

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 Gassenbauern 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.¹

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

¹ 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“² 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

² 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.³ 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.⁴ 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.⁵ 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.⁶ Nach hier vertretener Auffassung lässt sich im Hinblick auf sprachliche Eigenschaften wie Vagheit, Unbestimmtheit, Wertausfüllungsbedürftigkeit oder unmittelbare Subsumtionsfähigkeit allenfalls ein gradueller, 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-

³ RONALD DWORIN, *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.

⁴ DWORIN (Anm. 3), S. 24; ALEXY (Anm. 3), S. 77 ff.; SIECKMANN, *Regelmodelle* (Anm. 3), S. 55 ff.

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

⁶ Dazu nachstehend bei Anm. 28 f.

begriffe⁷ – 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.⁸

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,⁹ die später bei *Herbert Lionel Adolphus Hart* als Differenz von *core* und *penumbra* wiederaufgegriffen wird¹⁰ 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 definitorische 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“.¹¹ 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. ALEXY (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?¹²

Die – jedenfalls jedem hierzulande ausgebildeten Juristen aufgrund teleologischer Auslegung sofort einleuchtende –¹³ 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.¹⁴ Doch auch diese These ist nicht tragfähig.¹⁵ 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,¹⁶ 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 Scheinvaters 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 Generalermächtigungscharakter im Gegensatz zu Spezialtatbeständen in den Vordergrund rückt.¹⁷ 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.¹⁸ 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 „Ausnahmestandard“ 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.¹⁹ 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.²⁰ Der Grund dafür ist, dass sich keine Regel ohne Kenntnis ihrer Anwendungsregeln verstehen lässt. Da letztere jedoch ebenfalls Regelform besitzen, entsteht ein infinites Regelfolgeress, 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:²¹ 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 WITTEGENSTEIN, 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 WITTEGENSTEIN (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.²² 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.²³ 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.²⁴ 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.²⁵ Keinem dieser Rettungsversuche ist es indessen bis heute überzeugend gelungen, die Einsicht, dass Prinzipien im Sinne von Optimierungsgeboten Regeln sind, überzeu-

²² ALEXY (Anm. 3), S. 75 ff.

²³ 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.

²⁴ Ähnlich POSCHER (Anm. 23), S. 352.

²⁵ 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:²⁶ 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.²⁷

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.²⁸ Auf den Punkt bringen und nochmals zuspitzen lässt sich diese doppelt zweiseitige Kosten-Nutzen-Rechnung mit einem

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

²⁷ POSCHER (Anm. 23), S. 354.

²⁸ 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.²⁹

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.³⁰

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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.³¹ Echte richterliche Rechtsschöpfung ist im hergebrachten Methodenmodell damit allenfalls in Ausnahmefällen anders nicht behebbarer Gesetzes- und Rechtslücken³² oder – daher die Faszination des Generalklauselphänomens – bei „rechtsethischen Durchbrüchen“ notgedrungen akzeptabel,³³ 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.³⁴ 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,³⁵ selbst wenn man dessen Unentbehrlichkeit als Ausgangspunkt der Rechtsfindung durchaus zugesteht.³⁶ 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.³⁷ *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.³⁸

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.³⁹ 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.⁴⁰ *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“, „zweckverschleiernenden“ 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 gesetzesgebundene Auslegung oder Rechtsfortbildung zu deuten.⁴¹

Weitere Bestätigung erhält diese Sichtweise schließlich durch einen Seitenblick auf das jüdische Recht,⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴

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

⁴¹ 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.

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ Zum „Ofen des Achnai“ etwa STONE (Anm. 42), S. 828 f.; AUER (Anm. 35), S. 792 ff.

ihrer Eigenständigkeit vernunftbegründend wirkt.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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 Methodentraditionen 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-

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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. Eine ähnliche Begriffsbildung („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.⁴⁷ 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*.⁴⁸ 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.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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“⁵¹ mit der

⁴⁷ Vgl. MAULTZSCH (Anm. 46), S. 23 ff.; BUMKE (Anm. 46), S. 35 ff.; JESTAEDT (Anm. 46), S. 51.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ FIKENTSCHE (Anm. 48), S. 382 f.

⁵⁰ Dazu nur HOLGER FLEISCHER, Höchststrichterliche Leitsätze und richterliche Normbildung im Gesellschaftsrecht, ZIP 39 (2018), S. 605 ff.

