es noch die Form einer Gesprächs-Autobiographie, in der sich Richter zu ihrer Tätigkeit und ihren Einstellungen in Interviewform äußern, so etwa *Dieter Grimm*.<sup>50</sup>

In einer graumäusigen Gesellschaft wie der DDR, in der narzisstisch veranlagte Menschen rasch in den Status von Dissidenten gelangten, wird es noch karger mit Autobiographien von Juristen im Allgemeinen und von Richtern im Besonderen. *Hilde Benjamin* hat ihre Lebensgeschichte als Arbeitsgeschichte in den Bänden über die Geschichte der Rechtspflege in der DDR dokumentiert.<sup>51</sup> Eine Selbstdarstellung durfte sich der Vizepräsident des OG (seit 1977) und seit 1986 Präsident des OG *Günter Sarge* erlauben.<sup>52</sup> Nicht mehr unter Narzissmus, sondern unter Wundenlecken nach der Wende wird man seine Erinnerungen von 2013 verbuchen können.<sup>53</sup> Zerknirscht sind die späten, sehr reflektierten Aufzeichnungen eines anderen ehemaligen Richters am OG, *Rudi Beckert*, Glücklicher Sklave. Eine Justizkarriere in der DDR.<sup>54</sup>

## 2 Richter in Romanen

Nicht näher gehe ich ein auf das ungeheuer weite Feld von *Law and Literature*, wozu etwa mehr oder weniger realistische Darstellungen von Richtern in Romanen gehören.<sup>55</sup> An einen tatsächlichen Richter angelehnt wird uns von *Ursula Krechel* in

---

in nicht wenigem eine Verwirklichung eigener Wünsche schon gebracht hat, teils noch zu bringen verspricht.“ S. 9 f. auch eine Polemik gegen jüdische Verlage und Autoren. – Zur Eingabe s. MARTIN H. GEYER, Recht, Gerechtigkeit und Gesetze. Reichsgerichtsrat Zeiler und die Inflation, ZNR 16 (1994), S. 349–372.

47 HUGO MARX, Werdegang eines jüdischen Staatsanwalts und Richters in Baden (1892–1933). Ein soziologisch-politisches Zeitbild, 1965.

48 RONALD BARNABAS SCHILL, *Der Provokateur*. Autobiografie, 2014.

49 THOMAS DIETERICH, *Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht*, 2016.

50 DIETER GRIMM, „Ich bin ein Freund der Verfassung“. Wissenschaftsbiographisches Interview von Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach mit Dieter Grimm, 2017.

51 BENJAMIN (Anm. 22).

52 GÜNTER SARGE, *Holzpantinen und Arabesken*, 1. Aufl. 1979, 2. Aufl. Berlin: Militärverlag der DDR 1981. *Sarge* war von 1962 bis 1977 unter Beibehaltung seines militärischen Dienstgrades Major/Generalmajor Vorsitzender des Militärkollegiums des OG.

53 GÜNTER SARGE, *Im Dienste des Rechts*. Der oberste Richter der DDR erinnert sich, 2013.

54 RUDI BECKERT, *Glücklicher Sklave*. Eine Justizkarriere in der DDR, 2011.

55 Neu aufgelegt wurde der dokumentarische Roman von ERNST OTTWALT (1901–1943) aus dem Jahr 1931 „Denn sie wissen was sie tun“ vom Verlag „Das kulturelle Gedächtnis“, 2017, mit dem Strafrichter *Friedrich Wilhelm Dickmann* als Protagonisten. In FRIEDRICH DÜRRENMATTS „Der Richter und sein

„Landgericht“<sup>56</sup> die Geschichte des jüdischen Richters *Richard Kornitzer*<sup>57</sup> erzählt, der von den Nazis vertrieben wurde und später in die bundesdeutsche Justiz zurückgekehrt ist. *Petra Morsbach* legte nach jahrelangen Recherchen am Verwaltungsgericht Münster und am Landgericht München den Roman „Justizpalast“<sup>58</sup> mit der Figur der Roman-Richterin *Thirza Zorniger* vor – ein vielgepriesenes Buch, von *Thomas Fischer* verrissen.<sup>59</sup> – Alles nichts gegen die Justiz-Thriller von *John Grisham*.

### III Richterbilder: Leitbilder – Schreckensbilder – Galerien

Ich komme nun (endlich) zu dem Teil, den ich ursprünglich für einschlägig hielt, wenn es um „Richterbilder“ gehen sollte. Nachdem die Suche nach Bildern von Richtern im eigentlichen Sinne wenig erfolgreich war, die Seltenheit von Biographien und Autobiographien von Richtern die „Entpersönlichung“ dieses Berufsstandes gezeigt hat, wende ich mich nun – weiterhin im Medium von Texten – abstrakten, typisierenden Charakterisierungen von Richtern zu. Denn darum geht es bei den üblichen „Richterbildern“.

Angesichts der Fülle von Richterbildern werde ich eine gewisse Übersichtlichkeit in die Sache auf zwei Wegen zu bringen versuchen: Zunächst unterscheide ich *systematisch* Leitbilder – Schreckensbilder und relativ neutrale Typologien oder Galerien von Richtern. Diese verschiedenen Richterbilder könnte man dann versuchen, *historisch* aneinanderzureihen. Dabei ergäben sich viele Aufs und Abs und zahlreiche Lücken. Eine diachrone Darstellung würde sehr diffus ausfallen. Stattdessen werde ich versuchen, die Konjunkturen einer Vielzahl der Richterbilder verständlich zu machen vor dem Hintergrund von Problemlagen, die von der Richterschaft mal episodisch, auch immer wiederkehrend oder durchgängig in den letzten hundert Jahren thematisiert wurden.<sup>60</sup> Ich unterscheide also zunächst grob zwischen (positiven) Leit-

---

Henker“ geht es übrigens nicht um einen Richter, sondern um einen Kriminalkommissar, der „richtet“. Vgl. dazu auch jetzt MICHAEL KILIAN, Das Richterbild im Spiegel der schönen Literatur, BayVBl. 2018, S. 37 ff.

56 URSULA KRECHEL, Landgericht, 2012. Vom ZDF wurde der Roman 2017 in einem Zweiteiler verfilmt.

57 Pseudonym für Dr. *Robert Michaelis*, 1903–1970.

58 PETRA MORSBACH, Justizpalast, 2017. – Bemerkenswert ist, dass es nicht um die medienwirksame Strafrecht geht. Zivilprozesse finden wenig Aufmerksamkeit und fernsehtauglich sind sie ohnehin nicht.

59 THOMAS FISCHER, Palast der Vergeblichkeit, Rezension, Die Zeit vom 13.11.2017, nach der Laudatio von HERIBERT PRANTL, Poesie der Justiz, SZ vom 9.11.2017.

60 Die Arbeit von THORSTEN BERNDT, Richterbilder, Dimensionen richterlicher Selbsttypisierungen, 2010 passt nicht zu meiner Strategie: In ihr geht es eher um Rolle und Identität des Richters, um den Arbeitsalltag und Selbsttypisierungen; sie ist zudem nicht historisch orientiert.

bildern, (negativen) Schreckensbildern und relativ neutralen „Galerien“ oder „Typologien“ von Richtern.

## 1 Leitbilder

Positive Richterbilder, also Leitbilder, besagen etwas darüber, wie ein Richter zu sein hat, was seinen Charakter, seine Fähigkeiten ausmachen sollte. Stets betont wird dabei seine Unabhängigkeit (gegenüber allen Arten von externen Einflüssen), seine Neutralität als Dritter in Konflikten und seine Sachlichkeit. Diese Grundcharakteristika werden überhöht durch weitere Anforderungen, die in gewissen Phasen genannt werden: Der Richter müsse als Autoritätsfigur über ein Charisma verfügen. Damit verbinden sich „Bilder“ eines Gesetzespriesters oder gar eines Richterkönigs. Auf jeden Fall habe er – jedenfalls bis in die 20er Jahre des 20. Jahrhunderts und wieder nach 1933 – männlich zu sein. Vom positiv besetzten „königlichen Richter“ ist es allerdings nur ein kleiner Schritt zur „Kadijustiz“, die nach der evolutionären Stufung bei *Max Weber* einen Rückfall von der formalen Rationalität in die Phase einer materiell-irrationalen Rechtsfindung darstellt. Entsprechend kritisch äußerte sich auch *Weber* zu den freirechtlichen Tendenzen seiner Zeit.<sup>61</sup>

Die Freirechtsschule plädierte zu Anfang des 20. Jahrhunderts für einen freien Richter, ein „freies Richtertum“. Die Interessenjurisprudenz betonte hingegen den „suchenden, einen denkenden Gehorsam“ des Richters.<sup>62</sup>

In den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts kam die Forderung nach einem „politischen Richter“ auf. *Rudolf Wassermann*<sup>63</sup> sah den Richter als „politische Persönlichkeit“ kraft Amtes, nicht parteipolitisch engagiert, sondern für emanzipatorische „Veränderungen“ in Richtung Demokratisierung. In eine ähnliche Richtung ging die Vorstellung des Richters als „Sozialingenieur“. Er habe – sozialwissenschaftlich informiert – die Folgen seiner Entscheidungen, d.h. deren sozialgestaltende Wirkungen, zu berücksichtigen.<sup>64</sup> Das Bild eines politischen, bewusst sozialgestaltenden Richters war für viele Standesgenossen allerdings eher ein Schreckensbild. Das gilt verstärkt für frühere Jahrzehnte: Bei der Gründung des Deutschen Richterbundes (DRB) 1909 gab es Diskussionen darüber, ob Richter überhaupt Standes-„Interessen“ vertreten

<sup>61</sup> MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte*. Nachlaß, Teilbd. 3: *Recht*, hrsg. von Werner Gephart und Siegfried Hermes (MWG I/22-3), 2010, S. 624 ff.

<sup>62</sup> PHILIPP HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 106 f.

<sup>63</sup> RUDOLF WASSERMANN, *Der politische Richter*, 1972.

<sup>64</sup> Das meinte wohl auch Bundesjustizminister *Hans-Jochen Vogel* 1979 in einer Rede vor dem Bundesgerichtshof mit „dem Richter als dem Katalysator gesellschaftlicher Prozesse“. Zitiert und kritisiert bei HANS HATTENHAUER, *Wandlungen des Richterleitbildes im 19. und 20. Jahrhundert*, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, 1989, S. 9, 31.

dürfen. In der Weimarer Zeit betonten die Vertreter des Deutschen Richterbundes die unpolitische Rolle des Richters jenseits des parlamentarischen Parteiengänzungs.<sup>65</sup>

Eine neue Variante ins Richterbild brachte die Reform des Deutschen Richtergesetzes im Jahre 2002. Verlangt wird nun vom Richter „die erforderliche soziale Kompetenz“.<sup>66</sup> (Wahrscheinlich wird demnächst auch eine „Gender-Kompetenz“ gefordert.) Der Rechtsausschuss des Bundestages verstand unter einer sozialen Kompetenz „insbesondere Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit, Identifikation mit dem Auftrag der Justiz, Fähigkeit zum Verhandeln und Ausgleich, Konflikt- und Entschlussfähigkeit, Kooperationsfähigkeit, soziales Verständnis, gesellschaftliches Engagement, Gerechtigkeitssinn sowie verantwortungsbewusste Ausübung der [...] der dritten Gewalt anvertrauten Macht“.<sup>67</sup> In diesen Kontext gehört wohl das verstärkte Vordringen des Mediationsgedankens bis in die Bereiche der Justiz hinein, d.h. zu einem Güterichter nach § 278 Abs. 5 ZPO. Vergleichsgespräche waren allerdings für die Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit seit jeher nichts Ungewöhnliches. Ungekrönte „Vergleichskönige“ gibt es schon lange.<sup>68</sup>

---

**65** In eine Äußerung des Präsidenten des Deutschen Richterbundes, *Johannes Leeb*, von 1921 interpretiert *Hans Hattenhauer* schon eine umfassende Kritik am „neuen Gesetzesrecht der Republik“ hinein (HATTENHAUER [Anm. 64], S. 14 f.). Zu ähnlichen Äußerungen aus dem Kaiserreich s. FRANZ RIß, Politik und Justiz, DRiZ 1910, Sp. 7, 9. – Die vom DRB (und *Hattenhauer*) beklagte Instrumentalisierung des Rechts hatte aber schon im Ersten Weltkrieg einen erheblichen Schub erlebt. – Aus der Aufarbeitung von 5.000 Selbstzeugnissen deutscher *Beamter* schließt *Hattenhauer* überdies darauf, dass die Richter keine „haßerfüllten Feinde“ der Republik gewesen seien (S. 16). Das hat aber nicht einmal *Kübler* behauptet, gegen den sich *Hattenhauer* richtet. Vgl. FRIEDRICH KARL KÜBLER, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz. Versuch einer Deutung aus richterlichen Selbstzeugnissen, AcP 162 (1963), S. 104–128.

**66** Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11. Juli 2002 (BGBl. I S. 2592, 2593):

§ 9 DRiG: Voraussetzungen für die Berufungen

In das Richterverhältnis darf nur berufen werden, wer

1. Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist,
2. die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt,
3. die Befähigung zum Richteramt besitzt (§§ 5 bis 7) und
4. über die erforderliche soziale Kompetenz verfügt.

**67** Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/8629, S. 14. – Das BVerwG fügte noch hinzu die „Fähigkeit, sich gegenüber Nichtjuristen verständlich ausdrücken und ihnen komplexe Begriffe und Fragestellungen erläutern zu können“ (BVerwG 2 C 29.15 vom 22.9.2016, Rn. 17).

**68** Aufgeweicht wird dadurch die traditionelle Abgrenzung gegenüber mediation / arbitration / conciliation oder auch die Differenzierung der Rollen von Ratgeber / Vermittler / Schlichter / Richter, die alle eine zentrale Rolle in der Diskussion um „Alternativen in der und zur Justiz“ spielten.

## 2 Schreckensbilder

Eine negative Variante eines Richterbildes – quasi ein Schreckensbild – ist, ganz unabhängig davon, ob sie tatsächlich existiert oder existierte, sicherlich der *Subsumtionsautomat*. Ihm fehlt die „persönliche Note“. Rechtsanwendung soll zwar gesetzesgebunden erfolgen, aber nicht mechanisch-automatisch. Verstanden als „Mund des Gesetzes“ hätte der Richter wohl noch eine gewisse Artikulationsmöglichkeit.

Ein besonderes Schicksal hat der (wie man ihn nennen könnte) „*positivistische*“ Richter erlebt, dessen Handlungsmaxime lautet „Gesetz ist Gesetz“. *Gustav Radbruch* pries ihn noch in seiner Rechtsphilosophie von 1932:

Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei. [...] Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt.<sup>69</sup>

Nach 1945 hat er in seiner „Formel“ das Rechtsgefühl des Richters (an den die Formel adressiert ist) stark gemacht gegen Gesetze, die in einem „unerträglichen“ Widerspruch zur Gerechtigkeit stünden.<sup>70</sup> Der bloß gesetzestreue, gewissenlose Richter ist heute sicher kein Leitbild mehr.

Auf das negative Bild des „*politischen Richters*“ gerade in der Weimarer Zeit (im Kreis des Deutschen Richterbundes) hatte ich bereits hingewiesen. Von „links“, d.h. von Sozialdemokraten und Kommunisten, wurde dagegen der Richter der *Klassenjustiz* seit Anfang des Jahrhunderts (insbesondere von *Karl Liebknecht*<sup>71</sup>) kritisiert – ein Richter, der keine bewusste Rechtsbeugung begeht, sondern aufgrund seiner sozialen Herkunft im objektiven Interesse der herrschenden Klasse entscheidet – gegen Mitglieder der Arbeiterklasse und dann speziell in Weimar gegen „links“, auf dem rechten Augen dagegen blind.

Schreckensbilder werden auch personalisiert. Wenn die NS-Justiz oder die Justiz im SED-Staat thematisiert werden, tauchen fast unweigerlich Bilder von und Texte über *Roland Freisler* und *Hilde Benjamin* auf.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> GUSTAV RADBRUCH, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier/St Stanley L. Paulson, 1999, S. 84 f.

<sup>70</sup> GUSTAV RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Sp. 105, 107. *Radbruch* ist allerdings die Antwort auf die Frage schuldig geblieben, wie ein „positivistisch“ deformierter Richter nach der NS-Zeit plötzlich ein Gefühl für das „Unerträgliche“ entwickelt haben sollte.

<sup>71</sup> Vgl. dazu HUBERT ROTTLEUTHNER, Klassenjustiz?, Kritische Justiz 1969, S. 1–26.

<sup>72</sup> Wer dann noch beide Formen der Diktatur nicht bloß vergleicht, sondern auch angleicht („fast 60 Jahre Diktatur in Deutschland“), der bringt beide Personen zusammen, so RUDOLF WASSERMANN, Freisler und Benjamin als Exponenten totalitärer Justiz, DRiZ 1994, S. 281–285. *Benjamin* fällt in den gut drei Jahren am OG zwei Todesurteile, *Freisler* am Volksgerichtshof von August 1942 bis Februar 1945 circa 2.600.

### 3 Galerie: Klassifikationen, Typologien

Schließlich gibt es noch eher neutrale Klassifikationen von Richtertypen. Nachdem *Wolfgang Kaupen* von Juristen im Allgemeinen als den „Hütern von Recht und Ordnung“<sup>73</sup> gesprochen hatte, habe ich selbst einmal unter den Richtern differenziert zwischen:<sup>74</sup>

- dem devoten Gesetzespriester, der im Gehorsam der gesetzgebenden Autorität gegenüber die Gesetzesanwendung zelebriert;
- dem charismatischen Gesetzespriester, bei dem Rechtsprechung die „personhafte Entäußerung des Verkündenden“<sup>75</sup> sei;
- dem Sozialingenieur;<sup>76</sup>
- oder dem Sozialarzt, einem karitativen Gesetzespriester, der die Schutzfunktion des Rechts betont – also eine Art Sozialtherapeut.

*Dieter Simon* gliederte die Kapitel seiner Arbeit „Die Unabhängigkeit des Richters“<sup>77</sup> mit einer Reihe von Richterbildern – eine Gliederung, die nicht chronologisch zu verstehen ist:

- der unabhängige Richter
- der abhängige Richter
- der historische Richter
- der ungebundene Richter
- der politische Richter
- der durchschaute Richter
- der künftige Richter.

In der Autobiographie von *Thomas Dieterich* findet sich das „Richter-Typogramm“<sup>78</sup> von: Dogmatiker, Ideologen, Bürokraten, Pragmatiker. Das ließe sich gewiss variieren. Unter den Richtern des BVerfG pflegt man zu unterscheiden zwischen denjenigen, die

---

**73** WOLFGANG KAUPEN, *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen – Eine soziologische Analyse*, 1969.

**74** HUBERT ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, S. 24 ff.

**75** ERNST FORSTHOFF, *Recht und Sprache, Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, 1940, S. 5. *Priester und Richter seien „Urgestalten der volklichen Welt“* (S. 6). – *Konrad Zweigert* verlangt in einer ethisierten (stärker irrationalen) Rechtsordnung ein Charisma des Richters als Basis des Vertrauens in die Justiz (DERS., *Zum richterlichen Charisma in einer ethisierten Rechtsordnung*, in: *Theodor Eschenburg/Theodor Heuss/Georg-August Zinn* (Hrsg.), *Festgabe für Carlo Schmid zum 65. Geburtstag*, 1962, S. 299, 309 f.).

**76** S. wiederum KONRAD ZWEIFERT, *Vom Rechtsheiligen zum Sozialingenieur*, *Die Zeit* vom 21.2.1969, S. 56.

**77** DIETER SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975.

**78** DIETERICH (Anm. 49), S. 108.

eine Justizkarriere absolviert haben, die aus dem universitären Bereich stammen und den „sonstigen“ (aus Politik, Verwaltung, Anwaltschaft).

Wenn es die Funktion von Leit- und Schreckensbildern sein sollte, die Homogenität der Richterschaft zu festigen, so zeigen die Typologien – wenn sie sich auf tatsächliche Typen beziehen – eine hohe Diversität. Die Richterschaft ist nicht homogen.<sup>79</sup> Sollten die Typologien normativ gemeint sein, so indiziert eine Vielfalt von „Typen“ einen mangelnden Konsens über die Rolle, die ein Richter ausüben soll.

Aber was soll das ganze Gerede über „Richterbilder“ – über Leitbilder, Schreckensbilder oder Typen von Richtern? Was ist die Funktion solcher Bemühungen? Meine Vermutung ist die, dass mit der Propagierung von Richterbildern auf spezifische Probleme der Profession reagiert wird. Bei der Behandlung der Frage, um welche Probleme es sich dabei handelt, verbinde ich im Folgenden eine systematische mit einer ziemlich brüchigen chronologischen Betrachtung. Ich gehe davon aus, dass es eine Reihe von Problemen gibt, die sich im letzten Jahrhundert (worauf sich meine Betrachtung konzentriert) durchhalten, die aber auch ihre Konjunkturen hatten, die mal im Fokus standen, dann wieder entrückten, und auf die verschiedene Antworten gegeben wurden.

#### 4 Durchgängige Probleme der Richterschaft

In den Selbstzeugnissen der Richterschaft werden ziemlich durchgängig folgende Probleme thematisiert:

- das Verhältnis einer sich als unabhängig verstehenden Justiz zu den anderen politischen Gewalten: der *Gesetzgebung* wie der *Justizverwaltung* (mit Dienstaufsicht und Beurteilungswesen, Fragen der Ernennung, Beförderung u.a.);
- die besondere Ausprägung im Verhältnis von Justiz und Politik in Deutschland, die aus den zahlreichen radikalen *Regimewechseln* (1918/19 – 1933 – 1945/49 – 1989/90) erwuchs, sowie ferner die Frage, wie sich die Wechsel im politischen System hinsichtlich der Kontinuität und Diskontinuität von Positionen und Einstellungen in der Justiz auswirkten;
- Probleme des *Sozialprestiges* (dazu lassen sich auch Fragen der Besoldung, der materiellen Arbeitsausstattung, der Arbeitsbelastung und des Vertrauens in die

---

<sup>79</sup> Vom Deutschen Richterbund als der homogenisierenden Standesorganisation spaltete sich der Republikanische Richterbund 1921 bis 1933 ab (vgl. dazu BIRGER SCHULZ, Der Republikanische Richterbund (1921–1933), 1982). In der BRD existieren neben dem Deutschen Richterbund die Neue Richtervereinigung (NRV) und die Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft ver.di. – Homogenisierend für den Juristenstand im Allgemeinen war zuvor der Deutsche Juristentag, gegründet 1860, und die Durchsetzung des „Einheitsjuristen“ nach 1870. Vgl. dazu JOACHIM RÜCKERT/JEAN-LOUIS HALPÉRIN, Der Juristenstand als Gegenstand historischer Forschung und die Geschichte des juristischen Felds in Deutschland, ZRG GA 134 (2017), S. 223.

Justiz<sup>80</sup> zählen; mit diesem Aspekt hängt auch das oftmals problematisierte Verhältnis von Justiz und Presse zusammen);

- die Frage der „Entbeamtung“ – hier gibt es Zusammenhänge und Überschneidungen mit den beiden Themen Unabhängigkeit (insbesondere gegenüber der Justizverwaltung) und Prestige;
- die Zulassung von *Frauen* zur Richterschaft sowie
- das *Laienelement*.

Meine These oder Vermutung ist nun die, dass die verschiedenen Richterbilder am besten verstanden werden können vor dem Hintergrund dieser Problemfelder. In diesem Kontext lassen sie sich in den verschiedenen Perioden der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts interpretieren.

## 5 Problemfelder und Richterbilder

### a) Gesetzgeber

Das Verhältnis der Justiz zum *Gesetzgeber* bildet wohl das zentrale, durchgängige Thema. In diesem Kontext werden immer wieder die klassischen Richterbilder vom „Mund des Gesetzes“ oder vom „Subsumtionsautomaten“ bemüht. Im Kaiserreich und in der Weimarer Republik wendet sich der Deutsche Richterbund gegen die Figur eines „*politischen Richters*“ (der sich legislative Befugnisse anmaßt). Die Sphäre der Rechtsprechung wird getrennt von der „Politik“ mit ihrem parlamentarischen Streit; die Justiz orientiere sich am „Wesen“ des Staates und passe sich nicht der zufälligen „Staatsform“ der parlamentarischen Demokratie an. Für das Kaiserreich<sup>81</sup> und die Weimarer Republik resümierte *Friedrich Karl Kübler* seine Analyse von Beiträgen in der DRiZ (die seit 1909 erschien):

[D]er deutsche Richter war [...] um so gesetzestreu, je autoritärer der deutsche Staat verfaßt war; in dem Maße, in dem das Gemeinwesen sich demokratisierte, wurde dem Richter die Verbindlichkeit des Gesetzes problematisch.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Zum historischen Fall: ROBERT KUHN, Die Vertrauenskrise der Justiz (1926–1928). Der Kampf um die „Republikanisierung“ der Rechtspflege in der Weimarer Republik, 1983. HATTENHAUER (Anm. 64), S. 17 behauptet allerdings, dass die Justiz etwa ab 1926/27 ihren Frieden mit dem neuen Staat gefunden habe.

<sup>81</sup> Schon vor dem Ersten Weltkrieg findet sich die Kritik am parlamentarischen Parteieinzeig, von dem sich die Justiz als Hüterin der Sachlichkeit fernhalten müsse; z.B. Oberamtsrichter RIß (Anm. 65), S. 9. Vgl. HUBERT ROTTLEUTHNER, Die gebrochene Bürgerlichkeit einer Scheinprofession. Zur Situation der deutschen Richterschaft zu Beginn des 20. Jahrhunderts, in: Hannes Siegrist (Hrsg.), Bürgerliche Berufe. Zur Sozialgeschichte der freien und akademischen Berufe im internationalen Vergleich, 1988, S. 145, 152. Dort in Anm. 47 (S. 164) auch Zahlen zu den Richtern, die zugleich Mitglieder des Reichstages oder des Preußischen Abgeordnetenhauses waren (ca. 7–10 % der Mitglieder).

<sup>82</sup> FRIEDRICH KARL KÜBLER, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 162 (1963), S. 106. – *Küblers* Untersuchungsgegenstände sind uneinheitlich: Er behandelt nicht den NS (die DRiZ

An der bundesdeutschen Rechtsprechung, besonders der des BGH im Familien- und Sexualstrafrecht, kritisierte *Kübler* die Berufung auf eine überpositive Werteordnung. Auch so lässt sich die Verbindlichkeit des Gesetzes relativieren.

Die Figur des politischen Richters bildete einen zentralen Punkt beim Streit um eine *Verfassungsgerichtsbarkeit* in den 1920er Jahren. *Carl Schmitt* sah den Fachrichter als „Rechtsmaschinisten“ im Unterschied zu den politischen Richtern eines Verfassungsgerichts.<sup>83</sup> Diese politisch sehr durchsichtige Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung machte *Hans Kelsen* nicht mit, der das dezisionistische Element in jeder richterlichen Entscheidung betonte.<sup>84</sup>

Richterbilder werden häufig von der akademischen Rechtslehre angeboten (anscheinend vor allem im Rahmen von Beiträgen zur juristischen Methodenlehre); sie sind selten Artikulationen der richterlichen Profession selbst. So war es Professor *Eugen Ehrlich*, der Anfang des 20. Jahrhunderts eine „freie Rechtsfindung“<sup>85</sup> propagierte, die dann auch zum Bild des „königlichen Richters“ führte. *Philipp Heck* favorisierte einen „denkenden Gehorsam“ des Richters. *Radbruch* pries 1932 den gehorsamen Richter, der dem Gesetz auch gegen die Stimme seines Gewissens folge (S. 54). Die maßgeblichen Arbeiten zu Richterrecht oder richterlicher Rechtsfortbildung angesichts des sozialen Wertewandels oder technischer und medizinischer Innovationen entstammen akademischen Arbeiten.<sup>86</sup> Von einem Richter (*Wassermann*) wird 1966 der *politische Richter* propagiert, nicht im Sinne des „politischen“ Verfassungsrichters, sondern des sich in Richtung Emanzipation und Demokratisierung engagierenden Richters.

Wie sah es im NS mit dem Verhältnis Gesetzgebung – Justiz aus: Im November 1933 betonte Staatssekretär *Freisler*, dass der Richter keine Befugnis zur Rechtsetzung habe, auch nicht wenn er meint, dass das alte Recht nicht mit der nationalsozialisti-

---

erschien noch bis 1935), für Weimar führt er auch Urteile zum Republikenschutzgesetz (S. 116 ff.) und die Eingabe des Richtervereins am RG von 1924 an (S. 114). Die DDR taucht nicht auf. Für die BRD zieht er nicht mehr die DRiZ oder Stellungnahmen des Deutschen Richterbundes heran, sondern schaltet um auf Urteile speziell des BGH zu Familienrecht und Kuppelei.

**83** CARL SCHMITT, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Otto Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 1, 1929, S. 154–178; DERS., Der Hüter der Verfassung, AÖR 55 (1929), S. 161–237, erweitert: DERS., Der Hüter der Verfassung, 1931; als Reaktion auf HANS KELSEN, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Staatsrechtslehrertagung Wien 1928), VVDStfRL 1929, S. 30–88, 117–123.

**84** HANS KELSEN, Wer soll Hüter der Verfassung sein? Die Justiz 1931, S. 576–628.

**85** EUGEN EHRLICH, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft in Wien am 4.3.1903; wieder abgedruckt in: DERS., Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre, 1967, S. 170–202).

**86** Klassisch: GÜNTER LESS, Von Wesen und Wert des Richterrechts. Eine rechtsanalytische und -kritische Studie, 1954; JOSEF ESSER, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Josef Esser/Hans Thieme (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, 1967, S. 94–130.

schen Weltanschauung übereinstimmt. Der Führer setzt das Recht<sup>87</sup> – und er schützt es nach *Carl Schmitt* auch: *Hitler* war der „oberste Gerichtsherr“.<sup>88</sup> Das Richterbild gewinnt allerdings noch weitere Nuancen, auf die ich gleich eingehen werde (s.u. zum königlichen Richter).

Für die DDR ist die Situation ziemlich klar; es gab kein Infragestellen gesetzlicher Regelungen und/oder der Parteidirektiven. In der Sowjetischen Besatzungszone (SBZ)/DDR gab es keine Naturrechts-Renaissance. In der DDR gelang den Machthabern eine effektive Steuerung<sup>89</sup> über die Gesetzesbindung hinaus, erhöht durch die Prinzipien der sozialistischen Gesetzlichkeit und der Parteilichkeit – effektiver als im NS.<sup>90</sup>

## b) Regimewechsel in Deutschland

Die vielen *Regimewechsel in Deutschland* (1918/19 – 1933 – 1945/49 – 1989/90) produzierten eine Reihe von Richterbildern: den *opportunistischen* Richter, der sich jedem jeweiligen System anpasste („Jurist unter vier Reichen“); der *überzeugte* Richter, der sich der Weltanschauung eines Regimes verschrieb und sich nach dessen Untergang vielleicht einer *reeducation* unterzog, um wieder in die Spur zu kommen. Wir haben ganz unterschiedliche Mengen von *entlassenen* Richtern – nach 1919 geschah nichts; 1933 genügte ein Anteil von 10–15 % der Richterschaft, um mit dem Rest sehr gut arbeiten zu können; in der SBZ fand ein radikaler Abbau der juristischen Eliten statt, der zu einer erheblichen Entprofessionalisierung führte. Nach 1990 kam es in den neuen Bundesländern zu geringen, uneinheitlichen Übernahmequoten. Untergangene Regime hinterlassen für ihre Nachfolger oft *belastete* Richter, die allerdings nach 1945 im Westen ziemlich ungeschoren davonkamen – dann liegt das Bild einer „Krähenjustiz“<sup>91</sup> nahe. Und ganz selten gibt es *widerständige* Richter, die nach einem Regimewechsel gepriesen werden (wie etwa Richter *Lothar Kreyszig*, der sich im NS der Beteiligung an den Euthanasiemorden widersetzte). – Wenn nach einem Regimewechsel mit strafrechtlichen Mitteln gegen das vergangene Unrecht vorgegangen

<sup>87</sup> ROLAND FREISLER, *Recht, Richter und Gesetz*, Deutsche Justiz vom 23. Nov. 1933, S. 694 ff. (695).

<sup>88</sup> CARL SCHMITT nach den *Röhm-Morden*: Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede *Adolf Hitlers* vom 13. Juli 1934, DJZ vom 1.8.1934, S. 945; wieder abgedruckt in: DERS., *Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar, Genf, Versailles 1923–1939*, 1940, S. 199–203. In seinem Rechtfertigungseifer war ihm ROLAND FREISLER zuvorgekommen mit seinem Aufsatz „Des Führers Tat und unsere Pflicht“, der am 6. Juli 1934 in der Deutschen Justiz, S. 850 f., erschien.

<sup>89</sup> Vgl. HUBERT ROTTLEUTHNER, *Steuerung der Justiz in der DDR. Einflußnahme der Politik auf Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte*, 1994.

<sup>90</sup> Vgl. JAN SCHRÖDER, *Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*, 2016, und die Rezension: HUBERT ROTTLEUTHNER, ARSP 103 (2017), S. 427–431.

<sup>91</sup> Vgl. HUBERT ROTTLEUTHNER, *Krähenjustiz*, in: Dick de Mildt (Hrsg.), *Staatsverbrechen vor Gericht. Festschrift für Christiaan Frederik Rüter zum 65. Geburtstag*, 2003, S. 158–172; überarbeitet in: DERS., *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, 2010, S. 95–115.

wird, taucht das Bild der „Siegerjustiz“ auf – als Vorwurf gegen die Alliierten nach 1945 und nach 1990 gegen die westdeutsche Justiz.<sup>92</sup>

Allen Regimen im Deutschland des 20. Jahrhunderts, mit Ausnahme des der Weimarer Zeit, gelang jedenfalls die Sicherung der Konformität des Rechtsstabes, d.h. die Richterschaft agierte im Rahmen eines mehr oder weniger großen Spektrums von Erwartungen des Gesetzgebers und der Regierung.

Das Thema Regimewechsel erlaubt es, eine Verbindung zum ersten Teil meines Beitrages dadurch herzustellen, dass man vergleichen könnte, wie die jeweilige Justiz *zeitgenössisch* in Bildern dargestellt und wie sie *unter den Folgeregimen* bebildert wird. Bilder sind das favorisierte Medium der Erinnerungspolitik. Das war schon bei den Katalogen zu den Ausstellungen über die NS-Justiz und die DDR-Justiz zu sehen. Am bekanntesten ist wohl der Fall der Filmaufnahmen der Volksgerichtshof-Prozesse nach dem 20. Juli 1944 unter dem rasenden *Roland Freisler*. Die Aufnahmen zeigten einen Vorsitzenden, der anscheinend nicht zu dem Richterbild passte, das man meinte, dem deutschen Publikum im NS vorführen zu können. Erst nach 1945 wurden diese Filmaufnahmen gezeigt. Sie gehören nun zum geschichtspolitischen Standardrepertoire, wenn es um die NS-Justiz geht.

### c) Prestige

Als Reaktion auf einen Verlust des *Prestiges* durch eine vermeintliche Deklassierung zu einem bloßen Rechtsautomaten zu Beginn des 20. Jahrhunderts interpretierte *Max Weber* die Entstehung der Freirechtsbewegung, und zwar als eine „interne Standesideologie der Rechtspraktiker“.<sup>93</sup> Mit *Hermann Kantorowicz* wird man eine „methodologische“ Richtung der Freirechtsbewegung, die sich vor allem aus akademischen Kreisen entwickelte (*Ehrlich, Kantorowicz*), von einer „Justizreformbewegung“ vor allem in Kreisen der Rechtspraktiker unterscheiden können.<sup>94</sup> Methodologisch geht es um das Verhältnis des Richters zum Gesetz, zum Gesetzgeber, um Auslegungsspielräume, freie Rechtsfindung; justizreformerisch geht es – wie *Weber* sagt – um das „Bestreben der zunehmend in Interessenverbänden zusammengeschlossenen modernen Rechtspraktiker nach Erhöhung des Standeswürdegefühls durch Erhöhung des Machtbewußtseins“<sup>95</sup> – also um das Sozialprestige. Dafür bot *Franz Adickes* 1906 in seiner Rede im Preußischen Herrenhaus das Bild des englischen Richters als

<sup>92</sup> Auf dem Symposium wurde das Bild des „fremden“ Richters angeführt. Gemeint waren damit Richter internationaler Gerichte, wie des Europäischen Gerichtshofs, die Jurisdiktion auch über „fremde“ Staatsangehörige haben. Die Figur der Siegerjustiz wäre ein weiterer Fall einer „fremden“ Gerichtsbarkeit.

<sup>93</sup> WEBER (Anm. 61), S. 624.

<sup>94</sup> HERMANN KANTOROWICZ, Methodenreform und Justizreform, DRiZ 1911, Sp. 349 ff. (354).

<sup>95</sup> WEBER (Anm. 61), S. 631.

eines *Richterkönigs* an.<sup>96</sup> Beiden Strömungen – der methodologischen wie der justiz-reformerischen – war kein Erfolg beschieden. Der Deutsche Richterbund sprach sich für eine strikte Gesetzesbindung aus.<sup>97</sup> Es wurden zwar Exkursionen nach England organisiert, aber wohl nur, um dort zu lernen, dass eine Reduktion der Richterzahl wie in England im Deutschen Reich unmöglich war, ebenso wie eine Erhöhung der Besoldung.

Die Frage der Besoldung war überdies bis zur Gründung des Deutschen Richterbundes 1909 heikel, weil große Teile der Richterschaft sich dagegen sperrten, sich als „Interessengruppe“ zu organisieren. Sie sollte dem „Allgemeinen“ dienen und keine Standesinteressen verfolgen.<sup>98</sup> Der Richterschaft blieb ein neidvoller Blick auf ihre *Bezugsgruppen*: auf die im Kaiserreich deutlich bevorzugten Verwaltungsjuristen, auf Ärzte, Oberlehrer, Ingenieure und Anwälte (die Zahl der Anwälte überstieg übrigens im Jahr 1909 die der Richter). Es finden sich sogar Vergleiche hinsichtlich des Lebens Einkommens mit einem Maurer, den ein Richter erst nach dem 45. Lebensjahr einholte.<sup>99</sup>

Das Bild des königlichen Richters taucht wieder bei den Nationalsozialisten auf,<sup>100</sup> allerdings eingebunden in die Hierarchie von Führern. Der Richter selbst hatte eine Autorität gegenüber dem Publikum zu sein, eine Führerpersönlichkeit, ein „Rechtswahrer“. 1935, nach gelungener Konformitätssicherung, zwei Jahre nachdem *Freisler* den Richtern die Befugnis zur Setzung neuen Rechts abgesprochen hatte, klang es bei ihm schon anders, lockerer:

Die Weltanschauungsgebundenheit im Nationalsozialismus gibt auch dem Richter die Freiheit souveräner Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung. Sie macht aus ihm erst den ‚königlichen Richter‘, der in Wahrheit nur dem Rechte und seinem Gewissen unterworfen ist.<sup>101</sup>

---

**96** FRANZ ADICKES (1846–1915; nach seinem Assessorexamen [1873] ging er in die Kommunalverwaltung; als Oberbürgermeister von Frankfurt a. M. [1890–1912] war er Mitglied des Preußischen Herrenhauses), Rede vom 30.3.1906. Sie ist interessanterweise abgedruckt in DRiZ 1965, S. 258–264. Zur zeitgenössischen Diskussion vgl. ROTTLEUTHNER (Anm. 74), S. 163.

**97** Resolution auf dem 2. Deutschen Richtertag im September 1911. Vgl. ROTTLEUTHNER (Anm. 74), S. 150 f.

**98** Vgl. ROTTLEUTHNER (Anm. 74), S. 152 f.

**99** Vgl. ROTTLEUTHNER (Anm. 74), S. 157 f. und S. 161: 1922 hatte sich die Einkommensrelation eines hohen Beamten gegenüber einem ungelerten Arbeiter auf 2:1 verringert, nach 7:1 im Jahr 1913. – Zu den Bezugsgruppen vgl. auch ROTTLEUTHNER, S. 154, 156, 159.

**100** Einen Zusammenhang zwischen Freirechtsbewegung und dem Rechtsdenken im Nationalsozialismus stellt OKKO BEHRENDTS her: Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, 1989, S. 34–79.

**101** ROLAND FREISLER, *Richter und Gesetz*, in: Hans Heinrich Lammers/Hans Pfundtner (Hrsg.), *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates*, 1. Bd., 1935, S. 9 f. – *Hitler* hatte allerdings schon in seiner Regierungserklärung vom 23. März 1933 die „Elastizität der Urteilsfindung zum Zweck der Erhaltung der Gesellschaft“ gepriesen (Verhandlungen des Deutschen Reichstags, Bd. 457, S. 28).

Da haben wir ihn also wieder: den königlichen Richter.<sup>102</sup>

Ähnlich emphatisch klingt es dann 1939 bei *Curt Rothenberger*.<sup>103</sup> Aufgabe des Richters sei die Sicherung der völkischen Gemeinschaft. Der Richter sei „souveräner Wahrer der Lebensgesetze der Gemeinschaft und damit einer der vornehmsten Vollstrecker des Führerwillens“.<sup>104</sup> Der Führer sei „oberster Gerichtsherr“. Der einzelne Richter sei nicht nur ans Gesetz gebunden, sondern, politisch denkend, an die einheitlich geschlossene Weltanschauung des Führers. Die richterliche Unabhängigkeit werde durch die Bindung an die Weltanschauung gesteigert. Die Rechtsprechung erfolge im unmittelbaren Auftrag des Führers.<sup>105</sup> Der Richter sei der eigentliche Gestalter, der „Verkörperer der Rechtsidee“;<sup>106</sup> verlangt ist eine „starke souveräne nationalsozialistische Richterpersönlichkeit“.<sup>107</sup> Der Richter sei nicht Gesetzesanwender, sondern Rechtsfinder, Rechtsgestalter, Rechtsschöpfer.<sup>108</sup>

Der Richter dürfe keine Anweisungen erhalten, weil er „unmittelbarer Verkünder des Führerwillens“<sup>109</sup> sei. Damit spricht *Rothenberger* ein weiteres Thema an: die „Heraushebung des Richters aus der allgemeinen Beamenschaft“.<sup>110</sup> Richter sollten lebenserfahren sein, nicht zu jung. Dann müssten aber auch Anreize geboten werden für Personen, die schon einen anderen Beruf hatten: „nur wenige und qualitativ hervorragende Männer“<sup>111</sup> seien geeignet. Der Richter sei unabsetzbar und unversetzbar, er bedürfe eines eigenen Richtergesetzes. Die Zahl der Richter und der Instanzen müsse gesenkt, deren Gehalt erhöht werden.<sup>112</sup> Damit nimmt er alte Forderungen des Deutschen Richterbundes auf. Dieser hatte schon 1911 und 1923 die Herauslösung der Richter aus der Beamenschaft gefordert. Was die Besoldung angeht, so ist in der Zeit des NS bemerkenswert, dass erstmalig alle Assessoren in der Probe- und der (verkürzten) Anwärterphase besoldet wurden (bei erheblicher Reduzierung der Zahl der

---

**102** Das wiederholt sich, z.B. bei HERMANN SCHROER, *Der königliche Richter*, DRiZ 1935, S. 2, oder bei KURT SCHMIDT-KLEWENOW, *Die Bindung des Richters an das Gesetz*, DR 1939, S. 337, 341: „Der Richter kann heute ein Richterkönig im wahrsten Sinne des Wortes sein. Voraussetzung dafür ist [...] die verantwortungsfreudige nationalsozialistische Führerpersönlichkeit.“

**103** CURT ROTHENBERGER, *Die Stellung des Richters im Führerstaat*, DR 1939, S. 831–833. – Zu ROTHENBERGER vgl. BÄSTLEIN (Anm. 38), S. 74–145; SCHOTT (Anm. 38).

**104** ROTHENBERGER (Anm. 103), S. 831.

**105** ROTHENBERGER (Anm. 103), S. 832.

**106** CURT ROTHENBERGER, *Die ersten Gedanken über den Aufbau einer nationalsozialistischen Rechtspflege*, DJ 1942, S. 565 (vom 4.9.1942, ab August 1942 war er Staatssekretär im Reichsjustizministerium [RJM]).

**107** ROTHENBERGER (Anm. 106), S. 566.

**108** ROTHENBERGER (Anm. 106), S. 568.

**109** ROTHENBERGER (Anm. 103), S. 832.

**110** ROTHENBERGER (Anm. 103), S. 833.

**111** ROTHENBERGER (Anm. 106), S. 568.

**112** Ähnlich auch ROTHENBERGER (Anm. 106), S. 566 ff.: Der Richter muss „richten wie der Führer“ (S. 566). Im Unterschied zu Beamten hat der Richter unmittelbar einen Auftrag zur Rechtsprechung. Ziel sei ein „Berufsstand von höchsten ethischen Werten“, kein „Beamtenrichter“ (S. 566 f.).

Assessoren), die Referendare erhielten einen Unterhaltszuschuss.<sup>113</sup> Die Richterbezüge stiegen leicht an.

Die alte Forderung<sup>114</sup> nach einer „*Entbeamtung*“ der Richterschaft wurde erst mit dem DRiG 1961 und der Einführung der R-Besoldung 1975 erfüllt.<sup>115</sup> In der DDR stellte sich das Problem nicht: Es gab keine Beamten mehr, als Staatsfunktionäre erhielten Richter eine mäßige Besoldung (die sogar mit der eines Justiz-Wachtmeisters verglichen wurde).<sup>116</sup>

#### d) Richterinnen

Was Männer über *Frauen als Richterinnen* bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts gesagt haben, sprengt alle Dimensionen heutiger *political correctness*. Der vierte Deutsche Richtertag lehnte 1921 die Zulassung von Frauen zur Richterschaft ab.<sup>117</sup> 1922 öffnete der Gesetzgeber Frauen den Zugang zu den juristischen Berufen (d.h. zum juristischen Vorbereitungsdienst). Es dauerte noch bis 1928, ehe in Deutschland die erste Frau Richterin wurde (s.o. Anm. 11). Im NS gab es dann einen drastischen Rückfall: Frauen wurden nicht mehr zum Jura-Studium und zum Justizdienst zugelassen.<sup>118</sup> Die

**113** Näheres dazu bei ROTTLEUTHNER, *Karrieren und Kontinuitäten* (Anm. 91), S. 47 ff.

**114** Schon zu finden in FRANK RIß, *Rückblick und Ausblick*, DRiZ 1914, Sp. 5, 13: „Anerkennung des tiefgehenden Unterschieds zwischen Richtertum und Beamtentum“.

**115** Die Amtsrichter *Otto Pulch* und *Walther Priepke* vom Hessischen Richterbund verklagten 1966 die hessische Landesregierung wegen mangelnder Fürsorge auf Zahlung einer angemessenen Alimentation („Ein Richter, der nicht angemessen bezahlt wird, ist in seiner unabhängigen Rechtsprechung gefährdet.“ [SPIEGEL vom 1.4.1968, S. 98]). Dies wurde von Teilen der Richterschaft als degoutant empfunden (SPIEGEL vom 20.6.1966, S. 34). – Ein Richter in Hessen mit R1 kann heute feststellen, dass er mehr verdient als ein Beamter im höheren Dienst, beginnend mit A13 (abgesehen von Stufe 3; und in Bayern erheblich mehr als in Hessen).

**116** „Der Polizei-Wachtmeister, der den untersuchungsgefangenen Angeklagten vorführte, hatte in der Regel ein höheres Gehalt als der dem Gericht vorsitzende Richter.“ (WOLFGANG BEHLERT, *Organisation und sozialer Status der Richter und Rechtsanwälte in der DDR*, KJ 1991, S. 184–197 [189 f.]) – *Behlert* nennt ein Richter-Salär von „etwas mehr als 1.000,- Mark“.

**117** Vgl. allgemein: Deutscher Juristinnenbund (Hrsg.), *Juristinnen in Deutschland. Eine Dokumentation, 1900–1984*, 1984.

**118** 1933 war sagbar: „Die Hereinnahme der Frauen in die Gerichtsbarkeit bedeutete ein schweres Unrecht gegen den Mann wie gegen die Frau selbst. Das Unrecht wider den Mann gipfelt in dem Einbruch in den altgeheiligten Grundsatz der Männlichkeit des Staates. Sieht man von dem sagenhaften Amazonenvolke und einigen wilden Völkerstämmen der Vergangenheit ab, so war der Aufbau des Staates bei allen Völkern und zu allen Zeiten männlich. [...] Die Frauen sind nur Platzhalter für ihre Nachkommenschaft. Ihr eigentlicher Beruf, auch auf dem Throne, ist die Mutterschaft [Queen *Victoria* (1819–1901) hatte neun Kinder, ohne die Mutterschaft als ihren eigentlichen Beruf anzusehen, H.R.]. [...] Jene Gesetze bedeuten aber auch insofern eine Sünde gegen den Mann, als die Frauen den Männern Amt und Brot wegnehmen konnten, und das in Zeiten ärgster Bedrängnis. Die Kehrseite war freilich schon eine Sünde gegen die Frau durch die Ausschaltung der Heiratsmöglichkeit. [...] Seit Jahren wird von weiten Kreisen gewünscht, dass die Gesetze beseitigt werden möchten, damit der deutschen Frau ihre schönste Tugend, die echte holde Weiblichkeit zurückgegeben wird. Das würde

Zahl der Richterinnen reduzierte sich 1938 auf zehn (von ca. 14.000 Richtern); zum 1.1.1942 waren es nur noch acht.<sup>119</sup> Allerdings – und das ist ein besonderer Aberwitz – bat Staatssekretär *Freisler* in einer Rundverfügung des RJM vom 9. Dezember 1939 darum, Amtsbezeichnungen weiblichen Beamten in der weiblichen Form beizulegen.<sup>120</sup>

Nach 1945/49 nahm der Anteil von Frauen in der Richterschaft in der SBZ/DDR rasch zu. 1989 waren dort über 50 % der Richter Frauen, die aber offiziell nicht als Richterin bezeichnet wurden.<sup>121</sup> Allerdings nahm der Anteil der Frauen in der Hierarchie eines Gerichts und der Instanzen ab.<sup>122</sup> Im Westen dauerte es lange, bis Frauen einen größeren Raum in der Justiz einnahmen oder gar in hohe und höchste Positionen<sup>123</sup> aufrückten (nämlich bis 1994, als *Jutta Limbach* Präsidentin des BVerfG wurde). Zum 31.12.2018 betrug der Frauenanteil in der deutschen Justiz 45,7 %.<sup>124</sup>

### e) Laienrichter

Wenn die Richterschaft eine Profession bilden sollte, dann innerhalb der Gruppe der Volljuristen mit der „Befähigung zum Richteramt“ in Abgrenzung von den *Laienrich-*

---

gewiß von der Mehrzahl der deutschen Frauen selbst begrüßt werden, und es steht zu hoffen, daß die nationale Regierung baldigst dem entsprechen wird.“ (HEINZ DIETRICH, Der Beruf der Frau zur Rechtsprechung, Deutsche Juristen-Zeitung 1933, Sp. 1255, 1258).

**119** Am 20. Dezember 1934 erging das Gesetz zur Änderung der Rechtsanwaltsordnung, das Frauen als Anwälte nicht mehr zuließ.

**120** „In jedem Falle widerspricht die Verwendung der männlichen Form der Amtsbezeichnungen für weibliche Beamte dem gesunden Sprachempfinden. Im Interesse einer gleichmäßigen Handhabung in allen Verwaltungen bitte ich deshalb im Einvernehmen mit dem Herrn Reichsminister des Innern, Amtsbezeichnungen, die in den Besoldungsordnungen in der männlichen Form vorgesehen sind, weiblichen Beamten künftig nur noch in der weiblichen Form beizulegen.“ – Vgl. dazu HUBERT ROTTLEUTHNER, Richterinnen und Richter: in der deutschen Justiz und in der deutschen Sprache, DRiZ 1995, S. 384–386. – Die Genderforschung kann hier noch fündig werden: Bereits 1937 bestimmte ein Runderlass des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern (24. Mai 1937, RMin.Bl.i.V., S. 885), dass unverheiratete weibliche Personen die Bezeichnung „Frau“ auch ohne amtliche Genehmigung führen durften. Dieses Erbe wurde in der DDR wieder aufgenommen: s. die Verfügung über die Führung der Bezeichnung „Frau“ durch unverheiratete weibliche Personen vom 15. Dezember 1951 (MBL. S. 140). Vgl. RITA PAWLOWSKI, Das Fräulein im Osten, WerkstattGeschichte 10 (2001), Heft 29, S. 115–117.

**121** *Hilde Benjamin* hatte sich schon bei der Organisation der Volksrichterlehrgänge für eine Erhöhung des Frauenanteils eingesetzt. Sie war aber „Vizepräsident des OG“ (1949–1953) und „Minister der Justiz“ (1953–1967).

**122** Einige Zahlen für Kreis- und Bezirksgerichte von 1957 bis 1981 bei HUBERT ROTTLEUTHNER, Das Ende der Fassadenforschung: Recht in der DDR (Teil 1), ZFRSoz 1994, S. 208–243 (231 ff.). Danach gab es an Kreisgerichten 1979: 51,1 % Frauen, aber nur 23,2 % Direktorinnen; an den Bezirksgerichten (BG) 1981: 42,1 % Frauen; wohl nur drei von fünfzehn BG-Direktoren waren Frauen (20 %).

**123** Frauen als Präsidentinnen von Bundesgerichten: *Jutta Limbach* (BVerfG 1994–2002), *Iris Ebling* (BFH 1999–2005), *Ingrid Schmidt* (BAG seit 2005), *Marion Eckertz-Höfer* (BVerwG 2007–2014), *Bettina Limperg* (BGH seit 2014). Am BSG gab es bislang keine Präsidentin, obwohl der Frauenanteil in der Sozialgerichtsbarkeit mit 48,7 % (31.12.2018) am höchsten ist.

**124** Die Zahlen werden alle zwei Jahre vom Bundesamt für Justiz veröffentlicht.

tern. Das Rechtsprechungsmonopol der gelehrten Juristen (das es in Deutschland erst seit dem 15./16. Jahrhundert gab) war durch Geschworenengerichte und Schöffenkammern aufgelöst worden. Verstärkt wurde das Laienelement durch die Gewerbegerichte (ab 1890) und die Kaufmannsgerichte (ab 1904).<sup>125</sup> In der späteren Arbeitsgerichtsbarkeit (seit 1926/27) konnte sich das Laienelement noch lange halten.<sup>126</sup> Mit der *Emminger*-Reform 1924 wurden die traditionellen Schwur- oder Geschworenengerichte abgeschafft. Trotz Betonung des „Völkischen“ kam es im NS nicht zu einer Verstärkung des Laienelements (mit Ausnahme des Volksgerichtshofs). In der SBZ/DDR sah das anders aus: Zunächst wurden „Volksrichter“ ohne volle juristische Qualifikation rekrutiert. Laienbeisitzer (Schöffen) gab es in den beiden unteren Instanzen (Kreis- und Bezirksgerichte), nicht am Obersten Gericht, und zwar in allen Rechtszweigen, also nicht nur im Strafrecht, sondern auch im Zivil-, Familien- und Arbeitsrecht an den Kreisgerichten; an den Bezirksgerichten als zweite Instanz waren Schöffen nur in Arbeitssachen beteiligt. Laien waren bestimmend in den gesellschaftlichen Gerichten (seit 1953 in Konfliktkommissionen,<sup>127</sup> in Schiedskommissionen seit 1964<sup>128</sup>). Ein Richtergesetz wurde in der DDR erst im Juli 1990 erlassen.<sup>129</sup> In der BRD kommt einem Volljuristen durch die strengen Examenanforderungen ein hohes Prestige zu. Allerdings sehe ich in der Forderung nach einem „sozial kompetenten“ Richter, der sich eher als Mediator verstehen soll, einen deutlichen Verlust an Professionalität. Zur Ausbildung als Mediator reichen üblicherweise 200 Stunden.

## 6 Abschluss

Aus rechtssoziologischer Perspektive nehmen sich die Beiträge zu Richterbildern – dabei habe ich Sonntagsreden von Justizpolitikern ausgespart! – ziemlich unreal aus. Sie besagen einfach nichts hinsichtlich der tatsächlichen Justiz-Praxis und auch nichts über die berufsbezogenen Einstellungen (waren die Richter vor 1933 nun Positivisten oder nicht?<sup>130</sup>). Den Richterbildern habe ich einen gewissen Sinn abzugewinnen versucht, indem ich sie vor dem Hintergrund mehr oder weniger durchgängiger Problemlagen interpretiert habe.

**125** Der Vorsitzende eines Gewerbegerichts musste keine juristische Qualifikation aufweisen.

**126** Bis in die 1950er Jahre gab es einige Vorsitzende ohne volljuristische Ausbildung. Anfangs waren keine Rechtsanwälte in der 1. Instanz zugelassen. Seit 1979 sind sie unbeschränkt zugelassen.

**127** Konfliktkommissionen waren schon 1953 eingerichtet worden (VO vom 30.4.1953, GBl., S. 695); die allgemeine gesetzliche Grundlage bildete dann das Gesetz über die gesellschaftlichen Gerichte der Deutschen Demokratischen Republik (GGG) vom 11. Juni 1968, GBl. I, S. 229.

**128** Richtlinie des Staatsrates der DDR über die Bildung und Tätigkeit von Schiedskommissionen vom 31.8.1964, GBl. I, S. 115.

**129** Richtergesetz vom 5. Juli 1990, GBl. I, S. 637.

**130** Das hat jedenfalls RADBRUCH (Anm. 70) 1946 behauptet; HATTENHAUER (Anm. 64), S. 20, bestreitet das. Wie man hier methodisch vorgehen könnte, habe ich zu zeigen versucht in: HUBERT ROTTELEUTHNER, Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung, Demokratie und Recht 1987, S. 373–394.

Die Richterbilder besagen auch nichts über die sozialen Merkmale der Richterschaft:<sup>131</sup> Anzahl, Alter, soziale Herkunft, Konfession, politische Orientierung, Geschlecht – den Anteil der Frauen kann man nicht den Richterbilder-Debatten entnehmen; da muss man ins Statistische Jahrbuch schauen.

Was besagen die verschiedenen und wechselnden Richterbilder über die Homogenität dieser Berufsgruppe? Können „Leitbilder“ den Konsens innerhalb der Gruppe steigern oder indizieren sie ein gesteigertes Problembewusstsein? Kommt ihnen irgendeine Orientierungsfunktion im beruflichen oder außerberuflichen Handeln zu? Das kennt man so ähnlich aus den leidigen Diskussionen über eine *Leitkultur*.

Es bleibt ein Resümee von unbefriedigender Nüchternheit: Bilder von Richtern sind selten. Meist werden Richter in Führungspositionen dargestellt (deshalb auch wenig Richterinnen), mitunter in einer Art Ahnengalerie eines Gerichts. Fotografien sind wohl versteckt in Familienalben oder Personalakten zu finden. Warum sollte man sich ein Bild von jemandem machen, dessen persönliche Merkmale in seiner beruflichen Tätigkeit im Verborgenen zu bleiben haben? Den charismatischen Richterkönig mag man in der Reihe von „Richterbildern“ finden, aber nicht unter den Bildern von Richtern. – Die „Richterbilder“ kennzeichnet ein Gemisch von vager Beschreibung der Tätigkeit von Richtern und einem Defizit an normativer Orientierung, also ein ornamentaler Leerlauf.

---

**131** Die Arbeiten von KAUPEN (Anm. 73) und WOLFGANG KAUPEN/THEO RASEHORN (Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen, 1971), die sich diesem Aspekt widmen, befassen sich mit juristischen Berufsgruppen im Allgemeinen – den „Hütern von Recht und Ordnung“ –, nicht nur mit Richtern. Allerdings gibt es auch spezielle Auswertungen zu Richtern und Anwälten.

# Diskussion zum Vortrag von Hubert Rottleuthner

Leitung: EBERHARD EICHENHOFER

EICHENHOFER:

Vielen Dank, Herr Rottleuthner, das war ein schönes Bild, das Sie uns gezeichnet haben. Wir haben uns damit gebildet und ich möchte Sie gleich einladen, Fragen zu stellen. Ja, Herr Kirchhof.

KIRCHHOF:

Herzlichen Dank für diesen in der Tat bilderreichen Vortrag. Ich habe zwei Fragen. Die erste Frage wäre, welche Richterbilder nach Ihrer Einschätzung heute vorherrschend sind. Wenn Ihre These stimmt, dass die Richterbilder mit den Problemlagen zusammenhängen, wäre das eine Art Test, ob die Rechtswissenschaft die richtigen Fragen stellt, sofern es denn vorherrschende Richterbilder gibt. Zum anderen haben Sie in Ihren reichen Beschreibungen von einem neutralen Richter und von einem freien Richter gesprochen; ich würde beides positiv konnotieren. Der unabhängige Richter, der mir als das erste Richterbild in Erscheinung getreten wäre, kam gar nicht vor. Das hat mich ein bisschen gewundert. Daher wäre meine zweite Frage: Ist die Unabhängigkeit so selbstverständlich, dass sie nicht vorkommt, oder gibt es dafür andere Gründe?

ROTTLEUTHNER:

Zunächst kann ich sagen, dass Unabhängigkeit, Neutralität, Sachlichkeit und ähnliche Fähigkeiten zu den Grundcharakteristika des Richters zählen. Das ist die Standarderwartung, während die Richterbilder sich dadurch auszeichnen, dass noch ein Plus draufgesetzt wird. Die Unabhängigkeit ist das Fundament, aber die Richterbilder setzen noch etwas, wie z. B. Charisma, drauf.

Was die heutige Situation angeht, könnten wir die Problemfelder durchgehen. Die Probleme mit dem Laienelement werden nicht mehr groß diskutiert, das geht mit den Berufsverbänden eigentlich ganz gut; man verträgt sich und da gibt es wenig Streitpunkte. Mit dem Frauenanteil gab es eigentlich nur die von *Rudolf Wassermann* eingefädelte Diskussion, dass der Frauenanteil zu hoch wird. Nur am Bundessozialgericht gab es bisher noch keine Präsidentin, obwohl der Frauenanteil unter den Sozialrichtern erstaunlich hoch ist. Alle anderen Bundesgerichte haben oder hatten eine Präsidentin. Hinsichtlich des Prestiges der Richter sehe ich keine aktuellen Probleme, ich sehe keine Unzufriedenheit mit der R-Besoldung. Es gibt natürlich, wenn es um Beförderung geht, diese leidigen Konkurrentenklagen, aber das ist jetzt kein grundsätzliches Problem. Ich sehe eigentlich nicht, wenn man sich die Richterzei-

tungen anschaut, solche gravierenden Diskussionen, wie man sie in den ersten zwei Jahrzehnten des letzten Jahrhunderts finden konnte.

EICHENHOFER:  
Herr Schröder.

SCHRÖDER:

Vielen Dank für diesen Vortrag! Ein ungeheures Panorama von bildender Kunst und Literatur bis zu den mehr juristischen Gesichtspunkten. Ich möchte aber nur zwei Fragen zur Methodenlehre stellen. Wie verhalten sich Richterbilder zur Methodenlehre? Sie haben drei Namen genannt, unter anderem *Eugen Ehrlich*. *Ehrlich* gilt als Freirechtler. Aber wenn Sie nun *Ehrlichs* methodische Texte lesen, dann sehen Sie, dass er sich 1917 fast ganz der Interessenjurisprudenz angeschlossen hat; das hat mit Freirechtlern kaum noch etwas zu tun. Oder nehmen Sie *Gustav Radbruch*: Dessen berühmte Bemerkung zur Rechtsphilosophie haben Sie zitiert. *Radbruch* bekennt sich schon 1906 zur Freirechtsbewegung. Sein Freund *Hermann Kantorowicz* wird zur Hass- und Symbolfigur im selben Jahr 1906. *Radbruch* ist Anhänger der sogenannten objektiven Auslegungstheorie, einen Positivismus in *Radbruchs* Methodenlehre werden Sie auch lange vor 1947 nicht finden. Und als drittes Beispiel *Philipp Heck*: *Heck* sieht in der Tat das Verhältnis vom Gesetz zum Richter als eines vom Herrn zum Diener. Der Diener soll denkenden Gehorsam üben. Aber wie könnte man von diesem Ansatz her darauf kommen, dass *Heck* keine Bindung an den Wortlaut, sondern nur an die zugrundeliegenden Interessen vorsieht, eine Entscheidung *contra legem* rechtfertigt und, wo Lücken sind und nicht gefüllt werden können, eine Eigenwertung des Richters zulässt, im Gegensatz zu der ganz überwiegenden Lehre seiner Zeit, die eine Anbindung an die herrschenden sozialen Vorstellungen propagiert? Da scheinen mir doch gewisse Gefahren der Richterbilder zu bestehen. Sie suggerieren Vorstellungen von methodischen Prinzipien, die das jeweilige Richterbild mit sich bringt, und diese Vorstellungen können sehr falsch sein.

Der andere Punkt: Regime- oder Systemwechsel prägen auch das Richterbild, aber was ergibt sich daraus für die Methodenlehre? Ich will nur ganz zaghaft darauf hinweisen, dass es nicht nur Regimewechsel von Weimar zum Nationalsozialismus und vom Nationalsozialismus zur DDR gab, sondern dass es natürlich auch im Westdeutschland der Nachkriegszeit einen Regimewechsel gab. Das Argument „das ist eine nationalsozialistische Vorschrift, die wir nicht mehr anwenden dürfen“, war in Westdeutschland genauso stark wie in der DDR, auch wenn es keinerlei gesetzliche Grundlage hatte. Was *Bernd Rüthers* die „Kampfklausel“ nennt, das finden wir nicht nur im NS und in der DDR, das finden wir in Westdeutschland genauso, obwohl wir hier doch eine sehr differenzierte und eher unpolitische Methode lehren. Welche methodische Grundlage hat also diese Bekämpfung des systemfremden Rechts, die eigentlich nach allen Regimewechseln stattfindet, egal, ob wir sie als positiv oder

als negativ empfinden? Das scheint mir ein ungelöstes Problem zu sein, obwohl der Wandel des Richterbildes in diesen Fällen ja ganz eindeutig ist.

EICHENHOFER:  
Herr Willoweit.

WILLOWEIT:

Ich habe mit großer Überraschung gehört, Herr Sellert, dass aus meinem damaligen Vortrag, den ich dann später in der JZ veröffentlicht habe, die Anregung zu dieser Veranstaltung hervorgegangen ist. Das freut mich, regt mich aber zugleich an, an Sie eine Frage zu stellen, Herr Rottleuthner. Ich habe den Vortrag einfach genossen, Ihre Differenzierung verschiedener Ebenen, die Sie zueinander in Bezug setzen, das ist große Kunst. Dennoch habe ich die Frage, ob man nicht noch eine Art Metaebene einfügen müsste. Denn was mich damals bewegt hat, über Rechtsprechung und Justizhoheit eine Festschrift zu machen, ist der Gedanke, dass Rechtsprechung individuellen Interessen dient, Konflikte aus der Welt schaffen und innergesellschaftlich wirken soll. Dieser innergesellschaftlichen Ebene, auf der die Gerichte wirken, steht ein staatliches Interesse gegenüber. Richter und Gerichte sind ein Teil dessen, was man Justizhoheit des Staates nennt. Und es stellt sich die Frage, wie man das hier einbauen kann. Zum Beispiel den Begriff der Klassenjustiz: Den kann ich für mich durchaus dahin übersetzen, dass in dieser Gesellschaftsformation und im Zeitalter des Konstitutionalismus, mit der Teilnahme des Bürgertums an der Gesetzgebung, bestimmte Interessen individueller Art auch ein gesamtstaatliches Interesse darstellten: Schutz des Eigentums, Entwicklung individueller Rechte, beginnend in der Aufklärung mit dem Code Civil und dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR). Das ist durchaus ein politisches Interesse des Staates, dass sich unsere Gesellschaft mit diesen Prioritäten fruchtbar weiterentwickelt. Später kommt die Vorstellung der staatlichen Justizhoheit in der NS-Zeit und auch in der DDR ist sie mit Händen zu greifen. Da geht dann in der DDR die Unabhängigkeit verloren. Das spiegelt sich auch in der DDR-Verfassung von 1949 wieder. Unabhängige Justiz war dezidiert nicht gewollt. Es gibt Demokratie, es gibt ein Volk, das alle Bereiche des Staates kontrolliert – und dazu gehört dann logischerweise auch die Justiz. Es gibt eine Interessenebene des Staates, die diesem ganzen Richterwesen gegenübersteht und die man festhalten muss.

Ein zweiter Punkt, eher anekdotisch-autobiographischer Natur. Als ich Assessor war, 1965 in Bayern, standen die Stühle, die die Kriegsgeneration leer gelassen hatte, für uns bereit. Man konnte mit einem halbwegs anständigen Examen alles machen. Und ich kannte unter meinen engeren Referendarskollegen niemanden, der in die Justiz wollte. Ich bin auch nicht auf diese Idee gekommen. Die Justiz wurde als muffig wahrgenommen. Ich erinnere mich noch an das seltsame Gebaren des Landgerichtspräsidenten, mit dem ich zu tun hatte, der aus dem 19. Jahrhundert zu stammen schien. Die Türen standen auch sonst offen, man konnte in die Wirtschaft,

in die Anwaltschaft, es gab viele Entfaltungsmöglichkeiten und das hat sich radikal verändert. Ich habe dann später als Hochschullehrer mit Erstaunen und positiv wahrgenommen, dass die jungen Leute Richter werden wollten. Da ist eine positive Veränderung eingetreten, für die ich bis heute keine rechte Erklärung habe. Das hat natürlich auch etwas mit der Besoldung zu tun, denn in der Wirtschaft war viel mehr zu verdienen, der Staat musste einfach nachziehen und das hat er auf breiter Front auch getan. Damit ist aber auch eine höhere soziale Bewertung der richterlichen Tätigkeit verbunden.

EICHENHOFER:

Herr Rottleuthner bitte.

ROTTLEUTHNER:

Ich darf erst einmal auf Herrn Willoweit eingehen. Das ist auch öfters im historischen Gang angesprochen worden, diese Verwissenschaftlichung und Verstaatlichung der Justiz. Ich denke, dass die parlamentarisch kontrollierte Regierung ein großes Interesse daran haben kann, dass bestimmte politische Grundvorstellungen auch von der Justiz durchgesetzt werden. Das ist ein Punkt, den man in der Richterzeitung auch in einigen neueren Beiträgen findet. Das betrifft aber nicht nur die bundesdeutsche Justiz, sondern auch die Frage, wie mit der Justiz in illiberalen Demokratien umgegangen wird, was Gewaltenteilung da noch heißt und welche Aufgaben der Justiz von der parlamentarischen Mehrheit dann zugewiesen werden. Welche Funktion kommt da der Justiz zu? Ich denke an die drei Paradefälle: Türkei, Ungarn und Polen. Was ist das für ein Modell von Gewaltenteilung, was da praktiziert wird? Und davon ist die Frage abzugrenzen: Was ist unser Verständnis heutzutage in der Bundesrepublik?

Herr Schröder, diese Sache mit *Ehrlich*, *Heck* und *Kantorowicz* hatte ich zur Klarstellung meiner Behauptung, dass die Richterbilder häufig im Zusammenhang mit akademischen Methodenfragen eingeführt werden, genannt. Es gibt ganz wenige Praktiker, die sich an der Methodendiskussion beteiligen. *Ernst Fuchs* war einer, aber er war auch kein Richter, sondern Anwalt, der Beiträge beigesteuert hat.

Was das Thema Regimewechsel und Methodenfragen angeht, finde ich die Rolle, die die Generalklausel einnimmt, sehr interessant. Wie geht man mit dem alten, nicht mehr geschätzten Recht um? Wie kann man das machen, dass der Gesetzgeber nicht permanent eingreifen muss? Was kann man an die Justiz im gewaltenteiligen System an Aufgaben übertragen? Nach 1933 hat sich bei *Carl Schmitt* die Sache mit der Generalklausel rasch durchgesetzt und es hat mich gewundert, dass es im SED-Parteiarchiv, ZK-Abteilung Staats- und Rechtsfragen, eine Notiz von *Hilde Benjamin* gab, damals noch in der Justizverwaltung, die das als ihre Idee anpreist und sich auf einen ungarischen Rechtstheoretiker bezieht, um das Nazirecht aushebeln und die neuen sozialistischen Rechtsgedanken durchsetzen zu können. Das scheint ein gängiger Mechanismus zu sein.

SCHRÖDER:

Ich meine nur, das gibt es auch im Westen und es ist ganz egal, ob der Wechsel vom guten zum bösen Regime oder vom bösen zum guten Regime ging.

ROTTLEUTHNER:

Ja. Für mich gibt es Regimewechsel 1918/19, 1933, 1945–49, Ost und West, sowie 1989/90.

EICHENHOFER:

Zwei Fragen, Herr Starck und Herr Behrends.

STARCK:

Sie haben über die fehlenden Richterbiographien gesprochen. Das liegt daran, dass ein Richter über das, was er als Richter erlebt hat, gar nicht schreiben kann, weil fast alles zum Beratungsgeheimnis gehört. Wenn man das der Situation in den Vereinigten Staaten gegenüberstellt, dann gibt es dort sehr viele Biographien über Richter, weil die viel häufiger eigene Begründungen schreiben. Deutsche Richter, von denen wir Biographien haben, waren wie *Willi Geiger* davor Staatsanwalt oder haben sehr viele Aufsätze geschrieben.

Der zweite Punkt bezieht sich auf *Wassermann*. Ich war fünfzehn Jahre Richter des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs und bin mit Vorurteilen gegenüber *Wassermann* in das Gericht gegangen. Ich kann Ihnen aber sagen, er ist der beste Richter gewesen. Man konnte mit ihm richtig gut juristisch diskutieren. Was das Gericht vor meiner Zeit falsch gemacht hat, war, dass die Verfassung im Hinblick auf den Finanzausgleich zwischen Land und Gemeinden nicht richtig ausgelegt worden ist. Man hat sich an dem Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen orientiert. Da war *Wassermann* sofort auf meiner Seite und hat meine Argumentation unterstützt. Wir kamen dann zu der richtigen Entscheidung, dass Art. 57 Abs. 4 und Art. 58 Niedersächsische Verfassung zwei selbstständige Finanzgarantien sind, zwischen denen keine rechtliche Konnexität besteht (NStGHE 3, 31, 52).

EICHENHOFER:

Herr Behrends bitte.

BEHREND:

Ich möchte gerne kurz an den anregenden Gedanken anknüpfen, dass Richterbilder Problemfelder bezeichnen. Das des Subsumtionsautomaten drückt aus, dass man keinen Richter will, der nicht nachdenkt. Es ist allerdings ein Richterbild, das analytisch kaum etwas wert ist: Auch im 19. Jahrhundert waren die streitig gewordenen Fälle regelmäßig rechtlich und tatsächlich komplex genug, um automatisierte Denkabläufe auszuschließen. Real ist dagegen die Problemfigur des politischen Richters. Wer sich als Richter politisch einordnet, ist kein Subsumtionsautomat, wird aber

darauf hören wollen, was die politische Macht will. Was das im modernen Machtstaat, wenn er in irgendeiner Richtung ideologisch aufgeladen ist, bedeuten kann, ist bekannt. Aber auch heute wird man bei den obersten Gerichten selten Entscheidungen finden, die den in der Politik zur Herrschaft gekommenen Tendenzen widersprechen, auch dort nicht, wo dies möglich wäre. Eher wird man finden, dass sie sich von ihnen geführt zeigen. Hilfreich wäre demgegenüber ein normatives Richterbild, das nicht beschreibt, was ist, sondern formuliert, wie es sein soll. Das wäre eine Aufgabe der Rechtswissenschaft. Denn die im Grundgesetz stehende Bindung an Gesetz und Recht wird über die Rechtswissenschaft vermittelt, der sich der moderne, durch ihre Beherrschung legitimierte und in ihren Kategorien argumentierende Richter verpflichtet fühlt. Entsprechend dem, was sie überzeugend klärt, wird er diese Bindung empfinden. Es ist aber sehr fraglich, ob von der heutigen Rechtswissenschaft eine Wendung gegen den politischen Richter zu erwarten ist. Es wäre schon viel gewonnen, wenn die Rechtswissenschaft sich für die durch sie ermöglichte Rechtssicherheit einsetzen und eine Bindung an eindeutige, über Berechtigungen entscheidende Rechtsbegriffe fordern würde. Sie würde es dann für verwerflich erklären, wenn ein Gericht eine Stiftung, deren Vermögen aus Haushaltsansätzen besteht, um der Sicherung eines pragmatischen, politischen Zieles willen für möglich erklärte.

ROTTLEUTHNER:

Mein Resümee war: Was immer an Richterbildern geboten wird, ob nun empirisch oder normativ gemeint, besagt nichts darüber, wie es tatsächlich läuft. Ich kann den Richterbildern nur einen Sinn abgewinnen, wenn ich sie vor dem Hintergrund von Problemfeldern interpretiere, also als Reaktionen darauf, wie ein Richter sich verhalten soll oder welches Rechtsbild für die Öffentlichkeit gezeichnet wird. Zum politischen Richter ist noch zu sagen, dass der Anteil von Richtern im Kaiserreich, die Abgeordnete im Reichstag waren, erheblich höher war als das heute im Bundestag der Fall ist. Der Dresdner Richter *Jens Maier*, der jetzt bei der AfD ist, ist ein sehr interessanter Fall von richterlicher Unabhängigkeit und eine delikate Aufgabe für die Justizverwaltung. Jedenfalls scheint der Anteil von Richtern im Bundestag sehr gering zu sein, während es Anwälte häufiger gibt.

Herr Starck, ich halte die Frage, wie viele Biographien und Autobiographien es von Richtern gibt, auch für ein rechtskulturelles Phänomen. Ich empfehle Ihnen allerdings die Autobiographie von *Thomas Dieterich*, wo Sie nicht nur Brüche des Beratungsgeheimnisses finden werden, Sie finden etwas über seine Kindheit, seine Jugend, sein juristisches Studium, wie seine Karriereschritte eingefädelt wurden und was es für Einflussnahmen von politischer Seite aus gab. Das ist auch ganz interessant. Er kommentiert auch eigene Rechtsprechung und die von Kollegen, etwa diejenige zur Wahlfreiheit der Gewerkschaften, an der er nicht selbst beteiligt war, die aber zu seiner Präsidentenzeit stattfand.

Zu Herrn *Wassermann*: Was ich ihm hoch angerechnet habe, war, dass er als Landgerichtspräsident in Frankfurt a. M. *Rüdiger Lautmann* ermöglicht hat, Dr. Jekyll

und Mr. Hyde im Gericht zu spielen, woraus das Buch „Justiz, die stille Gewalt“ hervorgegangen ist. *Lautmann* konnte als Proberichter tagsüber mitmischen und abends seine justizsoziologischen Notizen anfertigen. Nur der Präsident wusste Bescheid, die Mitglieder in seiner Kammer wussten nicht Bescheid – auch das war *Wassermann*.

EICHENHOFER:

Herr Sellert.

SELLERT:

Herr *Wassermann* hatte in Braunschweig eine eindrucksvolle Ausstellung über Gerechtigkeitsbilder veranstaltet. Ich habe die Ausstellung damals besucht. Dort zeigte sich, dass es weit mehr Bilder über die Justiz und den Richter aus dem 16., 17. und 18. Jahrhundert gibt, als man bisher angenommen hatte. Dabei denke ich besonders auch an die Richter des Reichshofrats und des Reichskammergerichts, wie sie in ihren Ornaten, nicht selten auch mit ihren Herrschaftszeichen, auf zahlreichen Kupferstichen und Holzschnitten hochherrschaftlich abgebildet worden sind. Auf der anderen Seite gibt es auch Bilder aus dieser Epoche, ich denke an *Sebastian Brant* (Das Narrenschiff), auf denen die Justiz verspottet und die *Iustitia* mit verbundenen Augen dargestellt wird; nicht etwa, weil sie ohne Ansehen der Person richten soll, sondern weil sie nicht sieht, wohin sich die Waage neigt oder wie sie das Schwert führt. Wie war also das Richterbild in dieser Epoche? Darüber wissen wir noch viel zu wenig.

Im Übrigen ist es keineswegs so, dass es, wie immer mal wieder angenommen wird, im 16. und 17. Jahrhundert noch keine richterliche Unabhängigkeit gegeben hat. Immerhin gab es den Schutz vor Eingriffen des Herrschers. So heißt es beispielsweise in den Ordnungen des Reichshofrats, dass der Justiz ihr *stracker* Lauf zu lassen ist und der Richter entsprechend seinem Eid unabhängig, selbstständig und nur nach seinem Gewissen richten soll.

Zu einem weiteren Punkt: Sie haben von *den* Richtern gesprochen. Müsste man nicht einen Unterschied zwischen Strafrichtern, Zivilrichtern, Verwaltungsrichtern etc. machen? Beziehen sich die Richterbilder mehr auf die Straf- oder Zivilrichter? Ich vermute mehr auf die Strafrichter.

Sodann zu den Schreckensbildern: Hier fällt mir spontan das Buch von *Ingo Müller* „Furchtbare Juristen“ ein. – Außerdem ist es überraschend, dass es bei den Richtern nicht so etwas wie einen Korps- oder Gruppengeist gibt; wenn überhaupt, dann vermutlich zeitweise in einzelnen Kammern oder Senaten. Auch dem Richterbund fehlt eine allgemeine übergreifende, die Gemeinschaft zusammenführende Leitidee. Sie haben in diesem Zusammenhang von Bezugsgruppen gesprochen. Handelt es sich hier um geschlossene Gruppen, etwa in dem Sinne, wie sie *Michel Foucault* beschrieben hat?

Was die sog. R-Besoldung betrifft, so erinnere ich mich gut daran, dass es damals auch um die Unabhängigkeit der Richter in dem Sinne ging, dass deren Besoldung

im Verhältnis zu Entscheidungen, die sie häufig über hohe Geldbeträge und Werte zu treffen hätten, als viel zu niedrig angesehen wurde.

Und am Schluss noch ein Gedanke zu dem Buch von *Josef Esser* „Vorverständnis und Methodenwahl“. Ich hatte nach der Lektüre dieses Werkes den Eindruck, dass es zwar für die richterliche Entscheidungsfindung auf die juristische Methode ankommt, der Richter aber oft, bevor er ihr folgt, schon die Entscheidung „im Kopf“ hat. Mit meiner Frau, die jahrzehntelang Richterin war, habe ich in Diskussionen über die Beurteilung eines Rechtsfalles diese Strategie gelegentlich verfolgt und, nachdem ich davon überzeugt war, dass ein bestimmtes Ergebnis gerecht wäre, mich gefragt, mit welcher Methode es sich begründen ließe.

EICHENHOFER:

Frau Auer.

AUER:

Ich möchte zu Ihrer These kommen, dass wir bei all diesen vielen bunten Richterbildern eigentlich irrealer Bilder von dem, was die Essenz der richterlichen Tätigkeit ausmacht, haben. Mich würde interessieren, wann wir eigentlich irreal in unserer Bildgebung geworden sind. Wir haben die Antike mit König *Salomo* und das ist weitgehend zugänglich, was er macht. Dann bewegen wir uns langsam durch die Epochen bis hin zur Neuzeit und zur Gegenwart. Würden Sie da vielleicht irgendwo eine Zäsur sehen, wie beispielsweise eine Professionalisierung des Richterstands im 19. Jahrhundert oder etwas wie bei *Franz Kafka* „Der Prozess“: eine undurchschaubare Alchemie, als Verfallsform?

ROTTLEUTHNER:

In *Kafkas* Prozess kommt kein Richter vor, sondern nur ganz verdeckt ein Untersuchungsrichter. Ich bin nicht weiter darauf eingegangen, Richter in Romanen darzustellen, weil diese kaum vorkommen. Ich habe *John Grisham* natürlich nicht erwähnt, weil der einen eigenen Vortrag wert wäre.

Frau Auer, ich gehe nicht von der Vorstellung aus, dass es eine Essenz der richterlichen Tätigkeit gibt, ein solches Denken liegt mir völlig fern. Wenn man angefangen hat, rechtssoziologisch Justizforschung zu betreiben, ist das größte Problem die Masse der Daten. Da eine Essenz herauszuköcheln, das ist kaum zu schaffen.

Herr Sellert, ich müsste mir das nochmal daraufhin anschauen, ob *Esser* irgendwas zu einem Richterbild sagt. Der Begriff des Vorverständnisses ist im Zusammenhang mit der Justizforschung sehr einschlägig geworden. Richter haben bestimmte Einstellungen, sie haben ein Vorverständnis, gehen mit einer bestimmten Prädisposition an einen Fall heran und der methodenfungible Richter versucht, sich durchzusetzen.

Zum Gruppengeist bei Richtern: Ich habe versucht, dies unter dem Stichwort der Homogenität zu thematisieren. Ich halte es aber für fraglich, so etwas heute zu sagen,

wo es Abspaltungen vom Richterbund gegeben hat. Der *Deutsche Richterbund* war auch nicht homogen. Es gab die Landesverbände und dann seit 1921/22 den *Republikanischen Richterbund*, der sich abspaltete. In der Bundesrepublik haben wir die *Neue Richtervereinigung*, auch eine Abspaltung, die Richter in *ver.di* und weitere Gruppierungen von Richtern und Staatsanwälten. Das erlaubt es nicht, von einer homogenen Standesgruppe zu reden.

Das Richterbild ist vor allem an Strafrichtern orientiert. Haben Sie jemals einen schönen, normalen Zivilprozess im Fernsehgericht gesehen? Das geht nicht. Sie bekommen Strafsachen oder delikate Familiensachen präsentiert, aber ein stinknormaler Zivilprozess ist völlig medienuntauglich.

Zu den Justizdarstellungen: Es gibt von *Otto Rudolf Kissel* eine Monographie mit diesen Darstellungen. *Wolfgang Schild* hat auch einen schönen Bildband gemacht, in dem sich viele *Iustitia*-Darstellungen finden. Ich kenne mich nicht aus in Ihrem Metier, Herr Sellert. Aber auf die *Iusticia* (sic!) von *Giotto* bin ich über die *Iniustitia* gestoßen, als ich mal etwas Längeres über Ungerechtigkeit geschrieben habe. Da gibt es endlich mal ein Bild der *Iniustitia* – und das ausgerechnet als Mann. Leider ist das in feministischen Kreisen nicht hinreichend rezipiert worden, aber das finde ich doch schon ganz aufschlussreich.

EICHENHOFER:  
Herr Diederichsen.

DIEDERICHSEN:  
Herr Rottleuthner, ich hätte den Ausdruck Richterbild einfach naiv metaphorisch aufgefasst, und zwar im Sinne eines Charakterbildes, wie der Richter sich zu benehmen hat, wie er seinen Beruf ausübt, die Garantie der Einhaltung der juristischen Methodik oder der Logik, die Unparteilichkeit und so weiter. Sie haben den Ausdruck Richterbild nun wesentlich weiter und sehr reizvoll in andere Dimensionen geführt und das gibt mir zwei Anknüpfungspunkte zu einer Bemerkung. Sie haben damit begonnen, nach Gemälden und Grafiken zu suchen, in denen Richter abgebildet werden, und das richtig mit dem negativen Ergebnis bewertet, dass man weniger findet als man sich vorgestellt hat. Dann haben Sie sich auf die Suche nach Richterbildern im Feld von Biographien und Autobiographien gemacht und auch da ist das Ergebnis eher enttäuschend. Meine Bemerkung beruht darauf, dass ich mich seit vielen Jahren mit *Law and Literature* beschäftige. Es gibt überaus viele Romane, in denen Rechtsprechung vorkommt, etwa wenn Sie die Ehescheidungen nehmen in „Effi Briest“ und „Anna Karenina“. *Leo Tolstoi* macht eine ganz lange Ausführung, wie sich ein Anwalt dem Mandanten gegenüber verhält, wenn die Ehe geschieden werden soll, aber die Scheidung selbst wird ausgeklammert. Die Romanschriftsteller vermeiden es, dazu Stellung zu nehmen, sie gehen dem aus dem Weg. Das hat seine Gründe darin, dass der Romanschriftsteller in aller Regel ein juristischer Laie ist und deswegen nicht Bescheid weiß. Es ist grotesk, wie sich Romanschriftsteller das Strafver-

fahren vorstellen, obwohl sie es sich jederzeit ansehen könnten. Auch *Thomas Mann* vermeidet den Bezug zur Jurisprudenz. Er schreibt über alles, über die schwierigsten medizinischen Phänomene, aber das Recht kommt nur an einer Stelle vor, wo *Tony* in den „Buddenbrooks“ zuhört, wie der Bankier sich darüber lustig macht, dass der Konkurs jetzt auf sie zukommt. Da werden die Einzelheiten, zwar nur in Stichworten, aber überaus klug, intelligent und interessant zusammengestellt. Es gibt aber von *Jakob Wassermann* einen lesenswerten Roman über den Fall Maurizius. Dort geht es darum, dass ein Fehlurteil von einem Oberstaatsanwalt erzielt worden ist und der Sohn des Staatsanwaltes klärt den Fall dann als Nicht-Jurist auf. Da kommt der Richter überhaupt nicht vor, das Buch handelt nur vom Oberstaatsanwalt. Der Punkt ist wahrscheinlich wie bei *Kafka*, dass man literarisch den Richter nicht brauchen kann, denn damit würde er das sehr diffizil psychologisch und juristisch gezeichnete Bild des Oberstaatsanwalts verderben. Da wird das Richterbild richtig weggestrichen, als ob man eine Fotografie verbessert und eine Person retuschiert.

EICHENHOFER:

Herr von Knobloch.

VON KNOBLOCH:

Herr Rottleuthner, ich wollte Ihnen zunächst einmal für diesen sehr informativen und spannenden Vortrag danken und nur zwei Wahrnehmungen hinzufügen. Die erste Wahrnehmung ist, dass es doch einige Richterporträts in Gerichtsgebäuden gibt. Wenn ich an das Bundesverfassungsgericht denke, da werden die Präsidenten und Vizepräsidenten regelmäßig mit einer gewissen künstlerischen Prägnanz verewigt. Es gibt zum Beispiel ein sehr interessantes Gemälde *Johannes Grützkes* von *Ernst Gottfried Mahrenholz*. Auch im Bundesverwaltungsgericht sind die Präsidenten verewigt, aber eben nur in den Gerichtsgebäuden. Zu meiner zweiten Bemerkung: Die Selbstwahrnehmung der Richterschaft äußert sich auch sehr stark in der Pflege ihrer Gebäude. Wie viel Mühe wurde darauf verwandt, beim Bundesverfassungsgericht das Gerichtsgebäude aus den 1960er Jahren zu renovieren. Auch die Mühe, die sich *Marion Eckertz-Höfer* in Leipzig mit dem Bundesverwaltungsgericht gegeben hat, ist sehr bemerkenswert und gehört zum Selbstbild der Justiz dazu. Welche Mühe sich Herr *Dieterich* beim Umzug mit dem BAG nach Erfurt gemacht hat, finden Sie auch in der Autobiographie.

EICHENHOFER:

Frau Wittling-Vogel, Sie sind als Letzte dran.

WITTLING-VOGEL:

Ich würde gerne auf das Stichwort Homogenität der Richterschaft zurückkommen. Zu meinen Aufgaben gehört, dass ich einige der Staatenberichte, die die Bundesregierung zu den Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen abgibt, in Genf

präsentieren muss, auch den Staatenbericht zu dem Übereinkommen gegen Rassen-diskriminierung. Dann wird auch gefragt, wie sich die deutschen Gerichte zu Minderheiten verhalten, ob es Fortbildungen zum Thema Rassismus für die Richter gibt und ob die Richterschaft vielfältig ist. Sie haben darüber gesprochen, dass es inzwischen viele Richterinnen gibt. Aber gibt es in der Richterschaft auch Vertreter von Minderheiten in angemessener Zahl? Mein Eindruck ist, dass die Richterschaft sehr homogen ist, was die Gesellschaftsschicht angeht, aus der die Betroffenen stammen, und nicht vielfältig genug, was die Minderheiten betrifft.

Was die Juristen unter den Abgeordneten des Deutschen Bundestags angeht, gab es im Rechtsausschuss häufig Anwälte und in der Tat wenige Richter. In der 16. Wahlperiode waren allerdings sowohl der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Fraktion als auch der der SPD-Fraktion Richter und in dieser Wahlperiode ist das Projekt der Einführung eines Rechtsbehelfs gegen überlange gerichtliche Verfahren nicht vorangekommen. Da kann man durchaus einen Einfluss sehen.

ROTTLEUTHNER:

Das finde ich einen sehr interessanten Gesichtspunkt. Bei *Pedro Antonio de Alarcón* zum Beispiel steht der Gesichtspunkt der Homogenität des Juristenstandes stark im Vordergrund oder denken Sie an die Bildung des Einheitsjuristen seit Gründung des Deutschen Juristentages 1860. Ich denke, dieser Aspekt der Diversität, der in Genf eingefordert wird, ist mindestens genauso wichtig geworden. Ich habe eine ganze Menge von Studierenden in Berlin speziell mit türkischem Hintergrund gehabt, von denen viele aus der bildungsbeflissenen Mittelschicht kamen. Solche Aufstiegsleistungen finde ich immer ganz bewundernswert. Das kann durchaus hier vorkommen.

Herr von Knobloch, das mit den Justizgebäuden finde ich einen ganz wichtigen Aspekt, der auch zu dem Bild gehört, das sich die Richterschaft von sich macht. Ich habe mir die Arbeit von *Thorsten Berndt* über Richterbilder angeschaut, die sehr stark psychologisch auf das Individuum der einzelnen Richterpersonen zurechtgeschnitten ist. Ich habe in meinem Vortrag eine ganz dezidiert soziologische Perspektive einzuhalten versucht, indem ich nicht über einzelne Richter gesprochen habe, sondern über die Richterschaft als eine Berufsgruppe, die sich bestimmte Richterbilder zuschreibt oder zugeschrieben bekommt. Ich habe, vom Bundesgerichtshof abgesehen, nicht herausbekommen, wo jeweils die Richterporträts in den Gerichtsgebäuden ausgehängt werden. Wie wird das eigentlich etatisiert? Wie viele Euro dürfen denn für so ein Gemälde aufgewendet werden?

VON KNOBLOCH:

Das Bundesverfassungsgericht hat einen eigenen Etat. Ich vermute, es wird einen Etat für die Ausstattung der Gebäude geben und aus diesem Etat wird das wahrscheinlich bezahlt werden.

ROTTLEUTHNER:

Herr Diederichsen, vielen Dank für die reichhaltigen Hinweise. Den ganzen Bereich *Law and Literature*, der ein eigener Forschungsbereich ist, habe ich rausgehalten und nur zwei Beispiele von deutschen Romanen aus den letzten Jahren angeführt. Was mir auch noch bei meinen Recherchen aufgefallen ist, ist *Friedrich Dürrenmatt*, *Der Richter und sein Henker*. Da kommt ebenfalls kein Richter vor – der Kriminalkommissar ist der, der richtet. Das finde ich auch spannend und dies würde wieder Ihre Einschätzung bestätigen, dass der Richter aus der Wahrnehmung irgendwie herausgestrichen wird. Das finde ich ganz frappierend.

Noch eine Bemerkung zum Beratungsgeheimnis: Ich weiß gar nicht, wie lange das gewahrt werden muss? In der Autobiographie von *Fritz Hartung*, „Jurist unter vier Reichen“, erfahren wir, wie das berühmte Badewannenurteil des Reichsgerichts, an dem er beteiligt gewesen war, zustande gekommen ist. Wie der Senat das hingetrickt hat mit einer wunderbaren juristischen Konstruktion, die dazu geführt hat, dass die eine Schwester der Todesstrafe entgeht. Er hat berichtet, wie im Reichsgerichtssenat gemauschelt wurde. Ist das zulässig? Ab wann darf man so etwas erzählen – ich weiß es nicht.

EICHENHOFER:

Herr Sellert.

SELLERT:

Es wurde soeben über das Richterbild in der Literatur gesprochen. Untersuchenswert wäre auch die Frage, wie der Richter in den Medien dargestellt wird. Das Bild dürfte uneinheitlich sein. Nach meinem Eindruck gibt es allerdings zahlreiche Journalisten, die den Richter und seine Tätigkeit überaus kritisch und zum Teil sogar abschätzig beurteilen.

ROTTLEUTHNER:

Ich habe einmal Inhaltsanalysen darüber gemacht, über welche Verfahren berichtet wird. Da ist auch hier wieder die Strafrechtlastigkeit, das kommt immer vor. Aber unsere schönen Zivilprozesse, die kriegen Sie vielleicht einmal im Wirtschaftsteil der FAZ geboten, sonst aber ist es immer ganz asymmetrisch Strafjustiz und die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts.

DIEDERICHSEN:

Das liegt im Grunde auch daran, dass die Jurisprudenz langweilig ist. Das kann man bei dem Roman „Kindeswohl“ von *Ian McEwan* besonders deutlich sehen. Deswegen kommt das in Romanen auch nicht vor, insofern sind sie legitimiert, das wegzustreichen. Aber den Richter wegzulassen, ist eigentlich unmöglich.

KIRCHHOF:

Nur noch zwei kurze Hinweise: Wir haben in jüngerer Zeit eine Richterbilddiskussion geführt. Es wurde vom Pianisten gesprochen, der die Komposition interpretiert. Die so gestellte Frage ist mit der Methodenlehre verbunden. Zudem geht es mir um die soziale Kompetenz, die Sie kurzzeitig beschrieben haben. Das ist dann auch eine inhaltliche Perspektive. Gibt es nicht auch inhaltliche Diskussionen z.B. über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Ist eine Entscheidung staatstragend, ist sie europakritisch oder europafreundlich?

ROTTLEUTHNER:

Mit dem Pianisten habe ich mir eine nicht vorgelesene Fußnote erlaubt, in der ich gesagt habe, dass er in Abgrenzung zum Subsumtionsautomaten nur Artikulationsmöglichkeiten hat. Was macht der Pianist im Verhältnis zum Komponisten? Welche Interpretationsspielräume hat er da noch, das finde ich eine ganz spannende, analoge Diskussion, die man da führen kann.

EICHENHOFER:

Herzlichen Dank, Herr Rottleuthner, herzlichen Dank allen Diskutanten.



Frank Schorkopf

# Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente\*

Zur gewaltenübergreifenden Korrektur von Rechtsprechung

- I Rechtsetzung – Rechtsfortbildung – Rechtsgewinnung
- II Typologie
  - 1 Kompensatorische Rechtsprechung
  - 2 Prärogative Rechtsprechung
  - 3 Präskriptive Rechtsprechung
  - 4 Konfrontative Rechtsprechung
  - 5 Kollusive Rechtsprechung
- III Korrekturen
  - 1 Die *référé législatif* im geltenden Recht
  - 2 Mechanismus des parlamentarischen *Overrides*
    - a) Exekutiver Nichtanwendungserlass
    - b) Anwendungsbeispiele
    - c) Bewertung
  - 3 Dialoge
- IV Schluss

## I Rechtsetzung – Rechtsfortbildung – Rechtsgewinnung

Wer Recht setzt und wer Recht spricht, tut Verschiedenes. Diese klassische Aussage beruht auf dem gewaltenteilenden Vorverständnis, dass hoheitliche Gewalt funktional differenziert ausgeübt wird, dass Legislative und Judikative unterschiedlichen Rationalitäten folgen.<sup>1</sup> Und doch ist die Differenzierung zwischen Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht fraglos. Aus der Methodentheorie heraus wird argumentiert, dass Normsetzung und Normanwendung als einheitlicher Prozess der Rechtsgewinnung verstanden werden sollten.<sup>2</sup> Das Argument ist unterlegt mit entsprechenden Beobachtungen aus den Anfängen moderner Verfassungsstaatlichkeit bis hin in

---

\* Eine erweiterte und überarbeitete Fassung ist erschienen in AöR 144 (2019), S. 202–233.

1 Auf die strukturellen Unterschiede zwischen höchstrichterlicher Regelbildung und Gesetzgebung verweist CHRISTOPH SCHÖNBERGER, *Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen*, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (311 ff.).

2 MATTHIAS JESTAEDT, *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung*, *Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht*, in: Christian Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 49 ff.; SCHÖNBERGER (Anm. 1), S. 296 (300 ff.).

neuere Zeit. Der amerikanische Rechtsgelehrte *John Chipman Gray* schrieb 1909, als man in den Vereinigten Staaten bereits über ein Jahrhundert auf *Marbury vs. Madison* zurückblickte:

It has been sometimes said, that the Law is composed of two parts, – legislative law and judge-made law, but, in truth, all the Law is judge-made law. The shape in which a statute is imposed on the community as a guide for conduct is that statute as interpreted by the courts. The courts put life into the dead words of the statute.<sup>3</sup>

*Rudolf Smend* stellte zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) bekanntlich fest, dass das Grundgesetz praktisch nunmehr so gelte, wie das BVerfG es auslege und die Literatur es in diesem Sinne kommentiere.<sup>4</sup> Ähnliches wird in der Gegenwart für das Verhältnis von Unionsgesetzgeber und Europäischem Gerichtshof (EuGH) festgestellt. Die Verträge seien, so der britische Rechtslehrer *Gareth Davies*, praktisch wie prinzipiell das, was der Gerichtshof sage, was sie seien, herausgefordert nur durch die Möglichkeit der Rebellion durch nationale Verfassungsgerichte.<sup>5</sup> Und in einem neueren Beitrag über eine moderne Theorie des Öffentlichen Rechts stellt *Armin von Bogdandy* fest, dass „sich das traditionelle kognitive Paradigma der Interpretation und Rechtsanwendung als unhaltbar erwiesen“ habe. Unter nicht näher benanntem Hinweis auf die wegweisenden Arbeiten *Carl Schmitts* und *Hans Kelsens* heißt es weiter, Auslegung wie Anwendung des Rechts beinhalten gewöhnlich ein rechtsschöpferisches Element, hätten „dogmatische Konstruktionen in aller Regel einen eigenständigen normativen Gehalt jenseits der Rechtsquelle.“<sup>6</sup>

---

**3** JOHN CHIPMAN GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 1909, S. 119 f. Die berühmte Stelle in der Entscheidung des US Supreme Court lautet: „It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret the rule. If two laws conflict with each other, the Court must decide on the operation of each“, *Marbury vs. Madison* 5 U.S. 137 (1803), S. 137.

**4** RUDOLF SMEND, Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962, *Das Bundesverfassungsgericht*, hrsg. vom Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 23 (24), erneut abgedruckt in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, S. 581 (582). Diese Aussage ist später aufgegriffen und zur These vom Bundesverfassungsgerichtspositivismus geformt worden, BERNHARD SCHLINK, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Der Staat* 28 (1989), S. 161 (168 ff.); vgl. auch MATTHIAS JESTAEDT, *Verfassungsgerichtspositivismus*, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hrsg.), *Nomos und Ethos*, 2002, S. 183 ff.

**5** GARETH DAVIES, *The European Union Legislature as an Agent of the European Court of Justice*, *Journal of Common Market Studie* 54 (2016), S. 846 (847). Das Zitat lautet im englischen Original: „[...] and it is the Court which is entrusted with their interpretation. The Treaties are, both in practice and in principle, what it says they are, subject only to the possibility of rebellion by national constitutional courts. Hence to be an agent of the Treaties is, in substance, to be an agent of the court.“ (Nachweise weggelassen).

**6** ARMIN VON BOGDANDY, *Das Öffentliche im Völkerrecht im Lichte von Schmitts „Begriff des Politischen“*. Zugleich ein Beitrag zur Theoriebildung im Öffentlichen Recht, *ZaöRV* 2017, S. 878 (898 f.).

Die Anfrage an das klassische Verhältnis von Rechtsetzung, d.h. hier im engeren Sinn von Gesetzgebung, und Rechtsprechung beinhaltet eine unterschwellige Besorgnis über Entdifferenzierung. Gesetzgebung wird sowohl nach allgemeiner Erwartung als auch nach Herrschaftstheorie und vergleichendem Verfassungsrecht im Kern der Legislative, nicht der rechtsprechenden Gewalt zugewiesen. Der vergewissernde Blick in die Rechtsgeschichte zeigt uns dabei zunächst, dass es um Machtfragen unabhängig von der Herrschaftsform geht. Vom aufgeklärten Absolutismus des 18. Jahrhunderts bis hinein in die „sozialistische Gesetzlichkeit“ der untergegangenen DDR war der Richter immer wieder Vorlage- oder Anfragepflichten an extrajustizielle Gremien (*référé législatif*) unterworfen, die bei Auslegungszweifeln entsprechende Richtungen – nach dem Willen des Monarchen oder der führenden Partei – vorgeben sollten.<sup>7</sup> Die in modernen Verfassungsstaaten bestehenden Vorlagepflichten an Höchstgerichte erfüllen in der Gegenwart eine andere Funktion: die Rechtseinheit. Die liberale Demokratie führt das Motiv der Unterordnung des Richters allerdings auch fort, indem sie die „richterliche Macht“ an den Willensakt des parlamentarischen Gesetzgebers zu binden sucht und jedes Anzeichen für ein *gouvernement des juges* mit Argwohn betrachtet.<sup>8</sup>

Vom demokratietheoretischen Standpunkt wird eingewandt, dass der Richter nicht zur politischen Gestaltung, sondern allein zur Anwendung und Auslegung des Rechts legitimiert sei. Das Problem ist von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in das Gegensatzpaar von parlamentarischem Gesetzgebungsstaat und verfassungsvollziehendem Jurisdiktionsstaat gebracht worden.<sup>9</sup> In der Rechtsdebatte der Vereinigten Staaten ist bis in die Gegenwart die judikative Verdrängung von Recht, das vom demokratischen Mehrheitswillen legitimiert ist, unter der Überschrift der *counter-majoritarian difficulty* eines der umstrittensten Themen.<sup>10</sup> Die demokratietheoretische Kritik einer Herrschaft der Minderheit trifft dabei keineswegs allein auf staatliche Rechtsordnungen zu. Denn auch in den internationalen Beziehungen wird nationales Recht aufgrund von völker- und europarechtlichen Bindungen jedenfalls in der Anwendung

---

SCHÖNBERGER (Anm. 1), S. 296 (301): „Auch gerichtliche Urteile erzeugen Recht, sie wenden diese nicht lediglich an“, mit Hinweis auf *Adolf Julius Merkl* und *Hans Kelsen*.

7 MATTHIAS MIERSCH, *Der sogenannte référé législatif*, 2000.

8 CHRISTIAN HILLGRUBER (Hrsg.), *Gouvernement des juges – Fluch oder Segen?*, 2014; OLIVER LEPSIUS, *Entscheiden durch Maßstabsbildung*, in: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl. 2015, S. 119 (127 ff.); MARCUS HÖRETH, *Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court*, 2008. Die bekannte Formel geht zurück auf die Monographie von ÉDOUARD LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921.

9 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 2. Aufl. 1981, S. 402.

10 ALEXANDER M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 2. Aufl. 1986, S. 16 f.; OR BASSOK/YOAV DOTAN, *Solving the countermajoritarian difficulty?*, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), S. 13 ff.

verdrängt.<sup>11</sup> Das Einwirken von Judikaten internationaler Gerichtshöfe auf die deutsche Rechtsordnung ist unter den Topoi „ultra vires-Kontrolle“ und „Identitätskontrolle“ eines die Rechtsprechung des BVerfG prägenden Themen.<sup>12</sup> Der EU-Austritt des Vereinigten Königreichs war im Vorfeld des Brexit-Referendums und ist bei den laufenden Verhandlungen von dem Motiv geprägt, den Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auf das nationale Recht zurückzudrängen.<sup>13</sup>

Bereits die erwähnte Denkströmung in der Methodentheorie, die synthetisierend von Rechtsgewinnung oder neuerdings von „judikativer Rechtsetzung“ spricht,<sup>14</sup> lenkt die Aufmerksamkeit auf die Idealtypik der Gewaltenteilung, in der die vermeintlich klar markierten Sphären bei näherem Blick weniger deutlich getrennt sind. Die Gewaltenteilung ist seit langem eine Gewaltengliederung:<sup>15</sup> Die Exekutive ist zu delegierter Rechtsetzung ermächtigt (Art. 80 GG; Art. 290 AEU-Vertrag). Der deutsche Gesetzgeber hat bestimmten Entscheidungen des BVerfG Gesetzeskraft verliehen (§ 31 BVerfGG). Einzelne Rechtsgebiete überlässt der Gesetzgeber – wie beispielsweise im Arbeits- und Staatshaftungsrecht – zumindest zur konkretisierenden Ausgestaltung ausdrücklich den Gerichten.

Das Bild, das sich von dieser Gewaltenverschränkung praktisch wie theoretisch zeichnen lässt, hat aber noch mehr Detailreichtum. In der Verfassungstheorie ist anerkannt, dass im Gefüge der drei überlieferten Gewalten die Unabhängigkeit der Judikative auch deshalb hingenommen werden kann, weil die demokratisch legitimierte Legislative die Entscheidungen der Gerichte nachträglich ändern kann. Diese Möglichkeit tritt neben die Gesetzesbindung, die das Grundgesetz in den starken Satz fasst, dass die Richter nur dem Gesetz unterworfen seien (Art. 97 Abs. 1 GG). Die Praxis thematisiert diesen Zusammenhang mit wenig Engagement, weil die Korrektur als „Gerichtsschelte“ und damit als Eingriff in die Unabhängigkeit der Justiz gesehen werden kann, mit der die Institution des Rechtsstaates prinzipiell in Frage gestellt sein

---

**11** MICHAEL ROSENFELD, *Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts*, in: Georg Nolte (Hrsg.), *European and US constitutionalism*, 2005, S. 197 (212 ff.); JED RUBENFELD, *Unilateralism and Constitutionalism*, *New York University Law Review* 79 (2004), S. 1971 (2002).

**12** Zusammenfassend FRANK SCHORKOPF, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen*, 2017, § 2 Rn. 195 ff.; THOMAS WISCHMEYER, *Nationale Identität und Verfassungsidentität: Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, *AöR* 140 (2015), S. 415 ff.

**13** Vgl. etwa den Abschnitt „Taking Control of Our Own Law“ im Weißbuch der Britischen Regierung, *The United Kingdom’s exit from and the new partnership with the European Union*, Februar 2017, Ziff. 2.

**14** MEHRDAD PAYANDEH, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017; zur Rechtsgewinnung siehe die Nachweise in Anm. 2.

**15** CHRISTOPH MÖLLERS, *Gewaltengliederung*, 2005; DERS., *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, europäischer Integration und Internationalisierung*, 2008.

könnte.<sup>16</sup> Die Debatte über die Lage des Rechtsstaates in einigen EU-Mitgliedstaaten,<sup>17</sup> die im Fall Polens nun sogar zu einem förmlichen Sanktionsverfahren nach Art. 7 EU-Vertrag geronnen ist,<sup>18</sup> vergegenwärtigt die dünne Linie, die zwischen politischer Dienstbarmachung der Justiz und Kritik an judikativer Rechtsgestaltung verläuft. Die überstaatliche Dimension solcher Kritik ist zudem verknüpft mit der Furcht vor der Delegitimation einer ohnehin stetig auf Akzeptanz bedachten internationalen Gerichtsbarkeit – sie erhöht die Toleranzschwelle für Kritik.

Die legislative Korrektur von Rechtsprechung ist gleichwohl ein anerkanntes Instrument demokratisch legitimierter Hoheitsgewalt. In den nachfolgenden Überlegungen soll auf der Grundlage einer aus Praxis und Theorie gespeisten Typologie höchstrichterlicher Gesetzgebung (Ziff. II) eine Systematik von Korrekturmodellen entwickelt werden (Ziff. III), die über das erwartbare Instrument der formellen Änderung eines Richterspruchs durch den Gesetzgeber hinausgeht. Dabei ist zweierlei zu berücksichtigen: Zum einen ist im Blick zu halten, dass die rechtsetzende und die rechtsprechende Gewalt im Einzelfall nicht auf Abgrenzung ausgerichtet sind, sondern von sich aus die Verschränkung, möglicherweise sogar ein arbeitsteiliges Zusammenwirken suchen. Zum anderen ist die Abgrenzung von Rechtsetzung und Rechtsprechung von einer staatlichen Rechtsordnung aus gedacht und durch deren Rahmenbedingungen determiniert; an dieser Stelle soll der Rahmen in dem Sinn erweitert werden, dass die überstaatliche Höchstgerichtsbarkeit hinzuzudenken ist.

---

**16** Beispiele aus neuerer Zeit für die deutsche Rechtsordnung sind die Einfügung des Art. 91e GG auf BVerfGE 119, 331 ff. – ARGE (2007) und § 4a TVG, eingeführt durch das Tarifeinheitsgesetz v. 15.7.2015, mit dem eine Rechtsprechungsänderung des BAG zur „Tarifeinheit“ rückgängig gemacht werden sollte, vgl. BT-Drucks. 18/4062; für Beispiele aus dem Gesellschaftsrecht siehe HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), S. 597 (618 ff.). Das Europarecht kennt eine Änderung des Primärrechts, mit der die EuGH-Entscheidung in der Rs. Barber, C-262/88, Slg. 1990, 1889, rückgängig gemacht wurde. Ein Protokoll zum Vertrag von Maastricht beschränkte die zeitlichen Rückwirkungen des Urteils, das Art. 119 EWG-Vertrag für unmittelbar anwendbar erklärte, um je nach Geschlecht unterschiedliche Rentenalteransprüche als Diskriminierung geltend zu machen, siehe ausführlich FRANK ROSENKRANZ, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015, S. 393 f. Für Änderungen des Sekundärrechts zur Korrektur von EuGH-Entscheidungen siehe DORTE SINDBJERG MARTINSEN, An Ever More Powerful Court?, *The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, 2015, S. 87–90.

**17** ARMIN VON BOGDANDY/PAL SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, 2015; ANDRAS JAKAB/DIMITRY KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, 2016; FRANK SCHORKOPF, Wertesicherung in der Europäischen Union, EuR 2016, S. 147 ff.; WOJCIECH SADURSKI, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, 2012.

**18** European Commission, *Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland*, Press release v. 20.12.2017, IP/17/5367.

## II Typologie

Das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsprechung, das im Folgenden zugespitzt als „höchstrichterliche Gesetzgebung“ bezeichnet wird, ist eine Zustandsbeschreibung. Mit der Formulierung ist eine Grenzüberschreitung markiert und nach deren Rechtfertigung gefragt, ohne dass über die Motive für entsprechende Judikatur spekuliert wird. Bereits der oberflächliche Zugriff auf die Praxis höchstrichterlicher Gesetzgebung verweist auf Gründe, die offensichtlich von den anderen Gewalten gebilligt werden – die genannten Themen des Arbeits- und Staatshaftungsrechts sind sogar Beispiele, in denen der parlamentarische Gesetzgeber prinzipiell mit einem weiten Kompetenzverständnis der Judikative einverstanden ist. Es zeigt sich, dass weitere Gründe bestehen, die im Folgenden in einer Typologie zusammengefasst werden: Rechtsprechung kann den Gesetzgeber korrigieren (1). Sie kann Rechtsschöpfung bei legislativem Schweigen sein (2) und normative Vorgaben für zukünftiges Handeln machen (3). Möglich ist zudem ein Handeln der Rechtsprechung gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers (4), aber auch ein einverständliches Zusammenwirken (5).

### 1 Kompensatorische Rechtsprechung

Die klassische Konstellation ist die Korrektur des Gesetzgebers – dieser Typus wird in der weiteren Argumentation als kompensatorische Rechtsprechung bezeichnet. Der Gesetzgeber hat ein Gesetz erlassen, das von einem Höchstgericht am Maßstab der Verfassung, etwa im Rahmen einer Normenkontrolle oder einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde, überprüft wird. Das Gesetz wird durch die Entscheidung des Höchstgerichts korrigiert, indem einzelne Normen verfassungskonform ausgelegt, für verfassungswidrig erklärt oder mit ergänzenden Inhalten ausgestattet werden. Kompensatorische Rechtsprechung ist reaktiv, d.h. sie setzt zeitlich gesetzgeberische Aktivität voraus, an die sie, angestoßen durch einen Rechtsstreit, anknüpft.

Im deutschen Verfassungsprozessrecht hat sich für diesen Typus als Schnittstelle die Rechtsfigur der Fortgeltungsanordnung (§ 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG) herausgebildet.<sup>19</sup> Eine Norm ist verfassungswidrig, die gesetzliche Rechtsfolge der Nichtigkeit – mit der Folge der Rückgabe des Sachverhalts an den Gesetzgeber – tritt jedoch nicht ein. Denn das BVerfG lässt die mit der Verfassung unvereinbare Norm in Geltung, zuweilen befristet, mit der ausdrücklichen Aufforderung an den Gesetzgeber, für eine Korrektur im Sinne der höchstrichterlichen Entscheidung zu sorgen.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> PHILIPP STARK, in: Christian Burkiczak/Franz Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, Neuausgabe, 2015, § 95, Rn. 127 ff.

<sup>20</sup> Bislang einzigartig war die an Bundeskanzlerin *Angela Merkel* gerichtete Aufforderung des Vorsitzenden des Ersten Senats, *Ferdinand Kirchhof*, vom 12.7.2016, die in der Entscheidung über die Erbschaftssteuergesetzgebung (BVerfGE 138, 136 ff.) genannte Frist einzuhalten, da der Senat andernfalls

Ein aktuelles Beispiel in diesem Zusammenhang ist das Urteil des Ersten Senats vom Juli 2017 zum Tarifeinheitgesetz.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber will mit dem Gesetz die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern, indem die gleichzeitige Anwendung unterschiedlicher Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften auf dieselbe Beschäftigtengruppe in einem Betrieb unterbunden wird.<sup>22</sup> Mehrere Gewerkschaften, die in einem Betrieb aktiv sind, erhalten dadurch einen neuen Status: den der Mehrheits- oder der Minderheitsgewerkschaft. Der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft wird kraft Gesetzes (*ipso iure*) für anwendbar im Betrieb erklärt, während der Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft verdrängt wird. Das BVerfG bestätigt das Tarifeinheitgesetz, indem es das gesetzgeberische Ziel billigt, einzelne Regelungen in ihrer grundrechtsbegrenzenden Wirkung eng auslegt und die Folgen der Verdrängungswirkung vorläufig neu regelt. So wird die *ipso iure*-Verdrängungswirkung des Minderheitstarifvertrages durch insgesamt sechs zusätzliche Kautelen eingeschränkt<sup>23</sup> und die Arbeitsgerichte werden ausdrücklich beauftragt, „unzumutbaren Härten“ bei der Gesetzesanwendung im Einzelfall zu vermeiden und ggf. dem BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle einen konkreten Streitfall vorzulegen.<sup>24</sup> Der erhebliche Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG wird durch diese Maßnahmen kompensiert. Noch weitergehend ist der Ausspruch, soweit sich die Verdrängungswirkung negativ auf die Repräsentation von Interessen der Berufsgewerkschaften im Mehrheitstarifvertrag auswirkt.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber muss diese Folgewirkung der Verdrängung spätestens bis zum 31. Dezember 2018 neu regeln; bis dahin gilt eine Übergangsregelung, die das BVerfG vorgibt. Werden die zusätzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, tritt die Verdrängungswirkung – und damit die zentrale Rechtsfolge des Gesetzes – nicht ein; wiederum sollen Zweifelsfragen von den Arbeitsgerichten geklärt werden.

---

über Maßnahmen, u.a. über eine Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG, nachdenken werde – damit ist in der Sache gemeint, dass das BVerfG vorläufige Normen im Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz erlassen würde, vgl. aber die Anordnung nach § 35 BVerfGG in BVerfGE 88, 203 (208–231) – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

**21** BVerfGE 146, 71 ff. – Tarifeinheit (2017).

**22** Siehe die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 18/4062.

**23** BVerfG (Anm. 21); die Urteilsgründe schränken die Verdrängungswirkung in folgender Weise ein: (i) sie besteht nur im Überschneidungsbereich (Ziff. 183), (ii) greift nicht bei objektiver Ergänzungsfähigkeit des Mehrheitstarifvertrages (Ziff. 186), (iii) endet bei Wiederanwendbarkeit des Minderheitstarifvertrages (Ziff. 189) und (iv) nicht erfüllten (einklagbaren) Verfahrensrechten (Ziff. 195 f.). Zudem soll sie (v) ausnahmsweise nicht eingreifen, wenn die Verdrängungsfolgen für Arbeitnehmer untragbar wären (Ansprüche betreffend Lebensplanung, Ziff. 187). Als zentrale Kompensation wird ein weit verstandenes Nachzeichnungsrecht positioniert (Ziff. 190 ff.). Bereits zum Zeitpunkt, in dem die Mehrheitsverhältnisse noch ungeklärt sind und eine Gewerkschaft „potenziell einen Nachteil erleiden könnte“ entsteht ein vollumfängliches Nachzeichnungsrecht („in seiner Gesamtheit“, Ziff. 194).

**24** BVerfG (Anm. 21), Ziff. 188.

**25** BVerfG (Anm. 21), Ziff. 1 Tenor; Ziff. 200 ff.

## 2 Prärogative Rechtsprechung

Der zweite Typus knüpft an die zeitliche Reihung von gesetzgeberischem Handeln und judikativer Korrektur an, indem es den Kausalzusammenhang umkehrt. Bei der prärogativen Rechtsprechung betätigen sich Höchstgerichte rechtsschöpferisch, mit der Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die judikativ bewirkte Rechtslage nachträglich ändert. Aus dieser Konstellation ergibt sich, dass prärogative Rechtsprechung durchaus auch vom Willen des Gesetzgebers in dem Sinn gedeckt ist, dass der Gesetzgeber die Lösungen der Rechtsprechung abwartet oder ihr sogar ausdrücklich überlässt.

Zunächst wieder ein Beispiel aus der Spruchpraxis des BVerfG.<sup>26</sup> Das Grundgesetz verpflichtet die Bundesregierung, für einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland die grundsätzlich vorherige konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen. Der deutsche Streitkräfteeinsatz im Ausland hängt also nicht allein von materiellen Voraussetzungen und dem Handlungswillen der Bundesregierung ab, sondern bedarf der parlamentarischen Mitwirkung, die sich aus dem Wortlaut des Grundgesetzes jedoch nicht ergibt. Sie ist das Ergebnis der Rechtsprechung des BVerfG, das 1994 in seinem Leiturteil AWACS-Adria/Somalia diese Voraussetzung geschaffen und den Gesetzgeber zugleich aufgefordert hat, jenseits der Mindestanforderungen und Grenzen des Parlamentsvorbehalts die Form und das Ausmaß der parlamentarischen Mitwirkung näher auszugestalten.<sup>27</sup> Der Gesetzgeber ist dieser Aufforderung nachgekommen und hat 2005 das Parlamentsbeteiligungsgesetz beschlossen.<sup>28</sup>

Beispiele für diesen Typus gibt aber auch die Entscheidungspraxis überstaatlicher Höchstgerichte. Zum einen ist die Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft zu nennen. Die Unionsbürgerschaft ist bekanntlich ein unionsrechtlicher Status, der zur Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates hinzu tritt, die Staatsangehörigkeit jedoch nicht ersetzt und zu dieser akzessorisch ist (Art. 20 Abs. 1 AEUV). Seit der Entscheidung der Großen Kammer des Gerichtshofs in der Rechtssache *Ruiz Zambrano* im Jahr 2011 ist eine materiell unmittelbare Union-Bürger-Statusbeziehung geschaffen worden,<sup>29</sup> ist die Notwendigkeit des grenzüberschreitenden Sachverhalts

<sup>26</sup> In diesem Absatz folge ich SCHORKOPF (Anm. 12), § 6 Rn. 73 f.

<sup>27</sup> BVerfGE 90, 286 (381–390), Ls. 3 – AWACS-Adria/Somalia (1994); s. bereits den Beschluss im Eilverfahren BVerfGE 89, 38 ff. – Somalia (1993). Die Entscheidung zog erhebliche Kritik auf sich: CHRISTIAN BURKICZAK, Ein Entsendegesetz für die Bundeswehr?, ZRP 2003, S. 82 (84); ANDREAS PAULUS, Die Parlamentszustimmung zu Auslandseinsätzen nach dem Parlamentsbeteiligungsgesetz, in: Dieter Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2007, S. 81 (83–88); OTTO DEPENHEUER, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG, Art. 87a, Rn. 143–147 m.w.N. (Oktober 2008); differenzierter, mit Hinweis auf die Folgen von Entscheidungsalternativen GEORG NOLTE, Bundeswehreinsätze in kollektiven Sicherheitssystemen, ZaöRV 54 (1994), S. 652 (673–683).

<sup>28</sup> Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland v. 18.3.2005, BGBl. I S. 775.

<sup>29</sup> EuGH [GK], Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – Ruiz Zambrano.

entfallen, wurden bis dahin inexistente Aufenthalts- und Arbeitsrechte eingeführt sowie das Statusvermittlungsprinzip umgekehrt. Mit anderen Worten: Neben die anerkannte Vermittlung elterlicher Aufenthaltsrechte an ihre Abkömmlinge durch Staatsangehörigkeitsweitergabe ist die reflexhafte Vermittlung von Aufenthaltsrechten für ausreisepflichtige Eltern durch die Unionsbürgerschaft des Kindes getreten.<sup>30</sup> Rechtsquelle für diese Einzelrechte ist ein „Kernbestand“ an Unionsbürgerrechten. Dabei ist für unser Erkenntnisinteresse von besonderer Bedeutung, dass der Unionsgesetzgeber durchaus Teilhaberechte für Arbeitnehmer und deren Angehörige anerkannt hat, diese Rechte jedoch an die Marktteilnahme bindet. *Ruiz Zambrano* „überbrückt“ diese Voraussetzung, indem der Status als Unionsbürger nunmehr die Teilhaberechte vermitteln soll.

Zum anderen ist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) hinzuweisen. Exemplarisch für prärogative Rechtsprechung ist die Entscheidung in der Sache *Mamatkulov und Askarov*, mit der im Jahr 2005 vorläufige Maßnahmen des Gerichtshofs für verbindlich erklärt worden sind.<sup>31</sup> Während die Vertragsparteien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sich im Einklang mit internationalem Verfahrensrecht ausdrücklich gegen diesen Schritt entschieden hatten, kam der Gerichtshof bei einem passenden Sachverhalt zum gegenteiligen Ergebnis. Der Gerichtshof legte die EMRK und das Prozessrecht dabei nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes aus (Art. 31 Abs. 1 WVRK) und berief sich auf die völkerrechtliche Praxis des Internationalen Gerichtshofes, des Interamerikanischen Gerichtshofes sowie des VN-Menschenrechtsausschusses und Ausschusses gegen Folter. Der Ausspruch der Großen Kammer beruhte also auf einer Art internationaler Rechtsvergleichung,<sup>32</sup> die deutlich von einem Fortschrittsdenken, von einer Modernisierungsteologie des „noch nicht“ getragen ist. In einem Sondervotum schrieben drei Richter der Entscheidung eine *legislative function* zu und formulierten den klassisch gewaltenteilenden Standpunkt:

[...] there is a wide difference between the mere *interpretation* of a treaty and its *amendment*, between the exercise of judicial functions and international law-making.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Hierzu m.w.N. FERDINAND WEBER, Staatsangehörigkeit und Status, 2018, S. 216–227.

<sup>31</sup> EGMR [GK], Urt. v. 4.2.2005, Nr. 46827/99 und 46951/99 – *Mamatkulov und Askarov/Türkei*, Rn. 123–128; dazu KARIN OELLERS-FRAHM, Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen des EGMR: Epilog – das Urteil der Großen Kammer im Fall *Mamatkulov* u.a. gegen Türkei, EuGRZ 32 (2005), S. 347 ff. Siehe Art. 39 VerfO EGMR; in der EMRK sind vorläufige Maßnahmen nicht vorgesehen.

<sup>32</sup> CHRISTOPH GRABENWARTER, Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den EGMR, in: Christian Hillgruber (Hrsg.), *Gouvernement des juges – Fluch oder Segen?*, 2014, S. 45 (67–69).

<sup>33</sup> EGMR [GK] (Anm. 31), Gemeinsames Sondervotum der Richter LUCIUS CAFLISCH, RIZA TÜRMEK und ANATOLY KOVLER, Rn. 11 f., Hervorhebung im Original.

In den beiden überstaatlichen Beispielskonstellationen ist die Rechtsprechung weder vom Unionsgesetzgeber noch vom „Vertragsgesetzgeber“ der EMRK in das geschriebene Recht aufgenommen worden. Der deutsche Beispielsfall kennt das Parlamentsbeteiligungsgesetz, d.h. eine einfachgesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlich verankerten Parlamentsvorbehalts. Gemeinsam ist den Beispielen, dass die Gerichte ihre prärogative Rechtsprechung auf den jeweils höchstrangigen Normtext, auf die Auslegung des „Verfassungsrechts“ gestützt haben.

### 3 Präskriptive Rechtsprechung

Damit ist der Bogen geschlagen zu einer – nicht immer trennscharf abgrenzbaren – Variante der prärogativen Rechtsprechung, der gleichwohl ein Typus zugewiesen werden kann: der präskriptiven Rechtsprechung. Ihr prägendes Merkmal ist, dass der Gegenstand höchstrichterlicher Gesetzgebung dem Gesetzgeber zumindest faktisch entzogen ist. Der Gesetzgeber kann den Regelungsgegenstand also nicht mehr in Form einer Zweitcodierung adressieren, sondern muss die höchstrichterliche Gesetzgebung hinnehmen. Die Rechtsprechung immunisiert ihre Aussagen in dieser Variante durch die Maßstäblichkeit im Verfassungs- oder Vertragsrecht. Wohlbekannt ist insoweit die Rechtsprechungslinie des BVerfG, die das Existenzminimum eines Menschen in der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) normativ rückbindet, so dass Transferansprüche im Bereich der Arbeitslosen- und Sozialhilfe<sup>34</sup> sowie im Flüchtlingsschutz<sup>35</sup> super-konstitutionalisiert sind.

Ein neueres Beispiel ist der Beschluss des Ersten Senats vom Oktober 2017 zum „dritten Geschlecht“.<sup>36</sup> Danach schütze das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen ließen. Diese Personen seien zudem durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts geschützt. Deshalb ist der Gesetzgeber verpflichtet worden, im Personenstandsrecht die binären Geschlechtseinträge aufzugeben und zumindest einen weiteren positiven Eintrag zuzulassen. Wie der Gesetzgeber diese Vorgaben umsetzt, steht in seinem Ermessen. Gleichwohl ist der Anspruch auf Nichteinordnung in die überlieferte Geschlechterzweiheit grundrechtlich konstitutionalisiert. Der Gesetzgeber hat also allenfalls einen Spielraum, sein Gesetzgebungsprogramm im Personenstandsrecht ist dennoch vornormiert.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> BVerfGE 125, 75 – Hartz IV (2010).

<sup>35</sup> BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz (2012).

<sup>36</sup> BVerfGE 147, 1; dazu JUDITH FROESE, *Tertium datur: Der Abschied von der Binarität der Geschlechterordnung*, DöV 2018, S. 315 ff.

<sup>37</sup> Zu den Plänen der Bundesregierung für die Umsetzung des Urteils bis zum 31.12.2018 siehe BT-Drucks. 19/2554 und 19/2654.

Mit dem Hinweis auf einen zumindest faktischen Entzug ist gemeint, dass Verfassungsänderungen zwar mögliche Handlungsoptionen für den (verfassungs-) ändernden Gesetzgeber sein mögen, in der Rechtspraxis jedoch ausscheiden, weil Mehrheiten nicht erreichbar sind oder aber der Regelungsgegenstand nicht die verfassungspolitische Fallhöhe erreicht, ein entsprechendes Änderungsverfahren auszulösen.

#### 4 Konfrontative Rechtsprechung

Der vierte Typus setzt bei den Willensrichtungen von Gesetzgeber und Höchstgerichten an, die sich – wenn sie eindeutig zugeordnet werden können – in einer konfrontativen Rechtsprechung kanalisieren können. In diesem Fall erfolgt höchstgerichtliche Rechtsprechung gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Es kann deshalb durchaus Überschneidungen mit dem ersten Typus der kompensatorischen Rechtsprechung geben, die korrigierend auch dann in den gesetzgeberischen Willen eingreift, wenn dieser eindeutig feststellbar ist.

Die Verfassungsrechtsprechung enthält zahlreiche Beispiele für diesen Typus, von denen die Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch das eindrücklichste ist – das BVerfG erklärte das erste Strafrechtsänderungsgesetz von 1974 für verfassungswidrig und beanstandete auch die zweite Gesetzesänderung, womit es in der Sache auf die Seite der parlamentarischen Minderheit trat.<sup>38</sup>

Ein prägendes Beispiel aus der neueren Verfassungsrechtsprechung ist die Rechtsprechungslinie zur deutschen Sperrklausel bei Europawahlen. Das BVerfG hatte im Jahr 2011 die bei der Europawahl 2009 zur Anwendung gekommene Fünf-Prozent-Sperrklausel (§ 2 Abs. 7 EuropawahlG) für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG und daher nichtig erklärt.<sup>39</sup> Der schwerwiegende Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien sei unter den seinerzeit gegebenen rechtlichen wie tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber reagierte und änderte das Europawahlgesetz, indem er eine Drei-Prozent-Sperrklausel einführte. Bereits ein Jahr später erklärte der Zweite Senat erneut die nunmehr geänderte Sperrklausel, zum allgemeinen Verdruss der meisten Beteiligten, Beobachter und Kommentatoren, mit einer parlamentskritischen Argumentation für nichtig.<sup>40</sup> Ausdrücklich war im Gesetzgebungsverfahren ein Verbot der inhaltsgleichen Normwiederholung thematisiert worden. Denn mit

<sup>38</sup> BVerfGE 39, 1 ff. – Schwangerschaftsabbruch I (1975); 86, 390 ff. – Schwangerschaftsabbruch II eA-Antrag (1992); 88, 203 ff. – Schwangerschaftsabbruch II Hauptsache (1993); im letztgenannten Urteil ergänzte das BVerfG die fortgeltenden, aber nunmehr lückenhaften Gesetzesnormen durch eigene Regelung auf der Grundlagen von § 35 BVerfGG, ebenda, S. 209–213.

<sup>39</sup> BVerfGE 129, 300 ff. – 5 %-Sperrklausel EP-Wahl (2011).

<sup>40</sup> BVerfGE 135, 259 ff. – 3 %-Sperrklausel (2014).

der beabsichtigten Beibehaltung der Institution „Sperrklausel“ stand im Raum, dass das Gesetz zur Reparatur des Europawahlgesetzes gegen die Gesetzeskraft der Verfassungsgerichtsentscheidungen (§ 31 BVerfGG) verstoßen könnte. Diese Argumentation wies der Senat ausdrücklich zurück – die zwei Prozent Unterschied machten auch im Streitgegenstand den Unterschied. Ein Teil der Verstimmung, die diese Entscheidung im politischen Berlin auslöste, dürfte jedoch der expliziten Zurückweisung des dem ersten Urteil widersprechenden Gesetzgeberwillens geschuldet sein.<sup>41</sup> Das Sondervotum zum zweiten Urteil verweist ausdrücklich auf den Prognosespielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Wahlrechts und eine zu hohe Kontrolldichte des gesetzgeberischen Willens durch „Karlsruhe“.<sup>42</sup> Die Änderung des gesetzgeberischen Rahmens erfolgt nun auf europäischer Ebene – das Europäische Parlament hat die Einführung einer obligatorischen Sperrklausel zwischen 3 % und 5 % für Mitgliedstaaten mit mehr als 26 Sitzen vorgeschlagen; dies wurde vom Rat im Juni 2018 bestätigt.<sup>43</sup> Dieser Vorschlag für eine Neufassung von Art. 3 des Direktwahlaktes verpflichtet Deutschland unionsrechtlich, erneut eine Sperrklausel einzuführen. Durch die unionsrechtliche Pflicht zur Sperrklauselintroduction wäre die Jurisdiktion des BVerfG auf die Identitätskontrolle beschränkt.<sup>44</sup>

Das zweite Beispiel stammt aus dem epischen Thema eines EMRK-Beitritts zunächst der Europäischen Gemeinschaften und heute der Europäischen Union. Seit Ende der 1970er Jahre versucht das „supranationale Europa“ dem „menschenrechtlichen Europa“ formell beizutreten. Die entsprechenden Bemühungen scheiterten Mitte der 1990er Jahre vorerst daran, dass es im Primärrecht keine Rechtsgrundlage für diesen Schritt gab – der EuGH hatte dies in einem Gutachtenverfahren festgestellt.<sup>45</sup> Mit dem Vertrag von Lissabon haben die Vertragsparteien diese Rechtsgrund-

---

**41** Eine vergleichbare, auf das Wahlrecht in den Kantonen bezogene Kontroverse liegt in der Schweiz zwischen dem Bundesgericht und dem Ständerat vor: Schweizerische Eidgenossenschaft, Stellungnahme des Bundesrates v. 17.1.2018, 14.307/14.316, BBl. 2018, S. 777 ff.; vgl. ANDREAS AUER, Wahlrecht in den Kantonen: Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit, NZZ v. 17.5.2018 (Online-Ausgabe); MARTIN SCHUBARTH, Die Schweiz kennt keinen Richterstaat, NZZ v. 31.5.2018 (Online-Ausgabe).

**42** BVerfGE 135, 259 (301 f.) – abweichende Meinung PETER MÜLLER.

**43** Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11.11.2015 zu der Reform des Wahlrechts der Europäischen Union (2015/2035(INL)), P8\_TA(2015)0395; vgl. Art. 223 AEUV. Der Rat hat im Juni 2018 einen entsprechenden Beschluss gefasst, allerdings das Quorum auf 25 Sitze angehoben und eine Spanne von 2 % bis 5 % vorgesehen (<http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2018/06/07/european-parliament-elections-council-reaches-agreement-on-a-set-of-measures-to-modernise-eu-electoral-law/>, zuletzt abgerufen am 1.10.2020). Der Beschluss des Rates bedarf der Ratifikation durch die Mitgliedstaaten und würde erst für die Europawahlen 2024 wirksam.

**44** THOMAS GIEGERICH, Bringt das EU-Recht den Europawahlen in Deutschland die 5%-Klausel zurück?, v. 7.6.2018, <https://verfassungsblog.de/bringt-das-eu-recht-den-europawahlen-in-deutschland-die-5-klausel-zurueck/> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020); Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung, Ratifikation der Änderung des Direktwahlakts, v. 30.4.2018, WD 3 - 3000 - 127/18.

**45** EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 ff.

lage in das Vertragsrecht aufgenommen. Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag formuliert imperativ, die „Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei.“<sup>46</sup> Die direkten Verhandlungen mit dem Europarat, der die EMRK verwaltet, und indirekt mit dessen 47 Vertragsstaaten (27 EU-Mitgliedstaaten und 20 Nicht-Mitgliedstaaten), führten zu einem umfangreichen Beitrittsabkommen.<sup>47</sup> Zuvor hatten die EMRK-Vertragsstaaten ein Protokoll angenommen, dass die EMRK für das Rechtssubjekt „Europäische Union“ geöffnet hat. Es ist weithin bekannt, dass der EuGH in einem weiteren Gutachten den Entwurf des Beitrittsabkommens für unvereinbar mit dem geltenden Unionsrecht erklärt hat.<sup>48</sup> Das Plenum kam zu dem Ergebnis, dass das Beitrittsabkommen mit Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag unvereinbar sei; zusammenfassen lässt sich die Argumentation mit dem Hinweis, die besondere supranationale – verfassungsrechtliche – Struktur des Unionsrecht passe nicht zu einem völkerrechtlichen Menschenrechtsgerichtshof und seiner unitarisierenden Direktionskraft.<sup>49</sup>

Die Unbotmäßigkeit des EuGH ist in den Kommentaren zum Gutachten durchaus auf den „Gesetzgeber“, d.h. die Vertragsparteien und deren Gestaltungsmacht, bezogen worden. So wurde in der Literatur vorgeschlagen, eine Unbeschadetheitsklausel, eine noch ausdrücklichere Beitrittsermächtigung in das Primärrecht aufzunehmen oder sich auf eine interpretative Erklärung der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 31 Abs. 2 WVRK zu einigen.<sup>50</sup> Und tatsächlich ist der normative Beitrittssimperativ aus Art. 6 Abs. 2 EUV eine Leerstelle im Gutachten 2/13. Der EuGH, der in die Verhandlungen einbezogen war, setzt sich nicht mit diesem Auftrag auseinander, den immerhin die Mitgliedstaaten im Wege des dafür vorgesehenen Vertragsänderungsverfahrens in das Primärrecht aufgenommen hatten.<sup>51</sup>

Schließlich lässt sich auch ein Beispiel für konfrontative Rechtsprechung aus der Spruchpraxis des EGMR nennen. In der Sache *Genovese gegen Malta* entschied der EGMR im Jahr 2011, dass ein Recht auf Staatsangehörigkeit in den sachlichen Schutz-

---

**46** Siehe aber Protokoll Nr. 8 und die Protokoll Nr. 8 und die Erklärungen Nr. 2 und Nr. 53 zum Vertrag von Lissabon, ABl. EU 2008 Nr. C 115/273, 337, 355.

**47** Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, 10.6.2013, 47+1(2013)008rev2. Der Entwurf ist mit weiteren Verhandlungsdokumenten zugänglich unter <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020); zusammenfassend JÖRG POLAKIEWICZ, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2013, S. 475 ff.

**48** EuGH [Plenum], Gutachten v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – Gutachten 2/13.

**49** Zusammenfassend FRANK SCHORKOPF, Anmerkung zu EuGH, Gutachten 2/13, JZ 70 (2015), S. 781 ff.

**50** CHRISTOPH GRABENWARTER, EuZW 2015, S. 180; LEONARD F. M. BESSELINK, Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, Verfassungsblog v. 23.12.2014.

**51** Darauf weist hin JEAN-PAUL JACQUÉ, l’Avis 2/13 CJUE. Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme? (<http://www.droit-union-europeenne.be/412337458>, zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

bereich des Rechts auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) falle.<sup>52</sup> Der Gerichtshof traf diese Entscheidung, obgleich die Vertragsparteien ein solches Recht auf Staatsangehörigkeit, wie es in Art. 20 AllgErklMR enthalten ist, ausdrücklich nicht in der EMRK verankern und damit auch der Jurisdiktion des EGMR entziehen wollten. Für die Thematik der Staatsangehörigkeit ist deshalb 1997 eine eigene Konvention des Europarates<sup>53</sup> aufgelegt worden, die das entsprechende Recht gerade nicht enthält.

## 5 Kollusive Rechtsprechung

Ein fünfter Typus rundet das analytische Schema ab, mit der Konstellation einer (stillschweigenden) Übereinstimmung von Gesetzgeber und Höchstgericht. Diese kollusive Rechtsprechung, die sich mit präskriptiver Rechtsprechung überschneiden kann, steht für ein arbeitsteiliges Zusammenwirken der beiden Gewalten. Damit ist weniger eine Ausrechenbarkeit judikativer Standpunkte gemeint, wie sie etwa zwischen den 1970er bis in die 1990er Jahre für den EuGH angenommen werden kann. Aus Sicht der Europäischen Kommission und der Mitgliedstaaten etwa war – und teilweise ist es bis heute – vorhersehbar, wie der Gerichtshof in Sachverhalten mit dem *effet utile*-Grundsatz<sup>54</sup> im Hintergrund entscheiden würde, in denen eine integrationsvertiefende einer mitgliedstaatsfreundlichen Sicht gegenübersteht.

Das tragende Beispiel aus der neuen Verfassungsrechtsprechung für kollusive Rechtsprechung ist das Urteil des Zweiten Senats im NPD-Parteiverbotsverfahren und die nachfolgende Änderung von Art. 21 GG durch den verfassungsändernden Gesetzgeber. Das BVerfG hat die radikale politische Partei bekanntlich nicht als verfassungswidrig eingestuft, weil es dieser an der notwendigen Potenzialität, also praktischen Bedeutung fehlte. Die Urteilsgründe enthalten dennoch Hinweise an den Gesetzgeber,<sup>55</sup> auf die der Gerichtspräsident bei der Urteilsverkündung besondere Aufmerksamkeit lenkte, wie durch eine neue Vorstufe der Verfassungswidrigkeit, der Verfassungsfeindlichkeit, einer politischen Partei finanzielle Ressourcen entzogen werden können. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat den Hinweis aufgegriffen und ein zweites Parteisanktionsverfahren in das Grundgesetz aufgenommen (Art. 21 Abs. 3 und 4 GG n.F.).<sup>56</sup>

<sup>52</sup> EGMR, Urt. v. 11.10.2011, Nr. 53124/09 – Genovese/Malta; dazu ANDREAS ZIMMERMANN/SARINA LANDEFELD, Europäische Menschenrechtskonvention und Staatsangehörigkeitsrecht der Konventionsstaaten, ZAR 2014, S. 97 (99).

<sup>53</sup> Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit v. 6.11.1997, SEV Nr. 166.

<sup>54</sup> SIBYLLE SEYR, Der „*effet utile*“ in der Rechtsprechung des EuGH, 2008; MICHAEL POTACS, *Effet utile* als Auslegungsgrundsatz, Europarecht 44 (2009), S. 465 ff. Ausführlich zur Methodik des EuGH KONRAD WALTER, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 161 ff.

<sup>55</sup> BVerfGE 144, 20, Rn. 606 – NPD-Parteiverbot (2017).

<sup>56</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 13.7.2017, BGBl. I S. 2346. Mittlerweile hat der Bundesrat beschlossen, ein Verfahren nach Art. 21 Abs. 3 GG, §§ 13 Nr. 2a, 43 ff. einzuleiten, siehe Bundesrat, BR-Drucks. 30/18, S. 964. Sitzung v. 2.2.2018, PlPr. 964, S. 4 D.

In diesem fünften Typus spiegelt sich auch die Kritik, dass ein „entscheidungs-freudiges Gericht“ die „Flucht des Gesetzgebers aus der Verantwortung“ fördern kann.<sup>57</sup> Es sind nicht wenige rechtspolitisch umkämpfte Vorhaben, bei denen der Gesetzgeber durchaus im Blick hat, dass „Karlsruhe“ die endgültige Richtung weisen werde. Dabei könnte auch ein Motiv sein, dass politisch umkämpfte Entscheidungen als akzeptabler eingeordnet werden, wenn sie nicht von politischen Institutionen, sondern von Richtern getroffen werden. Möglicherweise steht hinter einer solchen höheren Akzeptanz von Richterrecht aber zugleich das unreflektierte Vorverständnis, ein Richterspruch sei Ausdruck höherer Vernunft und nicht das Ergebnis prozeduralisierter Kompromissfindung in gesetzgebenden Körperschaften. Dass Höchstgerichte in mitgliederstarken Spruchkörpern beraten und der Richterspruch auf einer regelmäßig vom Beratungsgeheimnis geschützten (Mehrheits-)Entscheidung beruhen kann,<sup>58</sup> wird bei dieser Präferenz zugunsten der Judikative nicht zur Kenntnis genommen.

Die Neigung des BVerfG, sich auf die Kassation von Gesetzen zu beschränken, anstatt einen Unvereinbarkeitstenor mit judikativen Übergangsregelungen abzusetzen, verstärkt diese Tendenz. Die im ersten Typus als Beispiel zitierte Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz erhellt diesen Zusammenhang exemplarisch. Ausdrücklich verweist das Sondervotum darauf, dass der Gesetzgeber in den Fällen, in denen er „die Weichen für eine zumutbare Einschränkung der Koalitionsfreiheit nicht gestellt hat,“ selbst gefragt ist. „Das Urteil hätte nicht mühevoll fachrechtliche Auslegungsoptionen aufzeigen müssen, um den Wünschen des Gesetzgebers möglichst weitgehend folgen zu können.“<sup>59</sup> Die Kollusion liegt in diesem Fall in dem kaum noch trennbaren zweistufigen Gesetzgebungsverfahren: dem legislativen Rahmengesetz und der judikativen Konkretisierung.<sup>60</sup>

### III Korrekturen

Das typologisch aufbereitete Zusammenwirken von Rechtsetzung und Rechtsprechung ist in einem dritten Schritt mit einem Modell abzugleichen, das Instrumente für die Korrektur höchstrichterlicher Gesetzgebung bereithält. Zunächst werden die

<sup>57</sup> So bereits KLAUS SCHLAICH, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (107).

<sup>58</sup> § 30 Abs. 2 BVerfGG, der abweichende Meinungen zu einer Entscheidung gestattet, bestätigt die Regel. Art. 45 Abs. 2 EMRK gestattet Richtern des EGMR Sondervoten. Das Verfahrensrecht des EuGH sieht weiterhin keine Sondervoten vor, dazu MARCUS HÖRETH, Richter contra Richter. Sondervoten beim EuGH als Alternativen zum „Court Curbing“, Der Staat 50 (2011), S. 191 ff.

<sup>59</sup> BVerfG (Anm. 21), Rn. 22 f., abweichende Meinung der Richterin SUSANNE BAER und des Richters ANDREAS PAULUS.

<sup>60</sup> Damit ist nicht der zuweilen alltagspraktisch diagnostizierte Befund eines Verlusts parlamentarischer Rechtsetzungsfähigkeiten gemeint (der rechtssoziologisch zu belegen wäre), siehe aber die Hirsch-These (Anm. 97).

überkommenen Antworten näher in den Blick genommen, mit denen strukturell einer legislativen Rechtsprechung entgegen gewirkt werden soll (1). Es folgen Überlegungen zu einem Mechanismus des parlamentarischen „Override“, mit einem Seitenblick auf die Praxis der Nichtanwendungserlasse (2). Der dritte Abschnitt streift das neuere, dialogisch ausgerichtete Modell einer dialogischen Interaktion der Gewalten (3).

## 1 Die *référé législatif* im geltenden Recht

Richterliche Macht in der Manifestation höchstrichterlicher Gesetzgebung ist dem Recht seit langem bekannt. Durch die Epochen ziehen sich die Versuche, den Richter mittels Zitationsregeln und Kodifikationsanstrengungen, Vorlage- und Anfragepflichten, Kommentierungs- und Auslegungsverboten an den authentischen Willen des Gesetzgebers – sei er auf das monarchische Prinzip oder auf die parlamentarische Demokratie gegründet – zu binden.<sup>61</sup> Der methodenkritische Beobachter wird sogleich anfügen, dass die vorausgesetzte Existenz und Feststellbarkeit eines authentischen Gesetzgeberwillens zunächst einmal hinterfragt und eigens begründet werden müsse. Doch selbst wenn wir realistischerweise davon ausgehen, dass Gesetze mehrdeutig und lückenhaft sind und der konkretisierenden Anwendung unterliegen, müssen wir bis in die Gegenwart die Frage beantworten, wer diese Aufgabe in welchem Umfang im gewaltenteilenden Gefüge politischer Herrschaft erfüllen soll.