⁵¹ 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.⁵² Stattdessen herrscht im deutschsprachigen Methodenschrifttum nach wie vor die Auffassung, dass richterliche Präjudizien – abgesehen von marginalen Ausnahmenvorschriften, die für einige Spezialfälle explizit das Gegenteil anordnen⁵³ – grundsätzlich keine über den Einzelfall *inter partes* hinausgehenden Rechtskraft- oder Bindungswirkungen entfalten.⁵⁴

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.⁵⁵ 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.⁵⁶

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 ALEXY, 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.⁵⁷ 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.⁵⁸ 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.⁵⁹

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.⁶⁰ 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.⁶¹ 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.⁶²

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

⁶¹ Näher OHLY (Anm. 14), S. 112 f.

⁶² 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,⁶³ 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.⁶⁴

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.⁶⁵ 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.⁶⁶ 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 hinauzusteigen, 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.⁶⁷

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.⁶⁸

Tatsächlich ist der Vergleich in vielfacher Hinsicht stichhaltig. Denn der EuGH sieht sich erklärtermaßen in einer eigenständigen institutionellen Verantwortung für die Fortentwicklung der Gemeinschaftsrechtsordnung.⁶⁹ 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*.⁷⁰ Die hergebrachten deutschen Voraussetzungen der Auslegung und Rechtsfortbildung spielen dementsprechend in der Rechtsprechung des Gerichtshofs erwartbar keine Rolle.⁷¹ Für den Lückenbegriff gilt das auch aufgrund des schon planmäßig partiellen Charakters des Unionsrechts,⁷² 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.⁷³ 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.⁷⁴ 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.⁷⁵ 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.⁷⁶ 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.⁷⁷ All dies rechtfertigt es, von der Entstehung eines eigenständigen, neuen unionsrechtlichen Fallrechtssystems zu sprechen, dessen normatives Gewicht mit zunehmender Präjudiziendichte 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.⁷⁸ 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 CLAUD-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 Bydlinski, 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.⁷⁹ Die Grenzen der nationalen Methodenlehre bleiben somit theoretisch unangetastet. Die Praxis sieht jedoch anders aus, da das zweistufige Verfahren *de facto* nie durchgeführt wird.⁸⁰ 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.⁸¹

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.⁸² Auf Vorlage des BGH hatte der EuGH die Unvereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 3 Abs. 2 der dem deutschen Verbrauchsgüterkaufrecht zugrundeliegenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁸³ festgestellt, wonach der Verbraucher die *unentgeltliche* Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verlangen kann.⁸⁴ 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“, ⁸⁵ deren Schließung – nur für den Verbraucherkau, 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“, ⁸⁶ wobei die haarscharfe Trennlinie zur richtlinienkonformen Auslegung *contra legem* erst dort überschritten sei, wo sich diese

⁷⁹ Paradigmatisch CANARIS (Anm. 78), S. 81; vgl. auch REIMER (Anm. 2), S. 282 ff. (Rn. 644 ff.); BALDAUF (Anm. 64), S. 105 ff.

⁸⁰ Treffend MAULTZSCH (Anm. 46), S. 113; vgl. auch MARIETTA AUER, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, S. 1106, 1107 f.

⁸¹ Dazu etwa BALDAUF (Anm. 64), S. 146 ff.; MAULTZSCH (Anm. 46), S. 119 f.; jeweils m.w.N.

⁸² 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.

⁸³ 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.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-404/06 – Quelle, Slg. 2008, I-2685; zum Vorlagebeschluss BGH, NJW 2006, S. 3200 m. Anm. STEPHAN LORENZ.

⁸⁵ BGHZ 179, 27, 35 (Rn. 22).

⁸⁶ BGHZ 179, 27, 36 (Rn. 25).

nicht auf einen „ausdrücklichen“, sondern bloß auf einen „generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen“ stützen lasse.⁸⁷ 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“,⁸⁸ konnte schließlich nur durch ein erneutes Eingreifen des Gesetzgebers notdürftig bereinigt werden.⁸⁹

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 –⁹⁰ 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.⁹¹

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.⁹² 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.⁹³ In dieser abstrakten Fragestruktur ist jedoch ein überschießender normativer Charakter ebenso wie die immer wieder beklagte

⁸