Sowohl die vergewissernde Rückschau als auch der Blick in die Gegenwart legen eine negative, allenfalls gemischte Bilanz der *référé législatif* – wie die genannten Begrenzungsversuche richterlicher Macht hier zusammenfassend genannt werden – nahe.<sup>62</sup> Der Satz im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), nur „dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären“ (§ 8 ABGB), ist in Zeiten der Verfassungsgerichtsbarkeit ein Erinnerungsort authentischer Interpretationsansprüche und eine Mahnung für die Gegenwart. Das BVerfG hat sich im Jahr 2010 zu einem entsprechenden Versuch des bundesdeutschen Gesetzgebers, der die Rückwirkung einer Norm des Rentenrechts in der Gesetzesbegründung als deklaratorisch bezeichnete,<sup>63</sup> deutlich zurückweisend geäußert:

Die in der Begründung des Gesetzesentwurfs [...] in Anspruch genommene Befugnis des Gesetzgebers zur authentischen Interpretation ist für die rechtsprechende Gewalt nicht verbindlich.

<sup>61</sup> MIERSCH (Anm. 7); HANS-JÜRGEN BECKER, Kommentierverbot, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsschichte, Bd. II, 2. Aufl. 2012, Sp. 1979 ff. und CLAUDIETTER SCHOTT, Auslegungsverbot, ebenda, Bd. I, 2. Aufl. 2008, Sp. 369–375.

<sup>62</sup> Siehe MIERSCH (Anm. 7).

<sup>63</sup> BT-Drucks. 15/2149, S. 30; in der Sache ging es aus Sicht des Gesetzgebers um eine Korrektur der Rechtsprechung des BSG, vgl., ebenda, S. 21, 24.

Sie schränkt weder die Kontrollrechte und -pflichten der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichtes ein noch relativiert sie die verfassungsrechtlichen Maßstäbe. Zur verbindlichen Auslegung einer Norm ist letztlich allein die rechtsprechende Gewalt berufen, die gemäß Art. 92 GG den Richtern anvertraut ist (vgl. BVerfGE 65, 196 (215); 111, 54 (107)). Dies gilt auch für die Frage, ob eine Norm konstitutiven oder deklaratorischen Charakter hat. Der Gesetzgeber ist zwar befugt, im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zu handeln, zu der auch die aus den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grenzen für rückwirkende Rechtsetzung gehören, und dabei gegebenenfalls eine Rechtsprechung zu korrigieren, mit der er nicht einverstanden ist. Er kann diese Ausgangslage und die Prüfungskompetenz der Gerichte aber nicht durch die Behauptung unterlaufen, seine Norm habe klarstellenden Charakter.<sup>64</sup>

Das Misstrauen der Vertragsparteien gegenüber einem integrationsgeneigten Gerichtshof lässt sich deutlich praxisrelevanter und sichtbarer an den salvatorischen Kompetenzschutzklauseln nachweisen, mit denen die Normen verknüpft sind, die die Charta der Grundrechte in das Primärrecht einbeziehen. Durch die Bestimmungen der Charta dürften die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union „in keiner Weise“ erweitert werden (Art. 6 Abs. 1 Uabs. 2 EU-Vertrag; Art. 51 Abs. 2 GrCh).<sup>65</sup> Schlussendlich haben die Vertragsparteien aus Furcht vor einer unitarisierenden europäischen Grundrechtsrechtsprechung sogar zum historisch überlieferten Instrument der Interpretationslenkung gegriffen, indem sie die Auslegung und Anwendung der Charta ausdrücklich an die allgemeinen Regeln der Charta (Art. 51 bis 54 GrCh) und die von den Vertragsparteien verfassten, quellenorientierten Erläuterungen binden (Art. 6 Abs. 1 Uabs. 3 EU-Vertrag).

Es bleibt zuletzt noch der grobe Klotz eines Jurisdiktionsausschlusses, der in der deutschen Rechtsordnung wegen der umfassend verstandenen Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht möglich ist.<sup>66</sup> Das Unionsrecht hingegen kennt den Ausschluss der Gerichtsbarkeit und praktiziert diesen für Akte der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 24 Abs. 1 Uabs. 2 Satz 6 EU-Vertrag) und für mitgliedstaatliche Polizeimaßnahmen (Art. 276 AEU-Vertrag)<sup>67</sup> sowie für die materiellen Voraussetzungen des Sanktionsverfahrens gegen einen Mitgliedstaat (Art. 269 AEU-Vertrag). Dass mit dem Jurisdiktionsausschluss ein Nerv getroffen ist, zeigt der Hinweis des EuGH in seinem bereits zitierten Gutachten zum EMRK-Beitritt der Union. Als einen der tragenden Gründe für den Unionsrechtsausschluss nennt der Gerichtshof nämlich den Jurisdiktionsausschluss bei der Gemeinsamen Außen- und Sicher-

<sup>64</sup> BVerfGE 126, 369 (392) – Fremdrengengesetz (2010).

<sup>65</sup> Siehe auch das Protokoll über die Anwendung der Charta auf Polen und das Vereinigte Königreich, ABl. EU 2007 Nr. C 303/359 sowie die Erklärung Nr. 53 der Tschechischen Republik.

<sup>66</sup> Zu den wenigen Ausnahmen siehe EBERHARD SCHMIDT-AßMANN, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG-Kommentar, Art. 19 Abs. 4, 72. EL (Juli 2014), Rn. 31–35.

<sup>67</sup> HANS-JOACHIM CREMER, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 275, Rn. 4, der für das Primärrecht der GASP, also mit Blick auf die Jurisdiktionsperre in Art. 275 Abs. 1 AEU, ausdrücklich von einem Rechtsfortbildungsverbot für den EuGH spricht.

heitspolitik, der für den EGMR nach einem Beitritt nicht gelten würde.<sup>68</sup> Und in der Tat bedarf es eines erheblichen Begründungsaufwandes, wenn politische Gemeinwesen, die sich dem Rechtsstaat als strukturellem Prinzip verschrieben haben, die Jurisdiktion von Gerichten prinzipiell ausschließen.

Im Völkerrecht antworten die Staaten auf einen befürchteten *judicial activism* bislang nicht mit authentischer Interpretation, die nach Art. 31 Abs. 3 lit. a und b, Abs. 4 WVRK durchaus möglich wäre. Stattdessen verweigern sie die Ratifikation von dynamisierungsfähigem Vertragsrecht und setzen sich dabei moralischem Öffentlichkeitsdruck und Soft Law-Prozessen aus.<sup>69</sup> Ein aktuelles Beispiel ist das im Jahr 2000 unterzeichnete Protokoll Nr. 12 zur EMRK, das ein selbstständiges, allgemeines Diskriminierungsverbot in die Menschenrechtskonvention einführen würde. Das Protokoll ist bislang erst von 20 der insgesamt 47 Vertragsstaaten des Europarates, darunter lediglich neun der 28 EU-Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Auch die Bundesrepublik sieht von einer Ratifikation ausdrücklich ab, weil sie die EGMR-Rechtsprechung zum Protokoll abwarten möchte, um Problemen für das deutsche Beamten-, Ausländer- und Asylrecht vorzubeugen.<sup>70</sup> Dass das Protokoll ausgehandelt und gezeichnet, nicht aber ratifiziert worden ist, lenkt die Aufmerksamkeit auf die als Problem empfundene – oder wohl eher befürchtete – Auslegung durch den Gerichtshof, als den Wortlaut der Gewährleistung an sich.

Dass diese Befürchtung der Vertragsparteien substantiell ist, zeigt die Änderung der Präambel der EMRK durch das 15. Zusatzprotokoll vom Juni 2013.<sup>71</sup> Durch das Änderungsprotokoll wird nunmehr in der Präambel auf das Prinzip der Subsidiarität und des *margin of appreciation* hingewiesen, d.h. der EGMR soll ausdrücklich darauf verpflichtet werden, den Vertragsstaaten bei der Anwendung der EMRK in der nationalen Rechtsordnung einen weiten Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Die Vertragsparteien haben mit diesem Schritt auf verschiedene Rechtsprechungslinien geantwortet, die die primäre Verantwortung der Vertragsparteien für die Wahrung der EMRK-Rechte in Frage stellten und teilweise, besonders wenn Entscheidungen auf die Doktrin der EMRK als *living instrument* gestützt werden,<sup>72</sup> als „übergriffig“ empfunden

<sup>68</sup> EuGH (Anm. 48), Ziff. 255.

<sup>69</sup> SCHORKOPF (Anm. 12), § 3 Rn. 228 ff.

<sup>70</sup> Bericht der Bundesregierung zum Stand der Unterzeichnung und Ratifizierung europäischer Abkommen und Konventionen [...], BT-Drucks. 18/4881 v. 4.5.2015, S. 7 (zu Nr. 177); bekräftigt in BT-Drucks. 18/11866 v. 31.3.2017, S. 7: „Die Rechtsprechung des EGMR erlaubt insoweit derzeit noch keine klare Beurteilung“.

<sup>71</sup> Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 213; Gesetz zu dem Protokoll Nr. 15 v. 24.6.2013 zur Änderung der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 2.12.2014, BGBl. 2014 II, S. 1034.

<sup>72</sup> Zum „living instrument“-Ansatz des EGMR NICOLAS BRATZA, *Living Instrument or Dead Letter – The Future of the European Convention on Human Rights*, *European Human Rights Law Review* 2014, S. 116 ff.; GEORGE LETSAS, *The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy*, in: Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (Hrsg.), *Constituting Europe*, 2013, S. 106 ff.

wurden. Das Ministerkomitee hatte im April 2018 mit der Kopenhagen-Deklaration den Jurisdiktionsgrenzen des EGMR erhebliche Aufmerksamkeit gewidmet und den Spielraum der Vertragsparteien insbesondere bei den Gewährleistungen aus Art. 8 bis 11 EMRK betont. Das Dokument markiert die Differenz zwischen überstaatlicher Rechtsprechung einerseits sowie Rechtsetzung und -anwendung andererseits, ohne eine exakte Linie benennen zu können.<sup>73</sup>

## 2 Mechanismus des parlamentarischen *Overrides*

Ein Korrekturinstrument, das bislang nur vereinzelt diskutiert worden ist, lässt sich unter dem Oberbegriff des *Override*-Mechanismus zusammenfassen. Es geht dabei nicht um das klassische Instrument der einem Urteil nachlaufenden Gesetzgebung, mit der ein Richterspruch überschrieben wird (*Overruling*). Es geht vielmehr um einen parlamentarischen Willensakt, wonach eine konkrete Gerichtsentscheidung nicht angewandt werden soll. Mit anderen Worten: Das judikativ beanstandete Gesetz soll in der legislativen Gestalt weiter gelten. Der parlamentarische *Override* wendet sich also gegen das (rechtsschöpferische) Auslegungsergebnis eines Höchstgerichts.

### a) Exekutiver Nichtanwendungserlass

Zunächst erinnert dieser Mechanismus an den Nichtanwendungserlass, der in der deutschen Rechtsordnung aus dem Steuerrecht vertraut ist. Das Bundesministerium der Finanzen nimmt bekanntlich für sich in Anspruch, die Finanzverwaltung durch einen Nichtanwendungserlass anzuweisen,<sup>74</sup> Urteile des Bundesfinanzhofs über den entschiedenen Fall hinaus nicht anzuwenden. Die Exekutivspitze entscheidet in solchen Konstellationen, ob die Finanzverwaltung bei der Anwendung einfachen Rechts an die Rechtsprechung gebunden ist. Da der Nichtanwendungserlass mit Wortlaut und Zweck der entscheidungserheblichen Norm argumentiert, tritt die Exekutive der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit einer abweichenden Normauslegung gegenüber.<sup>75</sup> Dies geschieht durchaus mit dem Motiv, das Höchstgericht auch zu einer Rechtsprechungsänderung zu bewegen, wenngleich dem Gesetzgeber Zeit verschafft werden soll, über eine Korrektur der Gerichtsentscheidung oder eine Anpassung des Steuergesetzes nachzudenken.

<sup>73</sup> Council of Ministers, Copenhagen Declaration, insb. Ziff. 28; ein Entwurf der Deklaration enthielt noch weitergehende Forderungen an den EGMR, u.a. sich nicht als „vierte Instanz“ zu verstehen, siehe Draft Copenhagen Declaration v. 2.8.2018, Ziff. 22–26.

<sup>74</sup> Ein Nichtanwendungserlass ist eine Weisung des Finanzministeriums i.S.v. Art. 108 Abs. 3 Satz 2 GG, Art. 85 Abs. 3 GG.

<sup>75</sup> Ausführlich MARC DESENS, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, Bedingungen und Grenzen für Nichtanwendungserlasse, 2011; Beispiele dazu, ebenda, S. 6–11.

Aus dem steuerrechtlichen Nichtanwendungserlass ließe sich der Rechtsgedanke extrahieren, dass die Exekutive die allgemeine Möglichkeit erhält, die Wirkung von Entscheidungen der obersten Bundesgerichte mittels Nichtanwendungserlasses auf den entschiedenen Einzelfall zu begrenzen. Dass dafür ein Bedarf besteht, zeigt die Entscheidung des BVerwG zu einem „Recht auf einen schmerzfreien Tod“. Das BVerwG hat auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – entgegen der Grundannahme des Betäubungsmittelgesetzes – eine Erlaubnispflicht für den Erwerb von Betäubungsmitteln konstruiert, die in Extremsituationen den Suizid ermöglichen würden.<sup>76</sup> Das zuständige Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte ist wegen Art. 20 Abs. 3 GG an diesen Akt präskriptiver Rechtsprechung gebunden und müsste entsprechende Abgabeanträge positiv bescheiden.<sup>77</sup> Der Staat assistierte demnach bei der Selbsttötung eines Menschen.<sup>78</sup> Nach einer längeren Selbstvergewisserung hat sich das Bundesgesundheitsministerium im Juni 2018 entschieden, die nachgeordnete Behörde anzuweisen, das Urteil nicht umzusetzen und die Abgabeanträge zurückzuweisen.<sup>79</sup>

Dabei ist aber im Blick zu halten, dass der steuerrechtliche Nichtanwendungserlass als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift keine Außenwirkung hat, sondern die Finanzverwaltung verwaltungsintern bei der Anwendung der Steuergesetze bindet.<sup>80</sup> Eine der Exekutive eingeräumte Möglichkeit, Entscheidungen oberster Bundesgerichte mit Außenwirkung außer Kraft zu setzen – im Selbsttötungsfall des Bundesverwaltungsgerichts demnach zu Lasten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen, weil dessen Betäubungsmittelgebrauch wieder ein strafbewehrter Gesetzesverstoß wäre –, würde höhere Anforderungen an die Legitimation des Exekutivhandelns stellen. Die „Stummschaltung“ der Judikative erfolgte in diesen Fällen nicht durch eine parlamentarische Mehrheit, sondern durch Exekutivspitzen. Deshalb scheint das Instrument eines parlamentarischen „Overrides“ naheliegender als ein exekutiver Nichtanwendungserlass.

## b) Anwendungsbeispiele

Ein Beispiel für den Versuch, einen solchen „legislative Override“ als *legal transplant* in einer anderen Rechtsordnung einzuführen, gibt wiederum das Recht der Europäi-

<sup>76</sup> BVerwGE 158, 147, Ls. 2 und 3, Rn. 22 ff.

<sup>77</sup> Eine weitere Möglichkeit, die nicht verschwiegen werden soll, ist die schlichte Nichtbefolgung der Rechtsprechung durch die Exekutive, wofür das Unionsrecht Beispiele beisteuert, siehe SINDBJERG MARTINSEN (Anm. 16), S. 121 ff.

<sup>78</sup> Siehe dazu die Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates, Suizidprävention statt Suizidunterstützung. Erinnerung an eine Forderung des Deutschen Ethikrates anlässlich einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, v. 1.6.2017; kritisch zum Moralvotum des Ethikrates JOSEF FRANZ LINDNER, Deutscher Ethikrat als praecceptor iurisdictionis?, ZRP 2017, S. 148 ff.

<sup>79</sup> <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/suizidbeihilfe-schwerstkranken-erhalten-keine-todbringenden-medikamente-a-1215871.html> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

<sup>80</sup> DESENS (Anm. 75), S. 33.

schen Union. Das Vereinigte Königreich wollte mit Blick auf den EuGH einen solchen Mechanismus einrichten und schlug der Regierungskonferenz des späteren Vertrages von Amsterdam deshalb vor, den Rat zu ermächtigen, Entscheidungen des EuGH per Mehrheitsvotum außer Kraft zu setzen.<sup>81</sup> Der Vorschlag fand jedoch keinen Konsens.

In anderen Rechtsordnungen gibt es eine rechtspolitische Debatte, einen entsprechenden Mechanismus einzuführen, oder bereits Anwendungsbeispiele. Das *Florida House of Representatives* etwa brachte Ende des Jahres 2016 einen Vorschlag für eine neue Verfassungsnorm ein, die die Außerkraftsetzung einer judikativen Ungültigkeitserklärung durch Floridas Supreme Court oder untergeordnete Instanzen vorsah, wenn zwei Drittel der Mitglieder des Repräsentantenhauses und des Senats innerhalb von fünf Jahren nach dem Urteilsspruch hierfür stimmen.<sup>82</sup> Der Unterausschuss *Civil Justice and Claims*, dem der Entwurf zugeleitet wurde, lehnte diesen im Mai 2017 endgültig ab.

Die kanadische Charter of Fundamental Freedoms enthält mit Section 33 eine so genannte *notwithstanding clause*.<sup>83</sup> Die Vorschrift beruht auf einem historischen Kompromiss in der föderalen Debatte Anfang der 1980er Jahre über eine geschriebene Verfassung. Die Provinzen Saskatchewan, Neufundland und Alberta banden ihre Zustimmung an die Aufnahme eines entsprechenden Mechanismus; zwei weitere Bundesstaaten blieben den Verhandlungen von vornherein aufgrund von Souveränitätsvorbehalten (Quebec) und der prinzipiellen Ablehnung einer kodifizierten Verfassung (Manitoba) fern.<sup>84</sup>

---

**81** KEVIN BROWN, Cabinet to push for curb on European Court, *Financial Times*, Thursday, February 2 1995, S. 10, mit dem Hinweis auf das Barber-Protokoll (siehe Anm. 16). Vgl. dazu auch KAREN ALTER, Who are the „Masters of the Treaty“?: European government and the European Court of Justice, *International Organization* 52 (1998), S. 121 (130): „British officials hoped to elicit German support for their proposals. There had been rumors about a potential German proposal to limit preliminary ruling reference rights to high courts. And Chancellor Helmut Kohl had become increasingly critical of the ECJ. The British challenge to the ECJ was the most serious to date because it went beyond rhetoric to articulate and specify an anti-ECJ policy.“

**82** Florida House of Representatives, HJR 121 v. 27.12.2016 (<https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2017/121/BillText/Filed/PDF>, zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

**83** Section 33 lautet: (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

**84** NICHOLAS STEPHANOPOULOS, The Case for the legislative Override, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 10 (2005), S. 250 (254 f.); ADAM DODEK, The Canadian Override, *Israel Law Review* 49 (2016), S. 45 (49 ff.).

Section 33 sieht vor, dass das Gesetz eines Landes aufgrund einfacher Parlamentsmehrheit mit einer Klausel versehen werden kann, die das Gesetz für die Dauer von fünf Jahren auch dann fortgelten lässt, wenn der Federal Supreme Court währenddessen die Verletzung bestimmter Bundesgrundrechte durch das Gesetz feststellen sollte (Sec. 33 Abs. 1 und 3). Entsprechende Klauseln gelten nicht für alle Grundrechte, ausgenommen sind demokratische Rechte sowie Rechte auf Freizügigkeit und Bildung. Sind die fünf Jahre abgelaufen, kann der Landesgesetzgeber den Rechtsakt durch erneute parlamentarische Willensbetätigung weiter aufrechterhalten (Sec. 33 Abs. 4). Im Ergebnis handelt es sich um eine Art Imprägnierung gliedstaatlicher Gesetzgebung gegen unitarisierende Interventionen des Gesamtstaates. Ein Autor hat in einer Studie über die Praxis der *notwithstanding clause* gezeigt, dass insbesondere Quebec umfangreichen Gebrauch von Sec. 33 gemacht hat, wobei der Federal Supreme Court diese Praxis gegen den Quebec Court of Appeal bestätigt hat.<sup>85</sup> Erwähnenswert ist auch, dass Alberta 1999 in einem Gesetz, das die Ehe ausschließlich als Verbindung von Mann und Frau definierte, vorsorglich eine *notwithstanding clause* anfügte, ausdrücklich um einer gegenläufigen Rechtsprechung des Federal Supreme Court präventiv entgegen zu wirken.<sup>86</sup>

Das dritte Beispiel beruht auf einer ähnlichen, durch die kanadische Verfassungsrechtslage angeregten Dogmatik und kommt aus dem israelischen Recht. Die Knesset fügte im Jahr 1994 eine *notwithstanding clause* mit vierjähriger Laufzeit allein dem Grundrecht auf Berufsfreiheit an.<sup>87</sup> Dieser Schritt erfolgte, nachdem Israels Supreme Court ein Verbotsgesetz über den Import nichtkoscheren Fleisches für verfassungs-

---

**85** Der Gliedstaat Quebec fügte unmittelbar nach Inkrafttreten der kanadischen Bundesverfassung mittels Gesetz jedem bis dahin geltenden quebec'schen Gesetz nachträglich – und damit vorsorglich – eine *notwithstanding clause* an; der Federal Supreme Court erklärte diese Praxis unter Verweis auf den Wortlaut für verfassungsmäßig und wendete sich damit gegen den Quebec Court of Appeal, der mit der Bedeutung der Grundrechte gegen eine flächendeckende und präventive Klauselverwendung argumentierte hatte, vgl. STEPHANOPOULOS (Anm. 84), S. 250 (256 f.).

**86** Der Federal Supreme Court betrieb eine materielle Rechtsangleichung zwischen Verheirateten und gleichgeschlechtlich Verpartnerten, die Klausel wurde 2005 jedoch nicht verlängert, siehe DAVID JOHANSEN/PHILIP ROSEN, The Notwithstanding Clause of the Charter, *Library of Parliament Research Publications*, Background Paper No BP-194-E, October 2008, S. 8, zugänglich unter [https://firstamendmentlawyers.org/wp-content/uploads/2019/07/2014\\_2\\_0304materials.pdf](https://firstamendmentlawyers.org/wp-content/uploads/2019/07/2014_2_0304materials.pdf) (zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

**87** Israel Basic Law: Freedom of Occupation, 1994, Section 8(a): „A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4 [the limitation clause], if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein“. Zu den Hintergründen dieser Gesetzesänderung RIVKA WEILL, Juxtaposing Constitution-Making and Constitutional-Infringement Mechanisms in Israel and Canada, *Israel Law Review* 49 (2016), S. 103 (119 ff.).

widrig erklärte hatte. Seitdem ist die Einführung eines *Overruling*-Mechanismus in der rechtspolitischen Debatte nicht verstummt.<sup>88</sup>

### c) Bewertung

Die Bilanz legislativer *Override*-Mechanismen fällt uneindeutig aus. Das Parlament immunisiert sein Recht gegenüber höchstrichterlicher Rechtsprechung und bringt damit zum Ausdruck, dass Rechtsauslegung durch unabhängige Richter von vornherein weichen muss. Das Parlament beansprucht einen legitimatorischen Primat, der im latenten Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip steht. Wir sehen uns unvermittelt versetzt in die basale Grundfrage nach dem Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat. Zugleich ist es sicherlich kein Zufall, dass Kanada und Israel die Anwendungsbeispiele für den legislativen *Override* sind, zwei diverse Staaten mit dezidiert föderaler Struktur oder einer hohen wertgebundenen Verfassungsordnung. Die Funktion solcher Mechanismen liegt denn vielleicht eher in der Vorwirkung auf die Kompetenzzusübung der die Gewalten repräsentierenden Organe.

Bezogen auf die europäische Integration könnte ein *Override*-Mechanismus beispielsweise die Botschaft der Mitgliedstaaten transportieren, dass eine an der *ever closer Union* (Art. 1 Abs. 2 EU-Vertrag) orientierte, integrationsoptimierende Rechtsprechung nicht dem erklärten Vertragswillen entspricht.<sup>89</sup> Im Unionsrecht kommt erschwerend hinzu, dass durch das Initiativmonopol der Kommission und die von *Dieter Grimm* beschriebene Konstitutionalisierung der Grundfreiheiten wie des Sekundärrechts die legislative Korrektur von Rechtsprechung durch die Mitgliedstaaten stark eingeschränkt ist.<sup>90</sup> Das Unionsrecht wird dadurch der demokratischen Gestaltung entzogen, auf die schwerfällige Primärrechtsänderung reduziert oder kreativer Auslegung überantwortet.<sup>91</sup> Aus diesem Grund sollte eine Leerstelle in der Matrix der Reformvorschläge geschlossen und der EuGH in die Diskussion einbezogen werden. So wäre zu überlegen, Rat und Parlament, als gemeinsame Rechtsetzungsorgane der

<sup>88</sup> LORRAINE E. WEINRIB, *The Canadian Charter's Override Clause: Lessons for Israel*, *Israel Law Review* 49 (2016), S. 67 ff.

<sup>89</sup> Vgl. OLAF LARSSON/DANIEL NAURIN, *Judicial Independence and Political Uncertainty: How the Risk of Override Affects the Court of Justice of the EU*, *International Organization* 70 (2016), S. 377 (379): „Our results demonstrate a strong correlation between member states' signaled preferences and the decisions of the CJEU, in a pattern that goes beyond legal merit, and that is difficult to explain without reference to the override mechanism. We conclude, therefore, that state governments are still crucial parts of the broader audience that defines the political boundaries of the court's discretion.“

<sup>90</sup> DIETER GRIMM, *Europa ja – aber welches?*, 2016, S. 104 ff.; auch DAVIES (Anm. 5), S. 846 (849 f.).

<sup>91</sup> STEFAN OETER, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme*, *ZaöRV* 75 (2015), S. 733 (745), mit der These, dass es zu einer „Versteinierung“ des Primärrechts kommen werde, der nur noch durch judikativ angeleiteten, kontinuierlichen Verfassungswandel beizukommen sein werde; ähnlich RUDOLF STREINZ, *Richterrecht in der europäischen Integration – Die Rolle der Verfassungsvergleichung*, in: Günter Herzig/Marcus Klamert/Rainer Palmstorfer u.a. (Hrsg.), *Europarecht und Rechtstheorie*, 2017, S. 47 (52).

Union, die Möglichkeit zu geben, Entscheidungen des Gerichtshofs unter näher zu bestimmenden Verfahrensbedingungen für nicht anwendbar zu erklären.

### 3 Dialoge

Das Miteinander oder Nebeneinander von Gesetzgebung und Rechtsprechung kann schließlich aus der Präferenz der Zeitumstände heraus auch als Kommunikationsverbund gesehen werden. An die Stelle eines imperativen Anspruchs auf eine Kompetenz, die Differenzen betont, ließe sich auch eine dialogische Responsivität als Leitmerkmal setzen. Der Gesetzgeber macht einen Rechtsakt, ein Höchstgericht legt diesen aus und sendet damit seinen Standpunkt zurück an den Gesetzgeber, der wiederum zur Rückantwort aufgefordert ist. In der Politikwissenschaft sind solche Einflussphänomene unter dem Begriff der *Modification* untersucht worden, womit eine Teilakzeptanz bezeichnet wird.<sup>92</sup> Der Gesetzgeber ist zwar mit einer höchstgerichtlichen Entscheidung nicht einverstanden, korrigiert den Entscheidungsausspruch aber auch nicht. Stattdessen nimmt der Gesetzgeber seinen Ausgangspunkt bei der Rechtsprechung und entscheidet sich von dort aus für andere Gestaltungslösungen. Der nicht-konfrontative Dialog ist in der Typologie des zweiten Abschnitts durchaus angelegt, wenn Höchstgerichte und Gesetzgeber zusammenwirken (kollusive Rechtsprechung) oder Rechtsprechung ein Themengebiet rechtlich erstmals strukturiert (prärogative Rechtsprechung).

Eine dialogisch motivierte Korrektur von Rechtsprechung ist für außenstehende Beobachter äußerst schwer zu beurteilen. Sicherlich wäre es verfehlt, sowohl den Gesetzgeber als auch die Höchstgerichte als introvertierte Gewaltenmonaden zu betrachten, die sich erst durch das Bewusstwerden ihres Eingebundenseins in ein Gewaltengefüge für den kommunikativen Austausch öffnen. Den Austausch hat es schon immer gegeben und wird es auch weiterhin, auch ohne theoretische Rahmung, geben. Und sicherlich hat *Rudolf Streinz* mit seiner Analyse einen Punkt, dass der EuGH sich auch unter dem Eindruck anhaltender Kritik aus der Literatur verschiedener Mitgliedstaaten zumindest teilweise korrigiert;<sup>93</sup> er nennt insbesondere den Rechtsprechungsverlauf zum Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen und die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Grundrechtecharta.<sup>94</sup> Als Korrekturinstrument ist der gewaltenverzahnte Dialog allerdings im besten Fall ein Hilfsmittel.

<sup>92</sup> SINDBJERG MARTINSEN (Anm. 16).

<sup>93</sup> RUDOLF STREINZ, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw. Unionsrechts durch den EuGH, in: Stefan Griller/Heinz Peter Rill (Hrsg.), *Rechtstheorie, Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, 2011, S. 223 (231 f., 234), mit seiner Ansicht nach die These belegenden Beispielen.

<sup>94</sup> STREINZ (Anm. 91), S. 47 (50 f., Anm. 18, 66) mit der Anmerkung, der EuGH sei durchaus bereit, „ausufernden Folgen seiner Rechtsprechung“, die bei einer Verallgemeinerung problematisch werden, entgegenzuwirken.

Denn der informelle Austausch zwischen den Vertretern der Gewalten folgt einer verdeckten Rationalität, jedenfalls nicht den Kompetenzen und ihren Anwendungsregeln, die den Gewalten formal zugewiesen sind. Der Dialog ist mehr an effizienter Aufgabenerledigung ausgerichtet als eine maßstäbliche Kategorie, das Grundproblem funktional differenzierter Hoheitsgewalt zu klären.

## IV Schluss

Das Grundproblem judikativer Rechtserzeugung ist die Positionierung der Gerichte als Adressat rechtspolitischer Kritik. Wenn höchstrichterliche Gesetzgebung eine akzeptierte Option der Judikative wird, geht die kategoriale Distanz der Gerichte gegenüber der Legislative verloren.<sup>95</sup> Sind Richter die Zielscheibe rechtspolitischer Kritik, erhöht das die Gefahr für die Unabhängigkeit der Mitglieder eines Spruchkörpers. Nicht mehr allein Rechtskritik ist für den Richter von Bedeutung, sondern auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit und Verallgemeinerbarkeit einer Einzelfallentscheidung im übergeordneten politischen Gestaltungsrahmen der Zeit.<sup>96</sup> Dadurch wird erstens die Besetzung der Richterbank politisiert, weil nicht allein Rechtskenntnisse und Lebenserfahrung, sondern gesellschaftliche Vermittelbarkeit und politisches Judiz Auswahlkriterien werden. Darunter leidet zweitens strukturell die Akzeptanz von Rechtsprechung, wie deutlich der empirische Befund aus den europäischen Höchstgerichten zeigt. Die Akzeptanz der Entscheidungen ist hoch, solange methodisch zweifelsfrei Rechtsprechung im klassisch gewaltenteilenden Sinn vorliegt.

Deshalb sind politische Ziele wie eine „immer engere Union“ der Völker Europas oder ein gemeineuropäischer Grundrechtsraum (*common space*) oder ist der Anspruch, die Kompositionen des Gesetzgebers mehr oder minder virtuos zu interpretieren,<sup>97</sup> für Gerichte wie Magnete, die den Vorwurf der Politisierung auf sich ziehen. Die „Unabhängigen“,<sup>98</sup> zu denen neben Richtern auch Zentralbanker gehören, müssen darauf bedacht sein, sich nicht der Kritik der Mandatsüberschreitung, der Selbststau-

<sup>95</sup> Vgl. SCHLAICH (Anm. 57), S. 99 (107).

<sup>96</sup> Zu dieser Gefahr einer „Ablösung von der individuellen Streitentscheidungsfunktion“ SCHÖNBERGER (Anm. 1), S. 296 (314 f.) m.w.N.

<sup>97</sup> BGH-Präsident GÜNTER HIRSCH, ZRP 2006, S. 161: „Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Er interpretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen.“ Dazu die Kritik von CHRISTOPH MÖLLERS, FAZ v. 26.10.2006, und von BERND RÜTHERS, FAZ v. 27.12.2006. *Hirsch* hat an dem Sprachbild festgehalten, siehe DERS., Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 62 (2007), S. 854 (858).

<sup>98</sup> Zu diesem Begriff ANTOINE VAUCHEZ, Die Regierung der „Unabhängigen“: Überlegungen zur Demokratisierung des EU, in: Jürgen Rüttgers/Frank Decker (Hrsg.), Europas Ende, Europas Anfang, 2017, S. 181 ff.; ausf. DERS., *Démocratiser l'Europe*, 2014.

torisierung<sup>99</sup> auszusetzen. Ihre demokratisch legitimierte, begrenzte Hoheitsgewalt<sup>100</sup> wird durch den Auftrag gerechtfertigt – im Fall von Richtern – nach methodisch vertretbaren Regeln geltendes Recht anzuwenden und auszulegen.

Das setzt voraus, anzuerkennen, dass es prinzipiell eine Differenz zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung gibt, dass sich rationale Kriterien für diese Unterscheidung nennen lassen. Die Methodendebatte über Existenz und Gestalt eines Gesetzgeberwillens, die hier nur ganz am Rand erwähnt worden ist, verdient deshalb mehr Aufmerksamkeit. Nicht nur, dass einerseits erhebliche Uneinigkeit über die Zugänge besteht, über die der maßgebende Wille des Gesetzgebers ermittelt werden kann. Andererseits wird prinzipiell bestritten, dass es bei der Rechtsanwendung darum gehe, überhaupt einen historischen Willen zu erforschen. Dass „Karlsruhe“ in den letzten Jahren dem subjektiven Willen des Gesetzgebers wieder mehr Aufmerksamkeit geschenkt hat, ist zu begrüßen:

Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen.<sup>101</sup>

Dass der EuGH zuletzt die historische Auslegung des Primärrechts, d.h. den Willen der Vertragsparteien, angewendet hat,<sup>102</sup> ist sicherlich kein Zufall in der Rechtsprechungspraxis. Auch der mit harten Bandagen geführten, amerikanischen Verfassungsdebatte über eine strikte Bindung des Richters an den historischen Wortlaut der Verfassung (*originalism*) werden wir nicht gerecht, wenn wir diesen Ansatz als methodisch uninformiertes Wolkenkuckucksheim karikieren.<sup>103</sup> In dieser Bekenntnisfrage für das amerikanische Verfassungsrecht und seine Richter geht es um die Autonomie des Rechts bei der Auslegung, um die Rolle der Bundesgerichte und speziell des Supreme Court sowie um die in ihnen verkörperte richterliche Macht. Der theoretische Ansatz ist seinerseits eine intellektuelle Antwort auf vorausliegende Entdifferenzierungsprozesse zwischen Recht und Politik.<sup>104</sup>

**99** HÖRETH (Anm. 8).

**100** ANDREAS VOßKUHLE/GERNOT SYDOW, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 67 (2002), S. 673 ff.

**101** BVerfGE 128, 193 (210) – nahehehlicher Unterhalt (2011); zu der Differenz von subjektiver und objektiver Theorie THOMAS M. J. MÖLLERS, Methodenlehre, 2017, § 6 Rn. 60 ff.

**102** Vgl. EuGH [Plenum], Rs. C-370/12, Urt. v. 27.11.2012, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 135 – Pringle; EuGH [GK], Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 50 – Inuit Tapiriit Kanatami u.a.: „Die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift des Unionsrechts kann ebenfalls relevante Anhaltspunkte für deren Auslegung liefern [...]“, nachfolgend Rs. C-456/13 P, ECLI:EU:C:2015:284, Rn. 29 – T & L Sugars.

**103** JOHN O. MCGILLIS, Originalism and the Good Constitution, 2013; ROBERT W. BENNETT/LAWRENCE B. SOLLUM, Constitutional Originalism. A Debate, 2011; YVONNE TEW, Originalism at home and abroad, Columbia Journal of Transnational Law 52 (2014), S. 780 ff.

**104** Eindrücklich JOHANNES REICH, „Originalismus“ als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, JöR 65 (2017), S. 713 (727 ff.).

Für überstaatliche Höchstgerichte könnten legislative *Override*-Mechanismen eine Option sein. Denn die Vertragsparteien könnten rascher Konsens im Einzelfall bilden, dass sie einen bestimmten Weg nicht einschlagen wollen, auch wenn ein Konsens über vertragliche Strukturänderung nicht herbeiführbar ist. Vieles spricht aber auch dafür, dass das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Schwebe einer ungefähren Positionsbestimmung bleiben sollte.



# Diskussion zum Vortrag von Frank Schorkopf

Leitung: CHRISTIAN STARCK

STARCK:

Herr Schorkopf, vielen Dank für den schönen Vortrag. Sie haben unsere Diskussion schon etwas vorstrukturiert, indem Sie zunächst die judikative Rechtsetzung herausgearbeitet und dann im zweiten Teil die Korrekturmodelle entworfen haben. Jetzt wollen wir mit der Diskussion beginnen und fangen mit Herrn Kirchhof an.

KIRCHHOF:

Herzlichen Dank für diesen äußerst anregenden Vortrag über das zentrale Verhältnis von rechtsprechender und legislativer Gewalt, vor allem auch mit Blick auf die supranationale Europäische Union. Ich möchte mit einer Vorbemerkung beginnen, um dann auf die zentrale These zu kommen. Mich hat die Kritik an den Unvereinbarkeits-erklärungen etwas erstaunt. Es geht um Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz zwar für verfassungswidrig erklärt, dieses aber vorübergehend bestehen bleibt, bis es der Gesetzgeber korrigiert. Das ist ein wichtiger Mechanismus, weil der Entscheidungsraum des Gesetzgebers gewahrt wird, wenn ein für nichtig erklärtes Gesetz einen Zustand schaffen würde, der sich noch weiter vom Grundgesetz entfernt. Aber die zentrale These ist ja, durch Nichtanwendungserlasse, die in der steuerrechtlichen Praxis vorkommen, Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu korrigieren. Das Steuerrecht hat die Besonderheit, dass es Massenfallrecht ist. Wenn ein Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) seine Rechtsprechung ändert, kann es sein, dass die 42 Millionen Einkommenssteuerpflichtigen mit ihren Steuerberatern sofort reagieren. Um diese äußerst breiten Folgen in einer unsicheren Rechtslage zu verhindern, nutzt die Finanzverwaltung ihre eigene Kompetenz, die Gesetze zu konkretisieren. Aber dass die Finanzverwaltung „A“ sagt und die Rechtsprechung „B“, das darf im Rechtsstaat nur vorübergehend vorkommen. Nichtanwendungserlasse sind deshalb nur als vorläufiges Instrument zulässig: Entweder kommt es zu einer gesetzgeberischen Korrektur oder einer Korrektur der Rechtsprechung. Das führt mich zur zentralen These. Der EuGH hat in der Tat im Vergleich zu anderen Gerichten eine sehr breite Kompetenz auf europäischer Ebene, weil das Primärrecht faktisch kaum änderbar ist. Alle EU-Mitgliedstaaten müssten zusammenkommen, um korrigierend einzugreifen. Aber eine Zwischenschicht einzuführen, mit der wir das Primärrecht und das Sekundärrecht nicht ändern, sondern einen Beschluss fassen, der besagt, dass nur eine Anwendung im Einzelfall möglich ist, halte ich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gewaltenteilung für problematisch. Wir wissen schon aus der Rechtsquellenlehre im Steuerrecht, dass man dort nicht nur die BFH-Rechtsprechung kennen, sondern auch diese Nichtanwendungserlasse auffinden muss. Das sorgt für Verwirrung. Wir sollten daher versuchen, die Änderungen des Sekundärrechts auf europäischer Ebene zu erleichtern. So könnte der Gesetzgeber korrigierend eingrei-

fen. Dann würden wir die Förmlichkeit des Gesetzes und des Parlamentsbeschlusses wahren, aber gleichzeitig dem EuGH einen handlungsfähigen korrigierenden Gesetzgeber zur Seite stellen.

STARCK:

Herr von Knobloch bitte.

VON KNOBLOCH:

Ich möchte als ersten Punkt etwas zu der Typologie sagen: Sie nennen die prärogative und die präskriptive Rechtsprechung. Ich glaube, dass das Bundesverfassungsgericht schlicht sagen würde, das ist deskriptive Rechtsprechung. Wir erfinden nichts, sondern wir finden irgendetwas. Das hat das Bundesverfassungsgericht beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung, also beim Datenschutz, und beim Recht auf Integrität informationstechnischer Systeme gemacht. Da hat das Gericht nicht gesagt, „wir haben etwas Neues erfunden“, sondern es hat gesagt, „wir haben das in Art. 1 und 2 GG gefunden und haben es nur aufgeschrieben“. Das hat ihm sehr starke Kritik von der Bundesregierung, insbesondere von *Wolfgang Schäuble*, eingebracht, der gesagt hat „Wer Politik machen möchte, der soll sich in den Bundestag wählen lassen und nicht Richter werden wollen.“

Zweitens: Die „kollusive Rechtsprechung“ hat etwas mit den Schwierigkeiten nationaler Verfassungsrechtsprechung mit der europäischen Ebene zu tun. Ich meine das sogenannte Mehrebenensystem, aber auch den europäischen Verfassungsgerichtsverbund. Wir haben das auch gestern in Karlsruhe wieder erlebt. Herr Professor Schorkopf hat die Bundesregierung in dem Fall des Beamtenstreikverbots ja vertreten. Da ist der Versuch erkennbar, von Karlsruhe aus doch letztentscheidend im europäischen Verfassungsverbund zu wirken. Daher muss man sich auf irgendeine Form der Kollusion wahrscheinlich auch künftig einlassen.

STARCK:

Jetzt noch Herr Schröder.

SCHRÖDER:

Vielen Dank für den anregenden Vortrag. Ich hätte nur zwei Bemerkungen: Sie sprachen davon, wie eine Gerichtsentscheidung durch ein Parlament korrigiert werden kann, und haben sich dabei ganz auf die Verfassungsrechtsprechung konzentriert. Im Verfassungsrecht ist es so, dass das BVerfG mit 5 zu 3 Stimmen entscheiden kann und keine Zwei-Drittel-Mehrheit benötigt wie das Parlament. Das halte ich für einen schweren Konstruktionsfehler. Meine zweite Bemerkung betrifft den Punkt „Nichtanwendungserlasse“. Ich würde nicht so formulieren, dass es eines Nichtanwendungserlasses bedarf, um ein Präjudiz zu überwinden. Wer sagt uns denn, dass die Verwaltung überhaupt an Gerichtsentscheidungen gebunden ist (soweit sie nicht im konkreten Fall Partei war)? Meines Erachtens ist die Verwaltung, und das scheint

mir auch die ganz herrschende Meinung zu sein, genauso wenig gebunden wie ein Gericht. Sie hat Präjudizien zu beachten, sie hat darüber zu diskutieren, aber sie kann von ihnen abweichen. Darum meine ich, dass der Nichtanwendungserlass gar nichts besonders Wichtiges ist, sondern nur ein spezifisches Hilfsmittel, um die Nichtbindung durch Weisung von oben zu realisieren. Aber jede Verwaltungsbehörde darf sich eigene Gedanken über eine höchstrichterliche Entscheidung machen, wenn es sich nicht gerade um eine Entscheidung des BVerfG mit Gesetzeskraft handelt.

STARCK:

Bitteschön, Herr Schorkopf.

SCHORKOPF:

Herzlichen Dank für die Hinweise zum Nichtanwendungserlass. Ich habe gegen Ende meines Vortrags deutlich gemacht, dass vielleicht der Sinn eines parlamentarischen *Overruling*-Mechanismus eher in seiner Existenz liegt als in seiner Anwendung. Dass der Gesetzgeber ein solches Instrument in der momentanen Rechtsstaatsdiskussion vorschlagen könnte, kann man sich nicht vorstellen. Aber vielleicht wirkt die Diskussion als Signal in die Gerichte hinein und sorgt für eine Selbstvergewisserung, von überschießender Rechtsprechung Abstand zu nehmen. Das setzt voraus, dass wir die Gerichte überhaupt erreichen. Ich glaube, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erreichen wir kaum. Zwar trifft sich das BMJV gelegentlich mit der deutschen RichterIn, aber der Einfluss ist deutlich geringer als bei den innerstaatlichen Gerichten.

Über den Vorschlag, das Sekundärrecht leichter zu ändern, könnte man nachdenken. Das Problem ist dabei, dass sehr vieles von dem, was wir als Verfassungsrecht betrachten würden, auch im Sekundärrecht steht. Das heißt, wir würden im Grunde genommen vier Chips auf den grünen Tisch schieben, in der Hoffnung, dass der Gewinn anschließend größer ist. Aber man weiß nicht, wie das Spiel ausgeht. Das Wettbewerbsrecht, das gesamte Währungsrecht sowie die Preisstabilität des Europäischen Zentralbanksystems sind alle im Sekundärrecht geregelt und wir würden dies zur Disposition des ordentlichen EU-Gesetzgebers stellen, der grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit entscheidet.

Herr von Knobloch, zur deskriptiven Rechtsprechung. In Deutschland lautet die Urteilsformel „Für Recht erkannt.“ Wir erkennen also – nach der Urteilsformel – nur das, was vorgefunden ist. Ihr Hinweis auf die *Schäuble*-Kritik bestätigt das.

Herr Schröder, ich teile Ihre Einschätzung nicht ganz. Zur zweiten Bemerkung: Natürlich ist die Verwaltung über Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Zur ersten Bemerkung möchte ich darauf hinweisen, dass die Entscheidung mit 5 zu 3 Stimmen auch eine qualifizierte Mehrheit ist, denn bei einer Vier-zu-vier-Entscheidung liegt eine Abweisung vor.

STARCK:

Vielen Dank, jetzt kommt Herr Rottleuthner dran.

ROTTLEUTHNER:

Vielen Dank, Herr Schorkopf, für diesen spannenden Vortrag. Ich habe eine Frage zum Verhältnis von Rechtsprechung und Verwaltung und knüpfe daran an, dass sich ein Bundesinstitut nicht an ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hält. Wie ist diese Verweigerungshaltung eines Bundesinstituts mit rechtsstaatlichen Anforderungen vereinbar? Vielleicht könnten Sie die Entwicklung etwas kommentieren; das würde mich aus aktuellem Anlass interessieren.

STARCK:

Frau Schumann bitte.

SCHUMANN:

Wir haben im Familienrecht zunehmend die Situation, dass der Gesetzgeber Entscheidungen des BVerfG oder des BGH abwartet und nicht selbst tätig wird, obwohl es um Probleme geht, die juristisch und gesellschaftlich stark diskutiert werden und dringend gelöst werden müssten. Zwei aktuelle Beispiele sind das Wechselmodell und die Leihmutterchaft, zu der es inzwischen auch mehrere Urteile des EGMR gibt. Das Problem an dieser Zurückhaltung des Gesetzgebers liegt aber darin, dass Entscheidungen nur den Einzelfall und vergleichbare Fälle lösen, aber andere Fallkonstellationen ungelöst lassen. Die Rechtsprechung erzeugt nicht dieselbe Wirkung wie eine gesetzliche Regelung, sondern belässt für abweichende Fälle eine große Rechtsunsicherheit. Bei existenziellen Fragen, wie etwa der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung, leuchtet die Problematik unmittelbar ein. Daher stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber in solchen grundlegenden Fragen überhaupt Gerichtsentscheidungen abwartet und nicht selbst tätig wird, sondern Einzelfall für Einzelfall entscheiden lässt. Es drängt sich der Eindruck auf, dass die Politik vor schwierigen Entscheidungen zurückschreckt und darauf hofft, dass eine höchstrichterliche Entscheidung in der Bevölkerung stärker akzeptiert wird. Mit Hinweis auf die durch das BVerfG oder den EGMR vorgegebenen Linien lassen sich anschließend – ähnlich wie bei den Vorgaben der EU – neue Gesetze einfacher „verkaufen“.

STARCK:

Herr Reimer bitte.

REIMER:

Zwei kurze Bemerkungen. Die erste knüpft an Ihren Begriff „Höchstgerichte“ an. Wie Herr Schröder glaube ich, dass sich dahinter zwei ganz unterschiedliche Phänomene verbergen. Ihre Beispiele waren Verfassungsgerichte, das BVerfG und man könnte noch die Landesverfassungsgerichte zur Seite stellen. Das gilt weiter für den EuGH als

einen Typ diffuser Verfassungsgerichtsbarkeit und für den EGMR, da beide ihre Befugnis zu präskriptiver Rechtsprechung aus der Höherrangigkeit der Rechtsebene, zu der sie judizieren, schöpfen. Diese Höchstgerichte sind etwas fundamental Verschiedenes von den Revisionsgerichten, die Rechtsfortbildung betreiben, welche durch den einfachen Gesetzgeber reversibel und daher unter demokratischen Gesichtspunkten bei weitem nicht so problematisch ist. Ich glaube, diese fundamentale Dichotomie wird durch Ihre Fünfer-Typologie etwas verschliffen. Interessant finde ich bei den Verfassungsgerichten, dass diese eine Art Grundsatzgesetzgebung betreiben, die auf Stabilität gerichtet ist. Was früher das allgemeine Gesetz war, sind jetzt Entscheidungen von Verfassungsgerichten, und die Gesetzgebung übernimmt dann die Feinsteuerung und Ausarbeitung. Das ist doch ein Paradox, das bemerkenswert ist. Meines Erachtens hat das etwas mit der pathologischen Konstitutionalisierung zu tun. Und wir haben höherrangiges Recht der Union mit Anwendungsvorrang vor nationalem Recht. Das ist aber keine binäre Entscheidung, sondern es liegt an uns als *scientific community*, den Grad der Konstitutionalisierung, d.h. den Regelungsanspruch von Primärrecht und von Verfassungsrecht, mitzubestimmen. Das ist ein Beitrag, den wir auch leisten können, um möglicherweise Auswüchsen von Richterstaatlichkeit – wenn sie denn bestehen sollten – gegenzusteuern.

Mein zweiter Punkt hat damit zu tun, dass wir Normen auslegen und die Methodenlehre glaubt, uns unterrichten zu können, wie wir Normen zu interpretieren haben. Normen sind aber auch Entscheidungsprodukte der Judikative, wie wir heute wieder sehr anschaulich gesehen haben. Ich denke, es ist eine gemeinsame Aufgabe für uns, dass wir, die wir uns mit der Methodenlehre beschäftigen, die Auswertungen von Gerichtsentscheidungen analysieren und eine Methodologie der Interpretation von Rechtsentscheidungen entwickeln. Die Besorgnis einer Fehlinterpretation des EGMR könnten wir vielleicht eindämmen, wenn wir ein bisschen mehr methodologische Fertigkeiten im Umgang mit Gerichtsentscheidungen aus dem eigenen Rechtskreis und aus Europa entwickeln könnten.

STARCK:

Ja bitte, Herr Schorkopf.

SCHORKOPF:

Ich beginne mit der Frage von Herrn Rottleuthner. Es ist durchaus unklar, wer eigentlich für den Nichtanwendungserlass zuständig ist. Ich denke, es müsste in diesem Fall der Minister sein, der als Dienstvorgesetzter für die Behördenleiter über die staatsorganisationsrechtliche Anbindung an den Kanzler und die Bundesregierung auch die demokratische Legitimation hat.

Frau Schumann, Sie selbst sitzen im Arbeitskreis „Abstammungsrecht“ im BMJV. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber sich durch die Einsetzung von Expertenkommissionen Fachwissen und Reflexion verschaffen möchte, um dann richtig zu handeln. Ich denke aber auch, dass das Abwarten von Grundsatzentscheidungen etwas damit zu

tun hat, dass der Richter Lösungen konsensualer und mit weniger politischen Konflikten erreichen kann. Ich würde sogar die These aufstellen, dass alle großen gesellschaftspolitischen Konflikte der Bundesrepublik seit den 1950er Jahren in Karlsruhe gelandet sind. Vielleicht haben sich inzwischen alle, auch der Gesetzgeber, damit arrangiert. Hinzu kommt neuerdings die Pluralisierung im Bundestag mit sechs Fraktionen und sieben Parteien, während die Justiz noch weniger divers ist.

Herr Reimer, Ihre Anregung nehme ich auf. Ich wollte den Begriff Verfassungsgerichte nicht nehmen und habe deshalb Höchstgerichte gewählt. Aber ich wollte auch die Revisionsgerichte nicht ganz ausschließen. Diese kann man methodisch in mein Schema miteinbeziehen, wenn sie verfassungsrechtlich argumentieren. Zu Ihrem letzten Aspekt: Es gibt ein schönes Buch von *Hans Hattenhauer* aus den 1970er Jahren mit dem Titel „Die Kritik des Zivilurteils“, bei dem es u.a. auch darum geht, wer die Entscheider und wie die soziologischen Rahmenbedingungen waren. Man müsste eine vergleichbare „Kritik des öffentlich-rechtlichen Urteils“ verfassen, weil insofern ein methodisches Defizit in der Ausbildung besteht.

STARCK:

Jetzt haben wir noch vier Wortmeldungen: Frau Auer, Herr Eichenhofer, Herr Willoweit und Frau Wittling-Vogel.

AUER:

Sie hatten gesagt, eine Akzeptanz der Rechtsprechung wäre nur bei methodischer Absicherung gewährleistet und da würden Sie zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung nach rationalen Maßstäben differenzieren wollen. Mich würde interessieren, nachdem Sie Ihren Vortrag mit einem sehr kritischen Zitat eingeleitet haben und am Schluss auch wieder sehr ins Zweifelhafte gekommen sind, wo Sie ungefähr die Richtung sehen würden.

STARCK:

Herr Eichenhofer bitte.

EICHENHOFER:

Ich möchte an Herrn Reimer anknüpfen: Sie diskutieren ja nicht nur Probleme des Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetzgebung, sondern auch zugleich Probleme des Ranges, genauer: des Geltungsvorranges von Recht. Wenn Verfassungsrecht und Europarecht dem Gesetzesrecht oder nationalen Recht vorgehen, kann man dem mit nationalstaatlichen Mitteln oder mit Mitteln des einfachen Rechts relativ wenig entgegensetzen. Wie weit kann die Rechtsprechung auf diesen Ebenen gehen? Ich will drei Beispiele nennen: Das BVerfG hat mal gewusst, dass eine Raucherkeipe 75 Quadratmeter misst, dass der Mindestbedarf pauschalisiert festgesetzt werden kann oder dass die Noten bei der Vergabe von Studienplätzen vielleicht nicht alles sind. Das Problem ist, wenn die höchste Ebene Rechtsprechung betreibt, soll sie sich der Tat-

sache bewusst bleiben, dass, wenn sie einen Verfassungsverstoß oder einen Verstoß gegen Primärrecht oder Sekundärrecht feststellt, es die Sache des Gesetzgebers ist, die Konsequenzen zu ziehen. Und ich meine, dass viele Probleme, die Sie behandelt haben, nicht entstünden, wenn die Gerichte dieser höheren Ebenen sich nicht so viel Gestaltungsmacht unter Berufung auf ihre Aufgabe, Verfassung und Europarecht auszulegen, herausnehmen würden.

STARCK:

Herr Willoweit bitte.

WILLOWEIT:

Ich habe eine Frage und einen rechtshistorischen Kommentar. Nochmal zurück zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 über die Zulässigkeit der Selbsttötung auf der Grundlage des Betäubungsmittelgesetzes.<sup>1</sup> Ich als naiver Rechtshistoriker und Zivilrechtler habe gedacht, jetzt geht ein Aufschrei durch die Republik – aber nichts davon. In diesen Tagen liest man: „Das haben wir nicht angewendet, denn wir halten die Entscheidung des BVerwG für rechtswidrig.“ Sehen Sie eigentlich irgendeinen Hinderungsgrund, dass der Gesetzgeber eingreift und seinen früher einmal gegenteilig erklärten Willen in einem Gesetz festlegt und sagt: „Das BVerwG mag dieser Meinung sein, wir, die Repräsentanten der Volkssouveränität bestimmen jetzt das Gegenteil?“ Verstößt das nach Ihrer Auffassung gegen das Rechtsstaatsprinzip? Da würde dieses sehr belastet, denn die Deduktion aus Prinzipien ist nicht nur ein logischer Vorgang, es ist auch ein politisch aufgeladener Prozess und ich sehe nicht ein, dass man ein solches Verbot gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber dem Rechtsstaatsprinzip entnehmen kann.

Die rechtshistorische Bemerkung ist eine ganz andere. Ich habe den Eindruck, dass Rechtsprechung seit jeher vor allem eines im Blick hat: den Schutz individueller Interessen und deren Überführung in subjektive Rechte. Das ist eine Dominanz, die sich seit dem Mittelalter bis in unser Jahrhundert zieht. So hat das Reichsgericht zum Beispiel dieses ominöse Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus der Realität abgelesen, das kann man an den Formulierungen direkt nachvollziehen. Da ist ein Recht, das existiert und infolgedessen müssen wir es schützen. Mit der informationellen Selbstbestimmung läuft das genauso. Die Gerichte lesen das aus der Realität ab und halten es für ihre primäre Aufgabe, diese subjektiven Interessen in subjektive Rechte zu transformieren. Die ganze Epoche dieser gewaltigen Gesetzgebung in der Aufklärung ist eine vorübergehende Zeit, die wir auf dem Kontinent haben, die wir in der angelsächsischen Welt niemals in dieser Form hatten, und es ist kein Wunder, dass die Einzelfallentscheidung, die sich um solche subjektiven Rechte kümmert, dominant die Rechtsordnung überrollt. Aber das ist eigentlich nur ein rechtshistorischer Kommentar, um das Ganze noch besser zu verstehen. Ich

---

<sup>1</sup> BVerwGE 158, 142–163.

würde noch einen Punkt hinzufügen: Frau Schumann sagte schon, die Urteile werden so gern entgegengenommen. Man muss nur die Medien verfolgen. Jeder Erfolg eines Staatsbürgers vor dem BVerfG wird abends in der Tagesschau bejubelt. Das hat damit zu tun, dass es eine wirkliche Kontrolle der Regierung durch das Parlament in klassischer Weise gar nicht mehr gibt, weil in der Bundesrepublik der Regierungsapparat und die Koalitionsmehrheit eine Einheit bilden und infolgedessen sich die Justiz als Kontrollorgan etabliert hat.

STARCK:

Frau Wittling-Vogel bitte.

WITTLING-VOGEL:

Vielen Dank. Ich möchte zwei Punkte aufgreifen.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage, ob der Staat den Zugang zu einem todbringenden Medikament ermöglichen muss, zeichnet die Lösung eines Falles vor, von dem wir nicht wissen, ob er vorlag oder jemals vorliegen wird. Für das Gericht kommt ein Recht auf Zugang zu diesem Medikament nur in Betracht, wenn seine Verwendung die einzige Möglichkeit ist, eine krankheitsbedingte extreme Notlage auf zumutbare Weise zu beenden. Das Gericht weist auch darauf hin, dass die Betroffene künstlich beatmet wurde und daher ein palliativmedizinisch begleiteter Behandlungsabbruch eventuell möglich und zumutbar gewesen wäre. Wie nun der zu entscheidende Fall lag, konnte nicht geklärt werden, da die betroffene Ehefrau des Klägers sich inzwischen selbst getötet hatte. Alles in allem bleibt die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts damit vollständig im abstrakten Bereich und lässt auch offen, ob medizinische Fachkenntnisse bei der Beurteilung auf dieser abstrakten Ebene herangezogen wurden. Es kommt mir bedenklich vor, wenn ein Gericht Regeln aufstellt, ohne dass diese sich wenigstens an einem Fall und unter Heranziehung von wesentlichen (nicht juristischen) Fachkenntnissen bewähren müssen.

Mein zweiter Punkt betrifft den EGMR. Mir kommt zu pessimistisch vor, was zu seiner Erreichbarkeit durch juristische und rechtspolitische Diskussionen gesagt wurde. Wir haben seit 2010 eine Kette von Ministerkonferenzen des Europarats zu der Situation des EGMR, veranstaltet in enger Kooperation mit dem Gerichtshof. Dort geht es auch um die Frage der Reichweite der EMRK und der Spielräume, die den Vertragsstaaten bleiben müssen. Ein Ergebnis dieser Konferenzen ist die Aufnahme des Subsidiaritätsgrundsatzes und des Grundsatzes des „margin of appreciation“ der Vertragsstaaten in die Präambel der EMRK. Ein weiteres Ergebnis ist die Verstärkung der europaweiten Diskussion zu Fragen des Gerichtshofs und seiner Rechtsprechung durch das Format „Dialogue between Judges“.<sup>2</sup> Damit sind nicht nur die Richter in Straßburg gemeint, sondern vor allem auch die nationalen Richter. Der Gerichtshof

---

<sup>2</sup> Die Bedeutung des Diskussionsprozesses zwischen Vertragsstaaten, dem EGMR und der Zivilgesellschaft wurde im April 2018 durch die auf der Ministerkonferenz des Europarats in Kopenhagen

ist außerdem dabei, ein Netzwerk der Gerichte in Europa mit dem Ziel des Informationsaustauschs aufzubauen. Auch die Kontakte zu den deutschen obersten Gerichten haben sich verstärkt. Damit ist ein Diskussionsprozess in Gang gekommen, der den EGMR einschließt und durchaus Auswirkungen hat.

STARCK:

Herr Schorkopf bekommt das letzte Wort und schließt die Diskussion ab. Bitteschön.

SCHORKOPF:

Danke, Herr Vorsitzender. Frau Auer, ich denke, dass am Ende doch ein Paradox steht. Ich erlaube mir, als Rechtswissenschaftler umfassender zu denken und der These auch eine Antithese entgegenzusetzen. Meine Hoffnung ist im Grunde, dass wir durch Kommunikation eine Bewusstseinsänderung herbeiführen. Das ist ein Vorschlag zur Reflexion, in der Hoffnung, Richter zu erreichen. Es wird schwierig, weil Verfassungsrichter nur für zwölf Jahre gewählt sind. Es ist eine paradoxe Situation aufgrund der Erkenntnis, dass wir uns dem Problem nur annähern können, aber nicht zu einer harten, rationalen Abgrenzung kommen. Die Versuche in der Rechtswissenschaft, den Stein der Weisen zu finden und zu sagen, das ist das Abgrenzungskriterium, werden vermutlich erfolglos bleiben.

Herr Eichenhofer, nochmal zu dem Aspekt der Nichtigkeit und Unvereinbarkeit. Die Unvereinbarkeit soll etwas Bestimmtes erreichen, im Grunde den Gesetzgeber schützen. Das ist sicher auch richtig, wenn es eine Fortgeltungsanordnung ist, die nichts dazu sagt, wie der Gesetzgeber das Problem lösen soll. Das Problem ist, dass die Unvereinbarkeit mit einem Ersatzregime versehen wird. Es gibt *Overrulings*, zum Beispiel im Bereich der Sozialverwaltung, wo die kommunalen Sozialämter mit der Bundesverwaltung der Arbeitsagenturen zusammenarbeiten: die sogenannten ARGes für die Hartz-IV-Verwaltung. Diese hatte sich der Gesetzgeber ausgedacht und sie wurden vom BVerfG gekippt. Sie seien verfassungswidrig, weil es sich um Mischverwaltung handle, die demokratisch nicht mehr zuordenbar sei. Daraufhin hat der verfassungsändernde Gesetzgeber Art. 91e GG eingeführt und die ARGes haben weiter existiert. Das ist ein *Overruling* einer Verfassungsgerichtsentscheidung. Der Unmut war groß, aber es gab keinen Aufschrei, vielleicht auch deshalb, weil es um Leistungsverwaltung ging. Ich denke aber nicht, dass es ein Grundsatzproblem mit dem Rechtsstaatsprinzip gibt. Es handelt sich um Rangprobleme, nämlich den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und einen faktischen Vorrang der EMRK, weil keiner letztendlich den Konflikt mit dem EGMR eingehen möchte.

Das bringt mich zu Frau Wittling-Vogel: Danke für die Hinweise. In Vergessenheit geraten ist, dass der Brexit, jedenfalls in der Debatte bis zur Volksabstimmung, maßgeblich auch durch den EGMR getragen war. Premierminister *Cameron* hat immer auf

---

verabschiedete Erklärung noch einmal betont, [https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf), Rn 33–41.

zwei Punkte hingewiesen: Ihn störe der EuGH und die EU, aber auch der EGMR und die Entscheidung zum Wahlrecht für Strafgefangene. Dies war der Unmut über – und jetzt kommt ein Richterbild – den fremden Richter. In der NZZ war kürzlich zu lesen, dass mit dem EuGH der fremde Richter in die Schweizer Angelegenheiten eingreife. Das ist ein tiefes Bild, der fremde Richter, der Besatzungsrichter in der Militärstrafgerichtsbarkeit nach 1945; das spielt auch eine Rolle beim Internationalen Strafgerichtshof. Ich denke an den Protest der afrikanischen Staaten, dass fremde Richter über afrikanische Verhältnisse urteilen. Das ist ein Bild, über das wir mehr nachdenken müssen. Wenn man das zu Ende denkt, dann läuft es auf eine Interessenabwägung hinaus: Einerseits treten wir als offener Staat mit einem Interesse friedlicher internationaler Beziehungen in Europa auf, andererseits verteidigen wir aber unsere Verfassungsordnung und das deutsche Wirtschafts- und Sozialmodell. Wenn wir unseren Streikrechtsfall wieder nehmen, dann ging es intensiv darum, ob wir überhaupt noch das Berufsbeamtentum in der deutschen Verfassung bewahren können – womit wir im europäischen Vergleich relativ alleine dastehen. In einer Rechtsgutsabwägung entscheide ich mich für das deutsche konstitutionalisierte Verfassungs- und Sozialmodell, das ich nicht aufgeben möchte, weil wir seit 70 Jahren eine liberale Demokratie haben, deren Kern ich aus verfassungspolitischen Gründen nicht dem fremden Richter anvertrauen möchte.

Marietta Auer

# Richterbindung und Richterfreiheit in Regeln und Standards

Ein Klassiker der Methodenlehre *reloaded*

- I Zwei problematische Grundunterscheidungen
  - 1 Regeln versus Standards, Prinzipien oder Generalklauseln
  - 2 Richterbindung versus Richterfreiheit
- II Konturen richterlicher Rechtserzeugung jenseits von Richterbindung und Richterfreiheit
  - 1 Richterliche Rechtserzeugung im Common Law
  - 2 Richterliche Rechtserzeugung im Unionsrecht
  - 3 Richterliche Rechtserzeugung als Streitentscheidung und Normbildung jenseits hergebrachter methodischer Kategorien
- III Richterliche Rechtserzeugung im Spiegel aktueller Entwicklungen
  - 1 Richterliche Rechtserzeugung und Granulierung
  - 2 Richterliche Rechtserzeugung und Regulierung
- IV Thesen

Gesetz und Richtermacht, Richterbindung und Richterfreiheit, Regeln und Standards – ist zu diesen Gassenhauern der juristischen Methodenlehre des 20. Jahrhunderts nicht längst alles gesagt? Anscheinend ist das nicht der Fall, da das Thema nach wie vor das Potential besitzt, umfangreiche Akademiesitzungen zu befeuern und ganze Tagungsbände zu füllen. Es muss also nach wie vor ungeachtet der bereits mehr als zwei Jahrhunderte währenden Diskussion neue Erkenntnisse geben, die diskussionswürdig sind – oder auch nur bislang unverstandene Einsichten, die trotz zahlreicher Wiederholungen über die Jahrzehnte hinweg immer noch nicht hinreichend gefruchtet haben.<sup>1</sup>

Tatsächlich ist nach hier vertretener Ansicht vor allem letzteres der Fall. So wird im Zentrum der folgenden Ausführungen die bereits vielfach formulierte methodenkritische These stehen, dass die hergebrachte juristische Methodenlehre zur Lösung des Richterrechtsproblems nicht nur wenig, sondern tatsächlich *überhaupt nichts* beizutragen hat: Es ist nicht nur nicht weiterführend, sondern nach hier vertretener Ansicht nachgerade falsch, das Richterrechtsproblem mit den hergebrachten methodischen Kategorien der Lücke, der Auslegung und Rechtsfortbildung beschreiben zu wollen und insbesondere den Anspruch zu erheben, dass es dabei um ein Problem der methodischen Legitimation und Limitation gehe, also darum, die richterliche Bindung an das Gesetz herzustellen, indem die richterliche Interpretationsleistung

---

<sup>1</sup> Zur historischen Problementwicklung ebenso wie zu aktuellen Diskursverzerrungen REGINA OGORÉK, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, in: DIES., Aufklärung über Justiz, Bd. 2, 2008, S. 1 ff.; HANS-PETER HAFERKAMP, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, AcP 214 (2014), S. 60 ff.

durch vordergründig klare Regeln wie die Wortsinnngrenze beschränkt wird. Die hier vertretene These dazu lautet, dass nichts von alledem funktioniert: Weder lässt sich das Phänomen richterlicher Rechtserzeugung durch das Gegensatzpaar Richterbindung und Richterfreiheit abbilden noch lässt es sich mit hergebrachten methodischen Begriffen wie Rechtsfortbildung oder Rechtsschöpfung gleichsetzen noch handelt es sich bei dem Gegensatz von Richterbindung und Richterfreiheit überhaupt um eine produktive Kategorie zur Beschreibung des schöpferischen Kerns in jedem Rechtsfindungsvorgang.

Der vorliegende Beitrag versucht stattdessen, den im Schrifttum seit einiger Zeit geläufigen Begriff der richterlichen Rechtserzeugung fruchtbar zu machen, um die hergebrachten methodischen Gegensätze der Richterbindung und Richterfreiheit sowie der Regeln und Standards, Prinzipien oder Generalklauseln kritisch zu hinterfragen (Ziff. I). Daran schließen sich methodisch und rechtsvergleichend angelegte Überlegungen zum heutigen Standort der richterlichen Rechtserzeugung an (Ziff. II). Abschließend wird es um zwei neuartige Entwicklungen der Struktur der Rechtsprache und Rechtsstaatlichkeit gehen, die der hergebrachten Diskussion vor dem Horizont des ebenfalls nicht mehr ganz jungen 21. Jahrhunderts doch noch so etwas wie genuine Aktualität verleihen, nämlich um das Problem der Granulierung oder datengetriebenen Personalisierung von Rechtsnormen einerseits sowie der zunehmend instrumentellen Nutzung von Recht zu staatlichen und privaten Regulierungszwecken andererseits (Ziff. III).

## I Zwei problematische Grundunterscheidungen

Zwei Grundunterscheidungen prägen üblicherweise die methodologische Debatte über richterliche im Verhältnis zu gesetzgeberischer Macht: zum einen die Frage nach der Ausgestaltung gesetzgeberischer Normsetzungen in Form präziser Regeln oder vager, „wertausfüllungsbedürftiger“<sup>2</sup> Standards, Prinzipien oder Generalklauseln. Die damit angenommene methodische Unterscheidung je nach Präzision oder Vagheit respektive Ausfüllungsbedürftigkeit einer bestimmten Norm impliziert zum anderen, dass es einen direkt aus der sprachontologischen Qualität von Regeln einerseits und Standards, Prinzipien oder Generalklauseln andererseits folgenden Unterschied zwischen den von beiden Regelungsformen jeweils zugelassenen Graden von richterlicher Bindung oder Freiheit gibt. Beide Annahmen sind nach hier vertretener Ansicht indessen so nicht haltbar und führen in ihrer Bildlichkeit zu wesentlichen

<sup>2</sup> Zum Begriff CLAUS-WILHELM CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 82; KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 44 f., 109 ff.; aktuell FRANZ REIMER, Juristische Methodenlehre, 2017, S. 142, 219 ff. (Rn. 281, 475 ff.).

Verkürzungen der methodischen Beschreibung des schöpferischen Kerns in jedem Rechtsfindungsvorgang.

## 1 Regeln versus Standards, Prinzipien oder Generalklauseln

Um dies zu zeigen, sei hier zunächst von einer exemplarischen starken Fassung des angenommenen methodischen Gegensatzes von Regeln und Prinzipien ausgegangen, wie sie auf der Grundlage der Arbeiten *Ronald Dworkins* im deutschen Schrifttum vor allem von *Robert Alexy* und dessen Schülern vertreten wird.<sup>3</sup> Nach dieser Auffassung besteht ein kategorischer Unterschied zwischen Regeln einerseits und Prinzipien andererseits: Während erstere in einer „Alles-oder-Nichts“-Weise auf einen bestimmten Fall entweder anwendbar sind oder nicht, zeichnen sich letztere durch eine „Dimension des Gewichts“ aus, die im konkreten Fall ihre Abwägung gegeneinander sowie graduelle Verwirklichung erlaubt und gebietet.<sup>4</sup> Regelkollisionen sind danach durch Konkurrenzregeln im Sinne eines absoluten Vorrangs einer bestimmten Regel zu lösen, während bei Prinzipienkollisionen aufgrund der graduellen Realisierbarkeit von Prinzipien keine Vorrang-, sondern lediglich Abwägungsregeln zur Anwendung kommen sollen.<sup>5</sup> In einem starken, sprachontologischen Sinne verstanden folgt aus dieser These also ein qualitativer, kategorialer Unterschied zwischen Regeln einerseits und Prinzipien, Standards oder Generalklauseln andererseits.

In diesem starken Sinne ist die These jedoch nicht haltbar, und zwar unabhängig davon, ob man die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien in anderer, schwächerer, etwa heuristischer Weise doch für brauchbar hält.<sup>6</sup> Nach hier vertretener Auffassung lässt sich im Hinblick auf sprachliche Eigenschaften wie Vagheit, Unbestimmtheit, Wertausfüllungsbedürftigkeit oder unmittelbare Subsumtionsfähigkeit allenfalls ein graduelles, nicht hingegen ein qualitativer oder kategorialer Unterschied zwischen Regeln einerseits und Prinzipien, Standards oder Generalklauseln andererseits begründen. Daraus folgt zugleich, dass es auch zwischen den letzteren, methodisch mitunter umständlich unterschiedenen, mitunter auch undifferenziert synonym verwendeten Bezeichnungen für vage oder ausfüllungsbedürftige Rechts-

<sup>3</sup> RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 22 ff.; ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 71 ff.; in der Folge etwa JAN-REINARD SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990; DERS., *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*, 2009; DERS., *Rechtsphilosophie*, 2018, S. 98 ff.; MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl. 2007; MATTHIAS KLATT (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013; vgl. auch MARTIN BOROWSKI/STANLEY L. PAULSON/JAN-REINARD SIECKMANN, *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, 2017.

<sup>4</sup> DWORKIN (Anm. 3), S. 24; ALEXY (Anm. 3), S. 77 ff.; SIECKMANN, *Regelmodelle* (Anm. 3), S. 55 ff.

<sup>5</sup> ALEXY (Anm. 3), S. 77 ff.; SIECKMANN, *Regelmodelle* (Anm. 3), S. 18 ff., 59 ff.

<sup>6</sup> Dazu nachstehend bei Anm. 28 f.

begriffe<sup>7</sup> – Standards, Prinzipien oder Generalklauseln – keinen sprachontologischen Unterschied gibt. Vielmehr handelt es sich bei all diesen Begriffen allenfalls um heuristische Werkzeuge zu einer Beschreibung bestimmter Normstrukturen, die keine scharfen Abgrenzungen gegeneinander erlauben, so dass sie sich letztlich auch nicht als Grundlage für kategorische methodologische oder rechtstheoretische Konsequenzen eignen.<sup>8</sup>

Diese Einsicht folgt aus einer elementaren Grunderkenntnis der Sprachphilosophie des 20. Jahrhunderts, wonach es so etwas wie einen eindeutig definierten und subsumierbaren Rechtsbegriff schlicht nicht gibt, und zwar gilt dies – und das ist wesentlich – *unabhängig* von der Frage relativer sprachlichen Bestimmtheit oder Unbestimmtheit. Bereits bei *Philipp Heck* findet sich die Unterscheidung zwischen Begriffskern und Begriffshof,<sup>9</sup> die später bei *Herbert Lionel Adolphus Hart* als Differenz von *core* und *penumbra* wiederaufgegriffen wird<sup>10</sup> und an der sich anschaulich zeigen lässt, dass es keinen, und das heißt *absolut keinen* Rechtsbegriff gibt, bei dem sich nicht Anwendungsfälle denken lassen, die in eine Grauzone möglicher, aber nicht zwingender Anwendbarkeit und damit in einen Begriffshof fallen, der sich auch durch noch so große definitonische Präzision nicht ausschließen lässt. *Hart* zeigt das an einem berühmt gewordenen Beispiel, nämlich der scheinbar ganz einfachen und eindeutigen Regel des Verbots von Fahrzeugen in einem Park auf einem einfachen Verkehrsschild an dessen Eingang – „no vehicles in the park“.<sup>11</sup> Auf den ersten Blick handelt es sich um eine klar subsumierbare Regel. *Hart* und in seiner Folge weitere

---

7 Die Unterscheidungen sind zu zahlreich und zu inkommensurabel, um hier einzeln aufgeführt zu werden. ALEXI (Anm. 3), S. 72 ff. grenzt seine Theorie von der Unterscheidung zwischen Grundsatz und Norm im Sinne von ESSER (Anm. 48) sowie von bloß formalen Unterscheidungen nach dem Grad der Generalität ab. CANARIS (Anm. 2), S. 82 differenziert zwischen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen nach dem Kriterium der Wertausfüllungsbedürftigkeit. Formale Differenzierungen nach relativer Vagheit, Allgemeinheit oder Abstraktionshöhe finden sich etwa bei FRANZ BYDLINSKI, Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln, in: Okko Behrends/Malte Dießelhorst/Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 1990, S. 189, 195. GUNTHER TEUBNER, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 50 ff. differenziert dem Titel entsprechend zwischen Standards und Direktiven. Zum Ganzen MARIETTA AUER, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 126 ff.; DIES., Generalklausel, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 2, 8. Aufl. 2018, S. 1098 ff. Vorliegend soll gezielt keine dieser Unterscheidungen weiterverfolgt werden.

8 Vgl. auch AUER, Generalklausel (Anm. 7), S. 1099.

9 PHILIPP HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1, 46, 173, 206; dazu MARIETTA AUER, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz. Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 2008, S. 517, 528.

10 HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harvard Law Review (1958), S. 593, 606 ff.; dazu kritisch LON FULLER, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, 71 Harvard Law Review (1958), S. 630, 661 ff.

11 HART (Anm. 10), S. 607: “A legal rule forbids you to take a vehicle into the public park. Plainly this forbids an automobile, but what about bicycles, roller skates, toy automobiles? What about airplanes? Are these, as we say, to be called ‘vehicles’ for the purpose of the rule or not?” Die Beispiele lassen

Autoren konfrontieren diese jedoch mit einer Vielzahl kurioser Zweifelsfälle, die zeigen, dass sogar ein so einfacher Rechtsbegriff wie „Fahrzeug“ in einem so übersichtlichen Anwendungskontext wie einem Verkehrsschild am Parkeingang eine erhebliche Grauzone besitzt: Was gilt etwa für ein fahrtüchtiges Armeefahrzeug aus dem Zweiten Weltkrieg, das im Park ausgestellt auf einem Sockel als Denkmal steht? Handelt es sich dabei um ein „Fahrzeug“ im Sinne des Fahrzeugverbots oder nicht?<sup>12</sup>

Die – jedenfalls jedem hiezulande ausgebildeten Juristen aufgrund teleologischer Auslegung sofort einleuchtende –<sup>13</sup> Antwort lautet im Ergebnis sicherlich: nein. Wesentlich ist jedoch, dass diese Klarheit *nicht* aus einer semantischen Eindeutigkeit des Rechtsbegriffs „Fahrzeug“ folgt. Das Beispiel zeigt vielmehr anschaulich, dass nicht einmal die relative Größe von Begriffshof und -kern eines bestimmten Rechtsbegriffs essentielle Qualität besitzt, ja – mehr noch – dass topologische Umschreibungen wie „Größe des Begriffshofs“ in diesem Zusammenhang von vornherein untauglich sind. Derselbe Begriff kann – und auch das ist jedem Juristen trivialerweise bekannt – je nach Anwendungskontext ganz unterschiedliche Fälle als Kern- oder Peripheriefälle umfassen, und zwar wiederum durchaus unabhängig vom Vagheits- oder Wertunbestimmtheitsgrad des Rechtsbegriffs insgesamt.

Teilweise wurde versucht, dies wenigstens für Generalklauseln zu bestreiten, indem argumentiert wurde, dass sich diese von sonstigen, gewissermaßen nur „einfach“ unbestimmten Rechtsbegriffen dadurch unterscheiden lassen, dass sie im Gegensatz zu diesen nicht nur über keinen eindeutig bestimmbareren Begriffshof, sondern darüber hinaus auch über keinerlei bestimmbareren Begriffskern verfügen.<sup>14</sup> Doch auch diese These ist nicht tragfähig.<sup>15</sup> So lässt sich etwa ein eindeutiger Anwendungsfall von Treu und Glauben in § 242 BGB, beispielsweise der ungeschriebene Auskunftsanspruch zur Verwirklichung eines bestehenden Rechts bei entschuldbarer und durch die Auskunftserteilung leicht zu beseitigender Ungewissheit,<sup>16</sup> im Zweifel sogar leichter und klarer subsumieren als etwa die Frage, ob ein Segway oder eine Drohne unter das Fahrzeugverbot in der öffentlichen Grünanlage fällt. Analytische

---

sich beliebig vermehren; vgl. nur PIERRE SCHLAG, No Vehicles in the Park, 23 Seattle University Law Review (1999), S. 381.

**12** Beispiel bei FULLER (Anm. 10), S. 663. Das Beispiel zielt darauf, über den Begriffshof hinaus auch die Existenz eines festen Begriffskerns des Fahrzeugbegriffs – „Automobil“ – anzuzweifeln.

**13** Zu teleologischen und weiteren Interpretationsweisen SCHLAG (Anm. 11), S. 382.

**14** So etwa ANSGAR OHLY, Generalklausel und Richterrecht, ACP 201 (2001), S. 1, 5; einschränkend DERS., Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 8 f.; ähnlich auch VERENA RODER, Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 76.

**15** Kritisch zur Operationalisierbarkeit der Kern-Hof-Metaphorik bereits FULLER (Anm. 10), S. 661 ff.

**16** St. Rspr.; vgl. BGHZ 10, 385, 387; BGHZ 55, 201, 203; BGHZ 61, 180, 184; BGHZ 82, 132, 137; BGH, NJW 2003, S. 3624, 3625; BGHZ 186, 13, 18 (Rn. 13); BGHZ 191, 259, 265 ff. (Rn. 18 ff.); im zuletzt zitierten Fall des Unterhaltsregressanspruchs des Scheinwatters unglücklich in Frage gestellt von BVerfGE 138, 377, 390 ff. (Rn. 35 ff.); zum Ganzen GERHARD WAGNER, Zivilrechtswissenschaft heute: Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67, 126 ff.

Eigenständigkeit besitzt der Generalklauselbegriff, für den es in den meisten ausländischen Rechtsordnungen kein terminologisches Pendant gibt, vielmehr schon deshalb nicht, weil es sich dabei nicht um einen einheitlichen Begriff, sondern vielmehr um eine heuristische Sammelbezeichnung handelt, die sich aus mindestens zwei rechtshistorischen Quellen speist: einer zivilistischen, die aus dem römischen Recht stammt und die Billigkeit gegenüber dem Strengrecht akzentuiert, sowie einer publizistischen, die den Generalemächtigungscharakter im Gegensatz zu Spezialtatbeständen in den Vordergrund rückt.<sup>17</sup> Vor diesem Hintergrund war insbesondere die Entstehung der großen zivilrechtlichen Generalklauseln wie § 242 BGB keineswegs geplant oder Folge gezielter gesetzgeberischer Setzung. Vielmehr ist sie bis heute nur als Konsequenz richterlicher Selbstermächtigung erklärlich, um auf diesem Wege bestimmte, nicht anders lösbare fundamentale Wertungskonflikte innerhalb der Gesamtrechtsordnung einzelfallweise zu vermitteln.<sup>18</sup> Insoweit trifft es zu, dass sich gerade im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln die überragende Bedeutung richterlicher Rechtserzeugung für die Funktionsfähigkeit der Gesamtrechtsordnung zeigt. Verkürzend wäre es jedoch, daraus zu folgern, richterliche Rechtserzeugung fände nur oder überwiegend im richterlichen „Ausnahmestand“ mittels der Generalklauseln statt – das Gegenteil ist der Fall.

Dahinter steckt noch eine allgemeinere Einsicht, die klassisch von *Ludwig Wittgenstein* als „Problem des Regelfolgens“ formuliert wurde.<sup>19</sup> Danach ist es aus sprachphilosophischen Gründen unmöglich, eine Regel einfach und eindeutig zu befolgen, und zwar wiederum *unabhängig* davon, wie präzise die Regel formuliert ist.<sup>20</sup> Der Grund dafür ist, dass sich keine Regel ohne Kenntnis ihrer Anwendungsregeln verstehen lässt. Da letztere jedoch ebenfalls Regelform besitzen, entsteht ein infinitesimales Regelregress, der sich letztlich nur konventionell auflösen lässt: Als Jurist weiß man eben, wie man eine bestimmte Regel – etwa mit Blick auf ihre Teleologie – zu verstehen hat. Eine logische Lösung für das Problem des Regelfolgens folgt daraus aber gerade nicht. *Wittgenstein* bietet dafür ebenfalls, ähnlich wie *H. L. A. Hart*, ein ebenso anschauliches wie einfaches Beispiel an, nämlich den Wegweiser am Wegesrand:<sup>21</sup> Woher weiß man, was der Wegweiser genau gebietet? Gilt er nur in dem Moment, in dem man ihn passiert, oder auch noch danach? Wie weit danach? Mehr noch: Wo steht geschrieben, dass man dem Wegweiser entlang der Spitze und nicht etwa in die Gegenrichtung oder querfeldein zu folgen hat? Die Fragen lassen sich auch hier wie bei den Fahrzeugen im Park beliebig vermehren, und es sollte deutlich geworden

17 REIMER (Anm. 2), S. 133 (Rn. 264); AUER, Generalklausel (Anm. 7), S. 1099 f.

18 Näher DIES, Materialisierung (Anm. 7), S. 102 ff.

19 LUDWIG WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen, §§ 198 ff. und passim, in: DERS., Schriften, 1960, S. 279, 380 ff.; dazu SAUL A. KRIPKE, Wittgenstein on Rules and Private Language, 1982, S. 7 ff.; aus rechtswissenschaftlicher Perspektive THILO KUNTZ, Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung, ACP 216 (2016), S. 866, 892 ff.

20 Zutreffend KUNTZ (Anm. 19), S. 895 f.

21 WITTGENSTEIN (Anm. 19), § 85, S. 333.

sein, dass es so etwas wie eine eindeutig subsumierbare Regel und damit in der Folge auch eine sprachontologische Differenz zwischen Regeln und Prinzipien oder unbestimmten Rechtsbegriffen nicht gibt.

An dieser Stelle erscheint es geboten, nochmals zur kategorial konzipierten Unterscheidung von Regeln und Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie *Dworkins* und *Alexys* zurückzukehren. Deren Vertreter zeigen sich bis heute unbeeindruckt von allem bisher Vorgetragenen und beharren auf einer davon unberührten Geltung des oben beschriebenen sprachontologischen Gegensatzes sowie einer daran geknüpften dualistischen Anwendungsdogmatik, die strukturanalog zwischen Subsumtion und Abwägung als kategorial getrennten Anwendungsmodi unterscheidet. In seiner ursprünglichen Fassung hatte *Alexy* diesen Gegensatz bezogen auf die Grundrechtstheorie dahingehend zugespitzt, dass es sich bei Prinzipien im Gegensatz zu den in Alles-oder-Nichts-Manier anwendbaren Regeln stets um im Wege fallweiser Abwägung zu realisierende „Optimierungsgebote“ handle.<sup>22</sup> Seitdem ist diese Lesart der Prinzipientheorie indessen unter argen, um nicht zu sagen vernichtenden theorieinternen Beschuss geraten, indem aus dem Schülerkreis *Alexys* heraus gezeigt wurde, dass in diesem Sinne verstandene Optimierungsgebote zugleich alle Eigenschaften der Regelform im Sinne der Prinzipientheorie aufweisen, so dass sich die auf dieser Grundlage definierte Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien folglich nicht aufrechterhalten lässt.<sup>23</sup> Denn wenn Optimierungsgebote auf eine zwar abstrakt, aber dennoch eindeutig definierte Gesamtmaximierung aller beteiligten Abwägungselemente zielen, entspricht ihr Anwendungsmuster letztlich genau dem typischen Regelmodus strikter, vollständiger Alles-oder-Nichts-Erfüllung: Sie sind genau dann strikt und vollständig erfüllt, wenn die geschuldete Optimierung – ähnlich der eindeutigen Lösung einer Gleichung – vorgenommen wurde.<sup>24</sup> Handelt es sich bei Optimierungsgeboten um Regeln, können sie jedoch nicht gleichzeitig für den rechtstheoretischen Prinzipienbegriff definierend sein, ohne die behauptete kategoriale Unterscheidung insgesamt hinfällig zu machen.

Die derart in ihren Grundfesten erschütterte Prinzipientheorie kämpft seitdem um ihren Gegenstand, was sich in einer ganzen Bandbreite von alternativen Deutungen der Prinzipien als „ideales Sollen“, „*pro tanto* Sollen“, „Normen mit zwei Geltungsebenen“ oder „unendlich iterierten Geltungsgeboten“ niedergeschlagen hat.<sup>25</sup> Keinem dieser Rettungsversuche ist es indessen bis heute überzeugend gelungen, die Einsicht, dass Prinzipien im Sinne von Optimierungsgeboten Regeln sind, überzeu-

<sup>22</sup> ALEXY (Anm. 3), S. 75 ff.

<sup>23</sup> So namentlich SIECKMANN, Regelmodelle (Anm. 3), S. 19; DERS., Normatives System (Anm. 3), S. 22 f.; eingehend zu dieser Kritik RALF POSCHER, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, RW 2010, S. 349, 352; ferner JAN HENRIK KLEMENT, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt, JZ 2008, S. 756, 762 f.

<sup>24</sup> Ähnlich POSCHER (Anm. 23), S. 352.

<sup>25</sup> Zu diesen und weiteren Interpretationsvarianten POSCHER (Anm. 23), S. 354 m.w.N.

gend mit der Darlegung zu verbinden, dass es darüber hinaus einer weiteren, von Optimierungsgeboten unterschiedenen Normkategorie bedarf, um die mit der Prinzipienkategorie bisher beschriebenen Phänomene zu bezeichnen und dabei den kategorischen Unterschied zwischen Regel und Prinzipien weiter aufrechtzuerhalten. So läuft insbesondere Alexys alternative Deutung der Prinzipien als „ideales Sollen“, das den zu optimierenden Norminhalt der bisherigen Optimierungsgebote und damit den gleichsam unveränderten Prinzipienkern in deren nunmehr zugestandener äußerer Regelform bilden soll, auf eine bloße Normverdopplung in der Beschreibung des Normgehalts von Prinzipien und damit letztlich auf eine *petitio principii* hinaus:<sup>26</sup> Nichts ist gewonnen, wenn Prinzipien nicht mehr als Optimierungsgebote, sondern als Gebote, zu optimierende Gebote zu optimieren, gedeutet werden – einer derartigen zweiten, kategorischen Normschicht von Prinzipien bedarf es nicht, um das praktische Wirken von Optimierungsgeboten im Recht zu beschreiben, so dass sich Ockhams Rasiermesser ansetzen und mit Ralf Poscher resümieren lässt:

So wie ein Verteidiger der Gesetze der Mechanik die Existenz von Engeln offen lassen kann, wenn er ihrer zur Erklärung physikalischer Phänomene nicht mehr bedarf, kann ein Kritiker der Prinzipientheorie die Existenz von Prinzipien als ‚idealem Sollen‘ oder ‚pro tanto Sollen‘ offenlassen, wenn gezeigt werden kann, dass es neben der Annahme von Optimierungsgeboten, die nach der dualistischen Ontologie der Prinzipientheorie gerade keine Prinzipien sind, keiner weiteren normativen Entitäten bedarf, um die normativen Phänomene zu erklären, um die es der Prinzipientheorie geht [...]. Die Prinzipientheoretiker mögen sich dann gleichsam darüber streiten, ob Engel körperliche Wesen sind, Flügel haben und weiße Nachthemden tragen, folgen würde daraus nichts.<sup>27</sup>

Insgesamt bleibt damit von der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien oder Standards nicht viel mehr übrig als eine rechtspolitische, in jüngerer Zeit oft auch rechtsökonomisch gewendete Heuristik relativer Vor- und Nachteile der Ausgestaltung rechtlicher Regelsetzung in sprachlich eher bestimmter oder eher unbestimmter Form. Nach rechtsökonomischer Deutung zeichnen sich Regeln durch höhere *ex-ante*-Kosten in der Rechtsgestaltung aus, die jedoch durch niedrigere *ex-post*-Kosten der Rechtsanwendung und bessere Verhaltenssteuerung kompensiert werden. Bei Prinzipien oder Standards liegt das Verhältnis dagegen gerade umgekehrt: Lassen sich diese mit geringem Aufwand *ex ante* konstruieren, so lassen sie aufgrund der Unvorhersehbarkeit ihrer Rechtsfolgen und mithin unpräzisen Steuerungswirkung *ex post* höhere Rechtsanwendungskosten erwarten.<sup>28</sup> Auf den Punkt bringen und nochmals zuspitzen lässt sich diese doppelt zweiseitige Kosten-Nutzen-Rechnung mit einem

<sup>26</sup> Zur Kritik SIECKMANN, Normatives System (Anm. 3), S. 22 f. sowie eingehend POSCHER (Anm. 23), S. 354 ff.

<sup>27</sup> POSCHER (Anm. 23), S. 354.

<sup>28</sup> Zu den Grundlagen dieser Analyse etwa ISAAC EHRlich/RICHARD A. POSNER, An Economic Analysis of Legal Rulemaking, 3 J. Legal Stud. (1974), S. 257 ff.; LOUIS KAPLOW, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke Law Journal (1992), S. 557 ff.; aktuelle Anwendung etwa bei ALEXANDER

Begriffspaar *Rudolf von Jherings*, wonach in jedem Rechtsetzungsvorgang der Grundkonflikt zwischen den mit der Regelform verbundenen Vor- und Nachteilen *formaler Realisierbarkeit* – Rechtssicherheit um den Preis der Über- und Unterinklusivität sowie Regelungsversagen im Einzelfall – mit den spiegelsymmetrischen Vor- und Nachteilen *materialer Realisierbarkeit* von Standards – mehr Einzelfallgerechtigkeit um den Preis geringerer Rechtssicherheit – auftritt und einzelfallweise zu vermitteln ist.<sup>29</sup>

Welche Form der Regelung wann vorzugswürdig ist, lässt sich danach nicht abstrakt und allgemein, sondern nur fallweise je nach Regelungskontext entscheiden. Wiederum folgt daraus, dass im Hinblick auf die praktisch relevanten methodischen Eigenschaften von Regeln und Standards kein kategorischer sprachontologischer Unterschied feststellbar ist und sich mithin auch das Problem richterlicher Rechtserzeugung nicht zielgenau auf eine bestimmte sprachliche Beschaffenheit von Rechtsnormen fokussieren lässt.

## 2 Richterbindung versus Richterfreiheit

Ebenso wenig lässt sich das Phänomen richterlicher Rechtserzeugung aber auch mit Hilfe des Gegensatzpaares Richterbindung versus Richterfreiheit beschreiben. So ist es vom oben erörterten Problem des Regelfolgens nur ein kurzer Schritt zu der Einsicht, dass jede richterliche Rechtsfindung – gleich welcher Art, unabhängig davon, wie eng sie sich an einen Gesetzestext anlehnt – eine eigenschöpferische Leistung des Normanwenders voraussetzt, indem erst durch sie der abstrakt-generelle Normtext im Einzelfall zur konkreten Anwendung gebracht wird. Insoweit besteht sicherlich Einigkeit: Niemand beansprucht mehr, dass der Richter als reiner „Subsumtionsautomat“ funktionieren soll oder dies auch nur könnte.<sup>30</sup>

Die Geister scheiden sich aber dort, wo das eigentliche Skandalisierungspotential des Schlagworts „Richterfreiheit“ anfängt, also an der Frage, was die trotz des Zugeständnisses unabdingbarer richterlicher Eigenwertung dennoch erhobene Forderung nach richterlicher Gesetzesbindung eigentlich bedeuten soll. In der herkömmlichen Methodenlehre liegt der Sinn dieses Gebots vereinfachend gesagt darin, dass die Differenz zwischen der bindenden Gesetzesnorm und dem richterlichen Interpretationsakt durch die autoritative Geltung der Norm aufgehoben wird. Grundlegend dafür ist

---

MORELL, Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit im neuen Recht des Delistings, ACP 217 (2017), S. 61, 65 ff.

<sup>29</sup> RUDOLF VON JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 1, 5. Aufl. 1891, S. 51 ff.; dazu AUER, Materialisierung (Anm. 7), S. 47 ff.; vgl. auch MORELL (Anm. 28), S. 65 ff.

<sup>30</sup> Aus historischer Sicht zu diesem bereits im 19. und frühen 20. Jahrhundert erreichten Diskussionsstand OGOREK (Anm. 1), S. 1 ff. und *passim*; HAFERKAMP (Anm. 1), S. 64 ff.

die Prämisse, dass der einem bindenden Gesetzesakt nachgelagerte Interpretationsakt lediglich die im Gesetzestext enthaltenen Intentionen des Gesetzgebers hermeneutisch nachvollzieht, das Gesetz also lediglich auslegt oder in Fortschreibung des Gesetzgeberwillens fortbildet, ihm also aufgrund der Bindung trotz eigenständiger Interpretationsleistung keinen unabhängigen, neuen Sinn hinzufügt.<sup>31</sup> Echte richterliche Rechtsschöpfung ist im hergebrachten Methodenmodell damit allenfalls in Ausnahmefällen anders nicht behebbarer Gesetzes- und Rechtslücken<sup>32</sup> oder – daher die Faszination des Generalklauselphänomens – bei „rechtsethischen Durchbrüchen“ notgedrungen akzeptabel,<sup>33</sup> ansonsten jedoch dem erklärten Anspruch nach unzulässig. Die eigenständige richterliche Interpretationsleistung fällt damit aus der Gleichung des Rechtsanwendungsvorgangs heraus. Mehr noch: Sie wird durch die dualistischen Entgegensetzungen von „Richterbindung und Richterfreiheit“, „Rechtsfindung und Rechtsetzung“, „Auslegung und Rechtsfortbildung“, die jeweils kein vermittelndes *tertium* zwischen Gesetz und richterlicher Gestaltungskraft zulassen, schon terminologisch negiert oder neutralisiert.

Mit der juristischen Methodenlehre verhält es sich insoweit aber nicht anders als mit der *Freud'schen* Tiefenpsychologie: Was man negiert und neutralisiert, kommt irgendwann verstärkt zurück. Und so kann es kaum verwundern, dass letztlich die gesamte Methodendiskussion des 20. Jahrhunderts um Scheinauseinandersetzungen rund um den Fetisch der Richterbindung kreist. Ein einziges Beispiel sei hier hervorgehoben, nämlich der Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegungstheorie, der sich darum dreht, ob das Ziel der Auslegung subjektiv in der Ermittlung des historischen Gesetzgeberwillens oder objektiv in der Erschließung eines vom Gesetzgeberwillen gelösten objektiven Gesetzessinns zu suchen sei.<sup>34</sup> Richtig ist wohl die Antwort: weder das eine noch das andere, weil schon die Frage falsch gestellt ist und die rechtstheoretische Aufmerksamkeit mit ihrer Zuspitzung auf zwei gleichermaßen unerfüllbare Antwortalternativen jenseits des eigentlichen Schauplatzes der richterlichen Rechtserzeugung gezielt am Problem vorbeilenkt. Tatsächlich ist die Vorstellung eines vom ursprünglich intendierten Gesetzeszweck gelösten, strikt objektiven

**31** Repräsentativ LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 25 ff.; REIMER (Anm. 2), S. 120 (Rn. 240); BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER/AXEL BIRK, *Rechtstheorie*, 10. Aufl. 2018, S. 406 f. (Rn. 655 f.).

**32** LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 191 ff., 232 ff.; REIMER (Anm. 2), S. 247 ff., 269 ff. (Rn. 548 ff., 607 ff.); RÜTHERS/FISCHER/BIRK (Anm. 31), S. 536 ff. (Rn. 878 ff.).

**33** Befürwortend LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 240 ff. unter Berufung auf ESSER (Anm. 48); ablehnend RÜTHERS/FISCHER/BIRK (Anm. 31), S. 554 ff. (Rn. 913 ff.).

**34** Für die subjektive Theorie HECK (Anm. 9), S. 8 f., 23 ff., 59 ff., 67 ff.; aus jüngerer Zeit repräsentativ BERND RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2014, S. 89 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK (Anm. 31), S. 488 ff. (Rn. 796 ff.); vgl. auch REIMER (Anm. 2), S. 123 ff. (Rn. 247 ff.). Für die objektive Theorie dezidiert HERMANN KANTOROWICZ, *Legal Science – A Summary of its Methodology*, 28 *Columbia Law Review* (1928), S. 679, 703; aktuell etwa GÜNTER HIRSCH, *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, *JZ* 2007, S. 853, 855 ff.; differenzierend und vermittelnd bis heute statt aller LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 137 ff.

Gesetzessinns gleichermaßen fiktiv wie die gegenteilige Annahme des unbedingten Primats eines ebenfalls niemals als naturales Datum gegebenen historischen Gesetzgeberwillens,<sup>35</sup> selbst wenn man dessen Unentbehrlichkeit als Ausgangspunkt der Rechtsfindung durchaus zugesteht.<sup>36</sup> Dabei dürfte das methodische Irreführungspotential der die letztere Vorstellung verabsolutierenden strikt subjektiven Theorie sogar noch über das der meist skandalisierten objektiven Theorie hinausreichen, da gerade das Abstellen auf die empirische Scheinobjektivität der historischen Gesetzgebungsabsicht den Blick darauf verstellt, dass es auch auf diesem Wege keinen unmittelbaren Zugang zur Autorität des Gesetzes und damit auch keine Möglichkeit für den Rechtsanwender gibt, sich mit seiner originären Verantwortung für den Rechtsfindungsvorgang hinter dem Rechtsetzer zu verschanzen.<sup>37</sup> Hermann Kantorowicz, bis heute einer der profiliertesten ebenso wie meistverkannten Befürworter der objektiven Theorie, ging auf dieser Grundlage sogar so weit, in der subjektiven Theorie einen wissenschaftlichen Grundlagenfehler zu erkennen, nämlich eine „pseudo-historische“ Methode, die auf einer Verwechslung des legitimen Zwecks historischer Forschung mit der Begründung gegenwärtigen normativen Aussagesinns beruht.<sup>38</sup>

Ob man dem nun folgt oder nicht: Entscheidend für die vorliegenden Zwecke ist die Beobachtung, dass sich im insoweit erreichten Diskursstand seit nahezu 100 Jahren – Kantorowicz' Ausführungen stammen aus dem Jahre 1928 – kein wesentlicher Fortschritt ereignet hat. Subjektive und objektive Theorie stehen sich nach wie vor konzeptionell unversöhnlich gegenüber.<sup>39</sup> Dieser Stand methodischer Reflexion des richterlichen Verhältnisses zum Gesetz ist also zumindest unbefriedigend. Auch dabei handelt es sich indessen kaum um eine neue Einsicht, sondern wiederum um einen Befund, der bereits von den Denkern der Freirechtsschule zu Beginn des 20. Jahrhunderts formuliert wurde. Bis heute kaum verstanden wird dabei, dass es insbesondere Kantorowicz entgegen dem, was mit „Freirecht“ meist assoziiert wird, keineswegs darum ging, die richterliche Bindung an das Gesetz in Abrede zu stellen.<sup>40</sup> Kantorowicz' Freirechtsbegriff beruht vielmehr auf der zentralen Bedeutung der Dif-

---

35 Dabei handelt es sich entgegen REIMER (Anm. 2), S. 127 (Rn. 252) auch nicht um eine bloß „naive Entlarvung“. Differenzierend und kritisch zur Auseinandersetzung bereits AUER (Anm. 9), S. 528 ff.; DIES., Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz, ZEuP 2015, S. 773, 787 f., 798 f.

36 Dazu zutreffend REIMER (Anm. 2), S. 126 f. (Rn. 251).

37 Paradoxerweise zwingt die subjektive Theorie den Richter dabei in weitaus größerem Maße als die objektive Theorie „zum Bekenntnis zur Rechtsfortbildung“ und muss ihm daher „offen eine erstaunlich freie Rechtsfortbildungsbefugnis einräumen“; so HAFERKAMP (Anm. 1), S. 65. Vgl. auch AUER (Anm. 9), S. 528 ff.

38 KANTOROWICZ (Anm. 34), S. 703; dort Bezeichnung der subjektiven Theorie als eine von vier grundlegenden „aberrations of legal science“ neben „zweckblinden“, „zweckverschleiernden“ und „zweckverfälschenden“ Auslegungen.

39 Aus historischer Perspektive HAFERKAMP (Anm. 1), S. 65 ff.

40 Zum Ganzen AUER (Anm. 35), S. 779 ff.; vgl. auch DIES., Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, S. 66 ff.

ferenz zwischen Gesetz und richterlicher Interpretationsleistung und legt mit dieser Einsicht bis heute den Finger in die Wunde solcher Methodenkonzeptionen, die sich dieser texttheoretischen Grundgegebenheit verschließen. Nach Kantorowicz ist es gerade die *Achtung* vor der Gesetzesbindung, die es gebietet, jede richterliche Rechts-erzeugung als autonome Rechtsschöpfung und eben nicht nur als gesetzgebundene Auslegung oder Rechtsfortbildung zu deuten.<sup>41</sup>

Weitere Bestätigung erhält diese Sichtweise schließlich durch einen Seitenblick auf das jüdische Recht,<sup>42</sup> das sich deswegen besonders gut als Modell für ein alternatives Verständnis des Umgangs mit autoritativen Rechtstexten eignet, weil der überwiegende Teil seiner Normen gerade nicht in der biblischen Gesetzesoffenbarung der Thora, sondern vielmehr in der viel umfangreicheren Sammlung rabbinischer Interpretationen der Religionsgesetze im Talmud enthalten ist.<sup>43</sup> Es handelt sich also um den Fall einer Rechtsordnung, deren Geltungskraft in Abwesenheit einer zentralen normsetzenden Instanz allein durch dezentrale Interpretation entsteht, die nicht trotz, sondern gerade *wegen* ihrer Pluralität als rationalitätsstiftend wahrgenommen wird. So gibt es im Talmud zu einer einzigen Streitfrage oft mehrere, sich teils direkt widersprechende Lehrmeinungen, die jedoch alle gleichzeitig als gültig akzeptiert werden – dieses Prinzip des interpretatorischen Rechtspluralismus wird im Talmud in einigen berühmten Erzählungen reflektiert und ausdrücklich als vernunftbegründende Qualität begrüßt.<sup>44</sup>

Das jüdische Recht kann der gegenwärtigen Rechtstheorie also die Einsicht vermitteln, dass es ein Irrtum wäre, die Legitimität richterlicher Rechtsfindung auf der Grundlage einer Methodenlehre zu begründen, die unmittelbar die autoritative Geltung des Gesetzes für sich in Anspruch nimmt, also den Anspruch vermittelt, dass Interpretationen, die mutmaßlich die größte Gesetzesnähe aufweisen, schon deswegen legitim seien, *weil* sie sich unmittelbar auf die Geltungskraft des Gesetzes stützen könnten. Nach dem methodischen Selbstverständnis des jüdischen Rechts ist das nicht möglich. Die richterliche Interpretation enthält vielmehr *immer* eine eigenständige normative Setzung, die sich vor das Gesetz schiebt und gerade wegen

---

<sup>41</sup> So ausdrücklich HERMANN KANTOROWICZ, Probleme der Strafrechtsvergleichung, MSchKrim-Psych 4 (1907/8), S. 65, 76 f.; dazu bereits AUER (Anm. 35), S. 786 f.; DIES., Erkenntnisziel (Anm. 40), S. 68.

<sup>42</sup> Dazu etwa SUZANNE L. STONE, In Pursuit of the Counter-Text. The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory, 106 Harvard Law Review (1993), S. 813, 828 ff.; JUSTUS VON DANIELS, Religiöses Recht als Referenz. Jüdisches Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich, 2009, S. 129 ff.; zum Ganzen AUER (Anm. 35), S. 789 ff. m.w.N.; DIES., Erkenntnisziel (Anm. 40), S. 68 ff.

<sup>43</sup> Zu Terminologie und Quellen etwa JOSÉ FAUR, Golden Doves with Silver Dots. Semiotics and Textuality in Rabbinic Tradition, 1999, S. 84 ff.; STONE (Anm. 42), S. 816 f.; vgl. auch AUER (Anm. 35), S. 789.

<sup>44</sup> Zum „Ofen des Achnai“ etwa STONE (Anm. 42), S. 828 f.; AUER (Anm. 35), S. 792 ff.

ihrer Eigenständigkeit vernunftbegründend wirkt.<sup>45</sup> Alle Interpretationen bewegen sich also gleichsam in Äquidistanz zum Gesetz; es gibt keinen privilegierten Zugang zu seiner Autorität. Für die juristische Methodenlehre bedeutet das, dass ein methodenehrliches Verständnis der richterlichen Tätigkeit nur dann möglich ist, wenn man Richterbindung nicht als Gegensatz von Richterfreiheit, sondern letztere vielmehr als notwendige Funktionsbedingung der ersteren versteht. Richterbindung ist dann keine Eigenschaft einer bestimmten Normsatzqualität, sondern vielmehr *das in jedem Einzelfall an den Richter gerichtete Gebot zur rationalen Rekonstruktion der Rechtsordnung mittels eigenschöpferischer Interpretation*. Richterbindung und Richterfreiheit treten damit sowohl im Bereich von Regeln als auch von Standards oder Prinzipien oder Generalklauseln stets ineinander verschränkt auf. *Es gibt keine richterliche Rechtserzeugung ohne eigenschöpferischen Gehalt*.

## II Konturen richterlicher Rechtserzeugung jenseits von Richterbindung und Richterfreiheit

Damit stellt sich jedoch wiederum die Frage, wie sich der schöpferische Kern jedes Rechtsfindungsvorgangs in methodischen Kategorien angemessen beschreiben lässt. Im folgenden Abschnitt soll dazu der jenseits der hergebrachten Dualismen angesiedelte und insoweit unbelastete Begriff der *richterlichen Rechtserzeugung* fruchtbar gemacht werden.<sup>46</sup> Diesen gilt es im Folgenden aus zwei Dimensionen näher zu beleuchten: zum einen aus der rechtsvergleichenden Perspektive der Rechtsquellen- und Methodenlehre des Common Law, deren mühelose, historisch selbstverständliche Anerkennung des Rechtsquellencharakters richterlicher Präjudizien ganz ungeachtet der Tatsache, dass ein solcher Vergleich hier keineswegs zum ersten Mal unternommen wird und auch vorliegend nicht darauf abzielen kann, unvereinbare Methodentraktionen miteinander zu versöhnen, nach wie vor wertvolle Einsichten für die kontinentaleuropäische Methodenlehre erwarten lässt. Zum anderen gilt es, den praktischen Anschauungswandel in der Rolle des Richters und der Rechtspre-

<sup>45</sup> Zum Ganzen FAUR (Anm. 43), S. 84 ff.; vgl. auch AUER (Anm. 35), S. 792 ff.; DIES., Erkenntnisziel (Anm. 40), S. 68 ff. m.w.N.

<sup>46</sup> Der Gedanke der „Erzeugung genereller Rechtsnormen durch Gerichte“ in Abgrenzung zu bloßen Einzelfallentscheidungen findet sich bereits bei HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 255 ff. Aus dem aktuellen Schrifttum etwa MEHRDAD PAYANDEH, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien*, 2017, S. 23 ff.; CHRISTIAN BUMKE, *Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung*, in: DERS. (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 33 ff.; MATTHIAS JESTAEDT, *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung*, ebd., S. 49 ff.; MATTHIAS JESTAEDT, *Richterliche Normbildung* („richterliche Normbildung“) verfolgt auch FELIX MAULTZSCH, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, 2010, S. 1 ff.

chung nachvollziehbar zu machen, der sich in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund der zunehmenden unionsrechtlichen Überformung des nationalen Rechts ereignet hat.

## 1 Richterliche Rechtserzeugung im Common Law

Ausgangspunkt einer vergleichenden Befassung mit der Methoden- und Rechtsquellenlehre des Common Law ist zunächst die – keineswegs neue – Einsicht, dass sich der Prozess richterlicher Rechtserzeugung in den hergebrachten Kategorien der deutschsprachigen Methodenlehre wie Auslegung, Rechtsfortbildung oder Lücke nicht angemessen abbilden lässt.<sup>47</sup> Vor diesem Hintergrund fand das auf richterlichen Präjudizien als zentraler Rechtsquelle basierende Methodenmodell des Common Law schon seit den 1950er Jahren Anklang bei Autoren wie *Josef Esser* und *Wolfgang Fikentscher*.<sup>48</sup> Insbesondere *Fikentschers* „Fallnormtheorie“, die unmittelbar darauf abzielt, der im Common Law anerkannten Bindungswirkung von Präjudizien Eingang in die deutschsprachige Methodenlehre zu verschaffen, war jedoch – wie man wohl sagen muss: letztlich zu Recht – kein bleibender Erfolg beschieden. *Fikentscher* versuchte damit, direkt an den divergierenden Grundlagen der Rechtsquellenlehre anzusetzen und die Grundsätze des Common Law insoweit in das deutsche Rechtsdenken zu implantieren, als primäre und *bindende* Rechtsquelle auch hierzulande nicht mehr die gesetzliche Grundlage des richterlichen Urteils, sondern vielmehr die im Urteil im konkreten Einzelfall entfaltete und entscheidungstragende Einzelfallnorm, eben die „Fallnorm“, sein sollte.<sup>49</sup> Ziel war eine realitätsnähere Beschreibung des praktischen Vorgangs der Rechtsfindung, in deren Mittelpunkt bekanntlich auch hierzulande jedenfalls *de facto* die richtungsweisende Wirkung und weitgehende Befolgung höchstrichterlicher Judikate in der untergerichtlichen Rechtsprechung und Kautelarpraxis stehen.<sup>50</sup> Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, ersteren eine entsprechende „Bindungswirkung“ zu attestieren wie den als Rechtsquelle anerkannten Fallnormen des Common Law. Im methodologischen Schrifttum fand dieser Versuch indessen keinen dauerhaften Widerhall, und auch Kompromissvorschläge, die etwa darauf abzielten, richterlichen Präjudizien einen Zwischenstatus zwischen formalen „Rechtsgeltungsquellen“ und bloß faktischen „Rechtserkenntnisquellen“<sup>51</sup> mit der

<sup>47</sup> Vgl. MAULTZSCH (Anm. 46), S. 23 ff.; BUMKE (Anm. 46), S. 35 ff.; JESTAEDT (Anm. 46), S. 51.

<sup>48</sup> JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 93 ff., 183 ff., 192 ff.; WOLFGANG FIKENTSCHE, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Methoden des Rechts, Bd. 4, 1977, S. 202 ff., 382 f.

<sup>49</sup> FIKENTSCHE (Anm. 48), S. 382 f.

<sup>50</sup> Dazu nur HOLGER FLEISCHER, Höchstrichterliche Leitsätze und richterliche Normbildung im Gesellschaftsrecht, ZIP 39 (2018), S. 605 ff.

<sup>51</sup> Zur bloß „faktischen Geltung“ von Präjudizien als „Rechtserkenntnisquelle“ statt aller KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 429 ff.; DERS., Über die Bindungswir-

Konsequenz „präsumtiver Verbindlichkeit“ oder mit ähnlichen Auswirkungen auf die Beweislastverteilung abweichender späterer Judikate zuzuschreiben, blieben bloße Theorie.<sup>52</sup> Stattdessen herrscht im deutschsprachigen Methodenschrifttum nach wie vor die Auffassung, dass richterliche Präjudizien – abgesehen von marginalen Ausnahmenvorschriften, die für einige Spezialfälle explizit das Gegenteil anordnen<sup>53</sup> – grundsätzlich keine über den Einzelfall *inter partes* hinausgehenden Rechtskraft- oder Bindungswirkungen entfalten.<sup>54</sup>

Und das trifft vom hier vertretenen Standpunkt aus zu. Denn die Frage nach der Bindungswirkung geht auch dann, wenn man sie nicht auf Legislativ-, sondern auf Judikativakte bezieht, am eigentlichen Kern der Rechtsentwicklung durch kontinuierliche richterliche Entscheidungspraxis vorbei. Letztlich ist die Frage nach der Präjudizienbindung im Common Law ebenso falsch gestellt wie die nach der Gesetzesbindung im Civil Law und jedenfalls nicht der entscheidende Punkt, an dem sich letzteres Anregungen von ersterem holen sollte.<sup>55</sup> Der eigentliche Kern des Vorgangs richterlicher Rechtserzeugung liegt vielmehr wieder gerade *jenseits* der Bindungsfrage. Worum es eigentlich geht, ist in beiden Systemen unabhängig von der institutionellen Verortung der jeweils bindenden Rechtsquellen die kontinuierliche Fortentwicklung des Rechts im stetig neu justierten Zusammenspiel von allgemeinem, über den Einzelfall hinaus verbindlichem Rechtsgrundsatz – gleich ob gesetzlich oder richterrechtlich fundiert – und konkreter, einzelfallbezogener und im Ergebnis allein rechtswirksamer Fallnorm. Insoweit lassen sich aber gerade *keine* wesentlichen methodischen Gegensätze, ja noch nicht einmal praktisch relevante Unterschiede zwischen Civil Law und Common Law mehr feststellen. *Ernst Rabel* fasste dies bereits 1951 so zusammen, dass der Unterschied zwischen beiden Systemen insoweit „mit der Lupe gesucht werden“ müsse.<sup>56</sup>

Inwieweit eignet sich das Common Law dann aber überhaupt als Einflussgeber für eine kontinentaleuropäische Methode der Rechtserzeugung, wenn das für die Präjudizienbindung gerade nicht gilt? Nach hier vertretener Auffassung liegt ein geeigneter Anknüpfungspunkt dennoch in der Theorie der Fallnorm oder *ratio decidendi*,

---

kung von Präjudizien, in: Hans Walter Fasching/Winfried Kralik (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, 1969, S. 247 ff.

52 So abweichend von *Larenz'* ursprünglicher Auffassung LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 256 ff.; vgl. auch FRANZ BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 501 ff.; MARTIN KRIELE, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 160 ff., 243 ff., 258 ff.; ROBERT ALEX, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl. 2012, S. 339 ff.

53 Namentlich § 31 BVerfGG.

54 Repräsentativ PAYANDEH (Anm. 46), S. 124 ff. m.w.N.

55 Ähnlich auch PAYANDEH (Anm. 46), S. 136 ff.

56 ERNST RABEL, Deutsches und Amerikanisches Recht, RabelsZ 16 (1951), S. 340, 345; vgl. unter Verweis auf *Rabel* auch MAULTZSCH (Anm. 46), S. 32 f.; ähnlich auch STEFAN VOGENAUER, Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm, ZEuP 2005, S. 234, 248; OHLY (Anm. 14), S. 112.

die den entscheidungserheblichen Teil des Präjudizes bezeichnet.<sup>57</sup> Die Stärke des Common Law besteht darin, dass es mit wenigen einfachen Begriffen die induktive Technik der richterlichen Normbildung durch Fallvergleich beschreibt, die in der deutschen Rechtstradition zwar implizit genauso anerkannt ist, begrifflich aber weitgehend im Dunkeln bleibt. Nach der *theory of precedent* ist innerhalb eines einschlägigen Präjudizes zunächst zwischen der *ratio decidendi* und bloßen *obiter dicta* abzugrenzen. Zur *ratio decidendi* gehören dabei nicht nur die entscheidungserheblichen Rechtsfolgen, sondern auch die *material facts* oder wesentlichen Tatsachengrundlagen der Entscheidung. In der klaren Herausarbeitung der *ratio decidendi* steckt also bereits ein wesentlicher, rationalitätsstiftender erster Arbeitsschritt der Fallrechtsmethode des Common Law.<sup>58</sup> Erst auf dieser Grundlage ist dann in einem zweiten Schritt die Anwendung bestehenden Fallrechts auf einen neu zu entscheidenden Fall möglich, wobei die neue Fallentscheidung das Präjudiz oder die Präjudizien – denn meist kommen ebenso wie hierzulande nicht einzelne Fälle, sondern ganze Rechtsprechungsketten als Vergleichsfälle zur Anwendung – entweder durch *reaffirming* bestätigen, sich durch *distinguishing* von ihnen abgrenzen oder sie schließlich im Ausnahmefall durch *overruling* aufgeben oder durch Nichtanwendung als fehlerhaft kennzeichnen kann.<sup>59</sup>

Vor allem für die Methode des *distinguishing*, das die Abweichung von einer bestehenden Entscheidungslinie ohne direkten Bruch mit der *stare-decisis*-Doktrin eröffnet und insoweit die Schlüsselmethode für die fallweise Fortentwicklung des Common Law darstellt, kommt es dabei wiederum maßgeblich auf die präzise Herausarbeitung und Abgrenzung der jeweils entscheidungserheblichen Tatsachen an.<sup>60</sup> Die Kunst des *distinguishing* besteht darin, den Grundsatz der Präjudizienbindung trotz abweichender Entscheidungsergebnisse von Fall zu Fall formal unangetastet zu lassen, sich also argumentativ genauso gezielt *neben* der formalen Bindungswirkung der gültigen Präjudizien zu bewegen oder sich akrobatisch an dieser vorbeizubewegen wie der Richter im kontinentaleuropäischen Recht, dessen schöpferische Fortentwicklung des Gesetzesrechts im methodischen Normalfall ebenfalls *neben* dem bindenden Gesetzeswortlaut angesiedelt ist und dessen Bindungswirkung folglich

---

57 Zum Folgenden UWE KISCHEL, Rechtsvergleichung, 2015, S. 255 ff. (§ 5 Rn. 21 ff.); RODER (Anm. 14), S. 196 ff.; PAYANDEH (Anm. 46), S. 463 ff.; NILS GROSCHE, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011, S. 33 ff.; OHLY, Richterrecht (Anm. 14), S. 104 ff.; weiterführend ARTHUR L. GOODHART, Determining the Ratio Decidendi of a Case, 40 Yale Law Journal (1930), S. 161 ff.; FIKENTSCHER (Anm. 48), Bd. 2, 1975, S. 81 ff.; RUPERT CROSS/JAMES W. HARRIS, Precedent in English Law, 4. Aufl. 1991, S. 39 ff.; KATJA LANGENBUCHER, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 66 ff.

58 Zu den Schwierigkeiten des Verfahrens, das ebenso wenig wie die Gesetzesauslegung Eindeutigkeit gewährt, allerdings bereits GOODHART (Anm. 57), S. 161 ff.; aktuell PAYANDEH (Anm. 46), S. 460 ff. sowie insbesondere KISCHEL (Anm. 57), S. 256 f. (§ 5 Rn. 22 ff., 26): „Was die ratio decidendi ist, ergibt sich letztlich nur daraus, was spätere Entscheidungen als die ratio decidendi ansehen.“

59 Zusammenfassend RODER (Anm. 14), S. 197 f. m.w.N.

60 Ausführlich PAYANDEH (Anm. 46), S. 470 ff.; OHLY (Anm. 14), S. 108 ff.

gar nicht in Anspruch nimmt oder direkt tangiert. Echte Durchbrechungen der formalen Präjudizienbindung via *overruling* bleiben auch im Common Law, nicht anders als Fälle gesetzeskorrigierender Rechtsfortbildung im Civil Law, auf Ausnahmefälle beschränkt.<sup>61</sup> Im methodischen Normalfall steht die Frage der Präjudizienbindung damit gar nicht zur Debatte, da sie im konkreten Entscheidungsprozess nicht als hartes, zu akzeptierendes oder zu brechendes Abweichungsverbot, sondern eher wie ein kunstvolles scherenschnittartiges Gebilde aus fallweise an- und ausschaltbaren bindenden und nicht bindenden Normelementen wirkt, deren Steuerung durch die jeweils entscheidungserheblichen Tatsachen der einzelnen Präjudizien mittels der stufenlos regelbaren Frage erfolgt, *inwieweit* diese Tatsachen mit den Sachverhaltsgegebenheiten des neu zu entscheidenden Falles vergleichbar sind oder eben nicht – nur soweit dies der Fall ist, reicht die Bindung, soweit nicht, ist ein begründetes *distinguishing* möglich oder gar geboten. Richterbindung wirkt also nicht als Gegensatz und Verbot, sondern vielmehr als Rahmen und Stütze richterlicher Freiheit. In diesem graduellen Spiel mit Bindung und Freiheit liegt die methodische Rationalität des Common Law, die auch für die hierzulande praktizierte Fallrechtsmethode auf der Basis bindenden Gesetzesrechts ein brauchbares Erklärungsmodell liefert. Klassisch dazu nach wie vor *Karl N. Llewellyn*:

What I wish to sink deep into your minds about the doctrine of precedent, therefore, is that it is two-headed. It is Janus-faced. That it is not one doctrine, nor one line of doctrine, but two, and two which, applied at the same time to the same precedent, are contradictory of each other. That there is one doctrine for getting rid of precedents deemed troublesome and one doctrine for making use of precedents that seem helpful. That these two doctrines exist side by side. That the same lawyer in the same brief, the same judge in the same opinion, may be using the one doctrine, the technically strict one, to cut down half the older cases that he deals with, and using the other doctrine, the loose one, for building with the other half. Until you realize this you do not see how it is possible for the law to change and develop, and yet to stand on the past.<sup>62</sup>

## 2 Richterliche Rechtserzeugung im Unionsrecht

Von der Fallrechtsmethode als struktureller Grundgegebenheit richterlicher Rechtserzeugung ist der Blick in einem zweiten Schritt auf die tatsächliche Überformung des nationalen Rechts und der einzelstaatlichen Methodenlehre durch das Unionsrecht zu richten. Im Gegensatz zur Rechtsvergleichung mit dem Common Law geht es dabei nicht nur um mögliche Anregungen zu einem besseren Verständnis der eigenen Methodenlehre, sondern vielmehr um geltendes Recht. Soweit sich die deutschsprachige Methodenlehre also als ungeeignet erweist, mit unionsrechtlichen Anforderungen zurechtzukommen, hat das nicht nur theoretische, sondern höchst praktische

<sup>61</sup> Näher OHLY (Anm. 14), S. 112 f.

<sup>62</sup> KARL N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: Some Lectures on Law and Its Study*, 1930, S. 65.

Auswirkungen für die Rechtsanwendung. Dabei sind zwei Ebenen zu unterscheiden: zum einen die Fallrechtspraxis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die einer eigenständigen, inzwischen vielfach beschriebenen, aber nach wie vor oft unvorhersehbaren Methodik folgt,<sup>63</sup> und zum anderen die Umsetzung unionsrechtlicher Rechtsakte in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte, die der Theorie nach – aber eben nur der Theorie nach – der unveränderten nationalen Methodenlehre gehorcht.<sup>64</sup>

Zunächst ist durch die Rechtsprechung des EuGH in den vergangenen Jahrzehnten ein europaweites neues Fallrechtssystem entstanden, dessen eigenschöpferischer Charakter und normsetzender Anspruch schon auf den ersten Blick mehr der Fallrechtspraxis des Common Law gleicht als der auf gesetzgebundene Einzelfallentscheidungen beschränkten Rolle des Richters in der hergebrachten deutschsprachigen Methodenlehre.<sup>65</sup> Dieses aktivistische Selbstverständnis des Gerichtshofs hat der spanische Generalanwalt *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer* vor einiger Zeit mit der Rolle eines Künstlers verglichen; der Leser mag sich in diesem Zusammenhang an die vor einigen Jahren hierzulande hitzig geführte Diskussion darüber erinnern, ob man den Richter mit einem Pianisten vergleichen dürfe oder ob dies hieße, skandalösen Tendenzen zu einer Lockerung der Richterbindung das Wort zu reden.<sup>66</sup> Mit Blick auf den Gerichtshof erweist sich der damals angestellte Vergleich allerdings, um im Bilde zu bleiben, als gewissermaßen gleich um mehrere Oktaven zu tief gegriffen, denn *Colomer* hatte keineswegs einen ausführenden, sondern direkt einen freischöpferischen Künstler im Sinn, indem er in Anlehnung an die poetische Beschreibung der Richterrolle durch *Andrés Nanclares Arango* drei Arten von Richtern unterschied:

[...] die Handwerker, wahre Automaten, die mit bloßen Händen Urteile in Serie und in rauen Mengen produzieren, ohne in die Bereiche des Menschlichen oder der sozialen Ordnung hinauszusteigen, die Kunsthandwerker, die Hand und Hirn benutzen und sich dabei den traditionellen Auslegungsregeln unterwerfen, die sie unweigerlich dazu führen, den Willen des Gesetzgebers ohne weiteres umzusetzen, und die Künstler, die mit Hilfe der Hände, des Kopfes und des

**63** Aus dem inzwischen unübersehbaren Schrifttum zur Europäischen Methodenlehre repräsentativ KARL RIESENHUBER (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015; KATJA LANGENBUCHER (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2017; GÜNTER HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, 2009; VOGENAUER (Anm. 56), S. 234 ff.; HOLGER FLEISCHER, *Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven*, *RabelsZ* 75 (2011), S. 700 ff.; jeweils m.w.N.

**64** Grundlegend EuGH, Rs. 14/83 – von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891; EuGH, Rs. 79/83 – Harz, Slg. 1984, 1921 ff.; explizit auf dieser Grundlage zur nationalen *contra-legem*-Grenze EuGH, Rs. C-212/04 – Adeneler, Slg. 2006, 6057; dazu NICOLE BALDAUF, *Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legem-Grenze im Privatrechtsverhältnis*, 2013, S. 82 ff. sowie nachstehend bei Anm. 79 ff.

**65** Dazu etwa MAULTZSCH (Anm. 46), S. 112 ff.; RODER (Anm. 14), S. 72 ff., insbesondere S. 217 ff.; GROSCHE (Anm. 57), S. 16 ff., 75 ff.; VOGENAUER (Anm. 56), S. 255 ff.

**66** Ausgangspunkt war der Beitrag von GÜNTER HIRSCH, *Der Richter wird's schon richten*, *ZRP* 2006, 161. Zur anschließenden Debatte mit diversen Repliken und Dupliken u.a. von *Bernd Rütters* und *Christoph Möllers* etwa WINFRIED HASSEMER, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, *ZRP* 2007, 213 ff.; AUER (Anm. 9), S. 531; jeweils m.w.N.

Herzens den Bürgern weitere Horizonte eröffnen, ohne der Realität und den konkreten Sachverhalten den Rücken zu kehren.<sup>67</sup>

Es überrascht nicht, wo in dieser Trias der Platz des Gerichtshofs verortet wird:

Zwar werden für die Rechtsprechungstätigkeit alle drei gebraucht, doch hat sich der Gerichtshof gemäß der ihm zustehenden Rolle immer mit der letzten Kategorie identifiziert, insbesondere, wenn die unaufhaltsame Entwicklung der Ideen, die das Entstehen der Gemeinschaft erhellten, ins Stocken geriet.<sup>68</sup>

Tatsächlich ist der Vergleich in vielfacher Hinsicht stichhaltig. Denn der EuGH sieht sich erklärtermaßen in einer eigenständigen institutionellen Verantwortung für die Fortentwicklung der Gemeinschaftsrechtsordnung.<sup>69</sup> Es gibt dementsprechend gleich mehrere Ebenen, auf denen sich begründen lässt, dass die eigenständige Normbildung in der Rechtsprechung des EuGH eine deutlich ausgeprägtere Stellung einnimmt, als sie etwa dem Richter in der traditionellen deutschen Methodenlehre zugestanden wird. So unterscheidet der Gerichtshof zunächst der französischen Tradition gemäß nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, sondern spricht nur unterschiedslos von *interprétation*.<sup>70</sup> Die hergebrachten deutschen Voraussetzungen der Auslegung und Rechtsfortbildung spielen dementsprechend in der Rechtsprechung des Gerichtshofs erwartbar keine Rolle.<sup>71</sup> Für den Lückenbegriff gilt das auch aufgrund des schon planmäßig partiellen Charakters des Unionsrechts,<sup>72</sup> der den Gerichtshof indessen nie davon abgehalten hat, deswegen erst recht mit Hilfe des Grundsatzes des *effet utile* zu teleologischen Auslegungsergebnissen zu gelangen, die weit über den Regelungsgehalt konkreter Rechtsakte hinausweisen und einen freien rechtsgestaltenden, prinzipiellen Gehalt aufweisen.<sup>73</sup> Hinzu kommt, dass der Gerichtshof unionsrechtliche Rechtsbegriffe bekanntlich autonom auslegt, sich also bewusst von den teleologischen, historischen und systematischen Interpretationstraditionen freimacht, die die Auslegung der entsprechenden Begriffe im nationalen Regelungskon-

**67** Generalanwalt DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, Schlussanträge vom 20.3.2007, verb. Rs. C-11/06 und 12/06 – Morgan und Bucher, Slg. 2007, I–9164, Rn. 1; vgl. unter Verweis auf das Zitat auch GROSCHE (Anm. 57), S. 1.

**68** COLOMER (Anm. 67), Slg. 2007, I–9164, Rn. 2.

**69** Vgl. FRANZ C. MAYER, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 64. Aufl. 2018, Art. 19 EUV, Rn. 42 ff., 70; MATTHIAS PECHSTEIN/CAROLA DRECHSLER, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber (Anm. 63), S. 125, 131 (§ 7 Rn. 14); ferner MAULTZSCH (Anm. 46), S. 112 ff.; GROSCHE (Anm. 57), S. 11 ff., 75 ff.

**70** Dazu GROSCHE (Anm. 57), S. 81 ff.; BALDAUF (Anm. 64), S. 83; VOGENAUER (Anm. 56), S. 248.

**71** RODER (Anm. 14), S. 72 ff.; VOGENAUER (Anm. 56), S. 254.

**72** Treffend dazu VOGENAUER (Anm. 56), S. 254; vgl. auch FLEISCHER (Anm. 63), S. 713 f.

**73** Dazu GROSCHE (Anm. 57), S. 181 ff.; KARL RIESENHUBER, Die Auslegung, in: DERS. (Anm. 63), S. 199, 217 f. (§ 10 Rn. 45).

text limitieren.<sup>74</sup> Zumindest teilsächlich dafür ist das Sprachenproblem, das aus der Verbindlichkeit aller Sprachfassungen unionsrechtlicher Rechtsakte resultiert und das zur Folge hat, dass jede Wortlautauslegung mit den Problemen sinnverzerrender Übersetzung und rein begriffspositivistischer Rechtsvergleichung zu kämpfen hat.<sup>75</sup> Notwendig abgeschliffen werden damit auch verbleibende nationale methodische Besonderheiten wie der bereits diskutierte Generalklauselbegriff der deutschsprachigen Rechtsordnungen, mit dem der EuGH trotz erheblicher Bemühungen des Schrifttums bis heute nur wenig anfangen kann.<sup>76</sup> Es ist vor diesem Hintergrund also nicht erstaunlich, dass sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs inzwischen zu einem weitgehend selbstreferentiellen System normativer Sinnentstehung entwickelt hat, in dem das in seinem Bestand ständig anwachsende eigene Präjudizienrecht zunehmend die Rolle der zentralen Rechtsquelle einnimmt.<sup>77</sup> All dies rechtfertigt es, von der Entstehung eines eigenständigen, neuen unionsrechtlichen Fallrechtssystems zu sprechen, dessen normatives Gewicht mit zunehmender Präjudizienichte immer größer wird.

Es dürfte nun kaum überraschen, dass eine so gewaltige Strukturverschiebung in der Rolle der Rechtsprechung, wie sie im Unionsrecht praktiziert wird, nicht ohne Auswirkungen auf die nationale Methodenlehre bleiben kann, selbst wenn deutsche Methodendenker dies nicht gerne hören und im Schrifttum vielfach versucht wurde, auf das Gegenteil hinzuwirken.<sup>78</sup> In der Theorie setzt die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben ein zweistufiges Verfahren voraus, bei dem das nationale Recht auf einer ersten Stufe nach den Regeln der nationalen Methodenlehre auf mögliche Auslegungs- oder Rechtsfortbildungsspielräume hin zu untersuchen ist, wonach diese

---

74 EuGH, Rs. 327/82 – Ekro/Produktschap, Slg. 1984, 108, Rn. 11; dazu RODER (Anm. 14), S. 72 ff.; RIESENHUBER, in: DERS. (Anm. 63), S. 201 ff. (§ 10 Rn. 4 ff.); PECHSTEIN/DRECHSLER, in: Riesenhuber (Anm. 63), S. 132 f. (§ 7 Rn. 17 ff.).

75 FLEISCHER (Anm. 63), S. 712 f.; RIESENHUBER, in: DERS. (Anm. 63), S. 205 (§ 10 Rn. 14); PECHSTEIN/DRECHSLER, in: Riesenhuber (Anm. 63), S. 132 (§ 7 Rn. 18).

76 Dazu nur ANNE RÖTHEL, Die Konkretisierung von Generalklauseln, in: Riesenhuber (Anm. 63), S. 225, 234 (§ 11 Rn. 21); RODER (Anm. 14), S. 84 ff. Treffend zum Ganzen VOGENAUER (Anm. 56), S. 254: „Hier gilt es für deutsche Juristen, soviel lässt sich schon jetzt sagen, Abschied von einigen Besonderheiten, ja auch Spitzfindigkeiten und Übertreibungen der hochgezüchteten deutschen Methodenlehre zu nehmen. Dazu gehört etwa der ‚objektivierte Wille des Gesetzes‘, der mit der Verschleierungsformel der ‚objektiv-teleologischen Auslegung‘ einherkommt, oder die – vom rechtsvergleichenden Standpunkt – kaum fassbare überspitzte Lückendogmatik mit ‚anfänglichen‘, ‚nachträglichen‘, ‚bewussten‘, ‚unbewussten‘, ‚planwidrigen‘ und vor allem ‚verdeckten Lücken‘ und ihrer doktrinären Unterscheidung von ‚gesetzesimmanenter‘ und ‚gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung‘.“

77 Dazu etwa RÜDIGER STOTZ, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Riesenhuber (Anm. 63), S. 491, 516 ff. (§ 22 Rn. 54 ff.); RODER (Anm. 14), S. 217 sowie bereits vorstehend bei Anm. 65.

78 Paradigmatisch CLAUS-WILHELM CANARIS, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydliński, 2001, S. 47 ff.; kritisch etwa VOGENAUER (Anm. 56), S. 242 f.; FLEISCHER (Anm. 63), S. 709 f.; GROSCHE (Anm. 57), S. 21 ff.

in einem zweiten Schritt im Wege unionsrechtskonformer Auslegung zu schließen sind, soweit das mit dem nationalen Recht und nationalen Methodengrundsätzen vereinbar ist.<sup>79</sup> Die Grenzen der nationalen Methodenlehre bleiben somit theoretisch unangetastet. Die Praxis sieht jedoch anders aus, da das zweistufige Verfahren *de facto* nie durchgeführt wird.<sup>80</sup> Stattdessen werden die unionsrechtlichen Vorgaben etwa aus Richtlinienrecht zur Not auch unter extremer Überdehnung der nationalen Methodenlehre letztlich doch oft direkt angewendet. Dafür gibt es sogar eine unter nationalen Gesichtspunkten methodisch vertretbare, wenngleich nicht unumstrittene Begründung, nämlich den Vorrang der Absicht des nationalen Gesetzgebers zur korrekten Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben vor der im Gesetzeswortlaut konkret zum Ausdruck gekommenen Regelungsabsicht.<sup>81</sup>

Ausdrücklich in diesem Sinne argumentiert hat beispielsweise der Bundesgerichtshof (BGH) im Fall „Quelle“, in dem es um die Richtlinienwidrigkeit der damals durch §§ 439 Abs. 4 a.F., 346 Abs. 1 BGB auch für den Verbrauchsgüterkauf angeordneten Pflicht zum Nutzungsersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache im Fall der Nachlieferung ging.<sup>82</sup> Auf Vorlage des BGH hatte der EuGH die Unvereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 3 Abs. 2 der dem deutschen Verbrauchsgüterkaufrecht zugrundeliegenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>83</sup> festgestellt, wonach der Verbraucher die *unentgeltliche* Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verlangen kann.<sup>84</sup> Der BGH erkannte daraufhin in der den Verbrauchsgüterkauf mitumfassenden Textfassung des § 439 Abs. 4 BGB a.F. (jetzt § 439 Abs. 5 BGB n.F.) eine „verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes“,<sup>85</sup> deren Schließung – nur für den Verbraucherkauf, nicht für den Handelskauf – im Wege teleologischer Reduktion geboten sei, da „der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, auch und gerade hinsichtlich des Nutzungsersatzes eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen“,<sup>86</sup> wobei die haarscharfe Trennlinie zur richtlinienkonformen Auslegung *contra legem* erst dort überschritten sei, wo sich diese

<sup>79</sup> Paradigmatisch CANARIS (Anm. 78), S. 81; vgl. auch REIMER (Anm. 2), S. 282 ff. (Rn. 644 ff.); BALDAUF (Anm. 64), S. 105 ff.

<sup>80</sup> Treffend MAULTZSCH (Anm. 46), S. 113; vgl. auch MARIETTA AUER, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, S. 1106, 1107 f.

<sup>81</sup> Dazu etwa BALDAUF (Anm. 64), S. 146 ff.; MAULTZSCH (Anm. 46), S. 119 f.; jeweils m.w.N.

<sup>82</sup> BGHZ 179, 27, 34 ff. (Rn. 21 ff.). Die Entscheidung wurde im Schrifttum umfangreich diskutiert und kritisiert; vgl. etwa GERHARD WAGNER, Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, ZEuP 2016, S. 87, 92 ff.; ALEXANDER HELLGARDT, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 108 ff.; BALDAUF (Anm. 64), S. 1 ff.; MAULTZSCH (Anm. 46), S. 115 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>83</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.5.1999, ABl. L 171, 12.

<sup>84</sup> EuGH, Rs. C-404/06 – Quelle, Slg. 2008, I-2685; zum Vorlagebeschluss BGH, NJW 2006, S. 3200 m. Anm. STEPHAN LORENZ.

<sup>85</sup> BGHZ 179, 27, 35 (Rn. 22).

<sup>86</sup> BGHZ 179, 27, 36 (Rn. 25).

nicht auf einen „ausdrücklichen“, sondern bloß auf einen „generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen“ stützen lasse.<sup>87</sup> Die dadurch entstandene, rechtsstaatlich problematische und *insoweit* vom richtlinienumsetzenden Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigte Situation, „dass ein und dieselbe Norm in einem Teil ihres Anwendungsbereichs das eine und in einem anderen Teil ihres Anwendungsbereichs das glatte Gegenteil besagt“,<sup>88</sup> konnte schließlich nur durch ein erneutes Eingreifen des Gesetzgebers notdürftig bereinigt werden.<sup>89</sup>

Damit ist die schiefe Ebene zur Auflösung der hergebrachten nationalen Methodengrenzen in Konfrontation mit dem Europarecht indessen längst beschritten. Denn abgesehen davon, dass die Unterscheidbarkeit zwischen „ausdrücklichem“ und bloß „generellem“ Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers in den meisten Fällen illusorisch ist und damit auf ein bloßes Scheinargument zur Bemäntelung beliebiger europarechtlicher Durchbrechungen des nationalen Rechts hinausläuft, hat die – keineswegs selbstverständliche –<sup>90</sup> Annahme eines generellen Vorrangs des Umsetzungswillens zur Folge, dass eine europarechtskonforme Auslegung grundsätzlich auch *gegen* den klaren Wortsinn und die darin ausgedrückte konkrete Regelungsabsicht des nationalen Gesetzgebers möglich ist. Mit anderen Worten: Sämtliche hergebrachten methodischen Grenzen, insbesondere die *contra-legem*-Grenze, werden in Konfrontation mit dem Europarecht perspektivisch funktionslos.<sup>91</sup>

Hinzu kommt schließlich, dass der EuGH die ausgeprägte Tendenz verfolgt, sich nicht auf die hergebrachte richterliche Rolle der Einzelfallentscheidung zu beschränken, sondern vielmehr gezielt normative Aussagen mit abstrakt-generellem Charakter zu treffen und sich damit tatsächlich traditionell legislative Funktionen anzueignen. Ein Grund für dieses sehr weitgehende rechtsgestaltende Selbstverständnis ist die bereits erwähnte, vom Gerichtshof in Anspruch genommene institutionelle Verantwortung für die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts.<sup>92</sup> Diese koinzidiert mit einem weiteren institutionellen Spezifikum, nämlich der Struktur des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV, als dessen Ergebnis der Gerichtshof bekanntlich keine nur *inter partes* wirksamen, fallbezogenen Einzelfallentscheidungen, sondern vielmehr *erga omnes* wirkende, abstrakt-generelle Aussagen zur Auslegung von Gemeinschaftsrechtsakten trifft.<sup>93</sup> In dieser abstrakten Fragestruktur ist jedoch ein überschießender normativer Charakter ebenso wie die immer wieder beklagte

<sup>87</sup> BGHZ 179, 27, 36 (Rn. 25).

<sup>88</sup> Treffend WAGNER (Anm. 16), S. 151.

<sup>89</sup> Nunmehr statuiert § 475 Abs. 3 S. 1 BGB für den Verbrauchsgüterkauf eine ausdrückliche Ausnahme von § 439 Abs. 5 BGB n.F. Die prekäre gespaltene Rechtslage im Kaufrecht wird dadurch freilich zementiert; vgl. kritisch WAGNER (Anm. 16), S. 151 ff.; DERS. (Anm. 82), S. 116 ff.; apologetisch dagegen HELLGARDT (Anm. 82), S. 110 f.

<sup>90</sup> Kritisch MAULTZSCH (Anm. 46), S. 119 f. m.w.N.

<sup>91</sup> Vgl. bereits AUER (Anm. 80), S. 1107 f.

<sup>92</sup> Vgl. vorstehend bei Anm. 69.

<sup>93</sup> Eingehend MAULTZSCH (Anm. 46), S. 112 ff.

Tendenz zu Missverständnissen der nationalen Rechtslage geradezu vorprogrammiert.

Als Beispiel hierfür mag ein weiterer Fall aus dem Verbrauchsgüterkaufrecht dienen, nämlich der dem EuGH ebenfalls vom BGH zur Vorabentscheidung vorgelegte Fall „Weber/Putz“, in dem die Frage Streitgegenständlich war, ob die kaufrechtliche Pflicht zur Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf auch den Ausbau der defekten und den Wiedereinbau einer mangelfreien neuen Sache umfasst.<sup>94</sup> Auch dies hat der EuGH auf der Grundlage des Unentgeltlichkeitsgebots in Art. 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie noch über die „Quelle“-Entscheidung hinaus bejaht, und zwar ausdrücklich *unabhängig* davon, ob sich der Verkäufer im Kaufvertrag ursprünglich zum Einbau der Sache verpflichtet hatte oder nicht. Im Ergebnis wurde der Verkäufer beim Verbrauchsgüterkauf also qua Gemeinschaftsrecht verpflichtet, im Fall einer Ersatzlieferung nicht nur seinen Kaufvertrag zu erfüllen, sondern zusätzlich eine quer zur kaufrechtlichen Dogmatik des BGB liegende verschuldensunabhängige Garantie für die mangelfreie weitere Verwendbarkeit der Sache zu übernehmen, und zwar kraft zwingenden Rechts unabhängig davon, ob er diese vertraglich übernommen hatte oder nicht. Mag man darin im Ergebnis auch eine geeignete Anreizsetzung für die Sorgfalt des Verkäufers beim Inverkehrbringen von Waren erkennen,<sup>95</sup> so bleibt dennoch der damit verbundene, im Schrifttum gleich auf mehreren Ebenen kritisierte dogmatische Kategorienbruch zu beklagen,<sup>96</sup> der ebenfalls zunächst im Wege gespaltenen richtlinienkonformer Auslegung Eingang in das Verbrauchsgüterkaufrecht des BGB gefunden hatte<sup>97</sup> und abermals erst durch nachträgliches Eingreifen des Gesetzgebers geglättet werden konnte.<sup>98</sup>

Es bleibt zu resümieren, dass das Vorabentscheidungsverfahren durch seine überschießende normsetzende Tendenz auch die nationalen Gerichte dazu zwingt, in deutlich stärkerem Maße als früher normbildend tätig zu sein, und sei es nur, um die zum Einzelfall nicht passenden abstrakt-generellen Aussagen des EuGH mit der

<sup>94</sup> EuGH, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – Weber/Wittmer und Putz/Medianess Electronics, Slg. 2011, I–5257, I–5322; zum Vorlagebeschluss BGH, NJW 2009, S. 1660; abschließende Entscheidung BGHZ 192, 148. Kurz vor der Vorlage hatte der BGH im sogenannten „Parkettstäbe-Fall“ eine Kostentragungspflicht noch abgelehnt, da der Verkäufer nur Lieferung, nicht aber Einbau versprochen habe und der Nacherfüllungsanspruch nicht weiter reichen könne als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch; vgl. BGHZ 177, 224, 230 f. (Rn. 18 f.).

<sup>95</sup> WAGNER (Anm. 82), S. 103 ff.

<sup>96</sup> Repräsentativ STEPHAN LORENZ, Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, S. 2241 ff.; vgl. auch HELLGARDT (Anm. 82), S. 111 ff.; WAGNER (Anm. 82), S. 94 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>97</sup> BGHZ 195, 135, 141 ff. (Rn. 22 ff.).

<sup>98</sup> Gemäß § 439 Abs. 3 S. 1 BGB n.F. gilt die Kostentragungspflicht seit 1.1.2018 grundsätzlich für alle Kaufverträge, ist jedoch gemäß §§ 476 Abs. 1, 478 Abs. 2 BGB n.F. nur beim Verbrauchsgüterkauf sowie beim Unternehmerregress des Letztverkäufers in der Lieferkette als einseitig zwingendes Recht ausgestaltet; vgl. FLORIAN FAUST, Nacherfüllung und Einbau – Happy End für Verbraucher und Bauhandwerker, ZFPW 2017, S. 250 ff.

nationalen Rechtslage wieder in Konkordanz zu bringen.<sup>99</sup> Und dies gilt keineswegs nur für Deutschland, sondern – was hier nicht näher ausgeführt werden kann – etwa auch für das englische Common Law.<sup>100</sup> So existiert auch in der Rechtsprechung des UK Supreme Court seit dem EU-Beitritt des Königreichs die Tendenz: weg von der klassischen Common-Law-Funktion der Durchsetzung individueller Rechte hin zur rechtspolitischen Gestaltungsaufgabe der Durchsetzung der Prinzipien der Union. Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen der für die gesamten Rechtsbeziehungen der Union fundamentale Brexit auf das auch in Großbritannien gewandelte richterliche Selbstverständnis haben wird. Es kann allerdings, so viel sei an dieser Stelle vermutet, nicht erwartet werden, dass das Rad zunehmend selbstbewusster richterlicher Rechtserzeugung auch dort ohne weiteres wieder zurückgedreht wird. Einmal gewährte Freiheiten lassen sich bekanntlich nur schwer wieder zurücknehmen.

### 3 Richterliche Rechtserzeugung als Streitentscheidung und Normbildung jenseits hergebrachter methodischer Kategorien

Fasst man all dies zusammen, gibt es also mindestens zwei Hebel, mit deren Hilfe das Unionsrecht den normbildenden Spielraum der nationalen Gerichte in den vergangenen Jahrzehnten signifikant erweitert hat: zum einen die abstrakt-generelle Entscheidungsstruktur des Vorabentscheidungsverfahrens und zum anderen den Einbruch der unionsrechtskonformen Auslegung mit der beschriebenen wesentlichen Erweiterung der nationalen Methodengrenzen. Nimmt man dies nun zusammen mit den Lehren aus dem Common Law, also dem induktiven Zusammenspiel von Fallnorm und Rechtsgrundsatz jenseits der hergebrachten methodischen Grenzen, dann scheint auch hierzulande die Zeit reif für eine juristische Methodenkonzeption, die den Begriff der richterlichen Rechtserzeugung in den Vordergrund rückt und diesen jenseits von Richterbindung und Richterfreiheit verortet.

Dabei sind vor allem zwei Grundlinien zu beachten. Erstens sollte klar herausgearbeitet werden, dass sich richterliche Rechtserzeugung nicht auf den Bereich der Rechtsfortbildung im Sinne der herkömmlichen Methodenlehre beschränkt. Vielmehr steckt, wie ausgeführt, schon in jeder einfachen Gesetzesanwendung innerhalb des Wortsinns ein eigenschöpferischer Rechtserzeugungsvorgang.<sup>101</sup> Daraus folgt weiter, dass sich auch die hergebrachte Wortsinnngrenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung nicht als operable Grenze halten lässt.<sup>102</sup> Man mag die Begriffe „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“ heuristisch verwenden, um eine größere oder geringere

<sup>99</sup> Vgl. auch WAGNER (Anm. 16), S. 146 ff., 151 ff.

<sup>100</sup> MAULTZSCH (Anm. 46), S. 179 ff.

<sup>101</sup> Vgl. auch MAULTZSCH (Anm. 46), S. 25.

<sup>102</sup> Dazu auch THILO KUNTZ, Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aus sprachphilosophischer Perspektive, AcP 215 (2015), S. 387, 435 ff.

Nähe einer bestimmten Rechtsfindung zum Begriffskern des jeweiligen Rechtsbegriffs oder Rechtssatzes im jeweiligen Kontext zu bezeichnen, doch ist diese Nähe, wie erörtert, immer relativ und selbst eine Interpretationsfrage. Dementsprechend gibt es zahlreiche Fälle, die sich zwar nominell der Auslegung zuordnen lassen, aber dennoch weit größeren Begründungsaufwand voraussetzen als andere Fälle, die der Rechtsfortbildung zuzurechnen sind, sich aber etwa durch eine offensichtliche Analogie oder teleologische Reduktion quasi von selbst lösen. Beispiele für die erstere Kategorie finden sich etwa im Rahmen komplexer Fragen des deliktischen Rechtsgüterschutzes, etwa bei der Gebrauchsentziehung von Eigentum oder der Zerstörung von vom menschlichen Körper getrennten Körpersubstanzen,<sup>103</sup> während in die letztere Kategorie beispielsweise die seit jeher anerkannten und schon auf den ersten Blick zwingenden Fälle teleologischer Reduktion des Verbots von Insichgeschäften gemäß § 181 BGB oder der Formfreiheit der Vollmacht nach § 167 Abs. 2 BGB fallen.<sup>104</sup>

Wissenschaftssoziologisch bemerkenswert ist Folgendes: Die hier niedergelegten Ausführungen zur mangelnden Abgrenzbarkeit von Auslegung und Rechtsfortbildung sind weder neu noch revolutionär, sondern wiederholen letztlich nur Gemeinplätze der hergebrachten Methodenlehre. So kann man bereits in der Methodenlehre von *Karl Larenz* und *Claus-Wilhelm Canaris* nachlesen, dass „Gesetzesauslegung und richterliche Rechtsfortbildung [...] nicht als wesensverschieden [...], sondern nur als voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens“ angesehen werden dürfen.<sup>105</sup> Wenn das zutrifft, stellt sich aber umso mehr die Frage, weshalb eine als fruchtlos erkannte, da denselben Vorgang mit zwei unterschiedlichen Begriffen belegende Unterscheidung nicht etwa aufgegeben, sondern vielmehr als klassische Einsicht hervorgehoben und als Methodengrundsatz weiter tradiert wird. Diese Kritik trifft noch verstärkt auf den herkömmlichen Lückenbegriff zu, da die Lückenfeststellung nach der Lesart von *Larenz* und *Canaris* bekanntlich ebenfalls auf einer Strukturverdopplung des später zur Lückenfüllung gebrauchten Analogie- oder Reduktionsschlusses beruht:

Die Feststellung einer Lücke und ihre Ausfüllung beruhen auf den gleichen Erwägungen dann, wenn wir im Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe eine Regel vermissen, die der für eine wer-

---

**103** Eigentumsverletzung durch Gebrauchsentziehung: BGHZ 55, 153 – Fleet-Fall; Körperverletzung durch Vernichtung einer Spermakonzerve: BGHZ 124, 52; zum Ganzen GERHARD WAGNER, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6: Schuldrecht Besonderer Teil IV, 7. Aufl. 2017, § 823, Rn. 168 ff., 236 ff.; zum zuletzt genannten Fall ferner eingehend VAGIAS KARAVAS, Körperverfassungsrecht, 2018, S. 38 ff.

**104** Teleologische Reduktion von § 181 BGB bei lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäften: BGHZ 59, 236; bei Einmann-GmbH-Gesellschaftern: BGHZ 56, 97; teleologische Reduktion von § 167 Abs. 2 BGB bei Vorwegnahme der Bindungswirkung des formbedürftigen Rechtsgeschäfts bei unwiderruflicher Vollmacht, Erlaubnis zum Selbstkontrahieren oder Warnfunktion wie § 766 BGB: BGHZ 132, 119; dazu PATRICK RÖSLER, Formbedürftigkeit der Vollmacht: Eine Darstellung nach Fallgruppen, NJW 1999, S. 1150 ff. Alle Beispiele bei LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 211 ff.

**105** LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 187.

tungsmäßig gleich zu erachtende Fallgruppe im Gesetz gegebenen Regel entspricht [...] Die im Gesetz vermißte Regel ist zugleich die, die zur Ausfüllung der Lücke hinzuzufügen ist [...] Analogie und teleologische Reduktion sind also Gedankenoperationen, die nicht erst der Lückenausfüllung, sondern bereits der Lückenfeststellung dienen.<sup>106</sup>

Dieser Gleichlauf von Lückenfeststellung und Lückenausfüllung läuft jedoch auf eine Tautologie hinaus, die den Lückenbegriff letztlich aufhebt.<sup>107</sup> Denn wenn die Lückenfeststellung tatsächlich auf demselben Schlussverfahren beruht wie die Lückenausfüllung, dann ist eine dieser Wiederholungsschleifen offenbar überflüssig und dient der Rechtsfortbildung nur als Scheinlegitimation. Der Einfluss des Unionsrechts, das in den vergangenen Jahren die praktische Funktionslosigkeit des Lückenbegriffs deutlicher denn je aufgezeigt hat, sollte hier erheblich zu denken geben.

Zweitens stellt sich damit die Frage, welche funktionalen oder strukturellen Konturen sich innerhalb der richterlichen Rechtserzeugung überhaupt noch ausmachen lassen. Hier erweist es sich als fruchtbar, die richterliche Tätigkeit jenseits der Differenz von Gesetzesnähe oder Gesetzesferne daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie sich institutionell als abstrakt-generell normsetzende Instanz betätigt oder das eben nicht tut, sondern sich auf die klassische judikative Funktion der Streitentscheidung und den Interessenausgleich im Einzelfall beschränkt.<sup>108</sup> Insoweit lautet eine erste wesentliche Einsicht bereits, dass eine solche funktional und institutionell eingebettete, kulturell und historisch bedingte Differenz zwischen verschiedenen Herangehensweisen an die richterliche Rolle tatsächlich existiert. Wie gesehen, lässt sich gerade in den vergangenen Jahren wiederum unter dem Einfluss des Unionsrechts und dort insbesondere des Vorabentscheidungsverfahrens eine Tendenz in die Richtung zunehmend abstrakt-normbildender richterlicher Aktivität feststellen. Dabei handelt es sich um einen generellen Strukturwandel, der nicht nur das deutsche Recht, sondern auch andere europäische Rechtsordnungen wie das erwähnte englische Common Law betrifft.<sup>109</sup>

Wesentlich ist: All diese Beobachtungen über die Annahme einer eigenverantwortlich normbildenden Aufgabe der Judikative liegen quer zu den herkömmlichen Dualismen Auslegung versus Rechtsfortbildung, Regeln versus Prinzipien, Richterbindung versus Richterfreiheit, und sie haben wiederum auch nichts zu tun mit der technischen Annahme einer Bindungswirkung von Präjudizien. Gerade am Beispiel des EuGH lässt sich vielmehr studieren, dass beträchtlicher judizieller Aktivismus auch ganz ohne Annahme einer technischen *stare-decisis*-Regel möglich ist.<sup>110</sup> Methodisch geht es vielmehr darum, die prozessualen, institutionellen und kulturellen Voraussetzungen, die die Rolle der Rechtsprechung in einer bestimmten Rechtsordnung

<sup>106</sup> LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 220.

<sup>107</sup> Kritik bereits bei FIKENTSCHER (Anm. 48), Bd. 1, 1975, S. 10; ähnlich GROSCHE (Anm. 57), S. 108 f.

<sup>108</sup> Zu dieser Perspektive eingehend MAULTZSCH (Anm. 46), S. 10 ff., 431 ff. und *passim*.

<sup>109</sup> MAULTZSCH (Anm. 46), S. 112 ff., 431 ff.

<sup>110</sup> Dazu etwa RODER (Anm. 14), S. 217 ff.; STOTZ, in: Riesenhuber (Anm. 63), S. 517 (§ 22 Rn. 56).

definieren, daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie normative oder faktische Verfahrensgegebenheiten für Judikate schaffen, die lediglich streitentscheidende oder eben über den Einzelfall hinausweisende generell-normative Wirkungen entfalten. Als Beispiel für letzteres sei wiederum zunächst die Struktur des Vorabentscheidungsverfahrens genannt. In eine ähnliche Richtung weist im deutschen Recht etwa die Regelung über die Grundsatzrevision im Zivilprozess gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO, wonach die Revision zuzulassen ist, „wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert“.<sup>111</sup> Hinzu kommen kollektive Klagerrechte, die nach dem Vorbild der amerikanischen Sammelklage (*class action*) vor allem im Verbraucher- und Kapitalanlegerschutzrecht gerade in jüngster Zeit immer größere Bedeutung gewinnen.<sup>112</sup> Beispiele sind das 2002 im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung erlassene Unterlassungsklagengesetz (UKlaG),<sup>113</sup> das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) aus dem Jahr 2005<sup>114</sup> sowie die mit Wirkung vom 1. November 2018 in §§ 606 ff. ZPO eingeführte allgemeine Musterfeststellungsklage.<sup>115</sup> Ebenfalls hierher gehört schließlich – um wieder an den Anfang dieses Beitrags anzuknüpfen – die richterliche Konkretisierung von Generalklauseln durch abstrakt-generelle, ebenfalls weit über den Einzelfall hinaus normativ wirkende Fallgruppen.<sup>116</sup>

Damit liegt die abschließende Frage auf der Hand: Bedarf es für all das nicht doch einer besonderen Legitimationsgrundlage? Diese Frage wurde gerade für die Konkretisierung von Generalklauseln ausgiebig gestellt und vielfach dahingehend beantwortet, dass es sich bei Generalklauseln um Delegationsnormen handle, durch die der Richter qua legislativer Blankettermächtigung zu einer quasi gesetzegleichen

---

**111** Näher MAULTZSCH (Anm. 46), S. 339 ff.

**112** Dazu AXEL HALFMEIER, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 5 ff., 43 ff.; EVA KOCHER, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 354 ff.; RACHAEL MULHERON, The Class Action in Common Law Legal Systems, 2004, S. 47 ff.; SAMUEL ISSACHAROFF/GEOFFREY P. MILLER, Will Aggregate Litigation Come to Europe?, 62 Vanderbilt Law Review (2009), S. 179 ff.; zum Ganzen auch MAULTZSCH (Anm. 46), S. 290 f., 310 ff.

**113** Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) vom 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138, 3173, in Kraft seit 1.1.2002, Neubekanntmachung vom 27.8.2002, BGBl. I, S. 3422, zuletzt geändert durch Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie vom 17.7.2017, BGBl. I, S. 2446, 2488.

**114** Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG) vom 16.8.2005, BGBl. I, S. 2437, in Kraft seit 1.11.2005, Neufassung durch Reformgesetz vom 19.10.2012, BGBl. I, S. 2182, in Kraft seit 1.11.2012, zuletzt geändert durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz vom 30.6.2016, BGBl. I, S. 1514, 1542.

**115** Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12.7.2018, BGBl. I, S. 1151; dazu etwa AXEL HALFMEIER, Musterfeststellungsklage – Nicht gut, aber besser als nichts, ZRP 2017, S. 201 ff.

**116** Dazu bereits AUER, Materialisierung (Anm. 7), S. 160 ff.

Rechtsschöpfung befugt sei,<sup>117</sup> vergleichbar etwa mit der in diesem Zusammenhang ebenfalls immer wieder zitierten Generalermächtigung zur richterlichen Rechtsschöpfung gemäß Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, wonach das Gericht in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift „nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden [soll], die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“<sup>118</sup> Nach hier vertretener Auffassung führt eine solche Sichtweise der Funktion und Konkretisierung von Generalklauseln – alle oben diskutierten methodischen Probleme des Begriffs einmal beiseitegelassen – jedoch wieder nur in einen methodischen Scheindiskurs über die Legitimation richterlicher Rechtserzeugung und geht damit am Problem vorbei. Für die großen Generalklauseln des Zivilrechts ist die Delegationstheorie ohnehin schon historisch falsch, da die Kausalität gerade für § 242 BGB nachweisbar umgekehrt verlaufen ist: Die Generalklausel kam nicht vor dem Richterrecht, sondern das Richterrecht kam, angefangen mit der Aufwertungsrechtsprechung der 1920er Jahre, vor der Generalklausel und hat diese erst in der Rechtsprechung – wenn man so will: durch das *case law* – des Reichsgerichts zur Entstehung gebracht.<sup>119</sup> Daraus folgt nochmals eine Bestätigung der These, dass die Rechtsprechung entgegen der Delegationstheorie keiner besonderen legislativen oder verfassungsrechtlichen Ermächtigung zur Rechtserzeugung bedarf. So folgen aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG niedergelegten Gewaltenteilungs- und Rechtsstaatsprinzip allenfalls Regeln für das Ob, nicht aber für das Wie der Aufgabenverteilung zwischen Judikative und Legislative.<sup>120</sup> Wesentlich ist, dass sich die komplexen Steuerungsaufgaben in einer modernen Gesellschaft nur durch Legislative, Judikative und Exekutive arbeitsteilig bewältigen lassen. Dazu gehört ein Aufgabenzuschnitt der Judikative, der jenseits aller holzschnittartigen Kompetenzzuschreibungen einen Mittelweg zwischen strikt streitentscheidenden und allgemein normgestaltenden Elementen einschlägt und insoweit – wie das Beispiel Unionsrecht zeigt – historisch erheblich wandelbar ist.

Wer aber kontrolliert die rechtserzeugenden Richter? Die Antwort muss lauten: Sie selbst ebenso wie alle anderen juristischen Akteure innerhalb des Rechts- und Gesellschaftssystems – durch den ungeachtet aller Normsetzung unabdingbar notwendigen Einzelfallbezug jedes richterlichen Tätigwerdens, durch die Gesetzes- oder Präjudizienbindung als interpretatorisches Rationalitätsgebot, durch die Möglichkeit der Aufhebung unrichtiger Urteile im Instanzenzug sowie schließlich durch die viel-

**117** Aktuell etwa RÖTHEL, in: Riesenhuber (Anm. 63), S. 227 (§ 11 Rn. 4); zusammenfassend TEUBNER (Anm. 7), S. 43 f.; AUER, Materialisierung (Anm. 7), S. 152 f.; jeweils m.w.N.

**118** Dazu etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, in: Max Kummer/Hans Ulrich Walder (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, 1973, S. 189, 200; vgl. auch ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 211 ff.; CHRISTIANE WENDEHORST, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, *RabelsZ* 75 (2011), S. 730, 742 f.

**119** Näher AUER, Materialisierung (Anm. 7), S. 43 ff., 97 f., 117, 142 m.w.N.

**120** AUER, Materialisierung (Anm. 7), S. 93 m.w.N.

fältigen Möglichkeiten der Urteilskritik und der korrigierenden gesetzgeberischen Intervention.<sup>121</sup>

### III Richterliche Rechtserzeugung im Spiegel aktueller Entwicklungen

Abschließend sollen die bisher erzielten Ergebnisse in den Kontext zweier aktueller Entwicklungen gestellt werden – womit der Bogen zum Untertitel dieses Beitrags geschlagen wird, der den Bedeutungswandel des klassischen Richterrechtsproblems in der digitalen Gesellschaft der Zukunft in den Blick nimmt und diesen für wesentlich, dabei jedoch keinesfalls für auserforscht hält. Dementsprechend beschränken sich die folgenden Ausführungen auf zwei kurze Skizzen, die den Schlagworten *Granulierung* einerseits und *Regulierung* andererseits gewidmet sind.

#### 1 Richterliche Rechtserzeugung und Granulierung

Direkt auf die Gestalt und Struktur der Rechtserzeugung in der digitalen Gesellschaft zielt zunächst der Begriff der Granulierung, der wie viele Begriffsinnovationen des Digitalzeitalters aus dem US-amerikanischen Rechtsdenken stammt und stark von rechtsökonomischen Grundlagen ausgeht.<sup>122</sup> Der Begriff beschreibt die Personalisierung rechtlicher Normen vor allem in Bereichen des dispositiven Rechts (*default rules*) sowie teilweise auch zwingender Schutzgebote, etwa des Verbraucherschutzrechts, durch maßgeschneiderte Anpassung der rechtlichen Anforderungen an die Persönlichkeitseigenschaften der jeweiligen Normadressaten. Auf den ersten Blick mag das utopisch klingen. Tatsächlich finden sich jedoch etwa bei der Konkretisierung des Fahrlässigkeitsstandards in § 276 Abs. 2 BGB bereits heute Ansätze zur gruppenspezifischen Anpassung des jeweils geschuldeten Sorgfaltsniveaus, beispielsweise an

<sup>121</sup> Mit Blick auf politische Gesetzgebung und weitere Herausforderungen des hergebrachten rechtswissenschaftlichen Systemdenkens ist ein reibungsloser Fortbestand der hergebrachten Aufgabenteilungen zwischen den verschiedenen juristischen Akteuren allerdings keineswegs ausgemacht. Zu einer kritischen Standortbestimmung WAGNER (Anm. 16), S. 177 ff.; zum Ganzen auch MAULTZSCH (Anm. 46), S. 314 ff.

<sup>122</sup> Repräsentativ ARIEL PORAT/LIOR J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, 112 *Michigan Law Review* (2014), S. 1417 ff.; OMRI BEN-SHAHAR/ARIEL PORAT, *Personalizing Negligence Law*, 91 *NYU Law Review* (2016), S. 627 ff.; CASS R. SUNSTEIN, *Deciding by Default*, 162 *University of Pennsylvania Law Review* (2013), S. 1, 48 ff.; DERS., *Choosing Not to Choose. Understanding the Value of Choice*, 2015, S. 157 ff.; vgl. auch das im April 2018 an der University of Chicago veranstaltete „Symposium on Personalized Law“, 86 *University of Chicago Law Review* (2019), S. 217–609.

die besonderen Bedürfnisse und Fähigkeiten Minderjähriger oder bestimmter Berufsgruppen.<sup>123</sup>

Die Verheißung des granularen Rechts geht darüber jedoch weit hinaus und verspricht auf der Grundlage von Big-Data-Verfahren nicht nur eine gruppenbezogene, sondern vielmehr eine 1:1-Personalisierung rechtlicher Maßstäbe, so dass künftig etwa für jedes einzelne Individuum, abhängig von seiner persönlichen Gefahrneigung je nach konkreter Tätigkeit, ein persönlicher Fahrlässigkeitsstandard gelten würde.<sup>124</sup> Die technischen Voraussetzungen dafür liegen auf der Grundlage von Big Data bereits heute in greifbarer Nähe, da sich Hinweise etwa auf individuelle Risikoneigungen oder andere stabile Persönlichkeitsmerkmale wie die in der Psychologie als Standardmodell der Persönlichkeitsforschung verbreiteten „Big Five“ – Offenheit, Gewissenhaftigkeit, Extraversion, Verträglichkeit und Neurotizität – nachweisbar mit hoher Signifikanz aus dem individuellen Nutzerverhalten etwa in sozialen Netzwerken ablesen lassen.<sup>125</sup> Die Regelsetzer des Digitalzeitalters sind also anders als die Normgeber früherer Zeiten nicht mehr mit einer anonymen Masse präsumtiv gleicher und *deshalb* gleich zu behandelnder Rechtssubjekte konfrontiert, sondern sie kennen ihre Adressaten im buchstäblichen Sinne besser, als diese sich selbst kennen.<sup>126</sup> Die Daten müssen zudem nicht erst aufwendig generiert werden, sondern sind bereits da, ja mehr noch: Sie vermehren sich exponentiell.<sup>127</sup> Jedermann hinterlässt sie täglich mehr oder weniger freiwillig, wenn er oder sie digitale Suchfunktionen nutzt, in sozialen Netzwerken aktiv ist oder digitale Einkäufe tätigt, und mit jedem Klick wird die persönliche digitale Historie umfangreicher, präziser und aussagekräftiger.

Die Grundüberlegung der Theoretiker des granularen Rechts geht nun dahin, dass sich dieser alltäglich auf freiwilliger Basis generierte Datenschatz in Zukunft nutzen ließe, um rechtliche Regulierungen wesentlich besser an die Adressaten anzupassen, als dies in jeder anderen Gesellschaftsordnung ohne digitale Infrastruktur jemals möglich war, und dem Recht damit insgesamt zu größerer Effizienz, besserer Steuerungswirkung, höherer Rechtssicherheit und erleichterter Durchsetzbarkeit zu verhelfen.<sup>128</sup> Dahinter stehen gedankliche Anleihen bei Geschäftsmodellen des digitalen

**123** Vgl. Münchener Kommentar-WAGNER (Anm. 103), § 823, Rn. 38 ff.; zum amerikanischen Recht BEN-SHAHAR/PORAT (Anm. 122), S. 636 ff.

**124** BEN-SHAHAR/PORAT (Anm. 122), S. 630: „a pool of one“.

**125** Dazu eingehend PORAT/STRAHILEVITZ, 112 Michigan Law Review (2014), S. 1434 ff.

**126** Vgl. etwa STEFAN KREML, Künstliche Intelligenz: Facebook sagt Nutzerverhalten voraus und verkauft damit Anzeigen, heise online vom 14.4.2018, <http://www.heise.de/-4024377> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

**127** STEFANIE KING, Big Data: Potential und Barrieren der Nutzung im Unternehmenskontext, 2014, S. 19.

**128** Zu diesen Erwartungen, teils auch unter Berücksichtigung der Risiken, PORAT/STRAHILEVITZ (Anm. 122), S. 1440 ff.; SUNSTEIN (Anm. 122), S. 9 f.; DERS., Choosing (Anm. 122), S. XIII, 17; MICHAEL ABRAMOWICZ, Predictive Decisionmaking, 92 Vanderbilt Law Review 2006, S. 69, 84 ff.; ANTHONY CASEY/ANTHONY NIBLETT, The Death of Rules and Standards, Coase-Sandor Working

Marktes, namentlich die in sozialen Netzwerken schon lange erfolgreich praktizierten Geschäftsmodelle personalisierter Leistungen, personalisierter Werbung sowie – in letzter unabweisbarer ebenso wie fragwürdiger Konsequenz – personalisierter Preisgestaltung.<sup>129</sup> Überträgt man die alledem zugrundeliegende Grundeinsicht des *Coase*-Theorems auf die Gestaltung dispositiven Rechts, so besagt jedenfalls die Theorie, dass eine Rechtsgestaltung, die der Berücksichtigung persönlicher Eigenschaften des Einzelnen Raum gibt und diese in Form höherer oder geringerer Kosten der Rechtsdurchsetzung etwa in Form strengerer oder leichterer Haftungsmaßstäbe ausdrückt, die Effizienz der Rechtsordnung für alle Beteiligten steigert und damit in der Regel zugleich dem von den Parteien typischerweise Gewollten entspricht.<sup>130</sup>

So lässt sich etwa für die Ausgestaltung des Fahrlässigkeitsstandards im Deliktsrecht theoretisch überzeugend begründen, dass eine individuelle Erhöhung des geschuldeten Sorgfaltsniveaus bei besonderen persönlichen Fähigkeiten oder besonderer Risikoneigung, nicht hingegen in der Regel dessen individuelle Herabsetzung bei unterdurchschnittlichen Fähigkeiten und Risiken, dazu beitragen kann, das Sorgfaltsniveau potentieller Deliktsschädiger insgesamt zu erhöhen und damit die Gesamtkosten deliktischer Schäden zu senken<sup>131</sup> – eine Einsicht, die tatsächlich in typisierter Weise bereits im geltenden Recht abgebildet ist.<sup>132</sup> Nach diesem Modell erscheint die Personalisierung dispositiven und regulativen Rechts auch in vielen anderen Bereichen erfolgversprechend. Diskutiert werden so unterschiedliche Rechtsfragen wie verbraucherschützende Informationspflichten und Widerrufsrechte, Einwilligungserfordernisse im Medizinrecht sowie die Dichte zwingender Schutzstandards, etwa im Miet- und Arbeitsrecht.<sup>133</sup> Sogar Ehe, Familie und Erbrecht sind als mögliche Bezugspunkte personalisierten, granularen Rechts bereits aufgetaucht.<sup>134</sup> Es handelt sich also um ein reales Phänomen, dessen theoretische Verheißungen genügen dürften,

---

Paper Series in Law and Economics No. 738, 2015, S. 1 ff., [https://chicagounbound.uchicago.edu/law\\_and\\_economics/775/](https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/775/) (zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

**129** Kritisch GERHARD WAGNER/HORST EIDENMÜLLER, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, 86 *University of Chicago Law Review* (2019), S. 581 ff.; PORAT/STRAHILEVITZ (Anm. 122), S. 1456 ff.

**130** Diese kontraktualistische Grundüberlegung findet sich etwa bei PORAT/STRAHILEVITZ (Anm. 122), S. 1425. Tatsächlich wird dabei jedoch verdeckt und beschönigt, dass es bei moderner marktbezogener Regelsetzung längst nicht mehr um Effizienz, sondern vielmehr um Regulierung geht; treffend dazu WAGNER (Anm. 16), S. 108.

**131** BEN-SHAHAR/PORAT (Anm. 122), S. 646 ff.

**132** Vgl. vorstehend Anm. 123.

**133** Eingehend PORAT/STRAHILEVITZ, 112 *Michigan Law Review* (2014), S. 1441 ff.

**134** Nämlich in – gezielt provokativen und zugleich die diskriminierende Grundproblematik sämtlicher derartiger Überlegungen beleuchtenden – Vorschlägen zu geschlechtsspezifischer Typisierung im gesetzlichen Erbrecht oder Ehenamensrecht, vgl. SUNSTEIN (Anm. 122), S. 25 ff.; DERS., *Choosing* (Anm. 122), S. 53 ff.; PORAT/STRAHILEVITZ (Anm. 122), S. 1419, 1463 ff.

um digital-progressiv gestimmte Regulatoren zu ermutigen, derartige Ansätze künftig verstärkt in die Praxis umzusetzen.<sup>135</sup>

Es liegt nun auf der Hand, dass die dadurch zu erwartenden Strukturveränderungen des Rechts auch auf die Rolle des Richters erhebliche Auswirkungen haben werden. Welche das sein werden, ist allerdings unklar und im Schrifttum umstritten. Stark vereinfachend lassen sich zwei Denkrichtungen unterscheiden: Eine erste, radikalere Richtung geht davon aus, dass in der weithin digitalisierten und personalisierten Rechtsordnung der Zukunft schlechthin *alle* hergebrachten Unterscheidungen, die derzeit zur Beschreibung des Rechtserzeugungsvorgangs gebräuchlich sind, obsolet werden. Das gilt namentlich für die Unterscheidung zwischen Regeln und Standards, die nach dieser Auffassung sinnlos wird, wenn an die Stelle von abstrakt-generellen Rechtsnormen personalisierte Verhaltensstandards treten, die sich jeweils im Einzelfall zu konkreten, algorithmisch gesteuerten Handlungsanweisungen verdichten.<sup>136</sup> In einem solchen Szenario verlöre abstrakt-generelles Recht jede Bedeutung, da die einzige Form, in der Recht den Normunterworfenen dann noch begegnen und normative Bindungswirkung entfalten würde, die der einzelfallbezogenen, anhand der konkreten Parameter von Person und Situation berechneten Handlungsanweisung wäre. Damit würde nicht nur die Schwelle zwischen Gesetz und Verwaltungsakt aufgehoben, sondern die gesamte normgestaltende Rolle des Richters würde sich obendrein erübrigen, weil die heutige Unabweisbarkeit richterlicher Normerzeugung in Arbeitsteilung mit dem Gesetzgeber definitionsgemäß ebenfalls entfiel.<sup>137</sup> In letzter Konsequenz wäre die richterliche Rechtsanwendung ohne Legal Tech, also ohne der granularen Normsetzungstechnologie ebenbürtige selbstlernende Algorithmik, gar nicht mehr möglich, weil buchstäblich nur noch Maschinen in der Lage wären, die von anderen Maschinen im Einzelfall festgelegten Verhaltensstandards auf der Programmiersprachenebene in ihrer exponentiell zunehmenden Komplexität zu durchdringen.<sup>138</sup> Langfristig wäre auf diese Weise nicht nur die sprachliche Differenz zwischen Regeln und Standards obsolet, sondern die gesamte hergebrachte rechtsstaatliche Gewaltengliederung in Legislative, Administrative und Judikative würde

---

**135** In Bereichen wie dem Versicherungs- oder Medizinrecht ist die Personalisierung anhand datengetriebener Maßstäbe längst Realität; vgl. etwa MICHAEL HAHN, Gesundheitsentscheidungen durch Algorithmen – rechtliche Rahmenbedingungen der Digitalisierung im Gesundheitswesen, MedR 2018, S. 27 ff.

**136** CASEY/NIBLETT (Anm. 128), S. 1 ff.: „micro-directives“.

**137** Konsequenz CASEY/NIBLETT (Anm. 128), S. 40 ff.

**138** Näher MIREILLE HILDEBRANDT, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015; DIES., Law as Information in the Era of Data-Driven Agency, 79 Modern Law Review (2016), S. 1 ff.; zu den Grundlagen auch KLAUS WIEGERLING, Daten, Informationen, Wissen, in: Stephan Breidenbach/Florian Glatz (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, S. 20 ff.; RICHARD SUSSKIND, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, 2008.

buchstäblich in einem Meer aus hyperkomplexen, für Menschen nicht mehr durchdringbaren Datensprachbefehlen untergehen. Recht verschwindet dann im „Code“.<sup>139</sup>

Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass dieses Szenario tatsächlich eintritt. Bei Licht betrachtet ist das Versprechen des granularen Rechts, die Offenheit abstrakt-genereller Rechtssätze durch immer präzisere Einzelfallregulierungen obsolet zu machen, letztlich nichts anderes als eine Neuauflage des alten Traums des Gesetzespositivismus, durch hyperspezifische Regulierung eine vollständige und lückenlose Rechtsordnung ohne Ermessensspielräume in der Einzelfallanwendung zu schaffen – einschließlich der hier nochmals potenzierten Gefahr eines *summum ius, summa iniuria*.<sup>140</sup> Doch dieser Traum ist, wie gesehen, schon aus sprachphilosophischen Gründen zum Scheitern verurteilt, und daran wird sich jedenfalls im Grundsätzlichen auch durch noch so elaborierte Modelle digitaler Typenprofilierung als Basis personalisierter Verhaltenssteuerung nichts ändern, weil *jede* faktische Situation *jeder* Normbildung, und sei sie noch so komplex, an Komplexität immer noch *um Dimensionen* überlegen ist. Es ist ein fundamentaler Irrtum, dass die Steigerung von Beschreibungskomplexität zwingend zu geringeren Deutungsspielräumen führt – tatsächlich ist oft genau das Gegenteil der Fall.<sup>141</sup> Man erinnere sich noch einmal an *Wittgensteins* Problem des Regelfolgens. Der unendliche Regelregress, also die Frage, woher man denn weiß, was eine konkrete Regel in einem konkreten Einzelfall genau bedeuten soll, lässt sich auch durch noch so große algorithmische Komplexität nicht auflösen, auch wenn genau dahin natürlich das Versprechen künstlicher Intelligenz geht: dass Maschinen auf der Grundlage von immer ausgefeilterem *pattern matching* irgendwann in der Lage sein werden, menschliches Verhalten aufgrund rein statistischer Gesetze besser vorauszusagen und zu steuern, als die konkret handelnden Individuen selbst dies können.<sup>142</sup> Dennoch ist es bisher noch keiner künstlichen Intelligenz gelungen, das unversiegbare Reservoir unberechenbarer natürlicher Kreativität und situativer Kontingenz auszutrocknen, auch wenn dies nur ein schwacher Trost sein mag angesichts einer realen Praxis selbstlernender Algorithmen, die Entscheidungen inzwischen in vielen Lebensbereichen ebenso wirkmächtig wie unsichtbar prägen

**139** Vgl. AUER, Erkenntnisziel (Anm. 40), S. 63.

**140** Eingehend zu den mit algorithmischen Entscheidungsmechanismen verbundenen Problemen der Diskriminierung und Zementierung von Ungleichheit CATHY O'NEILL, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2016; VIRGINIA EUBANKS, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, 2018.

**141** Diese Suggestion findet sich bei CASEY/NIBLETT (Anm. 128), S. 1 ff.; SUNSTEIN (Anm. 122), S. 48 f.; DEMS., *Choosing* (Anm. 122), S. 157 ff. Tatsächlich generieren algorithmische Entscheidungsmechanismen jedoch vielfach eine auf digitalen Artefakten basierende Scheinobjektivität, die an der Realität vorbeigeht. Zur Kritik vgl. Anm. 140; zum „analogen“ Problem des Gerechtigkeitsdefizits formal realisierbarer Regeln AUER, *Materialisierung* (Anm. 7), S. 47 ff. sowie vorstehend bei Anm. 29.

**142** Zu „*pattern matching*“ und der daraus folgenden „digitalen Entmündigung“ RAINER MÜHLHOFF, *Digitale Entmündigung und User Experience Design. Wie digitale Geräte uns nudgen, tracken und zur Unwissenheit erziehen*, *Leviathan – Journal of Social Sciences* 46 (2018), S. 551 ff.

und dabei unweigerlich die Gefahr nichtjustizialer Diskriminierung und Willkür in sich tragen.<sup>143</sup> Limitierende Grundgegebenheit des menschlichen Lebens – und zwar sowohl hinsichtlich der Chancen als auch der Risiken jedes selbstauferlegten technologischen Totalitarismus – bleibt aber am Ende dennoch die natürliche, nicht die künstliche Intelligenz, die physische Lebensumwelt, die kontingente Körperlichkeit des Menschen.

Was wird also geschehen? Die – heuristisch nach wie vor bedeutsame – Unterscheidung von Regeln und Standards wird nicht verschwinden. Wohl aber ist es möglich, dass sich ein neues Gleichgewicht zwischen Regeln und Standards in der Weise herausbildet, dass gerade *wegen* der größeren Präzision ebenso wie potenzierten Fehleranfälligkeit digitaler und granularer Regulierung künftig *mehr* kompensatorische Standards und Generalklauseln nötig sein oder sich – wie bereits aus der historischen Erfahrung bekannt – vermehrt gerade durch richterliche Normbildung entwickeln werden.<sup>144</sup> Dies lässt wiederum erwarten, dass sich das Verhältnis von legislativer und judikativer Normsetzung längerfristig noch stärker in die Richtung der letzteren verschieben wird, als das bereits heute der Fall ist.

## 2 Richterliche Rechtserzeugung und Regulierung

Dies wirft abschließend ein Schlaglicht darauf, dass sich schon in der gegenwärtigen Rechtsordnung eine zunehmende Strukturverschiebung weg von abstrakt-formalen Verkehrsregeln in die Richtung von immer mehr materialen, selbstbewusst sozial-normativen Regulierungszielen beobachten lässt. Das Neue daran ist, dass hinter letzteren nicht mehr der alte individualprivatrechtliche Grundwiderspruch zwischen Strenge und Billigkeit steht, sondern vielmehr eine allgemeine rechtspolitische Entwicklung weg von Recht als Form des privaten Interessenausgleichs hin zu seinem instrumentellen Einsatz als Mittel öffentlicher Regulierung im Sinne von Verhaltenssteuerung im Allgemeinwohlinteresse.<sup>145</sup> Zu den Konsequenzen gehören auch hier – Hand in Hand mit der Entwicklung öffentlicher und privater digitaler Steuerungsformen sowie granularen Rechts – die zunehmende Verschleifung bisher konzeptionell getrennter Rechtsinstitutionen und Funktionen, namentlich von Legislative, Judikative und Exekutive ebenso wie von öffentlichem Recht und Privatrecht.<sup>146</sup> Wie lässt sich diese Beobachtung aber konkret belegen? Empirische Beweise sind schwierig zu erbringen, weil es sich bei dem Trend zur Regulierung ebenso wie bei dem zur abstrakt-normsetzenden richterlichen Rechtserzeugung nicht um eine quantitative,

---

<sup>143</sup> Vgl. vorstehend Anm. 140.

<sup>144</sup> Zum relativen Bedeutungszuwachs von Standards auch CASEY/NIBLETT (Anm. 128), S. 4 f.

<sup>145</sup> Zum Begriff ausführlich HELLGARDT (Anm. 82), S. 15 ff., insbesondere S. 50.

<sup>146</sup> Zu letzterem GERHARD WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Private – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, ACP 206 (2006), S. 352, 422 f. sowie erneut DERS. (Anm. 16), S. 161 ff.

sondern vielmehr um eine qualitative, kulturell-stilistische Frage der Funktion des Rechts und deren Reflexion in der Rechtswissenschaft handelt.

Was letztere anbelangt, lassen sich indessen eine ganze Reihe von aussagekräftigen Indizien dafür anführen, dass sich gerade in jüngerer Zeit ein Wandel vollzogen hat. Ein erstes Stichwort ist die sogenannte „neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ der vergangenen zwei Jahrzehnte, die den Schwerpunkt ihrer Forschungstätigkeit ihrer Selbstdefinition nach gezielt „mehr und mehr von einer anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ verlagert hat.<sup>147</sup> Die Schwerpunktverlagerung hin zur Regulierung und zu entsprechend gewandelten Selbstbeschreibungen wissenschaftlicher Feld- und Methodendefinitionen lässt sich inzwischen aber auch in anderen Rechtsgebieten beobachten. So wird der Topos der Verhaltenssteuerung jüngst auch in der Privatrechtswissenschaft entdeckt und zunehmend großflächig als legitime, ja zentrale Privatrechtsaufgabe beschrieben.<sup>148</sup> Ist das nun alles nur eine *façon de parler*, viel Lärm um ein zudem im Bereich der Verwaltungsrechtswissenschaft historisch belastetes Modeschlagwort,<sup>149</sup> oder steckt mehr dahinter? Nach hier vertretener Auffassung steckt tatsächlich mehr dahinter, nämlich ein selbstverstärkender, stiländernder Prozess, der die gesamte Rechtsordnung und Rechtswissenschaft ergreift und an dessen Ausgangspunkt wieder einige alte Bekannte stehen: das Unionsrecht, das schon seiner Selbstdefinition nach Regulierungsrecht ist,<sup>150</sup> sowie ein zu erneuter Blüte gelangtes regulatorisches, rechtspaternalistisches Selbstverständnis politischer und juristischer Diskurse, das aktuell geprägt ist von Methodenansätzen wie etwa der Verhaltensökonomik mit ihrem ganz unverhohlenen Anspruch, die unbewussten psychologischen Prozesse der Normunterworfenen ohne äußeren Zwang und ergo freiwillig in den Dienst allgemeiner Steuerung hin zu einer „besseren“ im Sinne von besser steuerbaren Gesellschaft zu stellen.<sup>151</sup> All das hat in den vergangenen Jahren

---

**147** ANDREAS VOßKUHLE, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, S. 1, 19 (§ 1 Rn. 15); vgl. auch HELLGARDT (Anm. 82), S. 45 ff.

**148** Grundlegend WAGNER (Anm. 146), S. 352 ff.; aus jüngerer Zeit repräsentativ HELLGARDT (Anm. 82); DÖRTE POELZIG, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012; JENS-UWE FRANCK, Marktordnung durch Haftung, 2016; CHRISTIAN HEINZE, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2016 sowie WAGNER (Anm. 16), S. 161 ff. m.w.N.

**149** Das „Neue“ (zu dem sich die Zivilrechtswissenschaft bisher nicht namentlich bekannt hat) hatte nicht zuletzt in der Reformrhetorik des NS-Verwaltungsrechts einen guten Klang; kritisch dazu KLAUS FERDINAND GÄRDITZ, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Martin Burgi (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2017, S. 105, 113 ff.

**150** Dazu ausführlich HELLGARDT (Anm. 82), S. 176 ff.

**151** Allgemein RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, 2008; CASS R. SUNSTEIN, Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism, 2014; zu einer treffenden Kritik nur JEREMY WALDRON, It's All for Your Own Good, The New York Review of Books vom 9.10.2014, <https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

eine Diskursverschiebung in der Rechtswissenschaft bewirkt, die auf die Dauer für das richterliche Selbstverständnis nicht ohne Folgen bleiben wird.

Zusammenfassend und abschließend lässt sich jedenfalls konstatieren, dass sich das sprach- und normtheoretisch unabweisbare Phänomen der richterlichen Rechtserzeugung nicht nur zunehmend von der Streitentscheidung zur abstrakt-generellen Normbildung verlagert, sondern auch vom individualrechtlichen Interessenausgleich zur verhaltenssteuernden, gemeinwohlorientierten Regulierung – und all das mehr denn je jenseits der hergebrachten Kategorien Bindung, Freiheit und Methode.

## IV Thesen

Die Ergebnisse des Beitrags lassen sich in knapper Thesenform – anstelle eines weiteren Ausblicks auf die unwägbara Zukunft des Richters ebenso wie des Rechts im Digitalzeitalter – wie folgt zusammenfassen:

1. Richterbindung und Richterfreiheit treten sowohl im Bereich von Regeln als auch von Standards, Prinzipien und Generalklauseln ineinander verschränkt auf. Richterbindung bezeichnet keine Eigenschaft einer bestimmten Normsatzqualität, sondern beschreibt das an den Richter gerichtete Gebot zur rationalen Rekonstruktion der Rechtsordnung anhand des gegebenen Einzelfalls.
2. Common Law und Unionsrecht bekräftigen ein Verständnis der richterlichen Aufgabe als Rechtserzeugung jenseits von Richterbindung und Richterfreiheit und unabhängig von den methodischen Grenzen, die durch den Lückenbegriff, die Dichotomie von Auslegung und Rechtsfortbildung, die Wortlautgrenze und das *contra-legem*-Verbot im Sinne der deutschsprachigen Tradition der juristischen Methodenlehre abgesteckt werden.
3. Richterliche Rechtserzeugung verlagert sich von der Streitentscheidung zur Normbildung und vom individualrechtlichen Interessenausgleich zur verhaltenssteuernden, gemeinwohlorientierten Regulierung. Dabei handelt es sich um ein allgemeines, rechtsordnungsübergreifendes Phänomen, das in enger Verbindung mit aktuellen Ansätzen zur Schaffung granularer und personalisierter Rechtsformen auf digitaler Grundlage steht.

# Diskussion zum Vortrag von Marietta Auer

Leitung: FRANK SCHORKOPF

SCHORKOPF:

Danke, Frau Auer, für Ihre inspirierenden Überlegungen, ich habe schon die ersten Meldungen und nehme jetzt gleich Herrn Eichenhofer dran.

EICHENHOFER:

Ich habe mich gemeldet, weil ich mich mit Ihrem ersten Satz beschäftigen möchte, der sehr gut war. Warum ist die Methodenlehre aus Sicht der Richter uninteressant? Weil die Methodenlehre eine Frage traktiert, die die Richter für ihre Fallentscheidungen nicht brauchen, und die Frage, die sie brauchen, nicht traktiert. Die Methodenlehre traktiert die Frage: Trifft der Normsatz den Fall? Und der Richter fragt: Wie ist der Fall vor dem Hintergrund einer wachsenden Zahl von Normsätzen zu entscheiden? Herr Schorkopf hat das gestern schön gesagt: Die Rechtserkenntnis ist der Versuch, das Recht in seiner Konkretheit vor dem Hintergrund einer Vielzahl von Normsätzen zu bestimmen. Diese Normsätze werden aber immer zahlreicher, weil die Rechtsordnung sich ausdifferenziert. Das BGB selbst wird durch Verfassungsrecht, durch Europarecht, durch Völkerrecht in seinem Verständnis beeinflusst. Rechtsfindung hat heute nichts mehr zu tun mit der Überprüfung, ob ein Normsatz den Fall trifft, sondern zunächst einmal mit der Prüfung der Frage, welche Normsätze überhaupt relevant sind, und dies zieht eine Fülle von Folgefragen nach sich. Was Sie zum jüdischen Recht gesagt haben, was Sie zum Common-Law-Recht sagen, reflektiert genau dieses Phänomen, dass wir, wenn wir über Recht, über Rechtsfragen entscheiden, nicht über den Bedeutungsgehalt eines Normsatzes nachdenken, sondern über die Relevanz und den Inhalt unendlich vieler Normsätze.

SCHORKOPF:

Danke, ich nehme noch Herrn Kirchhof dazu.

KIRCHHOF:

Wir leben in einer Zeit moderner Rechtsquellenvielfalt: Gemeinderecht, Landesrecht, Bundesrecht, Europarecht, regionales Völkerrecht, Völkerrecht. Mit dieser Vielfalt müssen wir zurechtkommen. Leider kann ich Ihren Folgerungen in Teilen nicht zustimmen und halte sie für gefährlich. Wenn wir das Primat des Gesetzesrechts und damit auch das Primat des Primärrechts auf europäischer Ebene schwächen, sind der Gesetzesstaat, die Demokratie und die Gewaltenteilung in Gefahr. Hier stoßen wir auf ein ganz wichtiges juristisches Prinzip: das Regel-Ausnahme-Verhältnis. Wenn Sie uns sagen, dass „Keine Fahrzeuge im Park“ eine unklare Regel ist, weil es 50 problematische Fälle geben kann, dann sage ich Ihnen, die gibt es immer, aber es ist

trotzdem eine glasklare Norm: Kein PKW, kein Bus und kein Motorrad sollen in den Park fahren. Zentral sind die kategorialen Trennungen von Auslegung und Rechtsfortbildung, Richterbindung und Richterfreiheit, Gesetzesnähe und Gesetzesferne. Die Herausforderung ist, angesichts von Problemfeldern bessere Gesetze zu erlassen. Wir sollten nicht die Gesetzesbindung lockern, sondern die Qualität der Gesetze verbessern. Es geht um rationale Verallgemeinerung und damit um einen schwierigen Denkprozess. Treffende Verallgemeinerungen, die in Regelbeispielen zu konkretisieren sind, geben den Richtern beides, eine allgemeine Regel und konkrete Regelbeispiele, an die Hand, mit denen sie arbeiten können.

AUER:

Vielen Dank, ich fange mit der Frage von Herrn Kirchhof an. Ich habe mit keinem Wort den Primat des Gesetzesrechts angezweifelt. Ich habe im Gegenteil mit *Hermann Kantorowicz* betont, dass das Gesetz als Rechtsquelle den Primat habe. Die Frage ist nur, was daraus folgt. Ich gebe Ihnen bezüglich des Regel-Ausnahme-Verhältnisses völlig Recht. Aufgabe meines Vortrags war es aber zu beschreiben, inwieweit es Schwierigkeiten gibt und wo wir Tendenzen erkennen, wohin sich das Ganze verlagert. Ich habe nicht behauptet, dass durch das Europarecht eine Rechtsquellenbeliebigkeit eingetreten sei, allerdings ist sehr wohl eine entsprechende Tendenz erkennbar. Über Auslegung und Rechtsfortbildung sollte man rechtsvergleichend nachdenken. Warum verzichten eigentlich andere Rechtsordnungen wie die französische auf diese Unterscheidung? Man kann Beispiele finden, wo sich die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung auch den Studierenden nicht vernünftig erklären lassen, etwa die Anwendung von § 181 BGB auf den GmbH-Gesellschafter oder Formvorschriften des Bürgschaftsrechts und ihre Ausnahmen. Das sind Fälle, die wir als Rechtsfortbildung bezeichnen würden, obwohl sie sich quasi aus dem Gesetz herauslesen lassen. Wenn Sie jetzt sagen, dass § 138 BGB dagegen Fälle der Auslegung betrifft, sind Sie in dieser Generalklausel-Diskussion, die zu überhaupt keinem Ergebnis führt. Das sind nicht operable Methoden und da ist es nötig, gerade im rechtsvergleichenden europäischen Kontext die Frage zu stellen, ob das wirklich das letzte Wort der Methodenlehre sein kann.

Ich sehe auch den Untergang des Abendlandes nicht unmittelbar bevorstehen. Der Richter ist nach wie vor gebunden, fühlt sich gebunden, soll gebunden sein, aber die Frage ist: Fühlt er sich heute anders gebunden als noch vor 20 oder vor 50 Jahren? Hat sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegenüber der des Reichsgerichts Wesentliches geändert? Gerade in europarechtlichen Fragen kann man einen Unterschied sehen, wenn wir das Verbrauchsgüterkaufrecht oder das Arbeitsrecht betrachten. Aber eigentlich vertreten wir gar nicht so viel Unterschiedliches. Es ist ein Paradox. Ich habe mir die Frage gestellt: Gibt es eigentlich irgendeine belastbare Kategorie der juristischen Methodenlehre? Es gibt sie theoretisch nicht und praktisch gibt es sie letztlich doch, das ist das Paradoxe daran.

Herr Eichenhofer, vielen herzlichen Dank, das würde ich genauso unterschreiben. Es ist zunächst eine Tatsache, dass, wenn wir eine rein nationale Rechtsordnung anschauen, wir zu jedem Prinzip auch ein Gegenprinzip haben, zu jeder Regel auch eine Gegenregel. Die Frage ist: Wie stellt sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Konfliktfall dar? Das Ganze ist nun noch komplexer dadurch geworden, dass wir eine Mehr-Ebenen-Rechtsordnung betrachten. Mit jeder Frage, die Sie jetzt nicht nur als inhaltliche Abwägung zwischen Prinzip und Gegenprinzip, sondern auch noch als eine Frage auf verschiedenen Ebenen betrachten können, potenziert sich die Offenheit des Sprachspiels, so dass sich die Frage einer konkreten Abwägung zwischen dieser und jener Regel gar nicht mehr rational stellen lässt. Das Ziel dessen, was ich versucht habe zu schildern, ist, wie sich dieses Gefühl eines Navigierens im pluralistischen Rechtsraum beschreiben lässt.

SCHORKOPF:

Herr Behrends bitte.

BEHREND:

Ich möchte eine Bemerkung zu dem Gegensatz von Regel und Prinzip machen, da ich aus Ihrem Vortrag den Eindruck gewonnen habe, dass aus der Perspektive der Rechtsprechung, die im Wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der Richterfreiheit, der schöpferischen Tätigkeit und der Verhaltenssteuerung betrachtet wird, die grundlegende Bedeutung des Regelhaften nicht hinreichend in den Blick tritt und einseitig auf die konkretisierungsbedürftigen, unvermeidlich mehrere Möglichkeiten enthaltenden Prinzipien geschaut wird. Daher ein Wort zugunsten der Regel.

Die Fälle, die regelhaft zu entscheiden sind, sind für den Richter Dienst am Recht und haben darin ihre Würde, nicht in einem hier nicht in Betracht kommenden, Entscheidungen fordernden, wertgeleiteten Schöpferischen. Wenn eine formal begründete und beweisbare Forderung geltend gemacht wird, dann ist der Gang vor Gericht im Wesentlichen ein Weg zu einem vollstreckbaren Titel. Es geht nur um die formal definierten Voraussetzungen einer Berechtigung. Anders wird es, wenn der Forderung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengesetzt wird. Dann geht es in der Tat um konkret-situationelle Verhaltenssteuerung oder Verhaltenskontrolle, die die Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls und die Ausübung eines wertgeleiteten, einfühlenden Rechtsgefühls verlangt. Es geht nicht mehr um den Schutz einer formalen Berechtigung. Es ist ein Unterschied von sehr grundsätzlicher, rechtsstaatlicher Tragweite. Privatrechtliche Berechtigungen und Rechtsstellungen sowie öffentlich-rechtliche Kompetenzen sind auf Dauer angelegte Verantwortungsräume. Dass ihre Ausübung der Verhaltenskontrolle unterliegt, ändert daran nichts. Die Verhältnismäßigkeit des Einsatzes der Polizei ist ein situationell-kontrollierendes Prinzip, das von ihrer formal bestimmten Zuständigkeit getrennt ist. Ebenso ist die Ausübung des Eigentums und anderer Berechtigungen situationell nach Verhaltensprinzipien begrenzt, ohne die Zuständigkeit zu nehmen. Berechtigungen haben daher grund-

sätzlich mit Verhaltenssteuerung nichts zu tun, sondern bestehen auch ohne Ausübung und unterliegen dann keiner Kontrolle. Würde eine Rechtsordnung die regelhaft zu entscheidenden Fragen, wer Staatsbürger eines Landes, Eigentümer oder verheiratet ist, der Disposition eines situationell entscheidenden Richters unterwerfen, wäre alle Rechtssicherheit aufgelöst. Mit gutem Grund ist die Feststellung einer regelhaften Berechtigung eine intellektuelle, keine wertende Aufgabe. Denn es geht um etwas Formelles. Für sie gilt *Rudolf von Jherings* Erkenntnis: „Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit und die geborene Feindin der Willkür.“ Ein Richter, dessen höchster Maßstab die künstlerische Schöpferkraft ist und der daher unglücklich wäre, wenn er „nur“ etwas Regelhaftes festzustellen gehabt hätte, würde einem bedenklichen Richterbild anhängen. Das war, was ich zugunsten der in unserer Rechtskultur tief verankerten Unterscheidung zwischen regelhaft geordneten Berechtigungen und den die Ausübung kontrollierenden Werten, die prinzipiell sind, gerne ergänzend beisteuern wollte.

SCHORKOPF:

Herr Rottleuthner bitte.

ROTTLEUTHNER:

Erstmal kurz zu dieser Unterscheidung von Regeln und Prinzipien. Ich sehe sie nicht bloß rechtskulturell verankert, wie Herr Behrends, sondern die Unterscheidung gefällt mir sehr, weil sie in Grundprozeduren der Mathematik, der Logik und der Theorie jeder empirischen Wissenschaft ganz tief verankert ist. Sie haben gesagt, dass Sie die Generalklausel nicht als Delegationsformel oder Delegationsnorm verstehen wollen. Das würde ich so nicht sagen wollen. Zunächst käme es mir immer auf die Intention des Gesetzgebers an, setzt er Generalklauseln etwa ganz bewusst ein, um eine Entscheidung an die Justiz zu delegieren. Der Gesetzgeber hat sicherlich, indem er § 242 ins BGB aufnahm, nicht daran gedacht, wie 1924 das Reichsgericht davon Gebrauch machen wird. Das Reichsgericht hat die Generalklausel dann einfach benutzt, weil sie im Gesetz vorhanden war. Ich denke, die Delegationsformel macht eher in der Unterscheidung zwischen methodologischen Problemen Sinn, das heißt des begründeten Umgangs mit bestimmten Begriffen, Gesetzen und Normenkomplexen sowie staatstheoretischen Fragen des Verhältnisses von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Dann behandelt man nicht den methodisch geordneten Umgang mit Begriffen wie „Treu und Glauben“, sondern schaut auf die Kompetenzordnung – und das halte ich für einen ganz wesentlichen Aspekt.

SCHORKOPF:

Ich würde gerne noch Herrn Vec dazu nehmen.

VEC:

Vielen Dank, das war ein sehr eindrucksvoller Vortrag. Wenn man sagt, die Staatsfunktionen nähern sich einander an, wer kontrolliert dann eigentlich die Richter? Wir

müssen deren politische Funktion akzeptieren. Dann kommt man auf interessante Folgefragen, die sehr konkret sind; zum Beispiel haben wir bei der Gesetzgebung Transparenzprinzipien und Legitimation durch Verfahren. Bei den Richtern sieht das anders aus. Wir haben in den letzten 250 Jahren aufgeklärte Richterbilder etabliert. Die Verhandlungen müssen beispielsweise öffentlich sein, daher kommt sehr viel Legitimation. Jetzt ist es aber so, dass es nach wie vor gerade beim deutschen Richterbild blinde Flecken gibt. Der deutsche Richter ist im internationalen Vergleich ein Richter, der sich als Experte geriert, und deswegen werden bestimmte Aspekte gerade nicht offengelegt, etwa die internen Beratungen des Richterkollegiums, und das finden wir rechtspolitisch gut. Sollen wir das analog zum Parlament womöglich dann auch offenlegen? Ich habe das immer für sehr unwahrscheinlich gehalten, bis ich gelernt habe, dass es am Brasilianischen Supreme Court genauso ist. Die Richter verhandeln intern öffentlich und es wird live im Internet gestreamt. Das hängt mit brasilianischer Politik und dort mit der abweichenden Richterrolle in einem sehr politischen Umfeld zusammen. Es verleiht dem Richter eine höhere Legitimität, weil man andere Funktions-Erwartungen an ihn hat. Mich würde es sehr interessieren, welche rechtspolitischen Forderungen aus dieser Wahrnehmungsverschiebung, aber auch aus den Funktionsverschiebungen wohl folgen.

AUER:

Ich fange mit der letzten Frage an. Das halte ich für einen interessanten Vorschlag. Ich begrüße keineswegs, dass sich die Richterrolle verschiebt oder dass sich Funktionen verschleifen oder dass wir Recht nur noch aus einer Regulierungsmentalität heraus betrachten. Aber wenn es so ist, dann stellt sich die Frage, ob mehr Offenheit nicht tatsächlich eine Herangehensweise wäre. Wir hatten ja gestern den Vortrag über die Richterbilder und da hatte ich die Frage gestellt, warum oder wann wir dazu gekommen sind, das, was der Richter macht, nicht mehr abbilden zu können. Wir haben gestern auch vielfach diskutiert, dass das Recht durch seine Technizität diesen „Langweil-Faktor“ hat, und es gibt diese ganz bewusst eingebauten Nichtsichtbarkeiten. Ob man das abbauen könnte, erscheint allerdings schwierig.

Herr Rottleuthner, die Generalklausel als Delegationsnorm ist ein vielschichtiges Thema. Die Delegationsfunktion kann man als faktische Funktion verstehen oder man kann sie mit einem legitimierenden Aspekt versehen, so dass Entscheidungen auf der Grundlage von Generalklauseln dadurch, dass diese Teil des Gesetzes sind, zugleich normativ gerechtfertigt sind. Bei § 138 BGB gab es in den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine ausführliche Diskussion darüber, ob man nicht dem Richter damit zu viel Freiheit gebe. Andererseits wurde argumentiert, dass man gerade deswegen die Generalklausel brauche, um eine solche Öffnung zu schaffen. Natürlich kann man die Generalklausel als bewusste Delegationsnorm einsetzen, aber das ist eben nicht zwingend. Das Problem verschiebt sich nur um eine Ebene. Es handelt sich dann nicht mehr um eine Begriffsfrage, sondern um eine Kompetenzfrage, aber auf der Kompetenzebene stellt sich genau das gleiche Problem: Ist die Kompetenzver-

schiebung zulässig? Ob man etwa die Anwendung von § 242 BGB als Frage der Auslegung von „Treu und Glauben“ deutet oder ob man fragt: „Ist der Richter ermächtigt oder ist er nicht ermächtigt oder hat er sich selbst ermächtigt, eine bestimmte Entscheidung zu treffen?“, das ist letztlich dasselbe Problem in zwei unterschiedlichen Verkleidungen, wobei die methodische Frage in beiden Fällen ungelöst bleibt.

Herr Behrends, ich stimme Ihnen zu. Prinzipien würde ich als die Werte definieren, die der Ausübung von Berechtigungen zugrunde liegen. Woran ich mich aber störe, und das geht an Herrn Rottleuthner, ist die rechtstheoretische Überhöhung der Differenzierung zwischen Regeln und Prinzipien. Dabei akzeptiere ich, dass sich eine begriffliche und pragmatische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien treffen lässt. Nur ist es nicht funktional, daraus eine kategoriale rechtstheoretische Entweder-oder-Unterscheidung zu konstruieren. Ebenso ist auch die Unterscheidung zwischen Ordinal- und Kardinalskalen insoweit keine kategoriale, als sie nichts über die Qualität der zugrundeliegenden Daten aussagt, sondern nur zwei unterschiedliche Darstellungsweisen beschreibt.

SCHORKOPF:

Herr Jansen bitte.

JANSEN:

Ich möchte zunächst einmal für den Vortrag danken, dem ich in fast allen Punkten zustimme. Was mich allerdings überrascht hat, ist das Festhalten an der Unterscheidung zwischen echten Rechtsquellen und anderen Autoritäten. Wie kleinlich ist es, wenn man dem Richter sagt, dass seine Präjudizien keine Rechtsquelle, sondern von anderer Autorität sind. Wenn wir Richterrecht als Rechtsquelle anerkennen, befreien wir ihn von der Last, zu sagen: „50 Jahre Judikatur waren falsch“. Stattdessen würde man sagen: „Wir entscheiden diese Frage heute begründet anders“. Das ist genau das, was wir brauchen, das ist ein Transparenzgewinn, der alle – ohnehin nur scheinbaren – Demokratiekosten weit überwiegt.

SCHORKOPF:

Herr Schröder bitte.

SCHRÖDER:

Ich habe mit großem Vergnügen zugehört, habe aber zwei kritische Anmerkungen, die erste zu *Hermann Kantorowicz*. *Kantorowicz* hat 1906 die *contra-legem*-Entscheidung auch für den Fall befürwortet, dass – nach Auffassung des Richters – der Gesetzgeber heute anders entscheiden würde. Man mag sagen, dass darin ein richtiger Kern liegt, etwa im Sinne des „cessante razione cessat lex ipsa“, so auch später *Philipp Heck*. Aber so weit wie ursprünglich *Kantorowicz* geht in der Zulassung von *contra-legem*-Entscheidungen doch kaum ein Zeitgenosse. Dass *Kantorowicz* nun als konsequenter Verteidiger des Gesetzes von Ihnen hofiert wird, das geht mir ein bisschen gegen den Strich.

Meine zweite Anmerkung knüpft an das an, was Herr Jansen gerade gesagt hat. Sie sprechen im Zusammenhang mit dem Richterrecht von bloßer Rechtserkenntnisquelle. Ich möchte dringend warnen vor diesem Wort „Rechtserkenntnisquelle“. Es wird schon gar nicht einheitlich verwendet. Es gibt Kollegen, die „Rechtserkenntnisquelle“ im Sinne von „Rechtsquelle im engeren Sinn“, also als Erscheinungsform des Rechts wie Gesetz und Gewohnheitsrecht, verstehen. Wenn man es so sieht, dann benötigt man das Wort „Rechtserkenntnisquelle“ überhaupt nicht, sondern kann gleich von Recht sprechen. Nennt man aber das Richterrecht eine „bloße“ „Rechtserkenntnisquelle“ (unterhalb des Rechts im strengeren Sinne), dann fragt sich, was damit überhaupt gemeint sein soll. „Rechtserkenntnisquelle“ ist so etwas wie ein Fundort des Rechts; so hat es wohl auch *Peter Liver* verstanden, der meines Wissens diesen unglücklichen Ausdruck geprägt hat. Was erkennen oder finden wir denn aber durch den Richterspruch? Nicht das Präjudiz als Recht, denn dann wäre der Richterspruch schon selbst Recht. Vielleicht das Gesetz und das Gewohnheitsrecht? Aber dazu brauchen wir keinen Richterspruch. Die Rede vom Richterrecht als „Rechtserkenntnisquelle“ ist meines Erachtens verwirrend und unklar und steht einer unbefangenen Analyse nur im Weg. Oder sehen Sie die Dinge so, wie *Josef Esser* sie gesehen hat, nämlich dass „Recht“ immer nur das Gesetz in seiner aktuellen Interpretation ist? Das hätte dann schon etwas mehr für sich, aber dann wäre der Richterspruch nicht nur „Erkenntnisquelle“, sondern eben schon wieder das Recht selbst. Ich würde auf jeden Fall darauf bestehen, dass wir den Begriff „Rechtsquelle“ beibehalten, dass wir ihn vernünftig definieren nach Gegenstand, nach Geltungsbereich etc. und dass wir ihm nicht aus bloßer Verzweiflung „irgendwie“ auch das Richterrecht zuordnen. Ich meine, man muss sehen, dass wir die Probleme mit dem Richterrecht einem massiven Einbruch der sozialen Wirklichkeit in unser rechtstheoretisches System verdanken und dass wir bisher keine Instrumente gefunden haben, diesen Einbruch wirklich zu verarbeiten.

AUER:

Ich lese *Kantorowicz* anders: Er sagt 1906, der Richter habe *contra legem* zu entscheiden, für den Fall, dass das Gesetz keine Regelung vorsieht, oder auch dann, wenn das Gesetz heute aus der Sicht des Auslegenden nicht mehr so tragbar sei. Meine These zu *Kantorowicz* ist, dass sich gerade darin seine Ernstnahme des Gesetzes offenbart, dass er dem Richter die volle Verantwortung dafür auferlegt, zu entscheiden, ob das selbstverständlich zu beachtende Gesetz aus heutiger Sicht einer Korrektur bedarf.

Zum zweiten Thema "Rechtserkenntnisquelle": Ich stimme Ihnen und Herrn Jansen vollkommen zu, dass dieser Begriff rechtstheoretisch unfruchtbar ist, und habe ihn in meinem Vortrag auch nur als ein Beispiel für eine solche unfruchtbare und letztlich nicht weiterführende Begriffsbildung gebraucht. In der Sache bin ich wie Sie der Auffassung, dass man vom Richterrecht als Rechtsquelle sprechen muss, jedenfalls soweit dieser Begriff überhaupt sinnvoll ist – meine Zweifel daran habe ich in meinem Vortrag ebenfalls geäußert.



Anne Röthel\*

# Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung

## Muster und Entwicklungslinien im jüngeren Familienrecht

- I Konturierung der Fragestellung
- II Zugriffsmuster im jüngeren Familienrecht
  - 1 Leistungsgrenzen quantitativer Annäherungen
  - 2 Richterliche Paradigmenwechsel
    - a) Nichteheliche Lebensgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft
    - b) Wechselmodell als Umgangsregel
    - c) Unterhaltspflicht kraft Zustimmung zur heterologen Insemination
    - d) Anerkennung im Ausland durchgeführter Leihmutterchaften
    - e) Zwischenstand
  - 3 Richterliche Erstbewältigung mit gesetzlicher Bestätigung
    - a) Auskunftsanspruch für den Scheinvaterregress
    - b) Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung
  - 4 Gesetzlich korrigierte richterliche Erstbewältigung
    - a) Nachehelicher Betreuungsunterhalt
    - b) Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen
  - 5 Richterliche Verweisungen auf gesetzliche Bewältigung
    - a) Personenstand intersexueller Personen
    - b) Güterrechtlich privilegierter Erwerb
    - c) Unterbringungsähnliche Maßnahmen an minderjährigen Kindern
    - d) Anfechtungssperre bei sozial-familiärer Beziehung
    - e) Öffnung der Ehe
- III Einige Beobachtungen
  - 1 Typizitäten
  - 2 Entwicklungsrichtung
    - a) Langfristige Zunahme gesetzlicher Bewältigung
    - b) Mögliche Erklärungen
      - aa) Generelle Vorzüge gesetzlicher Bewältigung
      - bb) Verfassungsgerichtliche Akzentuierung gesetzlicher Bewältigungen
      - cc) Zunahme gesetzlich besser bewältigbarer Ungewissheitslagen
  - 3 Bewältigungsformen
    - a) Mehrphasige Bewältigungsverläufe
    - b) Rezeptionen und Bezugnahmen
- IV Schlussfolgerungen

---

\* Herrn wiss. Mit. Philipp Poitiers, LL.B., danke ich für die wertvolle Unterstützung bei der Gestaltung der Nachweise. Das Manuskript wurde im August 2018 fertiggestellt. Die Überlegungen beziehen sich auf den Beobachtungszeitraum bis einschließlich 2017.

## I Konturierung der Fragestellung

Unser Oberthema „Gesetz und richterliche Macht“ bezeichnet eine zentrale Architekturfrage von rechtsstaatlichen Ordnungen: das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Dabei klingt in der Wendung „richterliche Macht“ ein Unbehagen an, dass sich die Gewichte zu sehr in Richtung Rechtsprechung verschoben haben könnten. Dieser mitgegebenen These soll im Folgenden nachgegangen werden.

Es gibt keinen Sachbereich des Rechts, an Hand dessen sich nicht Aussagen darüber gewinnen ließen, welche Anteile Rechtsprechung und Gesetzgebung an der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen haben<sup>1</sup> und wie sich ihr Verhältnis dabei gestaltet. Dieser „thematischen Totalität“<sup>2</sup> lässt sich nicht ausweichen, aber wir können ihr begegnen, indem wir uns der Relativität jeweils aufgesammlter Befunde bewusst bleiben. Mit diesem *caveat* werden die Überlegungen im Folgenden auf das jüngere Familienrecht beschränkt. Abgesehen von kontingenten Gründen empfiehlt sich das Familienrecht auch deshalb, weil es sich um ein Rechtsgebiet handelt, das kontinuierlich mit der Verarbeitung von Neuem zu tun hat: Wertewandel, veränderte Lebensformen, demographische Umbrüche, neue reproduktive Verfahren, gesellschaftliche und rechtliche Veränderungen in den uns umgebenden Rechtsordnungen, Auswirkungen globaler disruptiver Ereignisse.<sup>3</sup> Wenn wir uns dafür interessieren, wie Rechtsprechung und Gesetzgebung Ungewissheitslagen verarbeiten, wird die Wahl eher auf ein dynamisches Rechtsgebiet fallen. Darüber hinaus hat das Familienrecht in diesem Zusammenhang den Vorzug, dass es noch weitgehend nationales Recht ist, so dass wir in der Beobachtung, wer die Akteure des Familienrechts sind, wie sie gesellschaftliche Ungewissheitslagen bewältigen und wie sie dabei miteinander umgehen, etwas über Stil und Kultur unserer Rechtsordnung erfahren können, ohne dass wir Verhaltensmuster nur darauf zurückführen müssten, dass es Rechtsprechung und Gesetzgebung um die Verwirklichung europarechtlicher Setzungen gegangen ist.

---

**1** Daher ist auch das Interesse für gesellschaftliche Ungewissheitslagen im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht neu; siehe schon HARALD KINDERMANN, Rechtliche Regelungen als Resultat gesellschaftlicher Konflikte, dargestellt an zwei Beispielen aus der Entstehungsgeschichte des BGB, in: Jürgen Rüdig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 560.

**2** Begriff nach CHRISTIAN BUMKE, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: DERS. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 4.

**3** Siehe schon ROSEMARIE NAVE-HERZ, Wandel und Kontinuität in der Bedeutung, in der Struktur und Stabilität von Ehe und Familie in Deutschland, in: DIES. (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der Familie in Deutschland: Eine zeitgeschichtliche Analyse, 2002, S. 45; JUTTA LIMBACH, Ehe und Recht im Wandel der Zeiten, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Private Law. national – global – comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer, 2011, S. 1079; DIETER SCHWAB, Familienrecht im Umbruch, FamRZ 1995, S. 513 sowie noch unten, III.2.b.cc.

Die Durchsicht des jüngeren Familienrechts wird zunächst erweisen, dass im Verhältnis von Gesetzgebung und ordentlicher Gerichtsbarkeit keine signifikante Verschiebung zugunsten der Rechtsprechung stattgefunden hat (s. unten Ziff. II). Wir werden einen auf gesellschaftlichen Konsens bedachten, abwartenden Gesetzgeber kennen lernen, aber auch auf einen entschlossen entscheidenden Gesetzgeber treffen. In ähnlich vielen Nuancen und Schattierungen begegnet die Rechtsprechung, die zuweilen Neuland für deutsches Recht betritt, mitunter weite Rechtsbereiche selbst zu Regeln ausformen muss, ganz häufig aber darauf bedacht ist, dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen. Gleichwohl lässt sich festhalten: Die langfristige Entwicklungsrichtung geht in Richtung gesetzlicher Bewältigung. Dabei haben mehrgliedrige Entwicklungspfade zugenommen. Wir werden viele Beispiele für Regelbildungen finden, die mehrere Etappen durchlaufen und von mehreren Akteuren gestaltet werden, die sich rezipieren, bestätigen oder korrigieren (s. unten Ziff. III).

## II Zugriffsmuster im jüngeren Familienrecht

### 1 Leistungsgrenzen quantitativer Annäherungen

Um ein näheres Bild davon zu gewinnen, welche Rolle Rechtsprechung und Gesetzgebung jeweils im Familienrecht bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen zukommt, wäre zunächst eine *quantitative* Annäherung denkbar. Wir könnten für einen ausgewählten Zeitraum – etwa seit 1990 bis heute – ermitteln, wie viele familienrechtsgestaltende Gesetze in diesem Zeitraum verabschiedet wurden und dies in Verhältnis zur Rechtsprechung setzen.

Das Ergebnis würde für den Zeitraum von 1990 bis 2017 wie folgt aussehen: Es sind etwa 60 familienrechtsbezogene Gesetze in Kraft getreten, es ergingen bei vorsichtiger Zählung 27 in die amtliche Sammlung aufgenommene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) mit familienrechtlichem Bezug<sup>4</sup> und 308 in BGHZ aufgenommene Entscheidungen des XII. Zivilsenats.

---

<sup>4</sup> BVerfGE 84, 9 – Namensrecht; BVerfGE 84, 168 – gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge bei nichtehelichen Kindern; BVerfGE 85, 80 – ungleicher Instanzenzug für Unterhaltsstreitigkeiten; BVerfGE 90, 262 – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; Anfechtung der Ehelichkeit durch volljährig gewordenes Kind; BVerfGE 92, 158 – Recht des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters bei Adoption des nichtehelichen Kindes durch seine Mutter oder deren Ehemann; BVerfGE 103, 89 – Ehevertrag; BVerfGE 104, 373 – Namensrecht; BVerfGE 105, 1 – Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei der Bemessung nahehelichen Unterhalts; BVerfGE 105, 313 – eingetragene Lebenspartnerschaft; BVerfGE 107, 150 – § 1626a BGB „derzeit verfassungsgemäß“; BVerfGE 108, 82 – Anfechtungs-/Umgangsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters; BVerfGE 109, 256 – Namensrecht (durch frühere Eheschließung erworbener Name als neuer Ehepartner); BVerfGE 117, 202 – Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammungsverhältnisse; BVerfGE 118, 45 – § 1615I BGB verfassungswidrig;

Die reinen Fallzahlen sagen allerdings wenig bis nichts darüber aus, wer welchen Beitrag zur Bewältigung einer gesellschaftlichen Ungewissheitslage hatte und wie Gesetzgebung und Rechtsprechung dabei vorgegangen und miteinander umgegangen sind. Es wird uns nicht wundern, dass wir mehr Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) als Gesetze vorfinden.<sup>5</sup> Und auch für die Gesetzgebung werden Aussagen, die sich ohne materiale Gewichtung allein auf quantifizierende Angaben stützen, zwangsläufig irreführend sein.<sup>6</sup>

Daher wird im Folgenden ein anderer Weg eingeschlagen. Wir werden den mühsameren Weg gehen und im Einzelnen anhand ausgewählter Ungewissheitslagen versuchen, uns ein Bild davon zu machen, welche Anteile Rechtsprechung und Gesetzgebung an ihrer Bewältigung haben. Dabei steht die ordentliche Gerichtsbarkeit im Vordergrund.<sup>7</sup> Das Erkenntnisinteresse geht dahin, Einsichten über Befriedungsleistungen, die Entwicklungsrichtung und die Art und Weise des Miteinanders von Rechtsprechung und Gesetzgebung zu erhalten.

Bei der Durchsicht des jüngeren Familienrechts treffen wir auf vier Zugriffsmuster in der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen: erstens Fälle weitgehenden Alleinhandelns der Rechtsprechung ohne einen signifikanten Beitrag des Gesetzgebers („richterliche Paradigmenwechsel“, s. unter Ziff. 2), zweitens Fälle, die zunächst von der Rechtsprechung allein bewältigt werden, dann aber vom Gesetzgeber eine Bestätigung erfahren (s. unter Ziff. 3), drittens Fälle, in denen der Gesetzgeber eine vorausgegangene richterliche Bewältigung korrigiert (s. unter Ziff. 4) und

---

BVerfGE 121, 69 – Umgangspflicht; BVerfGE 124, 199 – eingetragene Lebenspartnerschaft und Beamtenrecht; BVerfGE 126, 400 – eingetragene Lebenspartnerschaft und Steuerrecht; BVerfGE 127, 123 – § 1626a BGB verfassungswidrig; BVerfGE 128, 193 – Dreiteilungsmethode verfassungswidrig; BVerfGE 131, 239 – eingetragene Lebenspartnerschaft und Beamtenrecht; BVerfGE 133, 40 – Sukzessivadoption bei eingetragenen Lebenspartnern; BVerfGE 133, 112 – medizinische Zwangsbehandlung eines unter Betreuung stehenden im Maßregelvollzug Untergebrachten; BVerfGE 135, 48 – behördliche Anfechtung der Vaterschaft; BVerfGE 136, 382 – Berücksichtigung naher Verwandter bei der Auswahl eines Vormundes; BVerfGE 138, 377 – Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter; BVerfGE 140, 65 – Unvereinbarkeit des Betreuungsgesetzes mit Art. 72 Abs. 2 GG; BVerfGE 141, 186 – isolierte Feststellung der Vaterschaft; BVerfGE 142, 313 – Zwangsbehandlung nicht einsichtsfähiger Betreuer.

<sup>5</sup> Genauso schon die Beobachtung zu dem unterschiedlichen Umfang des „Materials“ von Rechtsprechung und Gesetzgebung bei ROLF WANK, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 201: „Während der Gesetzgeber von 1949 bis 1965 43.463 Seiten Bundesgesetzblatt produziert hat, füllt die Rechtsprechung allein der amtlichen Sammlungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes von 1951 bis 1965 165 Bände mit etwa 72.000 Seiten.“

<sup>6</sup> Siehe die Hinweise auf die Schwächen jeder nur-quantifizierenden Annäherung an die Gesetzgebung von HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 132 f.: „Irreführung“.

<sup>7</sup> Zur Rolle des BVerfG noch unten, II.3 sowie III.2. Siehe im Übrigen FRANK SCHORKOPF, Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente (in diesem Band S. 81 ff.) und zur Rolle des EGMR bereits EVA SCHUMANN, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht, in: DIES. (Hrsg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum. 17. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2015, S. 163.

schließlich viertens Fälle, in denen die Rechtsprechung von einer eigenen Bewältigung bewusst absieht, sondern auf den Gesetzgeber verweist (s. unter Ziff. 5).<sup>8</sup>

## 2 Richterliche Paradigmenwechsel

Wenn wir im Folgenden einige Beispiele für weitgehende Alleinbewältigung durch die Rechtsprechung durchmustern, bewegen wir uns in dem Bereich, der methodisch und verfassungsrechtlich gemeinhin als richterliche Rechtsfortbildung erfasst wird. Für kodifikationsorientierte kontinentale Juristen gehen von diesem Bereich die größten Spannungen aus. Ihre Legitimation findet richterliche Rechtsfortbildung nach verbreiteter Auffassung in Unzulänglichkeiten („Lücken“) des Gesetzes, sei es aufgrund des „Alterns der Kodifikationen“ und veränderten Problemlagen, sei es weil sich später herausstellt, dass Rechtsfragen überhaupt nicht geregelt sind, die sich aber als regelungsbedürftig erweisen.<sup>9</sup> Auf diese Gründe treffen wir auch im Familienrecht. Sie lassen sich weiter präzisieren: Familienrechtstypische Ungewissheitslagen, die in der Praxis zu richterlicher Alleinbewältigung führen, verweisen auf Motivbündel, die sich mit gesellschaftlichem Wandel, dem Umgang mit Innovationen sowie Globalisierungsfolgen zusammenfassen lassen. Die Fälle, in denen die Rechtsprechung eine Ungewissheitslage allein bewältigt, sind allerdings nicht so häufig, wie es das weit verbreitete Bild von der starken Rechtsprechung im Familienrecht<sup>10</sup> mög-

**8** Eine ähnliche Typisierung findet sich bei WANK (Anm. 5), S. 241 ff., der für die Fachgerichte folgende „Möglichkeiten richterlichen Vorgehens“ unterscheidet: (1) „non-liquet-Entscheidungen“, d.h. einen Rechtsstreit wegen Untätigkeit des Parlaments nicht zu entscheiden; (2) „Vogel-Strauß-Politik“, d.h. sich auf den Standpunkt zu stellen, dass es allein ihre Aufgabe sei, die geltenden Gesetze anzuwenden; (3) „Pilatus-Politik“, d.h. das aus ihrer Sicht unangemessene Gesetz anzuwenden und zugleich darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber es an einer gerechten Wendung habe fehlen lassen; (4) „Änderungsappell“; (5) „Änderungsappell mit Fristsetzung“; (6) „Richterliche Rechtsfortbildung“ und schließlich (7) als Unterfall der richterlichen Rechtsfortbildung die „verfassungskonforme Auslegung“.

**9** Siehe nur BVerfGE 34, 269, 291 f. – Soraya; im Weiteren siehe CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983; KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 187 ff.; BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER/AXEL BIRK, Rechtslehre, 9. Aufl. 2016, Rn. 822 ff.

**10** Dieses Bild von der starken richterrechtlichen Prägung des Familienrechts gründet sich vor allem auf zwei Phänomene: erstens auf den großen Bereich, der der Rechtsprechung durch offene Tatbestände überlassen ist, etwa bei der Unterhaltsbemessung und bei der Bestimmung des Kindeswohls, und zweitens auf die Inhaltskontrolle von Eheverträgen, dazu auch noch eingehend unter Ziff. III.2.a – Gesetzeskonkretisierung und Inhaltskontrolle sind zwar wichtige Ausprägungen richterlicher Rechtsarbeit im Familienrecht. Sie sind im Zusammenhang mit der Frage, wie gesellschaftliche Ungewissheitslagen bewältigt werden und ob wir dabei unangemessener Richtermacht begegnen, aber weniger aussagekräftig als Sachbereiche, bei denen die Rechtsprechung eine gesellschaftliche Ungewissheitslage ohne solche gesetzlichen oder verfassungsgerichtlichen Aufträge, sondern eigeninitiativ durch richterlichen Paradigmenwechsel entscheidet. – Dies soll nicht verdecken, dass die

licherweise glauben machen will. Aus jüngerer Zeit lassen sich insbesondere anführen: die Aufwertung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Rechtsgemeinschaft (s. unter Ziff. 2.a), die Loslösung vom Residenzmodell als Leitbild in der Betreuung von Kindern getrenntlebender Eltern (s. unter Ziff. 2.b), die Begründung von Unterhaltspflichten durch Einverständnis in eine heterologe Insemination (s. unter Ziff. 2.c) und die abstammungsrechtliche Anerkennung von im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften (s. unter Ziff. 2.d).

### a) Nichteheliche Lebensgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft

Bis heute sind nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht gesetzlich geregelt. Sie werden punktuell miterfasst, etwa im Mietrecht (§ 549 Abs. 2 Nr. 2 BGB), im Haftungsrecht (§ 844 Abs. 3 S. 2 BGB), im Sozialrecht (§ 20 SGB XII: „eheähnliche Gemeinschaft“), im Versicherungsrecht (§ 86 Abs. 3 VVG: „häusliche Gemeinschaft“)<sup>11</sup>, in den Prozessordnungen (z.B. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und im Gewaltschutzgesetz (§ 2 Abs. 1 GewSchG). Ansonsten steht das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter der Federführung des BGH und ist im Wesentlichen ein Werk der Rechtsprechung. Bereits in den 1980er Jahren hatte der BGH damit begonnen, punktuell einzelne gesetzliche Vorschriften analog auf nichteheliche Lebensgefährten anzuwenden.<sup>12</sup> Eine Trendwende erfolgte im Jahr 2008, als der BGH die zuvor nur für Ehegatten ausgeprägten richterlichen Billigkeits-Ausgleichsmechanismen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage und Nichterreichen eines Leistungszwecks ausdrücklich für das Scheitern nichtehelicher Lebensgemeinschaften öffnete.<sup>13</sup> Bis dahin hatte der BGH angenommen, dass es sich, wenn sich Partner zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschließen, „um einen rein tatsächlichen Vorgang [handele], der keine Rechtsgemeinschaft begründe“.<sup>14</sup> Hiervon ist der BGH abgerückt und stützte sich dabei insbesondere auf die „Bedürfnisse der Praxis“ sowie auf veränderte Einsichten in die Wirklichkeit von nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Angesichts der hohen Scheidungsquoten könne es nicht länger überzeugen, so der BGH, davon auszugehen, dass in nichtehelichen Lebensgemeinschaften das Scheitern der Lebensge-

---

Meinungen darüber, ob eine offene Tatbestandsbildung, wie sie im Familienrecht verbreitet ist, eine kluge legislatorische Strategie darstellt, auseinandergehen, siehe einerseits UWE DIEDERICHSEN, Die Flucht des Gesetzgebers aus der Verantwortung, 1974, andererseits KARSTEN SCHMIDT, Die Zukunft der Kodifikationsidee – Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts, 1985, S. 43 f.

**11** Siehe BGHZ 180, 272.

**12** Siehe für § 1093 Abs. 2 BGB BGHZ 84, 36 und für § 1969 BGB OLG Düsseldorf, FamRZ 1983, S. 274, 275; abgelehnt allerdings für § 116 Abs. 6 SGB X durch BGHZ 102, 257 und für § 1362 BGB durch BGHZ 170, 187.

**13** BGHZ 177, 193.

**14** Siehe nur BGHZ 177, 193, 201 f. unter Hinweis auf die frühere Rspr. des XII. Zivilsenats in BGHZ 176, 262, 267 sowie BGHZ 77, 55, 59; BGH, NJW-RR 1996, 1473; BGH, FamRZ 1997, S. 1533, 1534; BGH, FamRZ 2004, S. 94.

meinschaft „bewusst in Kauf genommen [werde]“.<sup>15</sup> Hierbei ist es seither geblieben.<sup>16</sup> Die Anerkennung nachpartnerschaftlicher Ausgleichsansprüche ohne vertragliche Grundlage ist im Schrifttum als Verrechtlichung der faktischen Lebensgemeinschaft wahrgenommen worden.<sup>17</sup> Auch wird in jüngerer Zeit zunehmend für eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft plädiert.<sup>18</sup>

### **b) Wechselmodell als Umgangsregelung**

Ein weiteres Beispiel für eine richterliche Bewältigung einer gesellschaftlichen Ungewissheitslage betrifft die Anordnung geteilter Betreuung nach dem sogenannten Wechselmodell. Es geht darum, ob Gerichte auch gegen den Willen eines Elternteils im Rahmen einer Umgangsregelung (§ 1687 BGB) anordnen können, dass das Kind in etwa gleich viel vom Vater und von der Mutter in deren Haushalt betreut werden soll. In den letzten Jahren ist diese Frage immer wieder bis zu den Oberlandesgerichten gedungen. Die Oberlandesgerichte lehnten es zunächst einhellig ab, gegen den Willen eines Elternteils eine Betreuungsregelung nach Art eines Wechselmodells zu treffen.<sup>19</sup> Abgesehen von inhaltlichen Bedenken, ob das Wechselmodell dem Kindeswohl entsprechen könne, ging es dabei auch um die Frage, ob dies überhaupt vom Gesetzgeber eröffnet sei. Das OLG Nürnberg ordnete das Wechselmodell „rechtssystematisch“ dem Sorgerecht zu und sah „deshalb keine Möglichkeit, im Rahmen des Umgangsrechts ein paritätisches Wechselmodell anzuordnen.“<sup>20</sup> § 1684 BGB biete dafür „keine Grundlage“, so die Begründung.<sup>21</sup> Dagegen wandte sich der BGH im Jahr 2017 und entschied unter Auseinandersetzung mit Wortlaut und Systematik, dass

**15** BGHZ 177, 193, 205 f.; anders noch BGHZ 176, 262, 269: Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft sei „schon ihrer Definition nach nicht auf Dauer angelegt“.

**16** Siehe inzwischen BGHZ 183, 242; BGH, FamRZ 2009, S. 849; BGH, FamRZ 2011, S. 1563; BGH, FamRZ 2013, S. 1295; BGH, FamRZ 2014, S. 1547.

**17** MARTIN LÖHNIG, Das Unterhaltsrecht der faktischen Partnerschaft, NJW 2016, S. 1487.

**18** In Einzelfragen NINA DETHLOFF, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 67. DJT 2008, A 131 ff.; umfassend KLAUS SCHUMACHER, Zum gesetzlichen Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften, FamRZ 1994, S. 857; DIETER MARTINY, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht, in: Jens Scherpe/Nadjma Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 79, 98.

**19** OLG Nürnberg, FamRZ 2016, S. 2119, 2120; OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S. 1473 (Lts.); OLG Schleswig, FamRZ 2016, S. 1945 (Lts.); OLG Jena, FamRZ 2016, S. 2122; OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, S. 1736; OLG Hamm, FamRZ 2012, S. 1883; OLG Naumburg, FamRZ 2015, S. 764; OLG Nürnberg, FamRZ 2011, S. 1803, 1804.

**20** OLG Nürnberg, FamRZ 2016, S. 2119, 2120. Zusätzlich schiebt der Senat hinterher: „Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht im Übrigen keine Verpflichtung des Gesetzgebers, bei fehlender Eignigkeit der Eltern eine paritätische Betreuung als Regelfall vorzusehen.“

**21** So die Begründung von OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S. 1473; siehe im Ergebnis auch OLG Schleswig, FamRZ 2016, S. 1945; schon OLG Stuttgart, FamRZ 2007, S. 1266; OLG Koblenz, FamRZ 2010, S. 738.

sich eine solche Beschränkung gerade nicht aus dem Gesetz ergebe: „Eine gerichtliche Umgangsregelung, die im Ergebnis zu einer gleichmäßigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern im Sinne eines paritätischen Wechselmodells führt, wird vom Gesetz nicht ausgeschlossen“, heißt es in den Leitsätzen der Entscheidung.<sup>22</sup>

Lösen wir uns von den damit verbundenen inhaltlichen Fragen, insbesondere der Frage danach, unter welchen Umständen die Anordnung des Wechselmodells auf einseitigen Antrag eines Elternteils dem Kindeswohl entspricht, so treffen wir auf einen BGH, der hier gerade einen Systemwechsel angestoßen hat. Während dem Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes von 1998 bei der Gestaltung von Sorge- und Umgangsrecht das sogenannte Residenzmodell mit einem Betreuungs- und einem Umgangselternteil als Leitbild gedient hatte,<sup>23</sup> erweitert der BGH hier eigeninitiativ<sup>24</sup> den richterlichen Gestaltungsspielraum auch in solchen Fällen in Richtung Wechselmodell, in denen aufgrund der Alleinsorge eines Elternteils die Gerichte bislang davon ausgegangen waren, dass ein Wechselmodell nicht im Rahmen des umgangsrechtlich und damit gesetzlich Möglichen lag. Die unausgesprochene Vorstellung, dass Umgang denklösig immer weniger als die Hälfte sein müsse, wird damit ausdrücklich aufgegeben. Während die ersten Oberlandesgerichte auf diese Linie eingeschwenkt sind und nun den richterlichen Gestaltungsspielraum betonen,<sup>25</sup> hat sich der Deutsche Familiengerichtstag vehement gegen den BGH gestellt. Zwar sei es zutreffend, dass das Verhältnis von Sorgerecht und Umgangsrecht „de lege ferenda vom Gesetz [sic] überprüft werden [müsse]“. „Durch einen bloßen terminologischen Etikettenwechsel“ könne „eine solch schwerwiegende Umgestaltung der elterlichen Sorgerechtsbeziehungen“ aber nicht erreicht werden.<sup>26</sup> Im Jahr 2015 hatte der Familiengerichtstag in Bezug auf das Wechselmodell allerdings noch keinen gesetzlichen

---

**22** BGHZ 214, 31 (Lts. 1).

**23** Siehe Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags (DFGT), Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, S. 1157; genauso die Begründung des OLG Brandenburg, FamRZ 2012, S. 1886 (Lts.); OLG Koblenz v. 6.2.2014 – 7 UF 797/13; siehe auch OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S. 1473; dagegen STEPHAN HAMMER, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, S. 1433, 1436: Dem Gesetzgeber sei bei Einführung des § 1687 BGB das Wechselmodell als Betreuungsform, ausweislich der entsprechenden Rechtstatsachenerhebung, durchaus bekannt gewesen (BT-Drucks. 13/4899, S. 36 f.).

**24** Eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit bestand hier nicht, weil – wie das BVerfG bereits im Jahr 2015 entschieden hatte – der Gesetzgeber „seinen verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum nicht dadurch [überschreitet], dass er die Anordnung paritätischer Betreuung nicht als Regelfall vorsieht“, siehe BVerfG, FamRZ 2015, S. 1585 (Lts. 1).

**25** Siehe nur OLG Stuttgart, NJW-RR 2017, S. 1284 f.: „Der Gesetzgeber hat keine konkreten Regelungen hinsichtlich der Art oder des Umfangs der Kontakte getroffen. Auch eine Vorgabe, in welchem Umfang ein Umgang maximal angeordnet werden kann, enthält das Gesetz nicht.“

**26** Stellungnahme des Vorstands des Deutschen Familiengerichtstags (DFGT) vom 9.3.2017, FamRZ 2017, S. 584, 585.

Handlungsbedarf gesehen.<sup>27</sup> Dies mag erklären, warum sich der Gesetzgeber bislang<sup>28</sup> in dieser Frage zu keiner Klarstellung veranlasst sah, der BGH sich aber – auch dank der verfassungsrechtlichen Betonung des Gestaltungsspielraums<sup>29</sup> – umgekehrt dazu ermutigt gefühlt haben dürfte, diesen leitbildgestaltenden Paradigmenwechsel durch Richterspruch zu verwirklichen und damit ganz maßgeblich zur gesellschaftlichen Umbewertung paritätischer nachpartnerschaftlicher Kindesbetreuung beizutragen.

### c) Unterhaltspflicht kraft Zustimmung zur heterologen Insemination

Familienrechtliche Ungewissheitslagen sind häufig mit Innovationen verbunden. Im Familienrecht ging es dabei immer wieder um den Umgang mit neuen reproduktiven Verfahren. Ein Beispiel für eine solche innovationsbedingte Ungewissheitslage, die von der Rechtsprechung weitgehend allein zu bewältigen war, betrifft die Begründung von Unterhaltspflichten nach Durchführung einer heterologen Insemination.

Die heterologe Insemination ist vom Gesetzgeber – anders als die Leihmutter-schaft und die Eizellspende<sup>30</sup> – nicht verboten worden. Bereits in den 1980er Jahren hatte die Rechtsprechung dann mit ersten Fällen zu tun, in denen ein Ehemann, zumeist nach der Trennung von der Mutter, seine Vaterschaft anfechten wollte, insbesondere um seiner Unterhaltspflicht zu entgehen. Es verging noch einige Zeit, bis der Gesetzgeber im Jahr 2002 durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz<sup>31</sup> das Anfech-

---

27 „Nicht geboten ist allerdings die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die richterliche Anordnung eines Wechselmodells auch ohne entsprechenden Elternkonsens“, siehe DFGT, FamRZ 2014, S. 1157, 1167. Diese Einschätzung dürfte allerdings maßgeblich darauf beruhen, dass der DFGT die richterliche Anordnung des Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils ohnehin als nicht kindeswohl-dienlich einschätzte. Für gesetzliche Regelungen aber etwa HILDEGUND SÜNDERHAUF, Wechselmodell, 2013, S. 492 ff.; MALLORY VÖLKER/MONIKA CLAUSIUS, Sorge- und Umgangsrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 324.

28 Siehe aber den Beschluss TOP I.1. der 88. Konferenz der (Landes-) Justizministerinnen und Justizminister vom 21./22.6.2017. Sie sprechen sich u.a. „dafür aus zu prüfen, ob und ggf. welche gesetzlichen Regelungen zum Wechselmodell geboten sind.“ Einen Regelungsvorschlag unterbreitet EVA SCHUMANN, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 61 ff. Danach sollen Gerichte ausdrücklich dazu ermächtigt werden, auf Antrag eines Elternteils das von diesem vorgeschlagene Betreuungsmodell anzuordnen, „wenn dieses unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der Interessen der Eltern dem Wohle des Kindes am besten entspricht.“ (§ 1626 Abs. 2 S. 1 BGB-Reformvorschlag).

29 BVerfG, FamRZ 2015, S. 1585, 1586; siehe auch BVerfG, FamRZ 2018, S. 593 – erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen Nichtanordnung des Wechselmodells. Den gesetzlichen Gestaltungsspielraum betont auch GABRIELE BRITZ, Ausgewählte Verfassungsfragen umgangs- und sorgerechtlicher Streitigkeiten beim Elternkonflikt nach Trennung, FF 2015, S. 387, 390: Das BVerfG habe „in Frage gestellt, aber nicht entscheiden müssen, ob die bisweilen vertretene Annahme zutrifft, die Anordnung paritätischer Betreuung gegen den Willen eines Elternteils sei von Verfassung wegen ausgeschlossen.“

30 Siehe § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, dazu noch unten, II.2.d.

31 Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz) vom 9. April 2002, BGBl. I, S. 1239.

tungsrecht des Ehemannes, der einer heterologen Insemination zugestimmt hatte, gesetzlich ausschloss (zunächst § 1600 Abs. 2 BGB, jetzt § 1600 Abs. 4 BGB). Bis dahin hatten die Gerichte versucht, das an sich eröffnete Anfechtungsrecht wegen unzulässiger Rechtsausübung, also gestützt auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu versagen.<sup>32</sup> Inzwischen ist zwar geregelt, dass der einer ärztlich durchgeführten heterologen Insemination zustimmende Ehemann seine aufgrund der Ehe erlangte Vaterstellung nicht mehr durch Anfechtung beseitigen kann. Nach wie vor nicht geregelt sind allerdings die Folgen einer heterologen Insemination, die auf Wunsch eines nicht verheirateten Paares durchgeführt wird und bei der die Vaterschaft nicht anerkannt worden ist. Dann trifft den zustimmenden Partner mangels rechtlicher Vaterstellung keine *ex lege* eintretende gesetzliche Unterhaltspflicht.

Bereits im Jahr 1995 hatte der BGH allerdings aus dem Einverständnis in die heterologe Insemination einen „von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten berechtigenden Vertrag zugunsten der aus der Insemination hervorgehenden Kinder“ hergeleitet, der den Zustimmenden „verpflichtet, für den Unterhalt der Kinder wie ein leiblicher Vater zu sorgen.“<sup>33</sup> Dem zuvor in Rechtsprechung und Schrifttum geäußerten Einwand, aus der Zustimmung zu einer heterologen Insemination könne nur der Gesetzgeber eine Unterhaltsrechtsfolge herleiten,<sup>34</sup> stellte sich der BGH ausdrücklich entgegen: „Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung schließt die Annahme einer vertraglichen Verpflichtung nicht aus.“ Denn der Gesetzgeber habe

weder die Voraussetzungen geregelt, unter denen eine heterologe Insemination stattfinden darf, noch die Rechtsfolgen, die sich aus einer mit Zustimmung [...] erfolgten heterologen Insemination für die Beteiligten ergeben. [...] Dieser Zustand wird von dem Senat als unbefriedigend empfunden. Solange eine gesetzliche Regelung fehlt, kann die Lösung aber nicht darin bestehen, dass dem Ehemann, der durch seine Zustimmung zur heterologen Insemination die Geburt des Kindes entscheidend mitveranlasst hat, aus allgemeinen Gerechtigkeitsüberlegungen die Möglichkeit eröffnet wird, sich durch eine – von Fällen des Missbrauchs abgesehen – in seinem Belieben stehende Anfechtungsklage seiner Verantwortung für das Kind zu entziehen.<sup>35</sup>

Diese Rechtsprechung, die der BGH zunächst anhand eines Falles entwickelt hatte, in dem eine gesetzliche Unterhaltspflicht noch durch Anfechtung der Vaterstellung beseitigt werden konnte,<sup>36</sup> hat der BGH im Jahr 2015 für einen Fall bestätigt, in dem

<sup>32</sup> Siehe AG Lüdenscheid, NJW 1986, S. 784, 785; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, S. 762, 763. Enger BGHZ 87, 169, 177 f.: Zwar könne die Befugnis zur Erhebung einer Vaterschaftsanfechtungsklage im Einzelfall nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein. Eine solche Treuwidrigkeit ergebe sich aber nicht allein schon daraus, dass der Ehemann der heterologen Insemination zugestimmt habe.

<sup>33</sup> BGHZ 129, 297, 302.

<sup>34</sup> OLG Hamm, NJW 1994, S. 2424, 2425; HEINZ HOLZHAUER, Gentechnik und künstliche Fortpflanzung, FamRZ 1986, S. 1162, 1164.

<sup>35</sup> BGHZ 129, 297, 304 f.

<sup>36</sup> Bei der von BGHZ 129, 297 zu entscheidenden Fallkonstellation wurde die heterologe Insemination auf Wunsch eines Ehepaares durchgeführt. Inzwischen waren die Ehegatten geschieden; noch hatte der Vater die – damals noch mögliche – Anfechtung seiner Vaterstellung nicht betrieben. Der BGH

den Zustimmenden mangels Eheschließung oder Anerkennung von vornherein keine rechtliche Vaterstellung traf.<sup>37</sup> Inzwischen mehren sich die rechtspolitischen Vorschläge, die für diese Fälle dem Gesetzgeber eine abstammungsrechtliche Bewältigung nahelegen, sei es dass der in eine heterologe Insemination Einwilligende *ex lege* die Vaterstellung erwirbt,<sup>38</sup> sei es dass er gerichtlich als Vater festgestellt werden kann.<sup>39</sup>

#### **d) Anerkennung im Ausland durchgeführter Leihmutterschaften**

In jüngerer Zeit mehren sich Beispiele für familienrechtliche Ungewissheitslagen, die sich grob als Bewältigung von Globalisierungsfolgen zusammenfassen lassen. Gemeint sind Sachverhalte, die als Inlandssachverhalt entweder nicht praktisch werden oder jedenfalls gesetzlich geregelt sind, die dann aber als Auslandssachverhalte (erneut) an das deutsche Recht herantreten.

Mit einer solchen Situation hatte der BGH im Jahr 2014 zu tun, als darüber zu entscheiden war, ob eine nach kalifornischem Recht vom Superior Court gerichtlich bestätigte Elternschaft des biologischen Vaters und seines Lebenspartners für ein Kind, das von einer Leihmutter geboren wurde, auch nach deutschem Recht anzuerkennen ist. Der BGH entschied im Sinne der Wunscheltern, bejahte also die Anerkennung der kalifornischen Entscheidung und verneinte einen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* (§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG).<sup>40</sup> Damit relativierte der BGH de facto das für Inlandsfälle vom Gesetzgeber im Jahr 1997 abstammungsrechtlich<sup>41</sup> und strafrechtlich<sup>42</sup> abgesicherte Verbot der Leihmutterschaft, obwohl der deutsche Gesetzgeber die „Verhinderung von Leihmutterschaften“ zu seinem ausdrücklichen

---

stellte mit dieser Entscheidung klar, dass ungeachtet des Ergebnisses der Anfechtungsklage eine vertragliche Unterhaltspflicht bestünde.

**37** BGHZ 207, 135, 137 f.

**38** Dafür etwa TOBIAS HELMS, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. DJT 2016, F 18 ff.

**39** So der Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht, siehe BMJV (Hrsg.), Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017, S. 59 ff. (These 41, angenommen mit 11:0:0).

**40** BGHZ 203, 350, 358 ff.

**41** Siehe § 1591 BGB („Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat“), neugefasst durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997, in Kraft getreten zum 1. Juli 1998. Dazu heißt es: „In § 1591 BGB-E wird für die Fälle der Ei- oder Embryonenspende klargestellt, dass Mutter des Kindes im Rechtssinne allein die Frau ist, die das Kind geboren hat. Diese Regelung ist im Interesse der Vermeidung einer ‚gespaltenen‘ Mutterschaft, insbesondere von Leihmutterschaften in der Form der ‚Ammenmutterschaft‘, geboten“ (BT-Drucks. 13/4899, S. 52).

**42** Siehe §§ 13c, 14 Adoptionsvermittlungsg; wer entgegen dem Verbot des § 13c AdoptVermG „Ersatzmutterschaften“ vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Siehe weiter § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer „es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.“

Ziel erklärt hatte:<sup>43</sup> „Ersatzmutterchaften werden von der Rechtsordnung missbilligt, weil sie der Werteordnung des Grundgesetzes widersprechen“.<sup>44</sup>

Angesichts dieser klaren und dezidierten Haltung im Umgang mit Leihmutterchaften hat der BGH mit seiner Entscheidung einen Paradigmenwechsel vorgenommen, dessen Kontroversalität ihm nur zu bewusst war. Entsprechend ausführlich sind die Urteilsgründe. Der BGH führt zwei Erwägungen an. Erstens beruhen die Gesetzesmotive für das Verbot von Leihmutterchaften „vorwiegend auf generalpräventiven Erwägungen“. Davon unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt dadurch, „dass ungeachtet der bezweckten Verhinderung eine Leihmutterchaft im Ausland in erlaubter Weise durchgeführt worden und nunmehr auch das Kind als Rechtsträger in die Betrachtung einzubeziehen ist.“<sup>45</sup> Und zweitens stützt sich der BGH auf „neuere Gesetzesentwicklungen“, mit denen inzwischen sowohl eine tatsächliche Lösung der mütterlichen Elternverantwortung als auch eine dauerhafte abstammungsrechtliche Zuordnung zu einem Wunschvater eröffnet worden ist.<sup>46</sup> Im Übrigen schrieb der BGH die sich andeutende Linie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) fort.<sup>47</sup>

Gerade weil sich der Gesetzgeber so eindeutig für ein inländisches Verbot von Leihmutterchaften ausgesprochen hatte, mag man eine schnelle Gegenreaktion des Gesetzgebers im Sinne eines „Machtworts“ erwartet haben. Tatsächlich wurde von vielen Seiten nach dem Gesetzgeber gerufen, sei es um Leihmutterchaften auch für Inlandsfälle zu regeln, sei es um eine Kindeswohlgerechte Durchsetzung des Leihmutterchaftsverbots in Auslandsfällen sicherzustellen.<sup>48</sup> Obwohl also von vielen Seiten „dringender Handlungsbedarf“ angemeldet wurde, und obwohl sich in den nach-

**43** BT-Drucks. 13/4899, S. 82: „Diese klare Regelung dient auch der Verhinderung von Leihmutterchaften.“ Dieselbe Motivlage lässt sich an der Begründung zum ESchG in BT-Drucks. 11/5460, S. 8 ablesen: „Der Entwurf ist bestrebt, der Embryonenspende wie den verschiedenen Formen der Ersatzmutterchaft schon im Vorfeld zu begegnen.“

**44** Siehe Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, BT-Drucks. 11/4154, S. 1.

**45** BGHZ 203, 350, 364.

**46** BGHZ 203, 350, 366 f. unter Hinweis auf die vertrauliche Geburt (§§ 25 ff. Schwangerschaftskonfliktgesetz, beruhend auf dem Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt vom 28. August 2013, BGBl. I, S. 3458) und den Anfechtungsausschluss bei konsentierter heterologer Insemination (§ 1600 Abs. 5 BGB, beruhend auf dem Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten [Kinderrechteverbesserungsgesetz] vom 9. April 2002, BGBl. I, S. 1239).

**47** BGHZ 203, 350, 363 unter Hinweis auf EGMR (26.6.2014 – Rs. 65192/11, Menesson) und EGMR (26.6.2014 – Rs. 65941/11, Labassée), FamRZ 2017, S. 444 ff.; kritisch dazu CHRIS THOMALE, Mietmutterchaft, 2015, S. 74: „konventionsinspirierte Selbstbindung“.

**48** Siehe nur HELMS (Anm. 38); NINA DETHLOFF, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, S. 922, 931; BETTINA HEIDERHOFF, Rechtliche Abstammung im Ausland Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673, 2676 f.; MARTIN LÖHNIG, Die Leihmutterchaft in der aktuellen Rechtsprechung, NZFam 2017, S. 546, 550; MARINA WELLENHOFER, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1591 BGB, Rn. 24; THOMALE (Anm. 47), S. 84 ff.

folgenden untergerichtlichen Entscheidungen<sup>49</sup> genauso wie in der sogleich lebhaft entflammten akademischen Debatte schnell gegenläufige Vorverständnisse, ethische Polarisierungen und paradigmatische Verfestigungen abzeichneten,<sup>50</sup> hat es die Leihmutterchaft bislang nicht auf die Agenda des Gesetzgebers geschafft. Ganz bewusst wurde sie im Jahr 2017 vom Arbeitskreis Abstammungsrecht ausgeklammert.<sup>51</sup> Dies ist auch deshalb bemerkenswert, weil das Abstammungsrecht als statusorientiertes Recht ansonsten zu den legislativ geprägten Bereichen unserer Rechtsordnung gehört (dazu noch Ziff. III.1).

### e) Zwischenstand

Ist es der Rechtsprechung in diesen Fällen gelungen, mit ihren Paradigmenwechseln die Rechtslage zu befrieden? Die Antwort fällt unterschiedlich aus.

Für nichteheliche Lebensgemeinschaften entsprach der Paradigmenwechsel hin zur Anerkennung als Rechtsgemeinschaft langjährigen Forderungen des wissenschaftlichen Schrifttums. Die Rechtsprechung hat sich seither stabilisiert, und das Schrifttum plädiert nun vermehrt für eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die wahrscheinlich auf eine weitgehende Abbildung der richterlichen Regeln hinauslaufen würde. Anders liegen die Dinge im Hinblick auf das Wechselmodell. Noch ist unsicher, ob der vom BGH eröffnete Paradigmenwechsel wirklich die letzte Antwort bleiben wird. Als unabgeschlossen erscheint auch der Umgang mit heterologer Insemination. Unüberhörbar ist der Ruf nach dem Gesetzgeber schließlich auch im Umgang mit im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften. Hier hat der BGH mit seiner Anerkennung der Wunschelterenschaft ganz erhebliche Kontroversen ausgelöst, und auch in den nachfolgenden untergerichtlichen Ent-

---

**49** Siehe einerseits OLG Düsseldorf, FamRZ 2017, S. 976 und OVG Münster, FamRZ 2016, S. 2130, die eine Zuordnung eines in ausländischer Leihmutterchaft geborenen Kindes zu den Wunscheltern ermöglichen; andererseits OLG Braunschweig, FamRZ 2017, S. 972: „Das bewusste Nutzen der Leihmutterchaft [...] unter Umgehen der Verbotstatbestände des nationalen Embryonenschutzes steht der nachträglichen Zuerkennung eines dem deutschen Recht entsprechenden Elternstatus der Auftraggeber entgegen“ (Lts. 1), dagegen wiederum OLG Celle, FamRZ 2017, S. 1496 („Anschluss an BGH FamRZ 2015, 240, entgegen OLG Braunschweig FamRZ 2017, 972“ [Lts. 2]).

**50** Siehe einerseits THOMALE (Anm. 47), S. 5 ff.: „umfassende rechtsethische Missbilligung“, S. 77 ff.: „Primat des Parlaments in ethischen Grundsatzfragen“; andererseits NINA DETHLOFF, Mutterchaft als Regelungsaufgabe, in: Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, 2016, S. 19, 26 ff.; TOBIAS HELMS, „Kinderwunschmedizin“ – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht, in: Dagmar Coester-Waltjen/Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), *„Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht*, 2015, S. 47, 55 ff.; einen „offenen Diskurs“ wünschend THOMAS GUTMANN, *Mutterchaft zwischen „Natur“ und Selbstbestimmung*, in: Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (a.a.O.), S. 63, 85.

**51** BMJV (Hrsg.), *Arbeitskreis Abstammungsrecht. Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, 2017, S. 17: „Ausdrücklich nicht vom Auftrag des Arbeitskreises umfasst war die Frage der rechtlichen Zulässigkeit bestimmter nach geltendem Recht nicht erlaubter Fortpflanzungsmethoden, etwa der Leihmutterchaft [...].“

scheidungen zeichnet sich ab, dass von einer Befriedung noch keine Rede sein kann. Paradigmatische Verfestigungen, Polarisierungen und kontroverse Vorverständnisse prägen die gesellschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Debatten. Dennoch hat es die Leihmutterschaft bislang nicht auf die Agenda des Gesetzgebers geschafft. Dem Gesetzgeber scheint die Frage noch zu heikel, die Untergerichte wollen dem BGH inhaltlich nicht ohne Weiteres folgen, und die rechtspolitische Aufarbeitung erscheint nicht abgeschlossen. Die mit ausländischen Leihmutterschaften verbundene gesellschaftliche Ungewissheitslage ist also (noch) nicht befriedet.

Was lehren diese Beispiele? Erstens, ja, es gibt sie durchaus, gesellschaftliche Ungewissheitslagen, die allein durch die Rechtsprechung (also durch „Richtermacht“) bewältigt werden. Sie sind nicht so häufig, wie möglicherweise angenommen, und machen auch nicht den Großteil der familiengerichtlichen Rechtsarbeit aus. Zweitens: Ob es der Rechtsprechung dabei gelingt, eine Ungewissheitslage befriedend zu bewältigen, hängt nach den hier durchgesehenen Beispielfällen vom Ausmaß der ethischen Verunsicherung oder umgekehrt davon ab, ob sich so etwas wie ein gesamtgesellschaftlicher Konsens abzeichnet. Drittens: In allen diesen Fällen ist es dem BGH nur zu bewusst, dass er Neuland betritt und dass dies einer besonderen Legitimation bedarf. Es ist bemerkenswert, wie sorgsam der BGH jeweils begründet, warum er den gewählten Weg einschlägt und es nicht bei der bestehenden Rechtslage belässt. Aber auch die eingehendste Begründung, die weit mehr ist als die Floskel von der „planwidrigen Regelungslücke“, lässt den Ruf nach dem Gesetzgeber nicht verstummen. Sei es, dass eine Frage tatsächlich gesellschaftlich „unabgeschlossen“ erscheint, sei es, dass sich der BGH ganz im Einklang mit dem rechtspolitischen Zeitgeist der Untergerichte und des Schrifttums befindet: Der Ruf nach dem Gesetzgeber ergeht eigentlich immer.

### 3 Richterliche Erstbewältigung mit gesetzlicher Bestätigung

Ein zweites Zugriffsmuster auf familienrechtliche Ungewissheitslagen liegt in der gesetzlichen Bestätigung bzw. Korrektur von Richterrecht. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird dies als „statutes in the affirmative“ bzw. „statutes in the negative“ bezeichnet;<sup>52</sup> für das deutsche Recht ist von Kodifikation bzw. Derogation von Richterrecht die Rede.<sup>53</sup> Für beides finden sich im jüngeren Familienrecht Beispiele.

<sup>52</sup> Nachzeichnung bei STEFAN VOGENAUER, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 706 ff. Dort wird die Unterscheidung zurückgeführt auf THOMAS EGERTON, A Discourse upon the Exposition & Understanding of Statutes. With Sir Thomas Egerton's Additions (ca. 1571), hrsg. von Samuel E. Thorne, 1942, S. 103, 142 f.

<sup>53</sup> Siehe für das Gesellschaftsrecht HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), S. 597. Aus der Sicht einer Gesetzgebungstypologie zu den Anlässen von Kodifikationsgesetzgebung SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 88 ff., 268 ff.

Auf den ersten Blick mag schwer einzusehen sein, warum ein Gesetzgeber eine richterliche Erstbewältigung, der er in der Sache zustimmt, kodifizieren sollte. Im Familienrecht beruhen Kodifikation und genauso Derogation von Richterrecht allerdings auffallend häufig nicht auf selbst gesetzten Kodifikationszielen des Gesetzgebers, sondern auf Forderungen des BVerfG.

### a) Auskunftsanspruch für den Scheinvaterregress

Ein Beispiel aus jüngerer Zeit für eine Kodifikation von Richterrecht aus Verfassungsgründen betrifft Auskunftsansprüche gegen die Mutter eines Kindes zur Vorbereitung von Unterhaltsregressklagen des Scheinvaters gegen den „wahren“ Vater. Hierzu hatte der BGH einen auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützten, klagbaren und vollstreckbaren Auskunftsanspruch gegen die Mutter auf Benennung des Erzeugers entwickelt. Der BGH hatte sich dabei auf die allgemeinen Grundsätze für die richterliche Begründung ungeschriebener Auskunftsansprüche gestützt:

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gebieten es Treu und Glauben auch grundsätzlich, dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen.<sup>54</sup>

Der BGH setzte sich zwar mit dem Einwand auseinander, ob die Auskunftspflicht das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter verletzen könnte: „Leitet sich der materiell-rechtliche Auskunftsanspruch aus einer zivilrechtlichen Generalklausel her, wie dies hier bei § 242 BGB der Fall ist, ist [...] stets zu prüfen, ob die begehrte Auskunft in den unantastbaren Bereich des Persönlichkeitsrechts fällt“.<sup>55</sup> Dies sah der BGH allerdings nicht als erwiesen an,<sup>56</sup> im Übrigen mit breiter Zustimmung des familienrechtlichen Schrifttums.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> BGHZ 196, 207, 216, Rn. 30 sowie BGHZ 191, 259, 266, Rn. 20 unter Hinweis auf BGHZ 152, 307, 316 – Anspruch auf Auskunft gegen einen Bereicherungsschuldner, über nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugebene Nutzungen oder erstattungsfähige Gebrauchsvorteile; BGHZ 95, 285, 287 f. – Anspruch auf Auskunft der GEMA gegenüber Herstellern von Filmen über die Verwendung von Musikstücken, deren Rechte die GEMA wahrnimmt; BGHZ 81, 21, 24 – Anspruch auf Auskunft eines Arztes gegen eine kassenärztliche Vereinigung über Informationen die zur Vorbereitung von Amtshaftungsansprüchen notwendig sind; BGHZ 10, 385, 387 – Anspruch auf Auskunft gegen den Vertragspartner über Informationen, die zur Berechnung vertraglicher Ansprüche notwendig sind.

<sup>55</sup> BGHZ 191, 259, 268 f., Rn. 24; ähnlich BGHZ 196, 207, 217, Rn. 34; BGH, FamRZ 2014, S. 1440, 1441.

<sup>56</sup> Siehe BGHZ 191, 259, 268, Rn. 23: „Die Auskunftspflicht der Bekl. verstößt auch nicht gegen ihre Grundrechte“; BGHZ 196, 207, 217, Rn. 33: „Die Auskunftsverpflichtung greift auch nicht in den unantastbaren Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Mutter ein.“

<sup>57</sup> MARINA WELLENHOFER, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 2.7.2014 – XII ZB 201/13, FamRZ 2014, S. 1440, 1442 f.; HANS-ULRICH MAURER, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 9.11.2011 – XII ZR 136/09, NJW

Das BVerfG bewertete dies anders und wandte sich nicht nur gegen die materiell-rechtliche Einschätzung des BGH, sondern vermisste vor allem eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Die vom BGH auf § 242 BGB gestützte Auskunftspflicht der Mutter überschreite „unabhängig von den konkreten Umständen [...] die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, weil es hierfür an einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht fehlt“.<sup>58</sup> Wegen der großen Persönlichkeitsrelevanz der Auskunftspflicht für die Mutter waren dem BGH, so weiter das BVerfG, engere Grenzen bei der richterlichen Rechtsfortbildung gezogen.<sup>59</sup> Eine solche Verpflichtung „können die Gerichte [...] nicht allein auf die Generalklausel des § 242 BGB stützen.“ Dies setze „konkretere gesetzliche Anknüpfungspunkte“ voraus.<sup>60</sup> Soll der Regressanspruch des Vaters gestärkt werden, so weiter das BVerfG, „müsste der Gesetzgeber tätig werden“.<sup>61</sup> Dies ist in der Folge dann auch geschehen; im Jahr 2016 wurde ein entsprechender Gesetzesentwurf eingebracht.<sup>62</sup> Danach sollte § 1607 BGB um folgenden Absatz 4 ergänzt werden:

Die Mutter des Kindes ist verpflichtet, dem Dritten, der dem Kind als Vater Unterhalt gewährt, auf Verlangen Auskunft darüber zu erteilen, wer ihr während der Empfängniszeit beigezogen hat, soweit dies zur Feststellung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs erforderlich ist. Die Verpflichtung besteht nicht, wenn und solange die Erteilung der Auskunft für die Mutter des Kindes unzumutbar wäre.

Dieser Entwurf ist zwar nicht mehr Gesetz geworden. Er ist gleichwohl darin lehrreich, dass er gegenüber dem Stand der Rechtsprechung keine inhaltlichen Setzungen vorgenommen hat, sondern sich auf die Kodifikation der bisherigen BGH-Rechtsprechung beschränkte. Auch die entscheidende Frage, wann das Persönlichkeitsrecht der Mutter einem Auskunftsverlangen entgegensteht, wurde – wie bisher – der Rechtsprechung zur Entscheidung überlassen. Die im Nachsatz gezogene Zumutbarkeitsgrenze ist, so die Entwurfsbegründung, „von den Gerichten unter Abwägung der widerstreitenden Interessen jeweils festzulegen. Dies ermöglicht, alle Umstände des

---

2012, S. 450, 452; THOMAS RAUSCHER, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 24.2.2015 – 1 BvR 472/14, JZ 2015, S. 620, 624 f.

<sup>58</sup> BVerfGE 138, 377, 390.

<sup>59</sup> BVerfGE 138, 377, 393.

<sup>60</sup> BVerfGE 138, 377, 395.

<sup>61</sup> BVerfGE 138, 377, 396; kritisch JÖRG NEUNER, Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das BVerfG, JZ 2016, S. 435, 437 f.: Es handele sich um eine „ganz neuartige Kompetenzbeschränkung der Zivilgerichte“, die sich „weder aus der Verfassung ableiten [lässt], noch erscheint sie interessengerecht und führt überdies in der Praxis zu unvorhergesehenen Schwierigkeiten.“

<sup>62</sup> Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienverfahrensgesetzes vom 2.9.2016, BR-Drucks. 493/16, inzwischen auch BT-Drucks. 18/10343; hierzu MARINA WELLENHOFER, Zur Reform des Scheinvaterregresses, FamRZ 2016, S. 1717.

Einzelfalls umfassend zu berücksichtigen. Von einer Vorgabe gesetzlicher Regelbeispiele wird daher abgesehen.“<sup>63</sup>

## b) Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung

In anderen Fällen wendet sich der Gesetzgeber eigeninitiativ einem bislang richterrechtlich geprägten Bereich zu, der kodifikationsreif oder kodifikationsbedürftig erscheint. Mit der Kodifikation von Richterrecht sind Erwartungen an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verknüpft, mitunter auch politische Signale und Symbolwirkungen.<sup>64</sup> Ein Beispiel hierfür bietet die schrittweise Kodifikation von Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung durch das Betreuungsrechtsgesetz des Jahres 1990<sup>65</sup> und durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) aus dem Jahr 2009.<sup>66</sup>

Vorausgegangen war eine zunehmende gesellschaftliche Verbreitung von Vollmachten und Verfügungen, mit denen die Erklärenden Vorsorge für die Zeit möglicher Nichtentscheidungs- oder Nichthandlungsfähigkeit treffen wollten. Weil das deutsche bürgerliche Recht seit jeher davon ausgeht, dass eine Vollmacht genauso wenig wie das zugrunde liegende Auftragsverhältnis mit der Geschäftsunfähigkeit des Auftrag- bzw. Vollmachtgebers erlischt (§§ 672 S. 1, 168 S. 1 BGB), bedurften Vorsorgevollmachten eigentlich keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung oder

---

**63** Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienverfahrensgesetzes vom 2.9.2016, BR-Drucks. 493/16, S. 10. Siehe auch die nähere Begründung zu § 1607 Abs. 4 n.F. a.a.O., S. 14: „Dabei wird insbesondere das frühere Verhalten der Mutter und des Scheinvaters zu berücksichtigen sein. Durch das vorgegangene Anfechtungsverfahren wird regelmäßig feststehen, dass es in der Empfängniszeit zu einem geschlechtlichen Mehrverkehr gekommen ist. Sofern die Mutter den Scheinvater dennoch zu einer Anerkennung der Vaterschaft veranlasst oder dessen Zweifel an der Abstammung des Kindes durch unzutreffende Angaben aktiv zerstreut hat, wird eine Unzumutbarkeit regelmäßig nicht vorliegen. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Mutter durch die bereits offengelegte geschlechtliche Beziehung zu einer weiteren Person den finanziellen Nachteil des Scheinvaters mitverursacht hat, so dass sie gehalten sein kann, an der Beseitigung dieser Nachteile mitzuwirken. Dagegen könnte die nachträgliche Benennung des mutmaßlichen leiblichen Vaters für die Mutter unzumutbar sein, wenn der Scheinvater die Vaterschaft in Kenntnis des Mehrverkehrs anerkannt oder in sonstiger Weise zu erkennen gegeben hat, dass er die Vaterschaft trotz des Mehrverkehrs und ungeachtet der mutmaßlichen Person des Erzeugers annehmen oder aufrechterhalten will. Zu berücksichtigen wird zudem sein, ob die Mutter Umstände darlegt, aus denen sich ergibt, dass sie sich durch die Benennung der bestimmten Person selbst der Strafverfolgung aussetzen könnte (etwa in Fällen des Beischlafs zwischen Verwandten nach § 173 des Strafgesetzbuchs) oder dass in dieser Person besondere Merkmale vorliegen, die eine Benennung unzumutbar erscheinen lassen (z. B. in Fällen der Vergewaltigung durch Familienangehörige).“

**64** Angesichts der Vielfalt der Anlässe und Impulse für Kodifikationsgesetzgebung fällt der Schluss auf Regelmäßigkeiten schwer, so schon SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 270 für die Gesetzgebungspraxis des 9. Deutschen Bundestags (1980–1983).

**65** Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) vom 12. September 1990, BGBl. I, S. 2002.

**66** Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2286.

Eröffnung. Hier hat der Gesetzgeber also im Wesentlichen eine schon bestehende Rechtspraxis bestätigt und sichtbar gemacht und hatte dabei ausdrücklich eine „Entlastung der Gerichte“ im Sinn.<sup>67</sup>

Dies gilt – mit einigen Abstrichen – auch für den weiteren Kodifikationsprozess der Patientenverfügung. Zivilgerichte hatten sich erstmals im Jahr 1998 mit Patientenverfügungen auseinandergesetzt. Nach einigen fachgerichtlichen Entscheidungen<sup>68</sup> prägte dann zunächst der BGH in den Jahren 2003<sup>69</sup> und 2005<sup>70</sup> den weiteren Umgang mit Patientenverfügungen. Der BGH stellte darin einerseits die Beachtlichkeit von Patientenverfügungen im Verhältnis zu Ärzten und Betreuern gerade für den Fall klar, dass der Erklärende inzwischen einwilligungsunfähig geworden ist und die Vornahme lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen in Rede steht.<sup>71</sup> Darüber hinaus eröffnete der BGH für den Fall, dass ein Betreuer bestellt ist und dieser die Einwilligung in die Fortsetzung einer lebenserhaltenden Behandlung verweigern möchte, in bewusster Fortbildung des Betreuungsrechts ein bis dahin unbekanntes vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis. Ich zitiere:

Die Fortbildung des Rechts ist eine Pflicht der obersten Gerichtshöfe des Bundes und wird ständig geübt. [...] Sie ergibt sich vorliegend aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten des Rechts auch auf Fragen im Grenzbe-  
reich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich vertretbare Antworten zu finden.<sup>72</sup>

**67** Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz), BT-Drucks. 11/4528, S. 122: „Die Möglichkeit, durch Altersvorsorge-Vollmachten oder andere Vollmachten eine Betreuung abzuwenden, dient dem Interesse der Betroffenen und entlastet zugleich die Gerichte.“

**68** OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, S. 2747; OLG München, NJW 2003, S. 1743.

**69** BGHZ 154, 205 – Kemptener Fall.

**70** BGHZ 163, 195 – Peter K.

**71** BGHZ 154, 205, 216 ff.

**72** BGHZ 154, 205, 221, dort auch mit weiterer, vergleichsweise ausführlicher Begründung: „Der Vor-  
rang des Gesetzes hindert eine solche Rechtsfortbildung nicht [...]. Zwar ist richtig, dass der Gesetz-  
geber des Betreuungsgesetzes – wie sich aus dessen Materialien ergibt – dem Wunsch eines nicht  
einwilligungsfähigen Betreuten auch insoweit Beachtung zuerkennen wollte, als ‚dieser darauf ge-  
richtet ist, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlän-  
gernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen‘ (BT-Drucks. 11/4528, S. 128). Richtig ist auch, dass  
der Gesetzgeber ein Verhalten des Betreuers, das auf Durchsetzung eines solchen Wunsches gerichtet  
ist, keinem Genehmigungsvorbehalt unterworfen hat. Daraus lässt sich jedoch nicht auf ein ‚bered-  
tes Schweigen‘ des Gesetzes schließen, das es verbieten könnte, im Wege der Rechtsfortbildung die  
unterlassene Einwilligung des Betreuers in lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen einer  
vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Zum einen lassen die in den §§ 1904–1907  
BGB aufgegriffenen Konfliktsituationen kein geschlossenes Konzept erkennen, das einer rechtsfort-  
bildenden Erweiterung nicht zugänglich wäre; zum andern ist [...] der in diesen Vorschriften nor-  
mierte Genehmigungsvorbehalt schon strukturell nicht geeignet, die Frage nach der Zulässigkeit des  
Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung einer erschöpfenden Regelung zuzuführen; aus der  
Nichterstreckung der im Gesetz vorgesehenen Genehmigungserfordernisse auf diese Frage lässt sich

Schließlich bestätigte der BGH die Verbindlichkeit des Patientenwillens gegenüber Heimpersonal und Ärzten.<sup>73</sup>

Auch wenn der BGH damit einige große Linien in Bezug auf Patientenverfügungen klargestellt hatte, wurde die Rechtslage im Umgang mit Patientenverfügungen immer noch als unsicher empfunden. Da der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 die Verbindlichkeit des zuvor geäußerten Patientenwillens daran geknüpft hatte, dass der Patient einwilligungsunfähig ist und „sein Grundleiden einen irreversiblen Verlauf angenommen [hat]“<sup>74</sup>,<sup>74</sup> entspann sich eine lebhafte Diskussion über eine Reichweitenbeschränkung von Patientenverfügungen und die Grenzen der straflosen passiven Sterbehilfe.<sup>75</sup>

Patientenverfügungen waren damit zwar in der ärztlichen Praxis und im Rechtsleben angekommen, in den Grenzfragen bestand aber nach wie vor Unsicherheit. Auch hatte der BGH Lücken in den vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsbefugnissen aufgezeigt. Aus dieser Situation heraus kristallisierte sich entlang mehrerer Gesetzesentwürfe<sup>76</sup> allmählich das 3. BtÄndG heraus, das am 1.9.2009 in Kraft getreten ist.<sup>77</sup>

---

deshalb nicht schließen, der Gesetzgeber habe diese Frage generell einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entziehen wollen. Auch die weitere Entwicklung des Betreuungsrechts rechtfertigt einen solchen Schluss nicht. Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1998 (BGBl. I 1580) verhält sich zur Frage eines Genehmigungserfordernisses nicht; das war nach der vorrangig auf eine Neuordnung des Rechts der Betreuervergütung gerichteten Zielsetzung dieses Gesetzes allerdings auch nicht anders zu erwarten [...]. Auch für die Folgezeit lässt sich das Schweigen des Gesetzgebers nicht als eine legislative Entscheidung gegen eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit für das Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen deuten. Die Bundesregierung sah, wie auch ihre Antwort auf die Anfrage des Abgeordneten Hüppe belegt, keinen unmittelbaren Handlungsbedarf: Danach wirft die Entscheidung des OLG „nicht nur tiefgreifende juristisch-ethische Fragen, sondern auch vielfältige forensisch-praktische Fragen auf, die einer gründlichen Aufarbeitung bedürfen, bevor die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme [...] beantwortet werden kann“ (BT-Drucks. 13/11345 Frage Nr. 14, S. 11). Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist berufen, hierzu ihren Beitrag zu leisten und damit zugleich mögliche Wege für die vielfach geforderte (vgl. etwa Vormundschaftsgerichtstag e.V. BtPrax 1998, 161 [...]) und auch nach Auffassung des Senats wünschenswerte gesetzliche Regelung aufzuzeigen.“

**73** BGHZ 163, 195, 197 ff.; BGHZ 154, 205, 216 ff.

**74** BGHZ 154, 205 (Lts. 1).

**75** WOLFRAM HÖFLING/STEPHAN RIXEN, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, S. 884; ANDREAS SPICKHOFF, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), S. 345, 405 ff.; VOLKER LIPP, Anmerkung zum BGH, Beschluss v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03, FamRZ 2003, S. 756; HEINZ HOLZHAUER, Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, FamRZ 2006, S. 518, 520 ff.; FRIEDHELM HUFEN, Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts, Zum neuen Sterbehilfe-Beschluss des BGH, ZRP 2003, S. 248.

**76** Siehe neben dem später Gesetz gewordenen Stünker-Entwurf (BT-Drucks. 16/8442) den sog. Bsbach-Entwurf (BT-Drucks. 16/11360) und den Gesetzesentwurf der Abgeordneten *Wolfgang Zöller* und *Hans Georg Faust* (BT-Drucks. 16/11493); siehe zum Gesetzgebungsverfahren auch die Nachzeichnung bei ANNA-LUISA LEMMERZ, Die Patientenverfügung, 2014, S. 78 ff.

**77** Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2286, basierend auf dem sogenannten Stünker-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442; siehe zuvor Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 8. Juni 2009, BT-Drucks. 16/13314.

Die damit erfolgte Regelung der Patientenverfügung liest sich in Vielem als Kodifikation der vorausgegangenen Rechtsprechung. Dies entspricht dem erklärten Ziel des Gesetzgebers, durch eine gesetzliche Regelung für alle Beteiligten „mehr Rechtssicherheit“ zu schaffen.<sup>78</sup> Es sollte im Wesentlichen klargestellt werden, was dank des BGH ohnehin schon galt. Die bisherige Rechtsprechung dient in der ausführlichen Entwurfsbegründung durchgehend als Referenz.<sup>79</sup> Eng auf der Linie des BGH liegen die gesetzliche Definition der Patientenverfügung als schriftliche Erklärung eines Einwilligungsfähigen (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB n.F.),<sup>80</sup> die Bindung eines Vertreters an die Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB n.F.) und das Erfordernis einer Genehmigung des Betreuungsgerichts beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, soweit nicht zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen über den Willen des Patienten besteht (§ 1904 Abs. 1 und Abs. 4 BGB n.F.).<sup>81</sup> Nicht übernommen hat der Gesetzgeber indes – nach ausführlicher Begründung<sup>82</sup> – die vom BGH offenbar aus

---

**78** BT-Drucks. 16/8442, S. 3.

**79** Um nur einige Beispiele zu geben, siehe BT-Drucks. 16/8442, S. 11: „Der Entwurf schließt sich der Auffassung des Bundesgerichtshofs [...] an“; „gleichwohl hält der Bundesgerichtshof eine gesetzliche Regelung für wünschenswert“, „Die mit dem Beschluss ebenfalls aufgeworfenen Fragen [...]“. Weitere Beispiele a.a.O. S. 15: Es ist „mit dem Bundesgerichtshof daran festzuhalten, dass [...]“ oder „wie es in dem Beschluss des Bundesgerichtshofs heißt“ oder „Der Entwurf greift [...] die wesentlichen Kriterien dieser Rechtsprechung [...] auf.“

**80** Der Gesetzgeber hat sich damit – im Einklang mit der bisherigen Praxis – gegen weitere Formerfordernisse entschieden; hierzu LEMMERZ (Anm. 76), S. 86 ff.; für eine Gegenseite ANNE RÖTHEL, Form und Freiheit der Privatautonomie, ACP 211 (2011), S. 196.

**81** Dieses sog. Konfliktmodell findet sich bereits angedeutet in BGHZ 154, 205, 211 ff. und später bestätigt in BGHZ 163, 195, 198 f. Die Kontrollzuständigkeit des Gerichts bedürfe eines sie auslösenden Konflikts zwischen Arzt und Betreuer. Das Vormundschaftsgericht sei nämlich „nur dann zu einer Entscheidung berufen, wenn der einen einwilligungsunfähigen Patienten behandelnde Arzt eine lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahme für medizinisch geboten oder vertretbar erachtet und sie deshalb ‚anbietet‘ und der Betreuer sich diesem Angebot verweigert“.

**82** Auffällig ist der große Begründungsaufwand, den der Entwurf an diesem Punkt unternimmt, um die gesetzliche Entscheidung gegen die Reichweitenbeschränkung doch noch in Einklang zu bringen mit der bisherigen Rechtsprechung. Dazu BT-Drucks. 16/8442, S. 16: „Das Kriterium des unumkehrbar tödlichen Verlaufs des Grundleidens für die Beachtlichkeit des Patientenwillens wird in der Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs nicht aufgestellt. Soweit der XII. Zivilsenat des BGH (BGHZ 154, 205) die Entscheidung insoweit anders interpretiert hat, handelt es sich nach vorherrschender Ansicht in der strafrechtlichen Literatur um ein Missverständnis (vgl. nur Verrel, Gutachten zum 66. DJT 2006, C 43: ‚Fehlinterpretation von BGHSt 40, 257‘; Höfling/Rixen, JZ 2003, S. 891, 894: ‚fehlerhaft rezipiert‘; Saliger, MedR 2004, S. 237, 240: ‚das Kemptener Urteil in sein Gegenteil verkehrend‘; Kutzer, FPR 2004, S. 683, 686: Strafsenat hat ‚eine solche starre Grenze nicht gefordert‘; Holzhauser, ZPR [sic!] 2004, S. 41, 42: Abkehr vom Kemptener Urteil; im Ergebnis ebenso [...] Spickhoff, JZ 2003, S. 739, 740). Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass von Seiten der Strafsenate des BGH nach der Kempten-Entscheidung in einem späteren Urteil aus dem Jahr 2001 [...] nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass dem Gesichtspunkt der Patientenautonomie eine ‚ständig zunehmende Bedeutung‘ beigemessen werde (BGHSt 46, 279, 284). Im Übrigen hat der XII. Zivilsenat des BGH in seinem nachfolgenden Beschluss vom 8. 06.2005 (BGHZ 163, 195) nunmehr selbst zumin-

einem Missverständnis der strafrechtlichen Bewertung resultierende selbst auferlegte Beschränkung seiner Rechtsprechung auf Fälle, in denen ein „Grundleiden [...] einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen [hat]“.<sup>83</sup> Vielmehr gelten Patientenverfügung ausdrücklich „unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung“, so seither § 1901a Abs. 3 BGB.<sup>84</sup>

## 4 Gesetzlich korrigierte richterliche Erstbewältigung

Fälle, in denen der Gesetzgeber eine richterliche Problembewältigung korrigiert, sind im Familienrecht seltener, werden aber umso aufmerksamer wahrgenommen, weil sie schon in sich auf Spannungen hinweisen. Zwei Beispiele sollen herausgegriffen werden, um einen näheren Eindruck von den Gründen zu erhalten, die den Gesetzgeber jeweils zu einem solchen Gegensteuern veranlasst haben.<sup>85</sup>

### a) Nachehelicher Betreuungsunterhalt

Gesetzliche Korrekturen richterlicher Problembewältigung gehen im Familienrecht häufig auf Forderungen des BVerfG zurück. Ein Beispiel ist die Entstehungsgeschichte der Reform des Betreuungsunterhalts im Jahr 2007.

Nach § 1570 BGB, der durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 geschaffen wurde<sup>86</sup> und am 1. Juli 1977 in Kraft trat, konnte ein geschiedener Elternteil von dem früheren Ehegatten Unterhalt verlangen, „solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwarten werden kann“. Dabei hatte der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, hinsichtlich der Dauer des Unterhaltsanspruchs Vor-

---

dest mittelbar zu erkennen gegeben, dass das Recht des Patienten, Behandlungen abzulehnen, nicht vom Stadium seiner Erkrankung abhängt: „Die mit Hilfe einer Magensonde durchgeführte künstliche Ernährung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, der deshalb der Einwilligung des Patienten bedarf (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 154, 205). Eine gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführte künstliche Ernährung ist folglich eine rechtswidrige Handlung, deren Unterlassung der Patient analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn die begehrte Unterlassung – wie hier – zum Tode des Patienten führen würde. Das Recht des Patienten zur Bestimmung über seinen Körper macht Zwangsbehandlungen, auch wenn sie lebenserhaltend wirken, unzulässig.“

<sup>83</sup> BGHZ 154, 205 (Lts. 1).

<sup>84</sup> Dazu BT-Drucks. 16/8442, S. 3: Durch den Gesetzesentwurf wird „klargestellt, dass der Wille des Betroffenen unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung zu beachten ist“, siehe auch S. 12.

<sup>85</sup> Beispiele auch bei KARSTEN SCHMIDT, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, JZ 2009, S. 10, 17: „Nichtanwendungsgesetze“ sowie bei SCHULZE-FIELTIZ (Anm. 6), S. 274, der allerdings insgesamt resümiert, dass „insgesamt die Impulse für jedes einzelne Gesetz so vielfältig [sind], dass sich eindeutige Zuordnungen schwer treffen lassen [...]. Stets wird es neben dem ‚Haupt‘-Impuls eine ganze Reihe weiterer Motive geben.“

<sup>86</sup> BGBl. I, S. 1421.

gaben zu machen oder Auslegungshilfen zu geben. Er war der Auffassung, mit einer Angabe etwa zum Alter der Kinder würde die „Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte“ verfehlt.<sup>87</sup> Ob und in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit verlangt werden könne, hänge nicht nur vom Alter, sondern auch von anderen Umständen ab. In der Folge wurde zwar auch in der Rechtsprechung stets betont, es gebe keine festen Zeitpunkte, ab welchem Alter der geschiedene Ehegatte eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müsse.<sup>88</sup> Gleichwohl hatten sich in der gerichtlichen Praxis zu § 1570 BGB Maßstäbe herausgebildet, die sich am Kindesalter orientierten und als „0-8-15-Regel“ oder „Altersphasenmodell“ Eingang in die Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte gefunden hatten.<sup>89</sup> Demgegenüber war der Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes durch § 1615l Abs. 2 BGB zunächst auf längstens ein Jahr,<sup>90</sup> später auf drei Jahre befristet worden.<sup>91</sup> In dieser unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts für eheliche bzw. nichteheliche Kinder sah das BVerfG schließlich im Jahr 2007 eine verfassungswidrige Benachteiligung nichtehelicher Kinder.<sup>92</sup> Das

<sup>87</sup> BT-Drucks. 7/4361, S. 29; BT-Drucks. 7/650, S. 122 f.

<sup>88</sup> BGH, FamRZ 1983, S. 456, 458; BGH, FamRZ 1985, S. 50, 51.

<sup>89</sup> Beispielhaft BGH, NJW 1989, S. 1083; BGH, FamRZ 1995, S. 291, 292; BGH, NJW 1995, S. 1148, 1149; Nachzeichnung der älteren Rechtsprechung bei ANNEGRET DERLEDER/PETER DERLEDER, Kindesbetreuung und Ehegattenunterhalt, FamRZ 1977, S. 587; vgl. im Übrigen GERD BRUDERMÜLLER, in Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1570 BGB, Rn. 8 ff. m.w.N. – Danach bestand bis zum Alter eines Kindes von acht Jahren bzw. bis zum Ende der Grundschulzeit keine Erwerbsobliegenheit; zwischen dem elften und dem fünfzehnten Lebensjahr eines Kindes wurde eine Teilzeitbeschäftigung als zumutbar erachtet und spätestens ab Vollendung des 16. Lebensjahres eines Kindes wurde im Regelfall angenommen, dass eine Kinderbetreuung einer Vollzeitbeschäftigung nicht entgegensteht. – Kritische Gegenseit schon bei JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 24: unzureichende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls sei „evident“, außerdem sei eine generelle Vermutung für die Verneinung einer Erwerbsobliegenheit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres „heute nicht mehr tragbar“.

<sup>90</sup> § 1615l BGB i.d.F. des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969, BGBl. I, S. 1243.

<sup>91</sup> § 1615l Abs. 2 BGB i.d.F. des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes vom 21. August 1995, BGBl. I, S. 1055; später nochmals geändert durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2942. § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB lautete daraufhin: „Die Unterhaltspflicht [...] endet drei Jahre nach der Geburt, sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen.“ Mit dem Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3189 wurde § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB abermals geändert und lautet nun: „Die Unterhaltspflicht beginnt frühestens vier Monate vor der Geburt und besteht für mindestens drei Jahre nach der Geburt. Sie verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen.“

<sup>92</sup> BVerfGE 118, 45, 62 ff. Dabei setzte sich das BVerfG eingehend mit dem Einwand auseinander, dass § 1570 BGB eigentlich einer verfassungskonformen Praxis offenstehe und die unterschiedlichen Altersgrenzen – für die Betreuung eines ehelichen Kindes bis zur Vollendung des achten Lebensjahrs, für die Betreuung eines nichtehelichen Kindes bis zur Vollendung des dritten Lebensjahrs – gar nicht auf dem gesetzlichen Normprogramm, sondern auf der Konkretisierungspraxis der Rechtspre-

BVerfG gab dem Gesetzgeber auf, bis zum 31. Dezember 2008 eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen.<sup>93</sup> Dies ist mit dem Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007 geschehen.<sup>94</sup> Seither kann ein geschiedener Ehegatte Unterhalt wegen der Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes grundsätzlich ebenfalls nur für die ersten drei Lebensjahre verlangen (§ 1570 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit hat der Gesetzgeber die frühere Rechtsprechungspraxis des Altersphasenmodells ausdrücklich und nachhaltig korrigiert.<sup>95</sup> Sieht man die ersten BGH-Entscheidungen nach der Änderung des Unterhaltsrechts durch, so fällt allerdings auf, dass der BGH noch recht häufig in seinen Leitsätzen betonen musste, dass ein Altersphasenmodell den geänderten gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht wird.<sup>96</sup>

### b) Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen

Eine andere Motivlage des korrigierenden Gesetzgebers wird offenbar, wenn wir auf die Entstehungsgeschichte des § 1631d BGB blicken, also die Frage, ob Eltern im Rahmen ihres Sorgerechts eine Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen entscheiden können. Die damit entschiedene Frage berührt das Verhältnis von staatlichem Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) und Elternrecht. Wie weit die elterlichen Vorstellungen über ein gutes Leben gehen dürfen und ab wann Jugendämter und Gerichte im Namen des Kindeswohls korrigierend eingreifen dürfen oder müssen (§ 1666 BGB), ist Gegenstand fortwährender gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Ausverhandlungen. Nach erschütternden Erfahrungen von Kindesmissbrauch und Vernachlässigung lesen sich die Reformen des Jugendhilfe- und Kindschafts-

---

chung beruhen. Doch beruhen diese Konkretisierungen, so das BVerfG, „auf der Offenheit der Norm und sind vom Gesetzgeber auch nicht durch Präzisierung der Norm korrigiert worden“, während der Gesetzgeber „in Ansehung dieser Auslegung von § 1570 BGB durch die Rechtsprechung den Unterhalt wegen der Betreuung eines nichtehelichen Kindes in § 1615I Abs. 2 Satz 3 BGB generell auf drei Jahre begrenzt und eine Verlängerung des Anspruches darüber hinaus nur im Ausnahmefall zugelassen [hat]“ (S. 64 f.).

**93** BVerfGE 118, 45, 78.

**94** Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3189.

**95** Interessant ist dabei, dass der Gesetzgeber die Neuregelung des § 1570 BGB nicht mit der Entscheidung des BVerfG erklärt, sondern sich auf „aktuelle Tendenzen in der jüngeren Rechtsprechung, die Altersgrenzen des Betreuungsunterhalts zu überprüfen“ und die „diesbezügliche Kritik der Literatur“ bezieht (BT-Drucks. 16/1830, S. 16 f.); anders noch die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/6980, S. 8: „Die Änderung trägt der Entscheidung des BVerfG vom 28. Februar 2007 [...] Rechnung.“

**96** Der BGH ist der verfassungsgerichtlich vorgezeichneten Abkehr vom Altersphasenmodell sofort gefolgt und lehnt seither alle Anklänge daran strikt ab; BGHZ 193, 78, 86, Rn. 19; BGH, NJW 2011, S. 2646; BGH, FamRZ 2011, S. 1209 (Lts. 1); BGH, FamRZ 2011, S. 791 (Lts. 1); BGH, FamRZ 2010, S. 1880 (Lts. 2); BGH, FamRZ 2010, S. 1050, 1052; BGH, FamRZ 2009, S. 1391, 1394; BGH, FamRZ 2009, S. 1124 (Lts. 1); BGHZ 180, 170 (Lts. 2).

rechts der Jahre 2005,<sup>97</sup> 2008<sup>98</sup> und 2011<sup>99</sup> als Trendumkehr in Richtung mehr staatliches Wächteramt. Im Schrifttum ist diese Betonung des Wächteramts als „fundamentale Akzentverschiebung“ im Gesamtkonzept des staatlichen Kindesschutzes wahrgenommen worden.<sup>100</sup>

In dieses rechtspolitische Gesamtbild hatte es sich bruchlos eingefügt, als das LG Köln in einem Strafverfahren die Vorstellung entwickelte, dass Eltern nicht wirksam in eine nicht-medizinisch motivierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Jungen einwilligen könnten.<sup>101</sup> Doch ist die weitere Entwicklung anders verlaufen: Der Gesetzgeber korrigierte wenige Monate später zugunsten des elterlichen Sorgerechts und entschied mit § 1631d BGB, dass die Personensorge grundsätzlich auch das Recht umfasst, „in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll“.<sup>102</sup>

Diese schnelle und präzise Gegensteuerung durch den Gesetzgeber hat einige Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Dem familienrechtlichen Schrifttum hat die Haltung des LG Köln indes überwiegend mehr eingeleuchtet.<sup>103</sup> Auch die Dramaturgie dieser Form der Rechtserzeugung ist nicht entgangen. *Andreas Spickhoff* fasste das *Procedere* als „Eilfall gesetzgeberischen Handlungs-, genauer: Korrekturbedarfs“, zusammen und bemerkte:

**97** Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz vom 6. September 2005, BGBl. I, S. 2729.

**98** Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. Juli 2008, BGBl. I, S. 1188.

**99** Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz) vom 22. Dezember 2011, BGBl. I, S. 2975.

**100** EVA SCHUMANN, Beschneidung nach § 1631d BGB als Kindeswohlgefährdung?, in: Isabell Götz/Ingeborg Schwenzer/Kurt Seelmann/Jochen Taupitz (Hrsg.), *Familie – Recht – Ethik*, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, 2014, S. 729, 741.

**101** LG Köln, NJW 2012, S. 2128, 2129.

**102** Eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Bescheidung des männlichen Kindes vom 20. Dezember 2012, BGBl. I, S. 2749; Materialien: BT-Drucks. 17/11800 (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses); BT-Drucks. 17/11814 (Bericht des Rechtsausschusses); siehe auch BT-Drucks. 17/11430 (abgelehnter Gesetzesentwurf); BT-Drucks. 17/11815 (abgelehnter Änderungsentwurf); BT-Drucks. 17/11816 (abgelehnter Änderungsentwurf); BT-Drucks. 17/11835 (abgelehnter Änderungsentwurf).

**103** Es wurden einerseits die medizinischen Annahmen über Komplikationen und Langzeitfolgen bezweifelt, von denen sich der Gesetzgeber bei seiner Einschätzung hat leiten lassen, siehe SCHUMANN (Anm. 100), S. 729, 733 ff. Andererseits wurde eingewendet, dass es sich bei der Beschneidung um eine irreversible Veränderung der körperlichen Integrität handelt, die schon aufgrund ihrer Irreversibilität nicht vom Elternrecht gedeckt sein könne, siehe NINA DETHLOFF, *Familienrecht*, 31. Aufl. 2015, § 13 Rn. 64; ANDREAS SPICKHOFF, *Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder*, FamRZ 2013, S. 337, 342: Kindeswohlgefährdung wegen der „begrenzten Reversibilität“ des Eingriffs.

Wie schnell heutzutage doch das BGB geändert werden kann! Dazu genügt, dass ein einzelner Richter mit zwei Schöffen in einer kleinen Strafkammer die Begründung (nicht das Ergebnis) der Entscheidung eines anderen (Amts-)Richters ins Gegenteil verkehrt [...].<sup>104</sup>

Der Gesetzgeber stützte sich indes auf Rechtssicherheit: Das Urteil des LG Köln habe „große Rechtsunsicherheit“<sup>105</sup> und „unerwarteten Rechtssetzungsbedarf“ erzeugt.<sup>106</sup> So ist es auch in die Gesetzesbegründung eingegangen.<sup>107</sup> Gleichlautende Deutungen finden sich im akademischen Schrifttum: Das Urteil des LG Köln habe ein „derartiges Maß an Rechtsunsicherheit [erzeugt], das schnell klar wurde, nur ein Eingreifen des Gesetzgebers würde Abhilfe schaffen können“.<sup>108</sup> Die vielfach herausgestellte Rechtsunsicherheit war allerdings eine tiefgreifende ethische Verunsicherung. Es ging darum, eine gesellschaftlich schwierige Debatte zu befrieden. Die Beschneidungsdebatte wurde als „paradigmatischer Fall der Kulturkonflikte in einer pluralistischen oder multikulturellen Gesellschaft“<sup>109</sup> wahrgenommen und als „Testfall“ dafür angesehen, „wie unser Gemeinwesen jenseits wohlfeiler Lippenbekenntnisse mit (religiöser) Verschiedenheit umgeht“.<sup>110</sup> Es ging also darum, eine gesellschaftlich schwierige Debatte in einer Frage, über die zunächst nicht einmal eine von Zurückweisungen freie Diskussion möglich schien, zügig zu beenden. Dies ist dem Gesetzgeber mit der schnellen Zuweisung der Entscheidung über nicht-medizinische Beschneidung in die Hände der Eltern dann auch gelungen. Schon kurze Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes wurde daher resümiert, das Gesetz habe „mit der vorläufigen Endgültigkeit, die positivem Recht eigen ist [...] die rechtspolitische Debatte [beendet]“.<sup>111</sup>

## 5 Richterliche Verweisungen auf gesetzliche Bewältigung

Schließlich gilt es, den Blick auf ein letztes Zugriffsmuster zu werfen: Fälle, in denen die Rechtsprechung bei der Anwendung des geltenden Rechts auf eine Ungewissheitslage stößt, etwa wegen zunehmender rechtspolitischer Kritik oder verfassungsrechtlicher Bedenken, ihre Bewältigung aber ausdrücklich in die Hände des Gesetzge-

**104** SPICKHOFF, FamRZ 2013, S. 337.

**105** BRIGITTE ZYPRIES, Contra: Lassen wir die Kirche im Dorf!, Recht und Politik 2012, S. 139.

**106** SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBARGER, Recht ist, was der Freiheit dient. Schlaglichter auf vier Jahre liberale Rechtspolitik, Recht und Politik 2013, S. 65, 68 f.

**107** BT-Drucks. 17/11295, S. 1, 6.

**108** STEPHAN RIXEN, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, NJW 2013, S. 257.

**109** TATJANA HÖRNLE/STEFAN HUSTER, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?, JZ 2013, S. 328, 339.

**110** RIXEN, NJW 2013, S. 257, 262.

**111** RIXEN, NJW 2013, S. 257.

bers legt.<sup>112</sup> Beispiele für solches richterliche Verweisen auf den Gesetzgeber (*judicial deference*)<sup>113</sup> sind im jüngeren Familienrecht nicht so selten, wie es manche Vorstellung von der Rolle des Richters im Familienrecht möglicherweise glauben machen möchte. Im Gegenteil: Sie machen den Großteil der hier betrachteten Ungewissheitslagen aus. Wir treffen auf sie vor allem im Zusammenhang mit den familienrechtlichen Statusverhältnissen. Darin spiegelt sich der enge Zusammenhang im Familienrecht von Status, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wider.<sup>114</sup> Zugleich bestätigt sich für das Familienrecht die von *Thomas Raiser* generell mit „Komplexität des rechtlichen Sachverhalts“ bezeichnete immanente Grenze des Richterrechts.<sup>115</sup>

### a) Personenstand intersexueller Personen

Ein besonders eindrückliches Beispiel für solche *judicial deference* betrifft die Frage, ob eine intersexuelle Person verlangen kann, dass ihr Geschlecht im Personenstandsregister als „intersexuell“ eingetragen wird. Nach noch geltendem Personenstandsrecht (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG) wird im Geburtenregister auch das Geschlecht eines Kindes als „männlich“ oder „weiblich“ beurkundet. Kann ein Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist es seit der Änderung des Personenstandsrechts durch Gesetz vom 7. Mai 2013 möglich, die Geburt ohne Geschlechtsangabe einzutragen (§ 22 Abs. 3 PStG).<sup>116</sup> Eintragungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ sollten durch diese Gesetzesänderung jedoch nicht eröffnet werden.<sup>117</sup> Die hiergegen gerichtete Beschwerde einer als „Mädchen“ eingetragenen

**112** Weitere Beispiele für dieses Handlungsmuster der Rechtsprechung bei WANK (Anm. 5), S. 242 ff., dort allerdings unter der resignierenden Chiffre der „Vogel-Strauß-Politik“ zusammengefasst.

**113** Der Begriff *judicial deference* stammt aus dem US-amerikanischen Verwaltungsrecht und erfüllt dort die Funktion, die der deutschen Lehre vom Beurteilungsspielraum entspricht; näher ADITYA BAMZAI, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation*, Yale Law Journal 126 (2016–2017), S. 908 ff. Sie wird zurückgeführt auf JAMES B. THAYER, *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harvard Law Review 129 (1893–1894), S. 17 ff. – Hier wird der Begriff „untechnisch“ verwendet für das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung. Aus der US-amerikanischen Debatte lässt sich aber ablesen, wie veränderlich die Haltungen zu *judicial deference* in Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen sind; so hat KIM LANE SCHEPPELE, *The new judicial deference*, Boston Law Review 92 (2012), S. 89 ff. die Veränderungen der *judicial deference-doctrine* nach den Terroranschlägen des 11. September aufgezeigt.

**114** Zu den Funktionen von statusorientiertem Recht ANNE RÖTHEL, *Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht*, in: DIES./Bettina Heiderhoff (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, 2014, S. 89, 100 ff.

**115** THOMAS RAISER, *Richterrecht heute*, ZRP 1985, S. 111, 117: „Immanente Grenzen sind dem Richterrecht dort gezogen, wo die Komplexität der Zusammenhänge und die Vielzahl der Betroffenen die punktuellen, vom Zweiparteienprozess vorprogrammierte Regelung nicht zulässt.“

**116** Eingefügt durch das Gesetz zu Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften vom 7. Mai 2013, BGBl. I, S. 1122.

**117** Nr. 21.4.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (BAnz 2010, Nr. 57a), geändert durch PStG-VwV-ÄndVwV vom 3. Juni 2014.

Antragstellerin, die eine Änderung ihres Geschlechtseintrags in „inter“ oder „divers“ begehrte, wies der BGH knapp zurück. Das OLG Celle habe die begehrte Änderung der Eintragung zu Recht versagt, „weil eine solche nach geltendem Recht nicht möglich ist“.<sup>118</sup> Dies ergebe sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut. Außerdem entspreche eine solche Eintragungsmöglichkeit ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien auch nicht dem Willen des Gesetzgebers.<sup>119</sup>

Dieser vom BGH im Folgenden eingehend nachgezeichnete Wille des Gesetzgebers<sup>120</sup> stellt sich bei näherem Hinsehen aber keineswegs als bewusste, endgültige und abschließende Entscheidung über die rechtliche Bewältigung von Intersexualität dar. Eher im Gegenteil: Dem Gesetzgeber ist die Schwierigkeit und Kontroversität der mit Intersexualität für das Recht verbundenen Fragen im Verlauf der Beratung zunehmend bewusst geworden.<sup>121</sup> Es schien aber nicht möglich, in dem laufenden Gesetzgebungsverfahren „kurzfristig“ eine „Lösung der komplexen Probleme“ zu finden, auch angesichts der divergierenden Auffassungen unter Betroffenen und Sachverständigen. Die vorgesehene und schließlich Gesetz gewordene Regelung in § 22 Abs. 3 PStG wird daher auch nicht als gesetzliche Letztentscheidung, sondern etwas vorsichtiger

---

**118** BGH, JZ 2016, S. 1067 Rn. 11. – Genauso schon BGHZ 57, 63, 71 f.: Folgerungen aus einer Geschlechtsumwandlung für das Personenstandsrecht könne nur der Gesetzgeber ziehen.

**119** BGH, JZ 2016, S. 1067, 1068 Rn. 17.

**120** BGH, JZ 2016, S. 1067, 1078 Rn. 18: „Die Bundesregierung, deren Gesetzentwurf zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften ursprünglich keine Regelungen zur Intersexualität enthielt, hat auf eine entsprechende Initiative des Bundesrats erwidert, eine Lösung der komplexen Probleme insbesondere unter Berücksichtigung medizinischer Aspekte könne in diesem schon weit fortgeschrittenen Gesetzgebungsverfahren nicht kurzfristig gefunden werden. Vor einer Neuregelung wären umfassende Anhörungen von Betroffenen und Sachverständigen durchzuführen. Dabei müsse auch geprüft werden, welche Änderungen in anderen Gesetzen erforderlich wären (BT-Drucks. 17/10489, 72). Schließlich hat die jetzige Fassung des § 22 Abs. 3 PStG durch die Beschlussempfehlung des Innenausschusses Eingang in das Gesetz gefunden. Dazu heißt es lediglich, dass sich § 22 Abs. 3 PStG der Problemstellungen des Deutschen Ethikrats zum Thema ‚Intersexualität‘ annehme und klarstelle, dass die Geschlechtsangabe im Geburtseintrag offenbleibe, wenn diese nicht zweifelsfrei feststehe (BT-Drucks. 17/12192, 11).“

**121** Siehe Plenarprotokolle des Deutschen Bundestags, 17. Wahlperiode, 217. Sitzung, 17.1.2013, 26940 ff. und 219. Sitzung, 31.1.2013, 27217 ff. Entsprechend uneins war auch das wissenschaftliche Schrifttum darüber, ob und ggf. wie Intersexualität im Personenstandsrecht abzubilden sei; siehe einerseits TOBIAS HELMS, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, 2015, S. 25 ff.; DERS., Personenstandsrechtliche und familienrechtliche Aspekte der Intersexualität vor dem Hintergrund des neuen § 22 Abs. 3 PStG, in: Isabell Götz/Ingeborg Schwenzer/Kurt Seelmann/Jochen Taupitz (Hrsg.), Familie – Recht – Ethik, Festschrift für Gerd Bruder Müller zum 65. Geburtstag, 2014, S. 301, 305 ff.; RAINER BOCKSTETTE, Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz, StAZ 2013, S. 169, 171 ff.; andererseits WOLF SIEBERICHS, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, S. 1180; SUSANNE LILIAN GÖSSL, Die Eintragung im Geburtenregister als „inter“ oder „divers“, zugleich Besprechung der Entscheidung des OLG Celle vom 21.1.2015, StAZ 2015, S. 171; JENS THEILEN, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, S. 3.

ausgeflaggt: die Regelung „nimmt sich der Problemstellungen des deutschen Ethikrates zum Thema ‚Intersexualität‘ [...] an,“<sup>122</sup> heißt es in der Gesetzesbegründung.

Der BGH hat also, indem er in seinem Beschluss aus dem Jahr 2016 auf den Gesetzgeber verwies, nicht eine gesetzliche Letztentscheidung bestätigt, sondern einer erwarteten weiteren gesetzlichen Befassung nicht vorgreifen wollen. Eigentlicher Hinderungsgrund war die Ubiquität der Statuswirkungen, vom BGH angesprochen als „staatliche Ordnungsinteressen“ (Rn. 27) und die Auswirkungen, die Änderungen des Personenstandsrechts auf andere Gesetze haben würden (vgl. Rn. 18). Diese gesetzliche Entscheidung ist nun auch verfassungsrechtlich notwendig geworden: Mit Beschluss vom 10. Oktober 2017 hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2018 eine Regelung herbeizuführen, durch die intersexuellen Personen ein positiver Geschlechtseintrag ermöglicht oder aber ganz auf die Eintragung des Geschlechts verzichtet wird.<sup>123</sup>

### b) Güterrechtlich privilegierter Erwerb

Eine typische Formel, mit der die Rechtsprechung auf den Gesetzgeber verweist und eine abweichende Problembewältigung ablehnt, lautet, der Gesetzgeber habe eine „abschließende Regelung“ vorgenommen. Hierauf hat sich der BGH immer wieder gestützt, wenn es darum ging, ob andere als die in § 1374 Abs. 2 BGB ausdrücklich genannten privilegierten Erwerbe – Erwerb von Todes wegen, mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung – vom Zugewinnausgleich auszunehmen sind: „Die Vorschrift des § 1374 Abs. 2 BGB zählt die privilegierten Erwerbsvorgänge abschließend auf; sie ist deshalb einer ausdehnenden Anwendung im Wege der Analogie nicht zugänglich“, lautet die wiederkehrende Begründung, etwa angesichts von Schmerzensgeldern, Witwenrenten, Restitutionsansprüchen und Lottogewinnen.<sup>124</sup> Hieran hielt der BGH auch im Jahr 2014 fest, als nochmals zu entscheiden war, ob der Zugewinnausgleich einen während der Trennungszeit eingetretenen Lottogewinn erfassen soll.<sup>125</sup> Im wissenschaftlichen Schrifttum mehrte sich indes inzwischen Kritik, und zwar nicht nur am Gesetzgeber, der § 1374 Abs. 2 BGB auch bei der letzten Reform des Güterrechts im Jahr 2009<sup>126</sup> nicht erweitert hat,<sup>127</sup>

<sup>122</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Drucks. 17/10489 –, BT-Drucks. 17/12192 vom 30.1.2013, S. 11.

<sup>123</sup> BVerfGE 147, 1, Rn. 66. Der BGH hielt eine Vorlage zum BVerfG nicht für erforderlich, siehe BGH JZ 2016, S. 1067, Rn. 20 ff.; für eine Gegenseit bereits ANNE RÖTHEL, Autonomie im Familienrecht der Gegenwart, JZ 2017, S. 116 m.w.N.

<sup>124</sup> Vgl. BGHZ 68, 43, 46 – Lottogewinn; BGHZ 82, 145, 148 – Abfindung; BGHZ 82, 149, 151 – Witwenrente; BGHZ 130, 377, 381 – Lebensversicherung; BGHZ 157, 379, 386 f. – Restitutionsansprüche.

<sup>125</sup> BGH, FamRZ 2014, S. 24.

<sup>126</sup> Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. Juli 2009, BGBl. I, S. 1696.

<sup>127</sup> Rechtspolitische Kritik etwa bei JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 36 III 4.

sondern gleichermaßen an der Haltung des BGH: Es fänden sich „in den Gesetzgebungsmaterialien [...] keinerlei Anhaltspunkte für eine solche bewusste und gezielte Entscheidung des Gesetzgebers“, so etwa *Elisabeth Koch*.<sup>128</sup> Auch *Dieter Schwab* bezweifelt, ob die Annahme des BGH, eine Analogie komme unter keinen Umständen in Betracht, „methodisch haltbar“ sei.<sup>129</sup> Es sind bezeichnenderweise die Rechtshistoriker unter den Familienrechtlerinnen und Familienrechtlern, die die Tragkraft des historischen Willens-Arguments in Zweifel ziehen.

Nicht ganz so konsequent, aber in der Motivation ähnlich sichert der BGH mit dem Ausschließlichkeitsprinzip des Zugewinnausgleichs den Vorrang des Gesetzgebers bei der Bestimmung der nahehelichen güterrechtlichen Teilhabe gegenüber weitergehenden schuldrechtlichen Ausgleichsansprüchen. „In aller Regel“, so der BGH bereits im Jahr 1991, müsse es „für den Ausgleich von Zuwendungen, die Ehegatten einander während des gesetzlichen Güterstandes gemacht haben [...] mit dem güterrechtlichen Ausgleich als der vom Gesetz vorgesehenen Lösung sein Bewenden haben.“<sup>130</sup> Hierauf – aber auch auf die dogmatisch unsicheren Durchbrechungen, Stichwort Ehegattinnenengesellschaft und unbenannte Zuwendungen – hat *Uwe Diederichsen* bereits in seinem Beitrag in der Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des BGH hingewiesen und dieses Nebengüterrecht als Frage von „Gesetzestreue und Rechtsfortbildung“ thematisiert.<sup>131</sup>

### c) Unterbringungsähnliche Maßnahmen an minderjährigen Kindern

Ein weiteres Beispiel für *judicial deference* bildet die Entstehungsgeschichte des familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern (§ 1631b Abs. 2 BGB).<sup>132</sup> Hintergrund ist eine Entscheidung des BGH aus

**128** ELISABETH KOCH, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8: Familienrecht I, 7. Aufl. 2017, § 1374 BGB, Rn. 16; näher DIES., Die Teilungsmasse des Zugewinns – der Topos von der starren, schematischen Regelung des Gesetzes, in: Dieter Schwab/Meo-Micaela Hahne (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 139, 150–154.

**129** DIETER SCHWAB, Familienrecht, 25. Aufl. 2017, § 33 Rn. 289; kritisch auch GERD BRUDERMÜLLER, Der reformierte Zugewinnausgleich – Erste Praxisprobleme, NJW 2010, S. 401, 402 sowie WOLFGANG JAEGER, in: Kurt Johannsen/Dieter Henrich (Hrsg.), Familienrecht, 6. Aufl. 2015, § 1374, Rn. 35 f.: Das Analogieverbot sei „aufzugeben“.

**130** BGHZ 115, 132; BGHZ 116, 167; BGHZ 127, 48; BGHZ 142, 137.

**131** UWE DIEDERICHSEN, Gesetzestreue und Rechtsfortbildung im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung bei der Ehescheidung, in: Karlmann Geiß (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 945; pointiert kritisch auch noch DIETER SCHWAB, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl. 2000, VII Rn. 241: „praeterlegale Hilfskonstruktion“ (in der aktuellen 7. Aufl. 2013 allerdings nicht mehr). Siehe auch schon meine Kritik an dieser Rechtsprechung bei ANNE RÖTHEL, Ausgleichsordnungen unter Ehegatten: fiktive Innengesellschaft versus reale Gütergemeinschaft, FamRZ 2012, S. 1916.

**132** Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern vom 17. Juli 2017, BGBl. I, S. 2424.

dem Jahr 2013.<sup>133</sup> Der BGH hatte zu klären, ob die nächtliche Fixierung eines autistisch-behinderten Kindes, das krankheitsbedingt ausgeprägte Unruhezustände und extreme Weglauftendenzen zeigte, zusätzlich zur Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern auch einer gerichtlichen Genehmigung bedürfe. Der BGH verneinte dies und lehnte damit sowohl eine Erstreckung des bereits bestehenden Genehmigungserfordernisses für freiheitsentziehende Unterbringungen von minderjährigen Kindern (§ 1631b BGB) als auch eine analoge Anwendung des weiter gefassten Genehmigungserfordernisses für „unterbringungsähnliche Maßnahmen“ gegenüber einem Betreuten (§ 1906 Abs. 4 BGB) ab. Eine Erweiterung des Genehmigungserfordernisses für elterliche Entscheidungen aus § 1631b BGB auf unterbringungsähnliche Maßnahmen widerspreche dem Willen des Gesetzgebers. Das Gesetz gehe vielmehr „von einem engen Begriff der Unterbringung aus“.<sup>134</sup> Voraussetzung für eine analoge Anwendung des Genehmigungserfordernisses für „unterbringungsähnliche Maßnahmen“ gegenüber einem Betreuten (§ 1906 Abs. 4 BGB), so weiter der BGH, „ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz“. Daran fehle es hier, da in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen werde, dass die Vorschrift „nur für volljährige Betreute gelte, die materiellen Regelungen der Unterbringung von Kindern (§ 1631b BGB) würden hiervon nicht berührt“.<sup>135</sup> Da der Gesetzgeber § 1631b BGB zuletzt im Jahr 2008 geändert hatte, ohne die in der Literatur vielfach geäußerte Forderung nach einem familiengerichtlichen Genehmigungserfordernis aufzugreifen, könne auch nicht angenommen werden, dass eine analoge Anwendung inzwischen dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers entspreche.<sup>136</sup> „Es muss daher dem Gesetzgeber überlassen bleiben“, so schließlich der BGH, „ob die Anordnung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, Kinder vor ungerechtfertigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen zu schützen.“<sup>137</sup>

#### **d) Anfechtungssperre bei sozial-familiärer Beziehung**

Genauso eindeutig hat es der BGH jüngst abgelehnt, § 1600 Abs. 2 BGB – die Anfechtungssperre bei bestehender sozial-familiärer Beziehung zum rechtlichen Vater – einschränkend dahingehend auszulegen, dass eine Anfechtung nicht gesperrt sein sollte, wenn der leibliche Vater seinerseits bereits eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind unterhält: Die Regelung des § 1600 Abs. 2 BGB sei, so der BGH,

ihrem Wortlaut entsprechend als bewusste gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren. Die Frage, ob die bestehende gesetzliche Regelung auch zukünftig noch rechtspolitisch wünschens-

<sup>133</sup> BGH, NJW 2013, S. 2969.

<sup>134</sup> BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 12 unter Hinweis auf BT-Drucks. 11/4528, S. 146.

<sup>135</sup> BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 18 unter Hinweis auf BT-Drucks. 11/4528, S. 82.

<sup>136</sup> BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 20.

<sup>137</sup> BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 25.

wert erscheint oder ob den Interessen des leiblichen Vaters ein höherer Stellenwert gebührt, fällt schließlich in die alleinige Zuständigkeit des Gesetzgebers.<sup>138</sup>

### e) Öffnung der Ehe

Ein weiteres Beispiel für richterliches Verweisen auf den Gesetzgeber bildet die inzwischen gesetzlich geregelte Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts.<sup>139</sup> Soweit Gerichte in der Vergangenheit überhaupt damit befasst waren, ob die Eheschließung nicht schon unter damaligem Recht auch Personen gleichen Geschlechts ermöglicht werden könnte, haben sie in dieser Frage durchgehend auf den Gesetzgeber verwiesen, obwohl sich die Geschlechtsverschiedenheit – wie auch immer wieder eingeräumt wurde – gerade nicht aus dem materiellen Eheschließungsrecht der §§ 1353 ff. BGB ergab. Die Eheschließung auch gleichgeschlechtlichen Partnern zu ermöglichen, würde aber, so das LG Frankfurt a. M., „das gesetzgeberische Ziel verfehlen, das gerade darin liegt, die Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zu regeln. Dadurch würde das Gericht in die Kompetenzen des Gesetzgebers eingreifen“.<sup>140</sup> Ähnlich deutlich haben etwa zeitgleich das BayObLG<sup>141</sup> und dann schließlich das OLG Köln auf den Gesetzgeber verwiesen: Eine anderweitige Auslegung, so das OLG Köln, sei „unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung versagt [...]. Insoweit läge keine Rechtsfortbildung durch die Gerichte vor, sondern eine verfassungswidrige Verfassungsänderung durch ein hierzu nicht berufenes Staatsorgan“.<sup>142</sup> Ob und in welchem Umfang Regelungen für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen werden, „unterliegt allein der politischen Entscheidung des Gesetzgebers.“<sup>143</sup> Andernfalls würde sich ein Gericht eine Kompetenz anmaßen, „die allein dem Gesetzgeber zukommt [...]“.<sup>144</sup> Diese Linie wurde später in einer Kammer-Entscheidung des BVerfG bestätigt,<sup>145</sup> und

<sup>138</sup> BGH, FamRZ 2018, S. 275 Rn. 27.

<sup>139</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017, BGBl. I, S. 2787.

<sup>140</sup> LG Frankfurt a. M., NJW 1993, S. 1998.

<sup>141</sup> BayObLG, NJW 1993, S. 1996: „Soweit Regelungen zur Vermeidung rechtlicher Nachteile bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften erforderlich werden sollten, bleibt es dem Gesetzgeber vorbehalten zu prüfen, wie sie auszugestalten sind.“

<sup>142</sup> OLG Köln, NJW 1993, S. 1997.

<sup>143</sup> OLG Köln, NJW 1993, S. 1997.

<sup>144</sup> OLG Köln, NJW 1993, S. 1997, 1998.

<sup>145</sup> BVerfG (K), NJW 1993, S. 3058. Die Kammer nahm eine gegen einen Bescheid des Standesamtes, mit dem der Antrag der gleichgeschlechtlich orientierten Beschwerdeführer auf Erlass des Aufgebots und Vornahme der Eheschließung abgelehnt wurde, gerichtete Beschwerde nicht zur Entscheidung an, weil der Beschwerde im Hinblick auf die gerügte Verletzung der Eheschließungsfreiheit keine grundsätzliche Bedeutung zukomme. Erste Andeutungen der weiteren Entwicklungsrichtung finden sich am Schluss der Entscheidung: „Soweit die Bf. auf vielfältige Behinderungen ihrer privaten Lebensgestaltung und Benachteiligungen gegenüber Ehepartnern hinweisen, kann den damit aufgeworfenen Fragen nach der Vereinbarkeit des geltenden Rechts mit Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG und mit Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzliche Bedeutung zukommen, insbesondere den Fragen, ob der Ge-

auch der von ausländischer Seite angerufene EGMR betonte immer wieder den Gestaltungsspielraum („Ermessensspielraum“) der nationalen Gesetzgeber.<sup>146</sup>

### III Einige Beobachtungen

Der Rückblick auf die Zugriffsmuster in der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen im jüngeren Familienrecht stellt uns vor ein Panorama mit großer Bandbreite. Eine aktive Rechtsprechung haben wir im Fall der im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft kennen gelernt (oben Ziff. II.2.d), auf einen handlungsstarken Gesetzgeber sind wir im Zusammenhang mit der religiösen Beschneidung (oben Ziff. II.4.b) gestoßen. Aber vor allem haben wir viele Beispiele für vorsichtiges Abwarten und aufeinander Verweisen gefunden, sei es im Personenstandsrecht (oben Ziff. II.5.a) oder im Recht des gesetzlichen Güterstands (oben Ziff. II.5.b), aber auch im Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen (oben Ziff. II.3.b). Auf den ersten Blick scheint die Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen im jüngeren Familienrecht keinen Regelmäßigkeiten zu folgen. Gleichwohl lässt der unübersichtliche Befund einige Beobachtungen über Typizitäten im Zugriff (s. unter Ziff. 1), die langfristige Entwicklungsrichtung (s. unter Ziff. 2) und das Miteinander der Gewalten (s. unter Ziff. 3) zu. Die wesentliche Beobachtung ist dabei, dass sich die mitgegebene These von der Richtermacht bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen im jüngeren Familienrecht nicht bewahrheitet hat. Den folgenden Beobachtungen liegt allerdings die These zugrunde, dass sich das facettenreiche Miteinander von Rechtsprechung und Gesetzgebung bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen durch Familienrecht nicht konsequent materiell-rechtlich entlang dogmatischer Leitideen wie Autonomie und Kindeswohl rekonstruieren lässt.<sup>147</sup>

#### 1 Typizitäten

Auf der Suche nach Mustern dafür, ob eine familienrechtliche Ungewissheitslage eher vom Gesetzgeber oder eher von der Rechtsprechung bewältigt wird, ist zunächst zu

---

setzgeber verpflichtet ist, gleichgeschlechtlichen Partnern eine rechtliche Absicherung ihrer Lebensgemeinschaft zu ermöglichen, oder ob zumindest einzelne Regelungen in verschiedenen Rechtsbereichen der Änderung bedürfen. Diese Fragen können jedoch eine grundsätzliche Bedeutung der Verfassungsbeschwerde nicht begründen, weil sie im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen sind. Sie waren nicht Gegenstand der angegriffenen Entscheidungen. Diese betrafen allein die Frage, ob der Standesbeamte verpflichtet war, das Aufgebot anzuordnen und die Eheschließung vorzunehmen.“

<sup>146</sup> EGMR (24.6.2010 – Rs. 30141/04, Schalk u.a.), NJW 2011, S. 1421, 1424; EGMR (21.09.2010 – Rs. 66686/09, Manenc), NVwZ 2011, S. 31; EGMR (10.5.2001 – Rs. 56501/00, Antonio Mata Estevez).

<sup>147</sup> Hier danke ich den Nachfragen von MARIETTA AUER und EVA SCHUMANN.

konstatieren, dass Entscheidungen über familienrechtliche *Statusverhältnisse* letztlich zu Gesetz werden, wenngleich nicht immer in einem Schritt und kaum je ohne richterliche Vorbefassung. Es ist im Ergebnis der Gesetzgeber, der darüber entscheidet, welche Rechtsformen für Paarbeziehungen zur Verfügung stehen (oben Ziff. II.5.e), worauf sich Abstammung (oben Ziff. II.5.d) und Personenstand (oben Ziff. II.5.a) gründen und welche Gestalt rechtliche Fürsorge für Erwachsene haben soll (oben Ziff. II.3.b). Wenn wir von familienrechtlichen *Rechtsinstituten* sprechen, sind nach wie vor ganz selbstverständlich gesetzliche Regelungskomplexe gemeint und nicht Richterrecht. Dieses Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung wird auch dadurch stabilisiert, dass die Rechtsprechung in diesen großen Architekturfragen konsequent auf den Gesetzgeber verweist (oben Ziff. II.5), wie wir am Beispiel des Personenstands, des Güterstands, des Elternrechts, des Abstammungsrechts und der Öffnung der Ehe gesehen haben.

Darüber hinaus treffen wir dort auf den Gesetzgeber, wo die gesellschaftliche Ungewissheitslage mit *ethischen Richtungsfragen* zu tun hat, etwa die Bedeutung religiöser Normen im Verhältnis zum Elternrecht im Beispiel der Beschneidung (oben Ziff. II.4.b) oder die Reichweite der Selbstbestimmung am Lebensende (oben Ziff. II.3.b). Dabei ging es dem Gesetzgeber nicht immer um Korrektur: Dies trifft zwar zu im Verhältnis der Beschneidung, gilt aber nicht für den Umgang mit Patientenverfügungen.

Schwerer fällt es, die Fälle von richterlichen Paradigmenwechseln (oben Ziff. II.2) auf einen Nenner zu bringen. Hier treffen wir auf unterschiedliche Arten von Ungewissheitslagen: Im Umgang mit nichtehelichem Zusammenleben (oben Ziff. II.2.a) oder der Betreuung von Kindern durch getrennt lebende Eltern (oben Ziff. II.2.b) beruht die Ungewissheitslage in erster Linie auf *unsicheren Vorstellungen über die Wirklichkeit*. Anders liegen die Dinge in Bezug auf die im Ausland durchgeführte Leihmutterchaft, die Züge einer ethischen Richtungsfrage trägt und aus diesem Grund in ihrer richterlichen Bewältigung auch als besonders spannungsreich wahrgenommen worden ist (oben Ziff. II.2.d).

## 2 Entwicklungsrichtung

### a) Langfristige Zunahme gesetzlicher Bewältigung

Es ist noch nicht lange her, dass das Familienrecht ganz selbstverständlich als Beispiel für starke richterliche Prägung galt. Im Jahr 2002 wurde auf der Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung das Familienrecht zusammen mit dem Arbeitsrecht als „die“ Beispiele für richterliche Ersatzgesetzgebung benannt.<sup>148</sup> Genauso führte *Walter Leisner* in seiner fast zeitgleich veröffentlichten Schrift zur

---

<sup>148</sup> SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, Und der Gesetzgeber behält doch das Heft in der Hand!, in: Ulrich Karpen (Hrsg.), *Der Richter als Ersatzgesetzgeber*, 2002, S. 39, 40. Arbeitsrecht und

„Krise des Gesetzes“ das Familienrecht in einem Atemzug mit dem Arbeitsrecht als Beispiel dafür an, wie ganze Rechtsgebiete der Rechtsprechung überlassen seien.<sup>149</sup> Man mag in der Einschätzung über das Ausmaß des Richterrechts im Familienrecht auseinander gehen; die Entwicklungsrichtung des Familienrechts ist jedoch vergleichsweise eindeutig: In der Tendenz verschieben sich die Gewichte eher in Richtung Gesetzgebung als in Richtung Rechtsprechung. Auf lange Sicht erleben wir eine *Legifizierung* des Familienrechts. Darin unterscheidet sich das Familienrecht übrigens nicht vom Gesellschaftsrecht, für das *Karsten Schmidt* „Geländegewinne der Gesetzgebung“ beobachtete.<sup>150</sup> Zwar brauchen gesetzliche Bewältigungen mitunter ihre Zeit und hinken rechtlichen Erwartungen, etwa im Hinblick auf inter- und transsexuelle Personen, oder den Anforderungen der Praxis hinterher, etwa im Umgang mit heterologer Insemination. Auch durchlaufen gesetzliche Bewältigungen häufig mehrere Stufen oder benötigen mehrere Anläufe. Dies haben wir zunächst erlebt, als es darum ging, im Eherecht das grundgesetzliche Gleichberechtigungsversprechen zu verwirklichen; noch länger dauerte die Gleichstellung nichtehelicher Kinder.<sup>151</sup> Zuletzt haben wir in der Frage, ob und wenn ja auf welche Art und Weise gleichgeschlechtlichen Paaren eine institutionalisierte Rechtsform zur Verfügung gestellt werden sollte, ein solches Ansetzen in mehreren Schritten erlebt. Für unseren Zusammenhang entscheidend ist aber, dass alle diese Prozesse erst mit einer gesetzlichen Regelung als abgeschlossen gelten konnten.

Dass sich gleichwohl gerade für das Familienrecht das Bild von einer starken Rechtsprechung beharrlich hält, beruht mehr auf dem „wie“ der familienrechtlichen Gesetzgebung. Damit ist die für die familienrechtliche Gesetzgebung charakteristische Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen bezeichnet.<sup>152</sup> Nimmt man hinzu, dass die Rechtsprechung ihrerseits zur Ausfüllung des Unterhaltsrechts zu einer gesetzesähnlich verfestigten und abstrahierten Regelbildung tendiert,<sup>153</sup> entsteht so

---

Familienrecht firmieren auch bei RÜTHERS/FISCHER/BIRK (Anm. 9), Rn. 856 ff. als die Beispiele für „Rechts“- oder „Gebietslücken“.

**149** WALTER LEISNER, *Krise des Gesetzes*, 2001, S. 100.

**150** KARSTEN SCHMIDT, *Gesetzgebung und Rechtsprechung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften*, JZ 2009, S. 10, 19.

**151** Die erste Aufforderung des BVerfG erging durch BVerfGE 8, 210, später BVerfGE 25, 167. Das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969, BGBl. I, S. 1243, trat schließlich am 1.7.1970 in Kraft; siehe danach noch Kindesunterhaltsgesetz vom 6. April 1998, BGBl. I, S. 666; Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 19. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2941; Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2942; Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3189.

**152** Im familienrechtlichen Schrifttum erscheint diese Form der Normsetzung weithin zwangsläufig; siehe etwa GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 127), § 1 Rn. 54 ff.; näher ANNE RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 39 ff. sowie passim.

**153** Dies lässt sich insbesondere an den Praxis der gerichtlich erarbeiteten Unterhaltstabellen und Leitlinien ablesen; für eine Rekonstruktion siehe WOLFGANG KÖHLER, *20 Jahre Düsseldorfer Tabelle*, FamRZ 1982, S. 130; DERS., *Geschichte der Düsseldorfer Tabelle (Entstehung, Entwicklung und*

das Bild einer gesetzesähnlich agierenden, starken Rechtsprechung, auch wenn wir uns immer vor Augen führen müssen, dass dieses Richterwerk auf gesetzlichem Einverständnis (Delegation) beruht und daher einer Selbst-Bemächtigung unverdächtig ist. Ähnliches gilt für die inzwischen weit verzweigte richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen:<sup>154</sup> Vordergründig ist sie ebenfalls Richterwerk. Doch wird sie schon wegen ihres verfassungsgerichtlichen Auftrags<sup>155</sup> nicht als prekäre richterliche Selbstbemächtigung erscheinen können, auch in Erinnerung daran, dass es der BGH war, der eine solche Inhaltskontrolle zunächst ausdrücklich ablehnte.<sup>156</sup>

## b) Mögliche Erklärungen

### aa) Generelle Vorzüge gesetzlicher Bewältigung

Dieser langfristige Trend in Richtung gesetzlicher Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen lässt sich vordergründig mit den generellen Vorzügen von Gesetzgebung gegenüber Rechtsprechung erklären: Mit gesetzlicher Bewältigung verbinden sich neben der demokratischen Legitimation Gewinne an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.<sup>157</sup> Doch machen diese generellen Vorzüge gesetzlicher Bewältigung

---

Rechtsnatur eines Richterwerkes), in: Heinz Eyrich/Walter Odersky/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 569; VOLKER DIETRICH, Unterhaltsberechnung anhand von Quoten und Tabellen, 1986, S. 33 ff. Rechtsqualität und Legitimation wurden im älteren Schrifttum skeptischer beurteilt, siehe JOACHIM GERNHUBER, Der Richter und das Unterhaltsrecht, FamRZ 1983, S. 1069, 1072: „Richterwerk sui generis“; ALEXANDER LÜDERITZ, Familienrecht, 27. Aufl. 1999, Rn. 714: „verabredetes Recht ohne Ermächtigung“; WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Zur Unterschätzung der Überschätzung unterhaltsrechtlicher Steigerungsmöglichkeiten, in: Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke, 1979, S. 311, 341: „Kunstregeln“ ohne „legitimen Platz“; inzwischen wird diese richterliche Selbstbindung pragmatisch akzeptiert, siehe nur NINA DETHLOFF, Familienrecht, 31. Aufl. 2015, § 11 Rn. 13 f. und KARLHEINZ MUSCHELER, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 679. – Ein zweites Beispiel ist die vom BGH für die richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen entwickelte Kernbereichslehre; siehe grundlegend BGHZ 158, 81; später etwa BGH, FamRZ, 2005, S. 26 – Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich; BGH, FamRZ 2006, S. 1097 – u.a. Verzicht auf Versorgungsausgleich; BGH, FamRZ 2007, S. 197 – Verzicht zulasten der Sozialhilfe; BGH, FamRZ 2008, S. 396 – Verzicht auf den Zugewinnausgleich; BGH, FamRZ 2009, S. 198 – Unterhaltsregelung zulasten der Sozialhilfe; zuletzt BGH, NJW 2013, S. 380 – Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich; BGH, NJW 2013, S. 457 – Verzicht auf Unterhalt, Versorgungsausgleich sowie Zugewinnausgleich.

**154** Grundlegend BGHZ 158, 81, in der Folge siehe BGH, NJW 2005, S. 137; BGH, NJW 2005, S. 139; BGH, NJW 2005, S. 1370; BGH, NJW 2007, S. 907; BGH, NJW 2008, S. 1076; BGH, NJW 2009, S. 2124 – In diesen Zusammenhang kann man auch die richterliche Korrektur ehevertraglich vereinbarter Gütertrennung durch Gewährung von Ausgleichsansprüchen wegen „unbenannter Zuwendungen“ sehen; siehe BGHZ 84, 361, 368 ff.; BGHZ 127, 48, 52 ff.; kritisch DIEDERICHSEN (Anm. 131), S. 945, 966 ff.; ANNE RÖTHEL, Ausgleichsordnungen unter Ehegatten: fiktive Innengesellschaft versus reale Gütergemeinschaft, FamRZ 2012, S. 1916, 1921.

**155** BVerfGE 103, 89.

**156** Siehe noch BGH, FamRZ 1996, S. 1536; BGH, FamRZ 1997, S. 146.

**157** Interessiert man sich für das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung wird indes auch vor einer Überschätzung der Vorteile solcher „Publizität“ gewarnt; siehe SCHMIDT (Anm. 10), S. 35 ff.

gesellschaftlicher Ungewissheitslagen die Wirkmächtigkeit des langfristigen Trends zugunsten gesetzlicher Bewältigung im jüngeren Familienrecht nicht völlig plausibel. Für welchen Rechtsbereich wünschte man sich nicht mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit? Und warum sollte es dem Gesetzgeber gerade in den letzten 20, 30 Jahren und gerade im Familienrecht so stark um Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gegangen sein? Zwei weitere Erklärungen liegen nahe.

*bb) Verfassungsgerichtliche Akzentuierung gesetzlicher Bewältigungen*

Der langfristige Entwicklungstrend im jüngeren Familienrecht in Richtung gesetzlicher Bewältigung hat erstens mit der Rolle des BVerfG im Familienrecht zu tun. Zum einen hat das BVerfG immer wieder die Rückanbindung der Rechtsprechung an das Gesetz gesichert. So wandte sich das BVerfG im Jahr 2016 gegen die vom BGH auf § 242 BGB gestützten Auskunftsansprüche des Scheinvaters auf Offenlegung der Abstammung des Kindes und forderte eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.<sup>158</sup> Ganz ähnlich hatte sich das BVerfG im Jahr 2011 gegen eine unterhaltsrechtliche Rechtsprechungspraxis des BGH gewandt und entschieden, dass der BGH mit seiner zu § 1578 BGB entwickelten Vorstellung der „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“ unter Anwendung der sogenannten Dreiteilungsmethode<sup>159</sup> einen richterlichen Systemwechsel vollzogen und dadurch die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten habe.<sup>160</sup>

Zum anderen hat das BVerfG einen großen Teil des jüngeren familienrechtlichen Regelungsbedarfs überhaupt erst erzeugt, indem es immer wieder gesetzliche Regelungen angemahnt hat, etwa im Hinblick auf die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder,<sup>161</sup> die Rechte des leiblichen, nicht-rechtlichen Vaters<sup>162</sup> oder die Anerkennung von transsexuellen<sup>163</sup> und intersexuellen Personen.<sup>164</sup>

---

**158** BVerfGE 138, 377 gegen BGHZ 196, 207, 216 ff., Rn. 27 ff.; BGHZ 191, 259, 266 ff., Rn. 19 ff.; dazu schon oben II.3.a.

**159** BGHZ 171, 206, 215; BGHZ 177, 356.

**160** BVerfGE 128, 193, 214 ff. – Dreiteilungsmethode zur Berechnung des naheehelichen Unterhalts.

**161** BVerfGE 107, 150 – Sorgeerklärung; BVerfGE 127, 132 – Elternrecht des Vaters.

**162** BVerfGE 108, 82 – Anfechtungsrecht des biologischen Vaters und Umgangsrecht; siehe aber auch BVerfGE 141, 186 – keine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Bereitstellung eines Verfahrens zur isolierten Klärung der Abstammung von einem mutmaßlichen leiblichen Vater.

**163** BVerfGE 49, 286 – Transsexuelle I; BVerfGE 60, 133 – Junge Transsexuelle; BVerfGE 88, 87 – Transsexuelle II; BVerfGE 115, 1 – Transsexuelle III; BVerfGE 116, 243 – Transsexuelle IV; BVerfGE 121, 175 – Transsexuelle V; BVerfGE 128, 109 – Lebenspartnerschaft von Transsexuellen.

**164** BVerfGE 147, 1, Rn. 66.

*cc) Zunahme gesetzlich besser bewältigbarer Ungewissheitslagen*

Eine weitere Erklärung für die Wirkmächtigkeit des langfristigen Trends in Richtung gesetzlicher Bewältigung hängt mit der Art der Ungewissheitslagen zusammen, die im jüngeren Familienrecht zu bewältigen sind.

Wir erwarten vom Familienrecht eine Befriedung sozialer Beziehungen, indem Ordnungsentscheidungen über die Stellung des Einzelnen und soziale Zusammenhänge getroffen werden. Eine generelle Schwierigkeit besteht darin, dass für die Bewältigung dieser Ordnungsaufgabe weder eine gebietsübergreifende Leitidee mit ähnlich breiter Zustimmung wie die Privatautonomie<sup>165</sup> noch auch nur eine Methode wie die ökonomische Analyse zur Verfügung stünde, die hierzu mit Wahrheitsanspruch Richtigkeitskriterien formulieren könnte.<sup>166</sup>

Hinzu kommt die besondere Veränderlichkeit der Anschauungen, Annahmen und Praktiken, auf denen das Familienrecht beruht. Es gehört zur familienrechtlichen Alltagserfahrung, dass sich die Anschauungen, Annahmen und Praktiken über ein gutes Leben, die Gründe von Elternschaft, die Bedingungen für gelingende kindliche Entwicklung, das Ausmaß geschuldeter Solidarität ständig verändern. In diesem Sinne handelt Familienrecht immer von der Bewältigung von Ungewissheitslagen.

Es lassen sich aber Veränderungen in der Qualität der Ungewissheitslagen ausmachen. Die Akteure des Familienrechts haben bei der Ordnung der Familie in kürzeren Abständen mit Gewissheitsverlusten und Paradigmenwechseln zu kämpfen, da die herkömmlichen Abwehrhüllen gegen disruptive Außeneinflüsse – Natur, Sittengesetz und zwingende Ordnung – weitgehend abgebaut sind. Dies war im ausgehenden 19. Jahrhundert noch anders, als sich das Familienrecht aus naturalistischen Vorstellungen über die „organische“ Stellung der Familienangehörigen speiste und darauf ausgerichtet war, ein vorfindliches „Sittengesetz“ in zwingendes Recht zu überführen.<sup>167</sup> Von dieser atmosphärischen Abschirmung des Familienrechts ist im Verlauf des 20. Jahrhunderts nicht mehr viel geblieben. Unser Bild von der organischen Natur des Menschen ist durch technisch-medizinischen Fortschritt ständigen Veränderungsprozessen ausgesetzt, und das zunächst noch mit zwingendem Recht

---

**165** Dazu ANNE RÖTHEL, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung, in: Christian Bumke/Anne Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 91; erste Ansätze einer systematischen Erschließung der Privatautonomie für personale Beziehungen habe ich versucht in meinem Beitrag ANNE RÖTHEL, *Verträge in der Unternehmerfamilie. Überlegungen zur Privatautonomie in personalen Beziehungen*, in: DIES. (Hrsg.), *Verträge in der Unternehmerfamilie*, 2014, S. 9; siehe für einzelne Funktionen und Wirkungsweisen von Autonomie im Familienrecht auch schon DIES., *Autonomie im Familienrecht der Gegenwart*, JZ 2017, S. 116.

**166** Siehe aber UWE DIEDERICHSEN, „Richtiges“ Familienrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris/Uwe Diederichsen (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, 1983, S. 127.

**167** FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, §§ 53 f.

stabilisierte Sittengesetz ist mit der zunehmenden Orientierung des Familienrechts auf Autonomie verblasst.<sup>168</sup>

Damit geht eine neue Qualität von Ungewissheitslagen einher: Ungewissheitslagen, die sich nicht leicht innerhalb eines Korridors von längerfristigen Wellenbewegungen<sup>169</sup> verorten lassen, sondern die hergebrachten Paradigmen – etwa zu Ehe und Heteronormativität, zur Zweigeschlechtlichkeit oder dazu, wer im Interesse des Kindes als dessen Eltern gelten sollen – grundlegend in Frage stellen. Solche Ungewissheitslagen ließen sich bislang vorwiegend auf technische Innovationen<sup>170</sup> sowie auf Verdeutlichungen des Grundrechtsschutzes durch das BVerfG<sup>171</sup> und den EGMR<sup>172</sup> zurückführen. Außerdem haben disruptive Ereignisse zugenommen. Immer häufiger begegnen sprunghafte gesellschaftliche Veränderungen infolge von Migration und Globalisierung.<sup>173</sup> Migration und Globalisierung konfrontieren das Familienrecht „unvermittelt“ mit bislang unbearbeiteten Vorstellungen von familiärem Leben. Zugleich bewirkt die Orientierung des Familienrechts auf Autonomie und weltanschauliche Neutralität („Pluralismus“), dass sich die Rechtsordnung der Auseinandersetzung mit zunächst unvertrauten Vorstellungen nicht leichthin durch Integrationspostulate entziehen kann. Die Quellen, die einmal grundsätzliche Fragen des Zusammenlebens außer Streit gestellt hatten, haben sowohl tatsächlich als auch normativ an Aussage- und Bindungskraft verloren. Die gewollte und gesollte Vielfalt,

---

**168** ANNE RÖTHEL, Autonomie im Familienrecht, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Jahresband 2016, S. 151.

**169** Was nicht heißen soll, dass es solche längerfristigen Wellenbewegungen nicht auch noch gäbe; ein Beispiel wäre die kontinuierliche Zunahme und gesellschaftliche Akzeptanz von nichtehelichen Lebensgemeinschaften, die mit der Wiedervereinigung zwar eine sprunghafte Zunahme erfahren hat, im Übrigen aber in Bezug auf die alten Bundesländer auf einen langfristigen Trend aufsetzen konnte.

**170** Umfassende Aufarbeitung des Phänomens der Innovation bei WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 29 ff.

**171** Etwa BVerfGE 79, 256, 268 f. und BVerfGE 96, 56, 63 ff. – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; BVerfGE 128, 109, 124 – Recht auf einen der nachhaltig empfundenen geschlechtlichen Identität entsprechenden Personenstand; BVerfGE 121, 175, 198 f. – Recht auf eheliches Zusammenleben nach operativer Geschlechtsumwandlung; BVerfGE 127, 132, 152 ff. – Elternrecht nichtehelicher Väter.

**172** EGMR (26.2.2004 – Rs. 46544/99, Görgülü), NJW 2004, S. 3397; EGMR (3.12.2009 – Rs. 22028/04, Zaunegger), NJW 2010, S. 501; EGMR (21.12.2010 – Rs. 20578/07, Anayo), NJW 2011, S. 3565; EGMR (10.2.2011 – Rs. 1521/06, Tsikakis), FamRZ 2011, S. 1125; EGMR (15.9.2011 – Rs. 17080/07, Schneider), FamRZ 2011, S. 1715; EGMR (22.3.2012 – Rs. 11858/10, Ahrens und Katzor), FamRZ 2012, S. 691; siehe auch schon die Aufarbeitung bei SCHUMANN (Anm. 7), S. 163, 166 ff.

**173** Ablesbar etwa daran, dass sich das deutsche Familienrecht verhalten musste zum Umgang mit Beschneidungen aus nicht-medizinischen Gründen (oben II.4.b) oder im Ausland durchgeführter Leihmutterchaften (oben II.2.d). – Zur Bedeutung der Globalisierung für das Recht siehe nur MICHAEL ANDERHEIDEN/STEFAN HUSTER/STEPHAN KIRSTE (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, ARSP Sonderheft, 2001; RÜDIGER VOIGT (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, 1999; ULRICH BECK, Was ist Globalisierung?, 1997, insb. S. 218 ff.; MICHAEL FAURE/ANDRÉ VAN DER WALT (Hrsg.), Globalization and Private Law, 2010; PIERRE LAROCHE/PÉTER CSERNE (Hrsg.), National Legal Systems and Globalization. New Role, Continuing Relevance, 2013.

die wir uns mit der Verpflichtung auf weltanschauliche Neutralität und Pluralismus selbst auferlegt haben, bewirkt im Zusammenspiel mit Globalisierung und Migration einen zunehmenden und zugleich grundlegenderen Verständigungs- und Entscheidungsbedarf. Globalisierung und Pluralisierung begünstigen ethische Verunsicherungen. In pluralen Gesellschaften bedürfen mehr Fragen einer ethischen Richtungsentscheidung als in homogenen Gesellschaften, die einheitlicher von traditionellen und religiösen Normen stabilisiert werden. Zugleich ist in pluralen Gesellschaften die Gefahr von Polarisierungen und Ausgrenzungen größer und die Erwartungen an rechtliche Befriedung umso höher.<sup>174</sup> Dieses Bedürfnis nach Befriedung kann der Gesetzgeber offenbar mit größeren Chancen erfüllen als die Rechtsprechung. Eindeutliches Beispiel hierfür ist die Beschneidungsdebatte, die nach der Entscheidung des LG Köln entstanden war. Als der Gesetzgeber die Frage nach den elterlichen Befugnissen noch im selben Jahr mit § 1631d BGB gesetzlich entschied, flaute die rechtspolitische Debatte so schnell ab, wie sie aufgekommen war und verlagerte sich auf Anwendungsfragen.<sup>175</sup>

Dies soll nicht heißen, dass nicht auch der Rechtsprechung Befriedung in ethischen Ungewissheitslagen gelingen könne. Doch benötigt dies in jedem Fall mehr Zeit. In den hier interessierenden ethisch unsicheren Fragen wird eine nachhaltige Befriedung vermutlich erst dann einsetzen, wenn sich eine Frage den Weg bis zum BGH gebahnt hat, der BGH darüber eine hinreichend generalisierbare Entscheidung getroffen hat und diese nachfolgend konsequent von den Untergerichten bestätigt wird. Dies nimmt regelmäßig mehrere Jahre in Anspruch. Schon wegen dieser langen Zeitspanne ist die Chance einer Befriedung durch gesetzliche Bewältigung größer als durch richterliche Bewältigung. Eher erweist sich umgekehrt, dass der Gesetzgeber angesichts der besonderen Qualität ethischer Verunsicherung in pluralen Gesellschaften vorsichtiger sein sollte damit, Regelungsaufträge an die Rechtsprechung zu übertragen: Sehr vorausschauend ist nicht erst in der jüngsten Auflage der großen Darstellung des Familienrechts von *Joachim Gernhuber* und *Dagmar Coester-Waltjen* nachlesbar, dass unbestimmte Tatbestandsbildung („elastisches Recht“) im Familienrecht zwar notwendig, „in einer pluralistischen Gesellschaft aber gefährlicher [ist] als in einer homogenen“.<sup>176</sup>

---

**174** Befriedung kann allerdings auch den Preis der Durchsetzung von Sonderinteressen haben; daher skeptisch, ob der Gesetzgeber den mit der Pluralismus-Theorie verbundenen Erwartungen genügen kann: SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 393 ff.; FRANZ LEHNER, *Ideologie und Wirklichkeit. Anmerkungen zur Pluralismuskonzeption in der Bundesrepublik*, Der Staat 1985, S. 91, 95 ff.

**175** SCHUMANN (Anm. 100), S. 729; OLG Hamm, NJW 2013, S. 3662.

**176** JOACHIM GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, 1. Aufl. 1964, § 1 V.

### 3 Bewältigungsformen

Diese veränderte Qualität von Ungewissheitslagen mit ihren paradigmatischen Verunsicherungen inmitten unserer auf pluralistische Vielfalt orientierten Rechts- und Gesellschaftsordnung ist aber nicht nur mit besonderen Schwierigkeiten verbunden; sie hat auch besondere Lösungen in Gestalt des Miteinanders bei der Rechtserzeugung hervorgebracht.

#### a) Mehrphasige Bewältigungsverläufe

Ein großer Teil der zentralen Weichenstellungen im jüngeren Familienrecht beruht nicht auf einer einzigen Entscheidung des Gesetzgebers oder allein auf richterlicher Rechtsfortbildung, sondern ist in mehreren Schritten vorgenommen worden.<sup>177</sup> Dies ist besonders deutlich, wenn der Gesetzgeber eine richterliche Regelbildung kodifiziert, wie etwa im Beispiel der Patientenverfügung (oben III.2.b). Hinzu kommen die vielen hier nicht näher betrachteten Beispiele für Ungewissheitslagen, die erst in einem mehrphasigen Verlauf von Gesetzgebung, einfacher Rechtsprechung, Höchstgericht und abermaliger Gesetzgebung bewältigt worden sind. Diese Schrittfolge von einfacher Rechtsprechung – Höchstgericht – Gesetzgeber steht etwa hinter der Haftungsbeschränkung von Minderjährigen (§ 1629a BGB),<sup>178</sup> der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (§ 1626a BGB),<sup>179</sup> dem Anspruch auf Vaterschaftsklärung (§ 1598a BGB),<sup>180</sup> der Sukzessivadoption durch Lebenspartner (§ 9 Abs. 7 LPartG)<sup>181</sup> und demnächst dem Personenstand von intersexuellen Personen (dazu schon oben II.5.a). Darin unterscheidet sich das Familienrecht offenbar vom Gesellschaftsrecht, für das *Holger Fleischer* und *Frauke Wedemann* als typisches Bewältigungsmuster die Schrittfolge Rechtsprechung – Gesetzgebung – Rechtsprechung identifiziert haben.<sup>182</sup>

<sup>177</sup> Dazu allgemein MICHAEL REINHARDT, *Konsistente Jurisdiktion*, 1997, S. 384 ff.: „Maßstabsapprobation“ und „mehrphasige Maßstabssetzung“. Für die Gesetzgebung SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 255 ff.: Gesetzgebung als Prozess; siehe auch HELMUT HELSPER, *Gesetzgebung und Evolution*, 1986; PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, S. 2 ff., 146 ff.

<sup>178</sup> Siehe zunächst BGHZ 92, 259, BVerfGE 72, 155 und dann Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger vom 26. August 1998, BGBl. I, S. 2487.

<sup>179</sup> Siehe zunächst § 1626a BGB, eingefügt durch das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2942, dann BVerfGE 107, 150 – § 1626a BGB „derzeit verfassungsgemäß“, dann EGMR (3.12.2009 – Rs. 22028/04, Zaunegger), NJW 2010, S. 501, dann BVerfGE 127, 132 – § 1626a BGB ist mit dem GG unvereinbar, und dann Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. April 2013, BGBl. I, S. 795.

<sup>180</sup> Siehe zunächst BGHZ 162, 1, dann BVerfGE 117, 202 und dann Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26. März 2008, BGBl. I, S. 313.

<sup>181</sup> Siehe zunächst OLG Hamm, FamRZ 2010, S. 1259 und Hanseatisches OLG Hamburg, FamRZ 2011, S. 1312, dann BVerfGE 133, 59 und dann Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner vom 20. Juni 2014, BGBl. I, S. 786.

<sup>182</sup> HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, *Kodifikation und Derogation von Richterrecht*, AcP 209 (2009), S. 597: „Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung“.

## b) Rezeptionen und Bezugnahmen

Die für das Familienrecht typisch gewordenen mehrphasigen Bewältigungsverläufe zeichnen sich weiter durch wechselseitige Rezeptionen und Bezugnahmen aus. Waren Gerichte bereits mit einer Frage befasst – gleich ob durch eine einzelne Entscheidung oder durch Ausprägung ganzer Regelungsbereiche und Rechtsinstitute –, werden wir ihre Spuren in der Gesetzesbegründung finden, sei es um eine Korrektur zu erklären,<sup>183</sup> sei es wenn ganze Regelungsbereiche kodifiziert werden sollen wie im Beispiel der Patientenverfügung (dazu bereits oben III.2.b) und besonders deutlich in den Fällen, in denen der Gesetzgeber verfassungsgerichtliche Regelungsaufträge nachvollzieht.<sup>184</sup> Diese Bezugnahmen dürften auch als Absicherung gedacht und mit der Hoffnung auf Akzeptanzgewinne verbunden sein. Zugleich kommen darin Rollenverständnisse zum Ausdruck: Ein Gesetzgeber, der „sein“ Gesetz in eine Reihe mit judikativen Vorerfahrungen stellt, stellt sich nicht als autoritären und allwissenden Alleinentscheider dar, sondern eher als ein Glied unter mehreren in einem gemeinsamen Prozess.<sup>185</sup>

Genauso ernstlich ist die familienrechtliche Rechtsprechung ihrerseits darauf bedacht, gesetzliche Gründe aufzudecken und durchzusetzen. Dies trifft selbst auf Bereiche zu, in denen der Gesetzgeber eine frühere Rechtsprechung korrigiert hat. Soweit ersichtlich ist der BGH nicht versucht, korrigierte Rechtsprechungsbestände gegen den Willen des Reformgesetzgebers in offenem Bruch aufrechtzuerhalten. Ein anschauliches Beispiel für die Selbstverständlichkeit des richterlichen Gesetzesgehorsams bietet der naheheliche Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Nach der gesetzlichen Umgestaltung des Betreuungsunterhalts durch die Unterhaltsreform des Jahres 2007 finden sich in den untergerichtlichen Entscheidungen immer wieder Anklänge an das vom Gesetzgeber ausdrücklich verworfene, noch unter dem „alten“ § 1570 BGB entwickelte Altersphasenmodell.<sup>186</sup> Der BGH ist diesen Tendenzen von Anfang an sehr deutlich entgegengetreten und hat betont, dass jeder Anklang an ein solches Altersphasenmodell der gesetzlichen Wertentscheidung zuwiderläuft.<sup>187</sup> Aufschlussreich ist es auch, sich noch einmal die zahlreichen Sachfragen in Erinnerung zu rufen, für die

---

**183** Etwa im Zusammenhang mit der Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen (§ 1631d BGB), dazu schon oben II.4.b, oder bei Einführung eines gerichtlichen Genehmigungserfordernisses für unterbringungsähnliche Maßnahmen von minderjährigen Kindern (§ 1631b Abs. 2 BGB n.F.), dazu schon oben II.5.c.

**184** Siehe etwa die Begründung von § 1598a BGB in BT-Drucks. 16/6561 sowie von § 1626a BGB in BT-Drucks. 17/11048.

**185** Zumal der Gesetzgeber nach weit geteilter Auffassung keiner Rechtspflicht zur Begründung unterliegt, sondern bei der Offenlegung von Motivationen nur ein „Klugheitsgebot“ erfüllt; siehe CHRISTIAN WALDHOFF, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“. Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Otto Depenheuer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 325 ff.; gleichsinnig ARMIN STEINBACH, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 79 ff.

**186** Siehe schon oben bei Anm. 89.

**187** Siehe schon oben, II.4.a.

der BGH eine richterliche Rechtsfortbildung abgelehnt hat (oben Ziff. II.5). Aber auch in den selteneren Sachverhalten, in denen sich der BGH zu einer Rechtsfortbildung entschlossen hat, trifft man auf eingehende Auseinandersetzungen mit der gesetzlichen Begründung, die mehr sind als eine nur floskelhafte Wiedergabe der Formel von der planwidrigen Regelungslücke.<sup>188</sup> Um es in Alltagsworten zu fassen: Das Miteinander von Rechtsprechung und Gesetzgebung ist achtsam und achtungsvoll, erscheint nicht von Herrschsucht und Konkurrenz geprägt. Manche Verwandtschaftsbeziehung ist schwieriger und konflikträchtiger als die Briefe und Zeugnisse, die sich Rechtsprechung und Gesetzgebung hier wechselseitig schicken und ausstellen.

## IV Schlussfolgerungen

Geht es um den Zustand der Gesetzgebung in Deutschland, um die Legitimität von Richterrecht oder das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung, stimmt die deutsche Rechtswissenschaft häufig ein Klageglied an und gefällt sich in der Attitüde der Resignation gegenüber der normativen Kraft des *fait accompli*. Richterrecht sei zur „unvermeidlichen Notwendigkeit heutiger Gesetzgebung geworden“,<sup>189</sup> der Normenstaat befinde sich in Auflösung,<sup>190</sup> die Bundesrepublik sei zu einem „Richterstaat“ geraten,<sup>191</sup> das BVerfG längst „entgrenzt“.<sup>192</sup> Auch von der Wissenschaft scheint hier wenig zu erwarten sein: Die Debatten über die Legitimation von Richterrecht hätten sich in einem verworrenen Dickicht von Begrifflichkeiten und Unterscheidungen verlaufen, die den Realitäten richterlicher Rechtsgestaltung allenfalls hinterher eilen<sup>193</sup> und sich in ihren Beschwichtigungsversuchen auf einem *slippery slope*<sup>194</sup> befinden.

Es mag mit dem Selbstverständnis der Rechtswissenschaft und jedes einzelnen Forschers und jeder einzelnen Forscherin zu tun haben, inwieweit man geneigt ist,

**188** Siehe BGHZ 203, 350, 364 ff. – Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft; dazu bereits oben, II.2.d.

**189** SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 145.

**190** WALTER LEISNER, Krise des Gesetzes. Die Auflösung des Normenstaates, 2001.

**191** BERND RÜTHERS, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, S. 2759; DERS., Trendwende im BVerfG? Über die Grenzen des „Richterstaates“, NJW 2009, S. 1461; für eine Gegenseite GÜNTER HIRSCH, Auf dem Weg zu einem Richterstaat?, JZ 2007, S. 853.

**192** MATTHIAS JESTAED/OLIVER LEPSIUS/CHRISTOPH MÖLLERS/CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011.

**193** Siehe nur das Resümee von REINHARDT (Anm. 177), S. 339 ff.; aus jüngerer Zeit zu Legitimation und Funktion von Richterrecht siehe nur die Beiträge und Nachweise bei CHRISTIAN BUMKE (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012; aus früherer Zeit etwa JÖRN IPSEN, Richterrecht und Verfassung, 1975; WANK (Anm. 5); FRIEDRICH MÜLLER, Richterrecht, 1986; FRITZ OSSENBÜHL, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988; THOMAS RAISER, Richterrecht heute, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1986, S. 627.

**194** Dazu JÖRG NEUNER, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 196 f.

in diese resignierende Klage einzustimmen. So richtig aufdrängen will sich mir ein Grund dafür nicht. Soweit es um das jüngere Familienrecht geht, ist uns weder eine übermächtige, selbstherrliche Rechtsprechung noch ein konsequent zögerlicher Gesetzgeber begegnet. Dass gesellschaftliche Ungewissheitslagen bewusst ausgesessen werden, ist die Ausnahme, auch wenn die wenigen Gegenbeispiele, etwa zur Rechtsstellung inter- und transsexueller Personen, besonders scharf hervortreten. Zwar ist es regelmäßig die Rechtsprechung, die als erste eine Ungewissheitslage zu spüren bekommt und entscheiden muss. Doch bleibt es zumeist nicht dabei. Die richterliche Alleinbewältigung durch die ordentlichen Gerichte ist nur eines von mehreren Zugriffsmustern, und bei weitem nicht das häufigste (oben Ziff. II.2). Häufiger haben wir einen BGH kennengelernt, der sich selbst Grenzen zieht (insbesondere oben Ziff. II.5), und umgekehrt einen Gesetzgeber, der sich eingehend mit vorausgegangener Rechtsprechung auseinandersetzt (oben Ziff. III.3.b).

Auch wenn wir inhaltlich danach fragen, ob es im jüngeren Familienrecht gelingt, einerseits Schritt zu halten mit den immer neuen Alltagsfragen, andererseits Befriedung und Orientierung im Großen zu gewährleisten, so fällt der Befund nicht so schlecht aus, wie er zuweilen geredet wird. Natürlich kann man sich im Nachhinein verwundert die Augen reiben, warum manche Reform so lange gebraucht hat, um das Licht der deutschen Rechtswelt zu erblicken; Gleichberechtigung in der Ehe, Gleichstellung nichtehelicher Kinder, Anerkennung des Rechts auf geschlechtliche Identität und nicht zuletzt die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare sind alle erst mühsam errungen worden. Die Gründe für diesen *legal lag* liegen aber jedenfalls nicht in richterlicher Selbstbemächtigung, sondern in mangelndem politischen Willen. Diesen Umstand können wir benennen und bemängeln, er wird sich indes nicht wissenschaftlich auflösen lassen, auch nicht durch noch so anspruchsvolle Vorstellungen zu guter Gesetzgebung, richterlicher Methode und gesetzeszentrierter Gewaltenteilung.

Der hier aufgesammelte Befund legt eine Anmerkung aber doch nahe. Möglicherweise wird die Rolle der Rechtsprechung bei allem Nachdenken über gute Gesetzgebung unterschätzt.<sup>195</sup> Die Rechtsprechung ist ein verlässlicher Indikator dafür, ob ein

---

**195** In den jüngeren Gesetzgebungslehren finden sich allenfalls Randbemerkungen zur Rechtsprechung. Auch wenn sich die Vorstellung einer Arbeitsteilung von Rechtsprechung und Gesetzgebung im Verlauf des 20. Jahrhunderts – ungeachtet des eigentlich auf Bestimmtheit angelegten BGB – im Privatrecht immer mehr durchgesetzt hat (näher BERND MERTENS, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, 2004, S. 354 ff.), trifft man in der Gesetzgebungslehre nicht auf die Vorstellung, dass die Rechtsprechung eine Wissensressource für „gute Gesetzgebung“ sein könnte; siehe etwa die Beiträge in WALDEMAR SCHRECKENBERGER (Hrsg.), Gesetzgebungslehre. Grundlagen – Zugänge – Anwendung, 1986; HEINZ SCHÄFFER (Hrsg.), Theorie der Rechtssetzung, 1988; GÜNTHER WINKLER/BERND SCHILCHER (Hrsg.), Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik, 1981; ULRICH KARPEN (Hrsg.), Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, 2. Aufl. 2008; HANS SCHNEIDER, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002; GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 1999.

gegebener gesetzlicher Regelungsbestand eine Ungewissheitslage befriedend bewältigt. Mehren sich abweichende untergerichtliche Entscheidungen und ist der BGH immer wieder darum bemüht, eine gesetzliche Linie zu erklären und durchzusetzen, so spricht dies dafür, dass eine gesetzliche Regelung beobachtet werden sollte auf ihre Überzeugungskraft und ein Nachsteuern erfordert, wie im Fall des nahehelichen Betreuungsunterhalts (oben Ziff. II.4.a). Ein ähnliches Signal an den Gesetzgeber haben die Gerichte im Umgang mit im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften gesendet (oben Ziff. II.2.d). Auch wenn der BGH hier seine Linie gefunden hat, neigen die Oberlandesgerichte zu abweichenden Beurteilungen. Dies spricht dafür, dass die vom BGH entwickelte Lösung in der Breite noch keine Akzeptanz gefunden hat, die gesellschaftliche Ungewissheitslage also nicht befriedet ist. Noch ausdrücklichere Signale gehen von der Rechtsprechung aus, wenn sie eine gerichtliche Regelinbildung erwägt, diese dann aber mit Blick auf den Gesetzgeber nicht durchsetzt, also die vielen Fälle von *judicial deference* (oben Ziff. II.5).

Wenn die Rechtsprechung also ein guter Indikator, aber eine noch nicht vollständig ausgeschöpfte Ressource für die Bewertung von Gesetzgebung ist, bleibt zu überlegen, wie das Wissen der Rechtsprechung für die Gesetzgebung besser genutzt werden könnte. In diese Richtung hat bereits *Helmuth Schulze-Fielitz* nach seiner Durchsicht der Gesetzgebungspraxis der frühen 1980er Jahre kritisiert, die Erfahrungen der Justiz würden im politischen Prozess nicht „angemessen ausgewertet“.<sup>196</sup> Es sei zu überlegen, ob die Höchstgerichte nach dem Vorbild des Schweizer Bundesgerichts einen „Geschäftsbericht“ über erkennbar gewordene Mängel der Gesetzgebung abfassen sollten.<sup>197</sup> Auch *Fleischer* und *Wedemann* empfehlen eine institutionalisiertere Beteiligung der Rechtsprechung bei Gesetzesvorlagen und regen an, den BGH neben den Ländern, den kommunalen Spitzenverbänden, Fachkreisen und Verbänden in den Kreis der nach § 47 GGO (Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesmi-

---

Allenfalls begegnet die Rechtsprechung unter dem Negativtopos des „Ersatzgesetzgebers“, siehe die Beiträge in ULRICH KARPEN (Hrsg.), *Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1998, insbesondere S. 215 ff. Dieser Befund ist umso bemerkenswerter, als das Verfahren der Entstehung von Gesetzen an Aufmerksamkeit gewonnen hat; siehe nur HANS-JOACHIM MENGEL, *Gesetzgebung und Verfahren*, 1997; zuletzt ARMIN STEINBACH, *Rationale Gesetzgebung*, 2017; gleichsinnig das Resümee von SIGRID EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900*, 2006, S. 300 m.w.N.

<sup>196</sup> SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 475.

<sup>197</sup> SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 475; in diese Richtung auch PETER BLUM, *Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle*, Gutachten I zum 65. DJT, 2004, I 106 f.

nisterien) zu beteiligten Institutionen aufzunehmen.<sup>198</sup> Einen ähnlichen Weg ist offenbar das schwedische Recht gegangen.<sup>199</sup>

Gleichwohl: Auch wenn zu überlegen ist, wie die Rechtsprechung als Ressource in der Gesetzgebung mehr und besser genutzt werden könnte, bleibt mein Resümee positiv. Wenn für alle Rechtsbereiche gälte, was ich hier für das jüngere Familienrecht aufgenommen habe, dann steht es um die Rolle der Gesetzgebung und um das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen nicht schlecht. Aber der aufgenommene Befund lehrt auch, dass dies nicht allein das Verdienst von mutigen Ministerialen und verantwortungsvollen Volksvertretern ist. Ohne das BVerfG und vor allem ohne das Augenmaß des BGH wäre eine andere Geschichte zu erzählen.

---

**198** HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), S. 597, 614.

**199** Siehe BJÖRN EDQVIST, Einige Worte über die gesetzgeberische Tätigkeit im schwedischen Reichstag, in: Werner Maihofer/Gustaf Lindencrona/Rolf Herber/Mans Jacobsson/Wolfgang Zeh/Björn Edqvist, Theorie und Methoden der Gesetzgebung, 1983, S. 79, 82, wonach für die Gesetzgebungsausschüsse „meistens Personen aus dem Richtercorps (Richter von einem Oberlandesgericht) rekrutiert [werden]“.



# Diskussion zum Vortrag von Anne Röthel

Leitung: EVA SCHUMANN

SCHUMANN:

Frau Röthel, vielen Dank für diesen sehr anschaulichen Überblick zum Bereich des Familienrechts. Ich habe selbst eine ganze Reihe von Fragen und Anmerkungen, würde diese aber zunächst zurückstellen. Wir beginnen mit Herrn Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Meine Frage betrifft die Leihmutterschaft. Für mich ist der Akzent der Entscheidung nicht, ob die Leihmutterschaft anerkannt wird oder nicht, sondern ob dem Kindschäftsverhältnis, das nach ausländischem Recht begründet wurde, die Anerkennung zu versagen ist und mit anderen Worten hinkende Statusverhältnisse hinzunehmen sind. In der Entscheidung BVerfGE 62, 323 (1982) wird gesagt, dass die hinkende Ehe als Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne zu verstehen ist. Und wenn die verfassungsrechtliche Prämisse wäre, hinkende Statusverhältnisse wie gewollte Statusverhältnisse verfassungsrechtlich zu behandeln, hätte das Konsequenzen für die Frage.

SCHUMANN:

Vielen Dank, wir machen weiter mit Herrn Willoweit.

WILLOWEIT:

Mein Eindruck aus diesem wunderbaren Überblick, den Sie uns gegeben haben, ist, dass die Fälle problematisch sind, in denen die Rechtsprechung ethische Akzente setzt. Das macht besser der Gesetzgeber und das ist eigentlich ein optimistisches Ende unserer Tagung hier, die Frage ist nur: Wie sieht das eigentlich beim Bundesverfassungsgericht aus? Gibt es da nicht eine Spannung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und der Gesetzgebung, denn dem Bundesverfassungsgericht sind ja auch ethische Vorgaben aufgegeben bzw. Aufgaben anvertraut.

SCHUMANN:

Frau Röthel bitte.

RÖTHEL:

Vielen herzlichen Dank für die zahlreichen Fragen, die nun in ganz unterschiedliche Richtungen gehen.

Zunächst zu der Frage, wie das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Leihmutterschaft zu deuten ist. Natürlich ist es vordergründig „nur“ eine kollisionsrechtliche Entscheidung: Es geht um die Anerkennung einer im Ausland durchgeführten und gerichtlich bestätigten Entscheidung und darum, ob die Anerkennung dieser Entscheidung gegen den deutschen anerkennungsrechtlichen ordre public verstößt.

Doch ist die Entscheidung des BGH in den daraufhin entstandenen Debatten ersichtlich als eine größere, richtungweisendere Entscheidung wahrgenommen worden. Die Debatten, die sich nach dem Urteil entfachten, beschränkten sich nicht auf das Kollisionsrecht, sondern wurden schnell zu Debatten über die grundsätzliche Haltung zur Leihmutterschaft. Die Kritik an dem Urteil ging ja dahin, dass sich der BGH damit ein Stück weit der vom Gesetzgeber mit dem Embryonenschutzgesetz bewusst getroffenen Entscheidung gegen die Zulässigkeit der Leihmutterschaft in Deutschland widersetzt habe. Von Kritikern wie Fürsprechern ist das Urteil also von Anfang an als mehr wahrgenommen worden als nur eine kollisionsrechtliche Positionsbestimmung. Jedenfalls das nicht-kollisionsrechtliche Schrifttum hat die Entscheidung auch in einer nicht-kollisionsrechtlichen Dimension wahrgenommen und diskutiert. Dies erklärt auch, warum in den Folgedebatten das Argument aufkam, dass es die Freiheit und die Aufgabe des Gesetzgebers sei, seine eigenen früheren Entscheidungen – hier die Haltung zur Leihmutterschaft – auch zu korrigieren.

Damit verbinden sich allgemeinere Einsichten. Es ist ja kein Einzelfall, dass richterliche Entscheidungen, die unmittelbar eigentlich nur eine sehr spezielle und umgrenzte Frage betreffen, so wie hier die kollisionsrechtliche Anerkennung der Leihmutterschaft, in der Folge anders diskutiert und auf andere Gesichtspunkte bezogen werden. Darin zeigt sich im Übrigen auch ein charakteristisches Kommunikationsproblem der Rechtsprechung, die sich weniger oder weniger gut erklären kann. Dem Gesetzgeber stehen mehr Möglichkeiten zur Verfügung, ein Gesetz in seinen Anliegen und den erstrebten Wirkungen zu erklären und seine Rezeption auch noch später zu begleiten. An diesem Punkt unterscheiden sich Rechtsprechung und Gesetzgebung wesentlich voneinander – und zwar nicht nur in der Art und Weise, wie Entscheidungen getroffen werden, sondern auch in der Art und Weise, wie Entscheidungen vermittelt und erklärt werden. Rechtsprechung hat insoweit ein größeres Risiko, missverstanden zu werden.

Zur Frage der „ethischen Verunsicherung“: Mir fällt es schwer, darauf etwas zu antworten, weil ich mir dazu zunächst die Kategorie „ethische Verunsicherung“ erarbeiten müsste, die mir noch recht unscharf erscheint. Es wäre noch zu klären, was eine „normale“ Verunsicherung von einer „ethischen Verunsicherung“ unterscheidet und ob sich dies als Erklärungsmuster für Aufgabenwahrnehmungen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht eignet. Jedenfalls wird man nicht sagen können, das Bundesverfassungsgericht würde keine Entscheidungen treffen, die wir als ethische Richtungsentscheidungen begreifen können. „Ethische Verunsicherung“ bezeichnet also kein vorgegebenes Reservat, weder des Gesetzgebers noch des Bundesverfassungsgerichts und auch nicht der einfachen Rechtsprechung. Schließlich kann man in jeder Grundrechtsverdeutlichung – unabhängig davon, auf welcher Ebene sie erfolgt – etwas Ethisches erkennen. Aber zugleich wissen wir, dass die Rechtsprechung und insbesondere das Bundesverfassungsgericht im Verhältnis zum Gesetzgeber keine unbegrenzte Befugnis zur grundrechtsverdeutlichenden Letztentscheidung haben:

Das Bundesverfassungsgericht hat Instrumente ausgeprägt, mit denen es auch seine eigenen Befugnisse begrenzt („judicial self restraint“) und die Prärogativen der Gesetzgebung betont bzw. durch Eröffnung von Optionen und Handlungsspielräumen selbst beschreibt. Wenn man eine Wahrnehmung in diesem Zusammenhang aufzeichnen möchte, dann wäre es meines Erachtens am ehesten noch die Einsicht, dass das Bundesverfassungsgericht im Familienrecht in jüngerer Zeit eher darum bemüht ist, die Handlungsspielräume und damit auch die Verantwortung des Gesetzgebers aufzuzeigen.

SCHUMANN:

Frau Auer bitte.

AUER:

Ich würde „ethische Verunsicherung“ auch unscharf so definieren, dass wir immer mehr Autonomie haben, aber diese rechtfertigt immer weniger. Ich finde es sehr interessant, dass deine Schlussfolgerung ist, dass wir immer mehr gesetzgeberische Interventionen haben. Denn dort, wo sich Erwachsene privatautonom einigen, da würde die Rechtsprechung zum Ausgleich der Interessen ausreichen. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist dann kein Problem, weil sich hier Erwachsene einigen. Das Wechselmodell ist viel problematischer, weil hier Kinder betroffen sind, die sich nicht einigen können. Am problematischsten ist die Leihmutterchaft. Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass ungefähr zehn notarielle Urkunden aus aller Herren Länder und diverse richterliche Urteile, die eine Sachfrage vorentscheiden, vorgelegt werden. Gleichzeitig haben wir die Tatsache, dass das Kind nicht zustimmen kann, und das macht den Fall so problematisch.

SCHUMANN:

Herr Deinert bitte.

DEINERT:

Was mich sehr umtreibt, ist Ihre Skepsis, dass der Gesetzgeber eine ständige Rechtsprechung nur korrigieren würde, wenn er dazu genötigt wird. Obergerichte neigen gerade bei einer ständigen Rechtsprechung dazu, trotz renitenter Kritik zu sagen „Das haben wir immer schon so gemacht und weil der Gesetzgeber uns nicht korrigiert hat, hat er uns bestätigt“. Bei grundrechtlich wesentlichen Fragen müsste sich die Rechtsprechung aber zurückhalten.

SCHUMANN:

Nur eine kleine Anmerkung von mir: Sowohl beim Wechselmodell als auch bei der Leihmutterchaft hat der BGH stark auf das Kindeswohl abgestellt, welches nicht nur ein Prinzip des einfachen Rechts, sondern auch verfassungsrechtlich verankert ist. Die genannten Entscheidungen lassen sich meines Erachtens mit der besonderen

Bedeutung verfassungsrechtlicher Prinzipien bzw. der verfassungskonformen Auslegung im Familienrecht erklären.

RÖTHEL:

Das sind viele Anregungen. Ich möchte zunächst auf den Gedanken mit der Autonomie zurückkommen. Lassen sich die Einzugsbereiche von Rechtsprechung und Gesetzgebung im Familienrecht anhand von Autonomie einem erklärenden Muster zuführen und plausibilisieren? Gibt es eine große Entwicklungslinie, die Autonomie mit der Rolle von Rechtsprechung und Gesetzgebung verknüpft? Ich habe meine Zweifel. Die erste Unsicherheit besteht darin, dass es schon schwer fällt, überhaupt zu erfassen, welche Rolle Autonomie im Familienrecht eigentlich spielt. Denn die Geschichte von Autonomie im Familienrecht lässt sich auf unterschiedliche Weise erzählen: Wir können die Entwicklung des Familienrechts als eine Geschichte der zunehmenden Autonomiegewinne erzählen oder wir können betonen, dass das Familienrecht – etwa zum Schutz des Kindes oder zum Schutz von familiären Institutionen – der Ort des Privatrechts ist, der am wenigsten mit Autonomie zu tun hat.

Letztlich wird man differenzieren müssen. Es gibt im Familienrecht Bereiche, in denen Autonomie eine große oder eine zunehmend größere Rolle spielt. Die Entwicklung des Erwachsenenschutzrechts ist ein Beispiel dafür. Aber es gibt auch viele Bereiche im Familienrecht, in denen die Gestaltung des familiären Lebens, auch in jüngerer Zeit, stärkeren rechtlichen Grenzen unterliegt, und zwar nicht nur durch den Gesetzgeber, etwa in der Ausgestaltung und Begrenzung von „reproduktiver Autonomie“, sondern auch durch die Rechtsprechung, wie das Beispiel der richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen zeigt. Dabei muss ein „Mehr“ an Autonomie auch nicht notwendig ein „Weniger“ an gesetzlicher Gestaltung bedeuten. Die Verwirklichung von Selbstbestimmung im Recht setzt Instrumente voraus und Verfahren, die ihnen zur Durchsetzung verhelfen. Das fängt bei der Patientenverfügung an und endet bei sogenannten Elternvereinbarungen. Schließlich darf man nicht vergessen, dass es ohnehin schwierig ist, im Zusammenhang mit Autonomie und Familie von „mehr“ oder „weniger“ zu sprechen, weil häufig ein Gewinn an Gestaltungsfreiheit auf der einen Seite mit einem Verlust an Handlungsmöglichkeiten auf der anderen Seite korrespondiert. Dies sind nur einige Gründe, warum ich unsicher bin, ob sich die Fülle an Dramaturgien und Fallgestaltungen im Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung anhand von Autonomie auf einen einfachen Nenner bringen lässt.

Herr Deinert, ob das, was Sie schildern, auf den BGH zutrifft, weiß ich nicht. Jedenfalls wird man aber beobachten können, dass ein Oberlandesgericht, das an seiner bisherigen Rechtsprechungslinie mit dem Argument „Wir sind ja nicht vom Gesetzgeber korrigiert worden“ auch gegen den BGH festhält, sich ja doch immerhin einer gewissen Anfechtung ausgesetzt sieht und einen Erklärungs- und Rechtfertigungsbedarf erkennt. In meinen Beobachtungen darüber, wie sich die Untergerichte verhalten und welche Wirkungen Entscheidungen des BGH oder des Gesetzgebers

haben, ist mir ein solches „Aufbäumen“ aber jedenfalls nicht vordringlich aufgefallen.

Schließlich zu Ihrer Frage, Frau Schumann, zur Rolle des Kindeswohls, zur Rolle von Prinzipien und zur verfassungskonformen Auslegung im Familienrecht. Darin treffen sich eigentlich alle unsere Fragen: Welche Rolle hat die Gesetzgebung, welche die Rechtsprechung bei der Konkretisierung des Kindeswohls? Wie stark ist der verfassungsrechtliche Gehalt und was sind lediglich kontingente einfachrechtliche Elemente? Und vor allem: Wer entscheidet? Ein bisschen geht es mir hier ähnlich wie in der Frage nach der Rolle der Autonomie. Ich spüre in diesen Nachfragen ein Bedürfnis, das schwierige, unübersichtliche, auch immer wieder veränderliche Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung im Familienrecht auf handhabbare Formeln zu bringen – Autonomie, Kindeswohl –, aber ich habe meine Bedenken, ob sich mit diesen „Großbegriffen“ wirklich so viel leisten lässt für die hier interessierende Frage. Es bleibt eine zentrale Aufgabe der Familienrechtswissenschaft, die Rolle von Prinzipien im Familienrecht, den Gehalt von Autonomie und insbesondere Inhalt, Funktion und Verwirklichung des Kindeswohls aufzuklären. Aber das sind Fragen, die jeweils auf eigene Themen zusteuern und meines Erachtens quer zu der hier interessierenden Frage nach dem Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung stehen.

SCHUMANN:

Herzlichen Dank an alle Diskutantinnen und Diskutanten, vor allem aber an die Referentin. Wir gehen jetzt ohne Pause zur Abschlussdiskussion über.



# Abschlussdiskussion

Leitung: EVA SCHUMANN

SCHUMANN:

Wir haben eine halbe Stunde Zeit für die Abschlussdiskussion und ich möchte diese mit drei Beobachtungen einleiten, die mir in den letzten beiden Tagen aufgefallen sind.

Der erste Punkt betrifft die Art des Verhältnisses zwischen Gesetzgebung und Justiz. „Richterliche Macht“ kann leicht so gedeutet werden, dass die Justiz die Macht an sich reißt. Wir haben hier aber mehrfach auch andere Perspektiven gehört. Da fielen dann Begriffe wie „Miteinander“ und es gab die These, dass der Gesetzgeber vielleicht das Tor ganz bewusst aufmacht, um der Rechtsprechung nicht nur Freiräume zu verschaffen, sondern auch die Verantwortung zu übertragen. In Ergänzung zur Frage nach der Art des Verhältnisses zwischen den beiden Gewalten könnte man daher noch weiterführend fragen, was für ein Richterbild eigentlich der Gesetzgeber heute hat und welches Richterbild wir in der Juristenausbildung vermitteln.

Mein zweiter Punkt betrifft die Frage nach den Kompetenzen, die immer mal wieder angesprochen wurde. Gestern ist sinngemäß der Satz gefallen „Der Gesetzgeber muss die Grundsätze vorgeben und die Rechtsprechung hat die Aufgabe der Feinsteuerung“. Wir haben aber im Vortrag von Frau Röthel an vielen Beispielen gesehen, dass dies nicht immer funktioniert und einzelne Gerichte ein anderes Selbstverständnis von ihrer Tätigkeit haben. Wenn es – so meine These – eine Verlagerung von Kompetenzen auf die Rechtsprechung gäbe, so stellt sich für mich die Frage, ob wir dann nicht mehr Transparenz in der Rechtsprechung benötigen. Müssten Richter nicht stärker erklären, wie sie zu einem bestimmten Ergebnis gekommen sind? Denn vom Gesetzgeber verlangen wir schließlich eine entsprechende Transparenz.

Drittens könnte man fragen, welche Gefahren oder Defizite aus einer zunehmend den Gesetzgeber zurückdrängenden Rechtsprechung resultieren. Denn die Rechtsprechung hat eine andere Wirkung als ein Gesetz, sie bleibt auf den Einzelfall beschränkt und erzeugt für alle Fälle, die von diesem Einzelfall abweichen, weiterhin Rechtsunsicherheit. Das gilt etwa für die vielen unterschiedlichen Fallkonstellationen bei grenzüberschreitenden Leihmutterchaften. Die Betroffenen müssen sich unter Umständen über viele Jahre durch mehrere Instanzen kämpfen, um in existenziellen Fragen Klarheit über die Rechtslage zu bekommen.

Mit diesen drei Themenkomplexen möchte ich jetzt die Diskussion eröffnen und darf um Wortmeldungen bitten. Herr Kirchhof bitte.

KIRCHHOF:

Ich würde gern zu den ersten beiden Aspekten etwas sagen und beim ersten Punkt auch einen Gedanken von Ihnen, Frau Röthel, aufnehmen. Das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist zunächst einmal eines der Gewaltenteilung

und damit der Trennung. Daher würde ich davor warnen, die Rechtsprechung trotz der hervorragenden Kompetenz, die auch der kontinuierlichen Entscheidungen über Einzelfälle entspringt, bei der Gesetzgebung zu integrieren. Stellen Sie sich einen Richter am Bundesfinanzhof vor, der aufgrund seiner Autorität sagen würde, wie die steuerrechtliche Systematik aussehen müsse. Ich hätte da Bedenken, dass die Rechtsprechung zu weit Raum nimmt, aber ich gebe Ihnen im Realbefund Recht: Die Expertise der Rechtsprechung, die in den Urteilen und auch in den Veröffentlichungen der Richter hervortritt, wird vom Gesetzgeber viel zu wenig gesehen.

Zur Frage der Kompetenzen: Da greife ich zurück auf Herrn Sellert, der ganz am Anfang der Tagung von einer „Entmachtung des Gesetzgebers“ gesprochen hat. Ich würde sogar von einer Paradoxie der Entmachtung sprechen: Wenn der Gesetzgeber Einzelfallvorgaben setzt, nimmt er den ordentlichen Gerichten und auch der Verwaltung den notwendigen eigenen Entscheidungsraum, der hier in verschiedenen Bereichen betont wurde. Eigentlich werden dann alle drei Gewalten entmachtet und das Bundesverfassungsgericht ermächtigt. Fehlen gesetzliche Verallgemeinerungen und muss sodann das Bundesverfassungsgericht über die Gesetze entscheiden, besetzen dessen Leitsätze die Position zwischen Grundgesetz und Spezialregelung; die Leitsätze des Bundesverfassungsgerichts wirken wie Gesetze, sind aber kaum verrückbar. Das ist in der Tat ein Problem der Gewaltenteilung. Ich würde dieses Problem aber vor allem beim Gesetzgeber verorten: Dieser muss selbst die Verfassung konkretisieren. Auch deshalb ist eine richterliche Zurückhaltung, ein Verweisen an den Gesetzgeber, wahrscheinlich oft der bessere Weg.

SCHUMANN:

Herr Jansen bitte.

JANSEN:

Ich möchte einen Punkt zu Ihrem Vortrag, Frau Röthel, ansprechen: Ihr positives Bild vom Familienrecht gilt nicht für alle anderen Bereiche. Das Familienrecht ist ein Gebiet, auf dem man insbesondere seit den 1990er Jahren gut Politik machen kann, weil es häufig um Themen geht, mit denen man auf der einen Seite glaubt, dass man Wahlen positiv für sich beeinflussen könne, und auf der anderen Seite nicht in einem Zwangskorsett sehr mächtiger Lobbygruppen steckt. Es gibt aber viele andere Bereiche, da haben wir doch dicke Schichten von Richterrecht, und kein Gesetzgeber geht da dran, obwohl das dringend erforderlich wäre. Bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen haben wir dürre Regelungen, und in den Vorlesungen, die ich dazu mache, spreche ich nur über Richterrecht. Ich denke an den deliktischen Persönlichkeitsschutz mit einer ausziselierten Rechtsprechung, etwa zur Vererbbarkeit von Schmerzensgeldansprüchen, die der Gesetzgeber ausdrücklich nicht geregelt hat. Das ist doch problematisch. Bei der gesamten Gefährdungshaftung geht es um politische Fragen. Wir haben keine allgemeine Gefährdungshaftung, weil sich der Gesetzgeber unter dem Druck von Lobbygruppen sieht, und die Richter springen mit den

Verkehrspflichten ein. Als noch schlimmer empfinde ich es im Arbeitsrecht, wo man keine Politik machen kann, weil man glaubt, Wahlen zu verlieren, oder keine Politik machen kann, weil es eine große Koalition gibt.

SCHUMANN:

Als nächster bitte Wolfgang Sellert.

SELLERT:

Zum Schluss wollte ich mir noch die Bemerkung erlauben, dass wir ein gutes Thema gewählt haben. Das zeigen die vorzüglichen Referate. – Wir haben über die Richtermacht und die Unabhängigkeit des Richters gesprochen, allerdings stets mit dem Blick auf die Rechtsanwendung. Für die Entstehung eines richterlichen Urteils spielen aber auch die Gewichtung der Tatsachen und Beweise, mithin die Gestaltung des Sachverhalts, eine bedeutende Rolle. Wie ließe sich diese Freiheit kontrollieren? Auf diesen Gedanken komme ich, weil uns aus dem 14./15. Jahrhundert eine Fülle von Schöffengerichtsentscheidungen überliefert sind, zum Beispiel die Urteile des Ingelheimer Oberhofs, wo allein der Sachverhalt ohne jede Begründung und erkennbares Rechtsfindungssystem die Entscheidung generiert. Ein neues Thema?

SCHUMANN:

Herr Rottleuthner bitte.

ROTTLEUTHNER:

Ich will versuchen, ein bisschen aus der autistischen Perspektive herauszukommen, die jeder von uns hier mit sich trägt. Ich betrachte diese Beiträge aufgrund meiner beruflichen „Schädigung“ aus der Perspektive der empirischen Rechtsforschung. Und dazu möchte ich doch ein paar methodische Anmerkungen machen. Ich wollte einfach die Aufmerksamkeit nochmal darauf richten, auf welche Schichten von Realität wir uns jeweils bezogen haben. Wenn ich von Realität spreche, dann merken Sie schon, dass ich kein Konstruktivist, sondern ein erkenntnistheoretisch ganz harter Realist bin. Als Empiriker frage ich Sie: „Worüber reden Sie eigentlich?“ Ich habe die These aufgestellt, die Richterbilder verdecken einfach die Realität der Justizpraxis. Genau diesen Eindruck hatte ich auch bei Ihren Vorträgen bei der Auswahl der Literatur, des Schrifttums und so weiter. Es bleibt alles unberührt, was die Justiz eigentlich gemacht hat. Und die Frage ist dann an den Rechtshistoriker, wie wir wirklich etwas über die Unabhängigkeit der Justiz in der Praxis erfahren können.

Wie gesagt, ich bin Realist, ich fand Ihren Vortrag, Frau Röthel, unwahrscheinlich spannend, aber ich habe parallel zu Ihrem Vortrag eine ganz andere Beschreibung derselben Sachverhalte einzuführen versucht. Denn man kann all das, was Sie uns hier präsentiert haben, wunderbar einfügen in das, was in der Rechtssoziologie unter „Mobilisierung des Rechtes“ läuft. Wie wird eigentlich Recht aus dem gesellschaftlichen Bereich, den sie mit Ungewissheitslagen grob beschrieben haben, mobilisiert,

wie gelangen die Probleme oder Ungewissheiten zu den Gerichten und wie geht es dann weiter an die Gesetzgebung? Dieses Stufenmodell hat *Eugen Ehrlich* wunderbar vorexerziert: Es gibt die Sphäre des Lebens oder des lebenden Rechts, daraus entstehen irgendwelche Konflikte und dann werden die Gerichte eingeschaltet. Es ist die Aufgabe der Gerichte, Erwartungen zu generalisieren – auch bei *Luhmann* findet sich die Generalisierung von Verhaltenserwartungen im Rechtssystem als primäre Aufgabe der Justiz. Dann formulieren die Gerichte ihre Entscheidungen und dann geht es hoch zum Gesetzgeber, der dann Rechtssätze, wie das bei *Ehrlich* heißt, formuliert. Das ist ein wunderbarer Fall von sogenannter *bottom-up*-Gesetzgebung. Was *Ehrlich* nicht gesehen hat, ist dieser Fall der Korrektur, dass der Gesetzgeber *top down* die Rechtsprechung auch mal ändert. Mit der Begrifflichkeit kann man das ganz gut fassen und sie hat auch noch den zusätzlichen Vorteil, dass sie auf bestimmte blinde Flecken aufmerksam machen kann. Das gilt auch für andere Vorträge: Die Beschreibung der gesellschaftlichen Sphäre ist ganz ungenügend, was bei *Ehrlich* das Leben in Verbänden, in der Gesellschaft ist, was er da alles abhandelt, das haben Sie „Verunsicherung“ genannt. Es gibt Kulturkonflikte, es gibt Veränderungen der Wirklichkeit. Sie haben die Migration eingeführt, Sie haben über Globalisierung gesprochen, Pluralisierung, Last des Alltags kam auch mal vor und das sind aus der soziologischen Perspektive heraus ganz unzureichende Beschreibungen.

Der zweite Punkt ist der Mobilisierungsvorgang und zwar nicht im Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung, sondern im Hinblick auf die Frage, wie kommt denn die Sache aus dem Leben überhaupt vor die Gerichte? Wie wird dieser erste Schritt aus der gesellschaftlichen Sphäre in den Bereich der Justiz hineingebracht? Wie läuft die Anfangsmobilisierung eigentlich ab? Das halte ich für einen ganz wichtigen Punkt, zu dem auch gehört, was Herr Jansen noch sagte, wie eine Lobby etwas in Bewegung bringt.

SCHUMANN:

Herr Reimer bitte.

REIMER:

Auf die glänzend gestellte Frage nach Gesetz und richterlicher Macht kann man – ich glaube, das ist bereits gestern deutlich geworden – nur differenzierend antworten, nämlich nach dem Typ des Gerichts. Wir haben gestern zwischen Verfassungsgerichten, die höherrangiges Recht für sich in Anspruch nehmen, und anderen Gerichten unterschieden. Man müsste weiter zwischen Gerichten, die institutionell besonders zur Rechtsfortbildung berufen sind, und normalen Instanzgerichten differenzieren. Ich glaube, diese drei Kategorien muss man unterscheiden, wenn man die Machtfrage beantworten will. Ich glaube aber, dass wir auch den Gesetzgeber differenzierend betrachten müssen. Das ist deutlich geworden durch die Gegenübersetzung zum Familienrecht und vielleicht auch zum kollektiven Arbeitsrecht. In diesen Teilrechtsgebieten gibt es einen zögernden, zaudernden Gesetzgeber. Man könnte den Gesetz-

geber oder seine Produkte weiter danach unterscheiden, um welchen Gesetzestyp es geht: Änderungsgesetz, europarechtliche Richtlinie oder Verordnung, nachführendes Gesetz, das Rechtsprechung positiviert, eine Kodifikation oder ein Maßnahmegesetz. Ich denke, dieselbe Differenzierungsfolge, die man für die Gerichtsbarkeit braucht, bräuchten wir auch für die Gesetzestypen, nur dann kann man die Machtverhältnisse genau beschreiben.

SCHUMANN:

Als nächster bitte Hans-Peter Haferkamp.

HAFERKAMP:

Meiner Meinung nach gibt es eine Kluft zwischen einer theoretischen Reflexion unseres Themas und der Wirklichkeit, wie sie gelebt wird. Das, was Frau Auer an Einsichten präsentiert hat, die seit *Josef Essers* „Grundsatz und Norm“ in ähnlicher Weise immer wieder formuliert wurden, kommt ja irgendwie nicht an. Es gibt zwei Bereiche, einen hattest Du, Eva, eingangs, genannt, das ist der Bereich unserer Ausbildung. Ich glaube, dass wir aus diesen Einsichten, die wir hier ziehen, eine grundsätzliche Debatte darüber starten müssen, wie wir eigentlich Juristen erziehen. Wir haben das Richterleitbild, aber wir erziehen einen Richter in einer Art und Weise, an die wir schon lange gar nicht mehr glauben. Ich möchte noch einen zweiten Bereich dazunehmen: Ich glaube, dass uns auch eine Diskussion darüber fehlt, wie wir Richter ernennen und wie die Richterkarrieren laufen sollen. Das Bundesverfassungsgericht wird als ein politisches Gericht wahrgenommen, da gibt es eine große Debatte, wir kennen die Richter namentlich und wir wissen, wie sie berufen werden. Gleichzeitig setzen wir einen 25-jährigen, völlig naiven Absolventen von zwei Staatsexamen als einzigen Richter ins Amtsgericht und gehen da immer noch von der Vorstellung aus, dass der gar keine politische Macht ausübt, weil da nur subsumiert wird. Ich glaube, das alte, beamtennahe Richterbild muss von uns reflektiert werden, und das führt unter anderem dazu, dass wir über Richterernennungen, vielleicht auch über Richterwahlen, diskutieren müssen und dass eine Umstellung der Justiz viel teurer wird als sie bisher ist, weil wir natürlich Richter haben müssen, die viel mehr auch soziale Erfahrungen haben als das üblicherweise bei uns der Fall ist. Ich glaube, dass in diesem Bereich die theoretischen Einsichten nicht in der Praxis ankommen.

SCHUMANN:

Herr Deinert bitte.

DEINERT:

Zunächst eine Bemerkung zum Arbeitsrecht; da fühle ich mich jetzt etwas herausgefordert. Ich glaube, wir haben keinen Mangel an Normen, sondern uns fehlt nur eine Kodifikation. Wir haben unglaublich viele Normen, weit mehr als im Familienrecht, wir haben nur keine Kodifikation. Was von außen wahrgenommen wird, ist jedoch die

Flut an Prozessen, bei denen es nicht nur um das Ökonomische geht, vielmehr liegt ein sozialer Konflikt zugrunde, der die Persönlichkeit betrifft oder andere ganz existenzielle Fragen. Deswegen wird es immer viel Rechtsprechung geben, auch wenn wir noch mehr Gesetze hätten. Der zweite Hinweis: Wir hatten einen politischen Gesetzgeber über die letzten vier Jahre, der unglaublich viel im Arbeitsrecht gemacht hat, es wird bloß nicht wahrgenommen. Wir haben den Mindestlohn bekommen, das Tarifvertragsrecht ist korrigiert worden, wir haben Quoten in Aufsichtsräten und so weiter.

In der generellen Diskussion fehlt eine Methodendiskussion und wir führen sie nicht, weil wir alle wissen, was die richtigen Methoden sind und die immer unausgesprochen zugrunde legen, aber tatsächlich gibt es da feine Nuancen, die auch zu unterschiedlichen Urteilen führen können. Gerichte legen ihre Methoden nicht offen und ich frage mich, ob nicht gerade das Offenlegen der Methode die öffentliche Kontrolle ermöglicht. Gerichtsentscheidungen werden begründet, die Öffentlichkeit nimmt das wahr und die Wissenschaft diskutiert und kritisiert das. Wenn aber die methodische Grundlage nicht offengelegt ist, dann ist das Urteil an manchen Stellen schwer zu kritisieren.

SCHUMANN:

Wir haben jetzt noch Zeit für zwei Redebeiträge: Frau Wittling-Vogel und dann Herr Diederichsen.

WITTLING-VOGEL:

Ich würde gerne aus meiner Erfahrung unterstützen, was Herr Haferkamp zum Thema Richterernennungen und Erfahrungsschatz vor allem der jungen Richter gesagt hat. Es ist eine große und schwierige Frage, wer denn eigentlich bestimmt, wer Richter wird. Ebenso bedeutsam ist die Frage der Kompetenz, die ein Richter mitbringen muss. Wenn die juristische Ausbildung, wie wir sie kennen, nicht ausreicht, kann ein beruflicher Wechsel und Austausch viel bewirken, und zwar gerade auch zu Beginn oder vor der richterlichen Tätigkeit. Die meisten Juristen in Deutschland fangen in ihrem Beruf mit 25 Jahren an und bleiben dann ihr Leben lang dabei. Ich bin auch ein gutes Beispiel dafür: Nach einer kurzen Zeit an der Universität bin ich Verwaltungsbeamtin geworden und immer in derselben Behörde geblieben; das ist aber schädlich. Wir brauchen Austausch zwischen den juristischen und anderen Berufen, so dass wir aus unserem Gehäuse etwas herauskommen und wertvolle Erfahrungen anderswo sammeln können. Ich habe aber den Eindruck, dass gerade die richterliche Karriere nicht darauf ausgerichtet ist und Erfahrungen aus anderen beruflichen Bereichen nicht als karrierefördernd angesehen werden.

SCHUMANN:

Herr Diederichsen, Sie haben das letzte Wort.

DIEDERICHSEN:

Ich möchte mich Herrn Haferkamp anschließen: Als ich 1965 in München habilitiert wurde, hatte mir die Fakultät, weil sie mir die *Venia Legendi* für die Philosophie nicht geben wollte, als Trostpflaster die *Venia Legendi* für die juristische Methodenlehre gegeben. Vor gar nicht langer Zeit kam eine ehemalige Hörerin zu mir und sagte, besonders beeindruckt habe sie immer, dass ich so Wert auf die Methoden gelegt habe. In der Tat war es so, dass ich Wert darauf gelegt habe, die Vorzüge unseres Faches immer zu betonen, zum Beispiel die Begrifflichkeit, die Eindeutigkeit, die Genauigkeit, die Sicherheit der juristischen Argumentation. Kurz gesagt, ich habe unsere Tätigkeit der Fallbehandlung als etwas verstanden, was einem Handwerk vielleicht ähnlicher sein könnte als einer Wissenschaft. Frau Auer hat uns vorhin eindrucksvoll gezeigt, wohin uns die sprachlogischen Anforderungen bringen würden. Entsprechend der sozialen Funktion der Jurisprudenz darf unsere Tätigkeit eine bestimmte Höhe oder Schwelle nicht überschreiten. Im Augenblick, meine ich, ist sowohl der Jurist, aber sind noch viel mehr natürlich die Betroffenen, völlig überfordert und da wird die Funktion der Jurisprudenz in einem wesentlichen Teil in Frage gestellt, weswegen jede Reform zur Vereinfachung beitragen müsste.

SCHUMANN:

Ein ertragreiches Symposium geht zu Ende und die diskutierten Fragen werden uns sicherlich noch weiter beschäftigen. Ich danke nochmals herzlich allen Referentinnen und Referenten sowie den Diskutantinnen und Diskutanten und wünsche Ihnen allen, dass Sie gut nach Hause kommen.



# Nachweis der Abbildungen

## Beitrag Hubert Rottleuthner

- Abb. 1:** *George Grosz*, Stützen der Gesellschaft, 1926, Staatliche Museen zu Berlin, Nationalgalerie, Inv.-Nr. NG 4/58, Foto ©: Jörg P. Anders
- Abb. 2:** *George Grosz*, Seid untertan der Obrigkeit, 1927, © Kupferstichkabinett. Staatliche Museen zu Berlin, Inv.-Nr. 28-1971, b 02
- Abb. 3:** *George Grosz* und *John Heartfield*, Wie der Staatsgerichtshof aussehen müsste!, 1919, Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst, © Estate of George Grosz, Princeton, N.J. / VG Bild-Kunst, Bonn 2020 (*George Grosz*), sowie © The Heartfield Community of Heirs / VG Bild-Kunst, Bonn 2020 (*John Heartfield*)
- Abb. 4:** *Lucas Cranach d. Ä.*, Das Urteil Salomonis, ca. 1537, Public Domain, [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Lucas\\_Cranach\\_d.%C3%84.\\_-\\_Das\\_Urteil\\_des\\_Salomonis\\_\(ca.1537\).jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Lucas_Cranach_d.%C3%84._-_Das_Urteil_des_Salomonis_(ca.1537).jpg)
- Abb. 5:** *Michelangelo*, Das Jüngste Gericht, 1534–1541, Public Domain, [https://de.m.wikipedia.org/wiki/Datei:Michelangelo\\_-\\_Cristo\\_Juiz.jpg](https://de.m.wikipedia.org/wiki/Datei:Michelangelo_-_Cristo_Juiz.jpg)
- Abb. 6:** *Giotto di Bondone*, Iusticia und Iniusticia, Scrovegni-Kapelle, 1304–1306, Foto ©: Nikolai Endegor; Einzelbilder finden sich in schärferer Auflösung auch als Public Domain unter: [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/3/30/Giotto\\_-\\_Scrovegni\\_-\\_43\\_-\\_Justice.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/3/30/Giotto_-_Scrovegni_-_43_-_Justice.jpg) (*Iustitia*) sowie [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/7/75/Giotto\\_-\\_Scrovegni\\_-\\_50\\_-\\_Injustice.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/7/75/Giotto_-_Scrovegni_-_50_-_Injustice.jpg) (*Iniustitia*)
- Abb. 7:** *Werner Tübke*, Lebenserinnerungen des Dr. jur. Schulze (III), 1965, Staatliche Museen zu Berlin, Nationalgalerie, Inv.-Nr. A IV 581, Foto ©: Jörg P. Anders
- Abb. 8:** *Philipp Heinisch*, Gänslich unbefangen, 2017, © Philipp Heinisch
- Abb. 9:** *Ari Plikat*, Wir lehnen das Gericht wegen Unbefangenheit ab!, 2017. Das ist mein Hip Hop!, © Lappan in der Carlsen Verlag GmbH, Hamburg 2017
- Abb. 10:** Feier im Kriminalgericht Moabit aus Anlass der Anlegung des NS-Hoheitszeichens an die Richterrobe, 1.10.1936, © ullstein bild
- Abb. 11:** Dr. *Curt Rothenberger* als Angeklagter im Nürnberger Juristenprozess 1946/47, US Army, Public Domain, [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/2f/Curt\\_Rothenberger.JPG](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/2f/Curt_Rothenberger.JPG)
- Abb. 12:** Dr. *Max Draeger*, OLG-Präsident Königsberg 1937–1945, Bundesarchiv, R3001/54515 (auch abgedruckt in dem Werk von *Moritz von Köckritz*, Die deutschen Oberlandesgerichtspräsidenten im Nationalsozialismus, S. 537)



# Teilnehmer des Symposions

Prof. Dr. Marietta Auer, Gießen  
Prof. Dr. Dr. h.c. Okko Behrends, Göttingen  
Prof. Dr. Olaf Deinert, Göttingen  
Prof. Dr. Uwe Diederichsen, Göttingen  
Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer, Jena  
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp, Köln  
Prof. Dr. Nils Jansen, Münster  
Prof. Dr. Gregor Kirchhof, Augsburg  
Ministerialdirektor Hans-Heinrich von Knobloch, Berlin  
Prof. Dr. Franz Reimer, Gießen  
Prof. Dr. Anne Röthel, Hamburg  
Prof. Dr. Hubert Rottleuthner, Berlin  
Prof. Dr. Frank Schorkopf, Göttingen  
Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder, Tübingen  
Prof. Dr. Eva Schumann, Göttingen  
Prof. Dr. Wolfgang Sellert, Göttingen  
Prof. Dr. Christian Starck, Göttingen  
Prof. Dr. Miloš Vec, Wien  
Prof. Dr. Dr. h.c. Dietmar Willoweit, Würzburg  
Ministerialdirigentin Dr. Almut Wittling-Vogel, Berlin

Die Betreuung des Tagungsbandes oblag am Institut Herrn Timo Albrecht, dem die Herausgeberin ebenso wie allen anderen Mitgliedern des Lehrstuhlteams, die von der Organisation der Tagung bis zur Drucklegung des Tagungsbandes unterstützend tätig waren, herzlich dankt.



# Personen- und Sachregister

- Abstammungsrecht 113, 168, 173–175, 179, 195, 198
- Abwägung 118, 121, 125, 157, 178
- Adickes, Franz 60, 61
- Adoption 165, 166, 202
- Alarcón, Pedro Antonio de 77
- Alexy, Robert 121, 122, 125, 126
- Algorithmik 150, 151
- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) 25, 96
- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) 8–10, 13, 25, 26, 31, 32, 69
- Analogie 143, 144, 168, 190–192
- Arango, Andrés Nanclares 136
- Arbeitsrecht 2, 27, 65, 89, 149, 156, 195, 196, 217–220
- Ausfüllungsbedürftigkeit (einer Norm) 120–122
- Auskunftsanspruch 123, 166, 177, 198
- Auslegungsverbot 1, 96
- Autonomie des (Privat-)Rechts 17, 21, 106
- Baron, Julius 21
- Beamte 43, 49, 53, 61–64, 98, 110, 118, 166, 219
- Beckert, Rudi 50
- Begriffskern / -hof 122, 123, 143
- Behlert, Wolfgang 63
- Bekker, Ernst Immanuel 16, 21
- Benjamin, Hilde 44, 47, 49, 50, 54, 64, 70
- Beratungsgeheimnis 49, 71, 72, 78, 95
- Berndt, Thorsten 77
- Beschneidung 185–187, 194, 195, 200, 201, 203
- Beseler, Georg 19
- Besoldung von Richtern 5, 56, 61–64, 67, 70, 73
- Bethmann-Hollweg, Moritz August von 12, 14
- Beyme, Karl Friedrich von 10
- Big-Data-Verfahren 148
- Billigkeit 9, 10, 14, 15, 23, 124, 152, 168, 184
- Bindung des Richters an das Gesetz 1, 8, 11, 17, 22, 59, 61, 84, 106, 119, 120, 127–131, 133, 135, 136, 142, 154, 156, 197
- Bismarck, Otto von 20
- Blohme, Friedrich 16
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 83
- Bogdandy, Armin von 82
- Brant, Sebastian 73
- Brexit 84, 117, 142
- Brinz, Alois 16
- Bumke, Erwin 42, 47, 48
- Bundesrepublik Deutschland (BRD) 40, 56, 58, 65, 70, 75, 98, 114, 116, 204
- Burchardi, Georg Christian 16
- Bürgerliche Freiheit 1, 5, 6, 9, 12, 15, 17, 22, 28
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 19, 27, 28, 141, 155, 158, 159
- Cameron, David 117
- Canaris, Claus-Wilhelm 122, 143
- Christiansen, Johannes 16
- Civil Law 133, 135
- Coase-Theorem 149
- Code Civil 25–27, 69
- Coester-Waltjen, Dagmar 201
- Colomer, Dámaso Ruiz-Jarabo 136
- Common Law 131–136, 142, 144, 154, 155
- Contra legem 9, 68, 136, 139, 140, 154, 160, 161
- Cranach der Ältere, Lucas 37
- Cuhorst, Hermann-Albert 49
- Dahlmann, Christoph Friedrich 19
- Daumier, Honoré 41
- Davies, Gareth 82
- Default rules 147
- Delegationsnorm 145, 158, 159
- Deutsche Demokratische Republik (DDR) 44, 47, 48, 50, 58–60, 63–65, 68, 69, 83
- Deutscher Bund 6, 19
- Deutscher Richterbund 42, 52–54, 56–58, 61, 62, 75
- Deutsches Reich (Kaiserreich) 20, 22, 53, 57, 61, 72
- Diederichsen, Uwe 191
- Dieterich, Thomas 50, 55, 72, 76
- Digitalzeitalter 147, 148, 154
- Dispositives Recht 147, 149
- Dix, Otto 33
- Draeger, Max 45
- Dürrenmatt, Friedrich 78
- Dworkin, Ronald 121, 125
- Ebermayer, Ludwig 49
- Ebling, Iris 64
- Eckertz-Höfer, Marion 64, 76
- Effet utile 94, 137
- Ehrlich, Eugen 58, 60, 68, 70, 218

- Einstein, Carl 35  
 Elterliche Sorge 169, 170, 185, 186, 202  
 England / Großbritannien 46, 61, 142  
 Erbrecht 149, 190  
 Esser, Josef 74, 132, 161, 219  
 EU-Grundrechtecharta 97, 104  
 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)  
 89, 90, 92–95, 97–99, 116, 117  
 Europarecht 83, 85, 88, 92, 93, 97, 100, 103,  
 114, 115, 117, 132, 135–140, 142–144, 146,  
 153–155, 156, 164, 219  
 Exegese 10, 12, 13  
 Ezzelino da Romano 38
- Falk, Georg D. 46  
 Fallnorm / -theorie 132, 133, 142  
 Fallrechtssystem 136, 138  
 Familienrecht 58, 112, 163–213, 216, 218, 219  
 Feuerbach, Paul Johann Anselm 30  
 Fichte, Johann Gottlieb 17  
 Fikentscher, Wolfgang 132  
 Fischer, Thomas 51  
 Fleischer, Holger 202, 206  
 Fortgeltungsanordnung 86, 117  
 Foucault, Michel 73  
 Fränkel, Wolfgang 43  
 Frankreich 19, 31  
 Freirecht 7, 22, 24, 47, 52, 60, 61, 68, 129  
 Freisler, Roland 42, 43, 48, 54, 58–61, 64  
 Friedrich der Große (Preußen) 31  
 Friedrich II. (HRR) 38  
 Fuchs, Ernst 47, 70
- Geiger, Willi 48, 71  
 Generalklausel 1, 70, 120–124, 128, 131, 138,  
 145, 146, 152, 154, 156, 158, 159, 177, 178  
 Gerlach, Ludwig von 18  
 Gerlach, Wilhelm von 11  
 Gernhuber, Joachim 201  
 Gesetzespriester 52, 55  
 Gesetzgeberwille 12, 13, 91, 92, 96, 106, 128,  
 129  
 Gewaltenteilung 1, 30, 39, 70, 84, 109, 146, 155,  
 193, 205, 215, 216  
 Gewohnheitsrecht 146, 161  
 Giotto di Bondone 38, 39, 75  
 Gleichberechtigung 196, 205  
 Gleichgeschlechtliche Paare 102, 193, 194, 196,  
 205
- Godau-Schüttke, Klaus-Detlev 45  
 Gouvernement des Juges 83  
 Granulierung / granuläres Recht 120, 147–152,  
 154  
 Gray, John Chipman 82  
 Grimm, Dieter 50, 103  
 Grisham, John 51, 74  
 Gritschneder, Otto 45  
 Grosz, George 33–36  
 Grundgesetz 2, 72, 82, 84, 88, 94, 109, 174,  
 196, 216  
 Grützke, Johannes 76
- Habitus (des Richters) 28, 29  
 Hagemeyer, Maria 40  
 Hart, Herbert Lionel Adolphus 122, 124  
 Hartung, Fritz 47, 49, 78  
 Hasse, Johann Christian 14, 16  
 Hattenhauer, Hans 53, 114  
 Haubold, Christian-Gottlieb 11  
 Heck, Philipp 58, 68, 70, 122, 160  
 Heffter, August Wilhelm 16  
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 17  
 Heidegger, Martin 47  
 Heinisch, Philipp 41  
 Heise, Georg Arnold 16  
 Hermeneutik 12, 31  
 Herzfelde, Wieland 34  
 Heterologe Insemination 168, 171–175, 196  
 Hirsch, Günter 95, 105  
 Historische Rechtsschule 23–25  
 Hitler, Adolf 39, 42, 46, 59, 61  
 Hölscher, Heinrich 45  
 Homogenität der Richterschaft 56, 66, 74–77  
 Hugo, Gustav 8–12, 14, 15, 19, 20, 24, 25  
 Humboldt, Wilhelm von 10
- Interessenjurisprudenz 22, 52, 68  
 Intersexualität 188–190, 198, 202  
 lus Commune 10, 11, 13, 17, 26  
 Iustitia / Iniustitia 38–40, 73, 75
- Jesus Christus 34, 38, 39  
 Jhering, Rudolf von 14, 16, 20, 21, 23, 29, 127,  
 158  
 Judicial deference 188, 191, 206  
 Jüdisches Recht 130, 155  
 Jüngstes Gericht 38

- Juristenausbildung 6, 7, 9–12, 19, 20, 26, 27, 29–31, 63, 65, 114, 215, 219, 220
- Kafka, Franz 74, 76
- Kant, Immanuel 17
- Kantorowicz, Hermann 60, 68, 70, 129, 130, 156, 160, 161
- Kaupen, Wolfgang 55
- Keller, Friedrich Ludwig 16
- Kelsen, Hans 58, 82, 83, 131
- Kierulff, Johann Friedrich Martin 15, 16
- Kindeswohl 78, 167, 169–171, 174, 185, 186, 194, 211, 213
- Kirchheimer, Otto 35
- Kirchhof, Ferdinand 86
- Kissel, Otto Rudolf 75
- Klassenjustiz 22, 54, 69
- Koch, Elisabeth 191
- Köckritz, Moritz von 44, 45
- Kodifikation 8–11, 14, 21, 25, 26, 32, 96, 167, 176–180, 182
- Kohl, Helmut 101
- Korpsgeist unter Richtern 73
- Krechel, Ursula 50
- Kreyssig, Lothar 42, 47, 59
- Kübler, Friedrich Karl 22, 53, 57, 58
- Künstliche Intelligenz 151, 152
- Laienrichter 57, 64, 65, 67
- Landwehr, Götz 1
- Larenz, Karl 132, 133, 143
- Laspeyres, Ernst Adolph Theodor 16
- Lautmann, Rüdiger 72, 73
- Law and Literature 50, 75, 78
- Leeb, Johannes 42, 53
- Legal Tech 150
- Leihmutterschaft 112, 168, 171, 173–176, 194, 195, 200, 204, 206, 209–211, 215
- Leisner, Walter 195
- Leist, Burkard Wilhelm 25
- Leyendecker, August 46
- Liebknecht, Karl 22, 35, 54
- Limbach, Jutta 49, 64
- Limperc, Bettina 64
- Liver, Peter 161
- Living instrument 98
- Llewellyn, Karl N. 135
- Lubbe, Marinus van der 42
- Lücke (im Recht) 8, 24, 25, 68, 91, 96, 119, 128, 137, 138, 143, 144, 154, 167
- Ludwig, Gustav 16
- Luhmann, Niklas 218
- Machtsprüche 5, 6, 31, 32
- Mahrenholz, Ernst Gottfried 76
- Maier, Jens 72
- Mammen, Jeanne 34
- Mann, Thomas 76
- Marezoll, Gustav Ludwig Theodor 16
- Margin of appreciation 98, 116
- Marx, Hugo 49
- McEwan, Ian 78
- Mediation 53, 65
- Merkel, Angela 86
- Merkl, Adolf Julius 83
- Mertens, Bernd 8
- Methodenlehre / -theorie 58, 81, 84, 119, 128, 131, 154, 156, 221
- Michaelis, Robert 51
- Michelangelo 38
- Minnigerode, Ludwig 5, 7
- Möllers, Christoph 136
- Morsbach, Petra 51
- Müller, Ingo 73
- Mund des Gesetzes / bouche de la loi 7, 54, 57
- Munk, Marie 40, 47
- Nationalsozialismus / NS-Recht / NS-Justiz 1, 42–45, 48, 49, 61, 62, 68
- Naturrecht 8, 9, 17, 22, 29, 30, 59
- Neithardt, Georg 45, 46
- Nichtanwendungserlass 96, 99, 100, 109–111, 113
- Nichteheliche Lebensgemeinschaft 168, 169, 175, 200, 211
- Nürnberger Juristenprozess 43, 44
- Oberster Gerichtsherr 39, 59, 62
- Ockhams Rasiermesser 126
- Öffentliches Recht 5, 22, 82, 152, 157
- Ogorek, Regina 8
- Optimierungsgebote 125, 126
- Ottwalt, Ernst 50
- Override-Mechanismus 96, 99, 100, 103, 107
- Overruling 99, 103, 111, 117, 134, 135

- Pandektistik 12–17, 19, 21, 29, 30  
 Pape, Heinrich Eduard 18  
 Paradigmenwechsel 166, 167, 171, 174, 175, 195, 199  
 Patientenverfügung 179–183, 194, 195, 202, 203, 212  
 Pernice der Ältere, Ludwig Wilhelm Anton 16  
 Pernice der Jüngere, Alfred 16  
 Personenstandsrecht 90, 188–190, 194, 195  
 Plenikowski, Anton 44  
 Plikat, Ari 41  
 Polak, Karl 44  
 Politische/r Justiz / Richter 17, 33, 35, 42, 52, 54, 55, 57, 58, 71, 72  
 Poscher, Ralf 126  
 Positivismus 24, 25, 27, 28, 68, 82, 151  
 Präjudizien / -bindung 133–135, 138, 144, 146, 160, 161  
 Presse / -freiheit 29, 57  
 Preußen 6, 7, 19, 27, 31, 32, 49  
 Priepke, Walther 63  
 Prinzipientheorie 125, 126  
 Privatautonomie 19, 199  
 Privatrecht 5–7, 9, 17–19, 22, 24, 32, 152, 153, 157, 205, 212  
 Puchta, Georg Friedrich 11, 14–16, 18–20, 29, 30  
 Pulch, Otto 63  
  
 Rabel, Ernst 133  
 Radbruch, Gustav 54, 58, 68  
 Raiser, Thomas 188  
 Ratio decidendi 133, 134  
 Rechtsgefühl 14, 23, 25, 26, 54  
 Rechtsgeschichte / -historiker 1, 21, 27, 83, 115, 191, 217  
 Rechtsökonomie 126, 147  
 Rechtsquelle 15, 82, 89, 109, 131–133, 138, 155, 156, 160, 161  
 Rechtsschöpfung 62, 86, 99, 120, 128, 130, 146  
 Rechtssicherheit 9, 15, 72, 109, 127, 148, 179, 182, 187, 188, 197, 198  
 Rechtsvergleichung 89, 120, 131, 135, 138, 156  
 Rechtswahrer 61  
 Référé législatif 83, 96  
 Referendariat 6, 7, 63, 69  
 Regimewechsel 59, 60, 68, 70, 71  
 Regulierung 120, 147–149, 151–154, 159  
 Rehse, Hans-Joachim 43  
  
 Reichsgericht 26–28, 34, 42, 48, 49, 58, 78, 115, 146, 156, 158  
 Reimers, Paul 43  
 Reyscher, August Ludwig 19  
 Rheinland 27, 28, 31  
 Richterausbildung 7, 19, 31  
 Richter(auto)biographien 44, 46–51, 55, 71, 72, 75, 76, 78  
 Richterfreiheit 8, 18, 52, 67, 119, 120, 127, 128, 131, 135, 142, 144, 154, 156, 157  
 Richterin(nen) 37, 40, 44, 46–49, 51, 57, 63, 64, 66, 67, 74, 77, 95, 111  
 Richterkarikaturen 41–43  
 Richterkönig / königlicher Richter 33, 37, 39, 52, 58, 59, 61, 62, 66  
 Richterleitbilder 6, 7, 27, 51, 52, 54, 56, 66, 219  
 Richtermacht 3, 83, 96, 106, 119, 164, 167, 176, 194, 215, 217, 218  
 Richterporträts 34, 40, 42, 43, 46, 75–77  
 Richterrecht 1, 58, 95, 119, 133, 146, 147, 160, 161, 167, 176, 177, 179, 188, 195, 196, 204, 216  
 Richtertypologien 30, 51, 52, 55, 56  
 Richtlinienkonforme Auslegung 139, 141  
 Römisches Recht 10–12, 21, 25, 27, 29, 30, 124  
 Rothenberger, Curt 43–45, 48, 62  
 Rütters, Bernd 2, 68, 136  
  
 Sack, Karl 48  
 Salomo 37, 39, 74  
 Sammelklage / class action 145  
 Sarge, Günter 50  
 Savigny, Friedrich Carl von 11–13, 15, 16, 20, 23–25, 27, 29, 30  
 Schäuble, Wolfgang 110, 111  
 Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph 17  
 Schiffer, Eugen 45  
 Schild, Wolfgang 75  
 Schill, Ronald Barnabas 50  
 Schlosser, Johann Georg 10  
 Schmidt, Ingrid 64  
 Schmidt, Karsten 196  
 Schmitt, Carl 39, 58, 59, 70, 82  
 Schöffen / -gericht 20, 44, 65, 187, 217  
 Schönberger, Christoph 18  
 Schrader, Eduard 16  
 Schröder, Rainer 5  
 Schulze-Fielitz, Helmuth 206  
 Schumann, Kurt 44, 47

- Schwab, Dieter 191  
 Siegerjustiz 60  
 Sieh, Wilhelm 45  
 Simmerding, Josef 46  
 Simon, Dieter 5, 55  
 Simons, Walter 48  
 Simson, Eduard von 22  
 Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand 11, 16  
 Smend, Rudolf 82  
 Sorgenicht, Klaus 44  
 Soziale Kompetenz (des Richters) 53, 65  
 Sozialingenieur 33, 52, 55, 79  
 Sozialistische Gesetzlichkeit 30, 31, 59, 70, 83  
 Sozialprestige (des Richters) 56, 60, 70  
 Stahl, Friedrich Julius 19  
 Stare decisis 134, 144  
 Steuerrecht 99, 100, 109, 216  
 Strafrecht 24, 58, 59, 65, 78, 91, 173, 182, 183  
 Streinz, Rudolf 104  
 Subsumtionsautomat 8, 26, 33, 54, 57, 71, 79, 127  
 Supreme Court(s) 82, 101, 102, 106, 142, 159  
 Svarez, Carl Gottlieb 9
- Talmud 130  
 Teleologische Auslegung 22, 123, 124, 137, 138  
 Teleologische Reduktion 139, 143, 144  
 Theory of precedent 134, 135  
 Thora 130  
 Tolstoi, Leo 75  
 Treu und Glauben 89, 123, 158, 160, 172, 177  
 Tübke, Werner 40
- Umgangsrecht 169, 170  
 Unionsrechtskonforme Auslegung 139, 140, 142  
 Universität 7, 9, 11, 12, 17, 18, 20, 27, 220  
 Unterbringungsähnliche Maßnahmen 191, 192, 203  
 Unterhalt 63, 123, 167, 171–173, 177, 178, 183–185, 196–198, 203, 206
- Vagheit (einer Norm) 120–123  
 Vaterschaftsanfechtung 165, 166, 172–174, 179, 192, 193, 198, 210
- Verbraucherschutz(recht) 139, 145, 147, 149  
 Verbrauchsgüterkauf 139–141, 156  
 Vereinigte Staaten von Amerika 49, 71, 82, 83, 106, 145, 147, 188  
 Verfassung(en) 2, 19, 28, 32, 69, 71, 86, 101, 106, 115, 118, 171, 178, 216  
 Verfassungsrecht 28, 83, 90, 91, 93, 94, 97, 102, 106, 110–114, 131, 146, 155, 167, 170, 171, 178, 187, 190, 209, 211–213  
 Verhaltensökonomik 153  
 Verhaltenssteuerung 126, 151–154, 157, 158  
 Verwaltungsrecht 153, 188  
 Vogel, Hans-Jochen 52  
 Völkerrecht 89, 93, 98, 155  
 Volksgeist 11, 21  
 Volksgerichtshof 42, 45, 54, 60, 65  
 Volksrichter 20, 35, 44, 64, 65  
 Vorabentscheidungsverfahren 140–142, 144, 145
- Wächter, Carl Georg von 16  
 Wassermann, Jakob 76  
 Wassermann, Rudolf 52, 58, 67, 71–73  
 Weber, Max 21, 22, 52, 60  
 Wechselmodell 112, 169–171, 175, 211  
 Wedemann, Frauke 202, 206  
 Weimarer Republik 33, 53, 54, 57, 60  
 Weinkauff, Hermann 43, 48  
 Werner, Karl August 42  
 Westphal, Carl 43  
 Wilhelm, Eugen 49  
 Willkür 9, 19, 152, 158  
 Windscheid, Bernhard 14, 16  
 Wittgenstein, Ludwig 124, 151  
 Wortsinnngrenze 120, 142
- Zeiler, Alois 49, 50  
 Zimmern, Sigmund Wilhelm 16  
 Zugewinnausgleich 190, 191, 197  
 Zweigert, Konrad 55



## **Bisher erschienene Bände der Akademiekommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“**

Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff, 1. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 26. und 27. April 1985, hrsg. von Okko Behrends und Christoph Link. Göttingen 1987. € 34,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 157. - Vergriffen

Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 14. und 15. November 1986, hrsg. von Christian Starck. Göttingen 1987. € 26,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 168. - Vergriffen

Gesetzgebung und Dogmatik, 3. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 29. und 30. April 1988, hrsg. von Okko Behrends und Wolfram Henckel. Göttingen 1989 (2. Aufl. 2004). € 34,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 178.

Das Gesetz in Spätantike und frühem Mittelalter, 4. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, hrsg. von Wolfgang Sellert. Göttingen 1992. € 30,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 196.

Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze – Bedingungen, Ziele, Methoden, 5. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 26. und 27. April 1991, hrsg. von Christian Starck. Göttingen 1992. € 43,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 197.

Nomos und Gesetz – Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 6. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 20. und 21. November 1992, hrsg. von Okko Behrends und Wolfgang Sellert. Göttingen 1995. € 68,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 209.

Rangordnung der Gesetze, 7. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 23. April 1994, hrsg. von Christian Starck. Göttingen 1995. € 42,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 210.

Das mißglückte Gesetz, 8. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 26. und 27. April 1996, hrsg. von Uwe Diederichsen und Ralf Dreier. Göttingen 1997. € 42,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 223.

Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 9. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 24. und 25. April 1998, hrsg. von Okko Behrends und Wolfgang Sellert. Göttingen 2000. € 52,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 236.

Das BGB im Wandel der Epochen, 10. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 5. und 6. Mai 2000, hrsg. von Uwe Diederichsen und Wolfgang Sellert. Göttingen 2002. € 54,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 248.

Gesetz und Vertrag I, 11. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 10. und 11. Mai 2002, hrsg. von Okko Behrends und Christian Starck. Göttingen 2004. € 46,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 262.

Gesetz und Vertrag II, 12. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 17. und 18. Oktober 2003, hrsg. von Okko Behrends und Christian Starck. Göttingen 2005. € 46,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 266.

Der biblische Gesetzesbegriff – Auf den Spuren seiner Säkularisierung, 13. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 8. und 9. April 2005, hrsg. von Okko Behrends. Göttingen 2006. € 129,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 278.

Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 14. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 16. und 17. März 2007, hrsg. von Okko Behrends und Eva Schumann. Berlin/New York 2008. € 79,95. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Bd. 3.

Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 15. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 14. und 15. November 2008, hrsg. von Eva Schumann. Berlin/New York 2010. € 99,95. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Bd. 9.

Das erziehende Gesetz, 16. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 20. und 21. Januar 2011, hrsg. von Eva Schumann. Berlin/Boston 2014. € 99,95. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Band 30.

Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum, 17. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 17. und 18. Januar 2014, hrsg. von Eva Schumann. Berlin/Boston 2015. € 99,95. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Band 38.

# **Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen Neue Folge**

*Wer kauft Liebesgötter? Metastasen eines Motivs*

Dietrich Gerhardt, Berlin/New York 2008  
ISBN 978-3-11-020291-5, AdW. Neue Folge 1

*Römisches Zentrum und kirchliche Peripherie. Das universale Papsttum als Bezugspunkt der Kirchen von den Reformpäpsten bis zu Innozenz III.*

Hrsg. von Jochen Johrendt und Harald Müller, Berlin/New York 2008  
ISBN 978-3-11-020223-6, AdW. Neue Folge 2

*Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht*

Hrsg. von Okko Behrends und Eva Schumann, Berlin/New York 2008  
ISBN 978-3-11-020777-4, AdW. Neue Folge 3

*Wechselseitige Wahrnehmung der Religionen im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit  
I. Konzeptionelle Grundfragen und Fallstudien (Heiden, Barbaren, Juden)*

Hrsg. von Ludger Grenzmann, Thomas Haye, Nikolaus Henkel u. Thomas Kaufmann, Berlin/New York 2009  
ISBN 978-3-11-021352-2, AdW. Neue Folge 4

*Das Papsttum und das vielgestaltige Italien. Hundert Jahre Italia Pontificia*

Hrsg. von Klaus Herbers und Jochen Johrendt, Berlin/New York 2009  
ISBN 978-3-11-021467-3, AdW. Neue Folge 5

*Die Grundlagen der slowenischen Kultur*

Hrsg. von France Bernik und Reinhard Lauer, Berlin/New York 2010  
ISBN 978-3-11-022076-6, AdW. Neue Folge 6

*Studien zur Philologie und zur Musikwissenschaft*

Hrsg. von der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Berlin/New York 2009.  
ISBN 978-3-11-021763-6, AdW. Neue Folge 7

*Perspektiven der Modernisierung. Die Pariser Weltausstellung, die Arbeiterbewegung, das koloniale China in europäischen und amerikanischen Kulturzeitschriften um 1900*

Hrsg. von Ulrich Mölk und Heinrich Detering, in Zusammenarb. mit Christoph Jürgensen, Berlin/New York 2010  
ISBN 978-3-11-023425-1, AdW. Neue Folge 8

*Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat. 15. Symposion der Kommission: „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*

Hrsg. von Eva Schumann, Berlin/New York 2010  
ISBN 978-3-11-023477-0, AdW. Neue Folge 9

*Studien zur Wissenschafts- und zur Religionsgeschichte*

Hrsg. von der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Berlin/New York 2011  
ISBN 978-3-11-025175-3, AdW. Neue Folge 10

*Erinnerung – Niederschrift – Nutzung. Das Papsttum und die Schriftlichkeit im mittelalterlichen Westeuropa*

Hrsg. von Klaus Herbers und Ingo Fleisch, Berlin/New York 2011  
ISBN 978-3-11-025370-2, AdW. Neue Folge 11

*Erinnerungskultur in Südosteuropa*

Hrsg. von Reinhard Lauer, Berlin/Boston 2011  
ISBN 978-3-11-025304-7, AdW. Neue Folge 12

*Old Avestan Syntax and Stylistics*

Martin West, Berlin/Boston 2011  
ISBN 978-3-11-025308-5, AdW. Neue Folge 13

*Edmund Husserl 1859-2009. Beiträge aus Anlass der 150. Wiederkehr des Geburtstages des Philosophen*

Hrsg. von Konrad Cramer und Christian Beyer, Berlin/Boston 2011  
ISBN 978-3-11-026060-1, AdW. Neue Folge 14

*Kleinüberlieferungen mehrstimmiger Musik vor 1550 in deutschem Sprachgebiet. Neue Quellen des Spätmittelalters aus Deutschland und der Schweiz*

Martin Staehelin, Berlin/Boston 2011  
ISBN 978-3-11-026138-7, AdW. Neue Folge 15

*Carl Friedrich Gauß und Russland. Sein Briefwechsel mit in Russland wirkenden Wissenschaftlern*

Karin Reich und Elena Roussanova, unter Mitwirkung von Werner Lehfeldt, Berlin/Boston 2011  
ISBN 978-3-11-025306-1, AdW. Neue Folge 16

*Der östliche Manichäismus – Gattungs- und Werksgeschichte. Vorträge des Göttinger Symposiums vom 4./5. März 2010*

Hrsg. von Zekine Özertural und Jens Wilkens, Berlin/Boston 2011  
ISBN 978-3-11-026137-0, AdW. Neue Folge 17

*Studien zu Geschichte, Theologie und Wissenschaftsgeschichte*

Hrsg. von der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Berlin/Boston 2012  
ISBN 978-3-11-028513-0, AdW. Neue Folge 18

*Wechselseitige Wahrnehmung der Religionen im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit.*

*II. Kulturelle Konkretionen (Literatur, Mythographie, Wissenschaft und Kunst)*

Hrsg. von Ludger Grenzmann, Thomas Haye, Nikolaus Henkel u. Thomas Kaufmann, Berlin/Boston 2012

ISBN 978-3-11-028519-2, AdW. Neue Folge 4/2

*Rom und die Regionen. Studien zur Homogenisierung der lateinischen Kirche im Hochmittelalter*

Hrsg. von Jochen Johrendt und Harald Müller, Berlin/Boston 2012  
ISBN 978-3-11-028514-7, AdW. Neue Folge 19

*Die orientalistische Gelehrtenrepublik am Vorabend des Ersten Weltkrieges. Der Briefwechsel zwischen Willi Bang(-Kaup) und Friedrich Carl Andreas aus den Jahren 1889 bis 1914*

Michael Knüppel und Aloïs van Tongerloo, Berlin/Boston 2012

ISBN 978-3-11-028517-8, AdW. Neue Folge 20

*Homer, gedeutet durch ein großes Lexikon*

Hrsg. von Michael Meier-Brügger, Berlin/Boston 2012

ISBN 978-3-11-028518-5, AdW. Neue Folge 21

*Die Göttinger Septuaginta. Ein editorisches Jahrhundertprojekt*

Hrsg. von Reinhard G. Kratz und Bernhard Neuschäfer, Berlin/Boston 2013

ISBN 978-3-11-028330-3, AdW. Neue Folge 22

*Geld, Handel, Wirtschaft. Höchste Gerichte im Alten Reich als Spruchkörper und Institution*

Hrsg. von Wolfgang Sellert, Anja Amend-Traut und Albrecht Cordes, Berlin/Boston 2013

ISBN 978-3-11-026136-3, AdW. Neue Folge 23

*Osmanen und Islam in Südosteuropa*

Hrsg. von Reinhard Lauer und Hans Georg Majer, Berlin/Boston 2013

ISBN 978-3-11-025133-3, AdW. Neue Folge 24

*Das begrenzte Papsttum. Spielräume päpstlichen Handelns. Legaten – delegierte Richter – Grenzen*

Hrsg. von Klaus Herbers, Fernando López Alsina und Frank Engel, Berlin/Boston 2013

ISBN 978-3-11-030463-3, AdW. Neue Folge 25

*Von Outremer bis Flandern. Miscellanea zur Gallia Pontificia und zur Diplomatie*

Hrsg. von Klaus Herbers und Waldemar Königshaus, Berlin/Boston 2013

ISBN 978-3-11-030466-4, AdW. Neue Folge 26

*Ist die sogenannte Mozartsche Bläserkonzertante KV 297b/Anh. I,9 echt?*

Martin Staehelin, Berlin/Boston 2013

ISBN 978-3-11-030464-0, AdW. Neue Folge 27

*Die Geschichte der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Teil 1*

Hrsg. von Christian Starck und Kurt Schönhammer, Berlin/Boston 2013

ISBN 978-3-11-030467-1, AdW. Neue Folge 28

*Vom Aramäischen zum Alttürkischen. Fragen zur Übersetzung von manichäischen Texten*

Hrsg. von Jens Peter Laut und Klaus Röhrborn, Berlin/Boston 2014

ISBN 978-3-11-026399-2, AdW. Neue Folge 29

*Das erziehende Gesetz. 16. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*

Hrsg. von Eva Schumann, Berlin/Boston 2014

ISBN 978-3-11-027728-9, AdW. Neue Folge 30

*Christian Gottlob Heyne. Werk und Leistung nach zweihundert Jahren*

Hrsg. von Balbina Bäßler und Heinz-Günther Nesselrath, Berlin/Boston 2014

ISBN 978-3-11-034469-1, AdW. Neue Folge 32

*„ins undeutsche gebracht“: Sprachgebrauch und Übersetzungsverfahren im altpreußischen „Kleinen Katechismus“*

Pietro U. Dini, Berlin/Boston 2014

ISBN 978-3-11-034789, AdW, Neue Folge 33

*Albert von le Coq (1860-1930). Der Erwecker Manis im Spiegel seiner Briefe an Willi Bang Kaup aus den Jahren 1909-1914*

Michael Knüppel und Aloïs van Tongerloo, Berlin/Boston 2014

ISBN 978-3-11-034790-6, AdW, Neue Folge 34

*Carl Friedrich Gauß und Christopher Hansteen. Der Briefwechsel beider Gelehrten im historischen Kontext*

Karin Reich und Elena Roussanova, Berlin/Boston 2015

ISBN 978-3-11-034791-3, AdW, Neue Folge 35

*Alexander der Große und die „Freiheit der Hellenen“. Studien zu der antiken historiographischen Überlieferung und den Inschriften der Alexander-Ära*

Gustav Adolf Lehmann, Berlin/Boston 2015

ISBN 978-3-11-040552-1, AdW, Neue Folge 36

*„Über die Alpen und über den Rhein ...“ Beiträge zu den Anfängen und zum Verlauf der römischen Expansion nach Mitteleuropa*

Hrsg. von Gustav Adolf Lehmann und Rainer Wiegels, Berlin/Boston 2015

ISBN 978-3-11-035447-8, AdW, Neue Folge 37

*Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum. 17. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*

Hrsg. von Eva Schumann, Berlin/Boston 2015

ISBN 978-3-11-041000-6, AdW, Neue Folge 38

*Gottfried Ernst Groddeck und seine Korrespondenten*

Hans Rothe, Berlin/Boston 2015

ISBN 978-3-11-040658-0, AdW, Neue Folge 39

*Geschichtsentwürfe und Identitätsbildung am Übergang zur Neuzeit, Band 1: Paradigmen personaler Identität*

Hrsg. von Ludger Grenzmann, Burkhard Hasebrink und Frank Rexroth

Berlin/Boston 2016

ISBN 978-3-11-049698-7, AdW, Neue Folge 41/1

*Lesendes Bewusstsein. Untersuchungen zur philosophischen Grundlage der Literaturwissenschaft*

Horst Jürgen Gerigk

Berlin/Boston 2016

ISBN 978-3-11-051560-2, AdW, Neue Folge 42

*Justiz und Verfahren im Wandel der Zeit. Gelehrte Literatur, gerichtliche Praxis und bildliche Symbolik*

Hrsg. von Eva Schumann

Berlin/Boston 2017

ISBN 978-3-11-052831-2, AdW, Neue Folge 44

*Lotharingen und das Papsttum im Früh- und Hochmittelalter*

Hrsg. von Klaus Herbers und Harald Müller

Berlin/Boston 2017

ISBN 978-3-11-055051-1, AdW, Neue Folge 45

*Die Kreuzfahrerherrschaften von Maraclea und Nephin*

Hans Eberhard Mayer

Berlin/Boston 2018

ISBN 978-3-11-058021-1, AdW, Neue Folge 46

*Der östliche Manichäismus im Spiegel seiner Buch- und Schriftkultur. Vorträge des Göttinger Symposiums vom 11./12. März 2015*

Hrsg. v. Zekine Özertural und Gökhan Şilfeler

Berlin/Boston 2018

ISBN 978-3-11-059145-3, AdW, Neue Folge 47

*Gesetz und richterliche Macht. 18. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“.*

Hrsg. von Eva Schumann, Berlin/Boston 2021

ISBN 978-3-11-064999-4, ADW, Neue Folge 48

*Reichweiten*

*Band 1: Internationale Stile - Voraussetzungen, soziale Verankerungen, Fallstudien*

Hrsg. von Nikolaus Henkel, Thomas Noll und Frank Rexroth, Berlin/Boston 2019

ISBN 978-3-11-065001-3, ADW, Neue Folge 49/1

*Papsturkunden in Spanien. Vorarbeiten zur Hispania (Iberia) Pontificia. III. Kastilien*

Hrsg. von Daniel Berger, Klaus Herbers und Torsten Schlawitz, Berlin/Boston 2020

ISBN 978-3-11-065297-0, ADW, Neue Folge 50

*Les actes pontificaux. Un trésor à exploiter*

Hrsg. von Rolf Große, Olivier Guyotjeannin und Laurent Maurelle, Berlin/Boston 2021

ISBN 978-3-11-069758-2, ADW, Neue Folge 51

*Kultureller Transfer und religiöse Landschaften. Zur Begegnung zwischen Imperium und Barbaricum in der römischen Kaiserzeit*

Hrsg. von Kresimir Matijevic und Rainer Wiegels, Berlin/Boston 2021

ISBN 978-3-11-071644-3, ADW, Neue Folge 52

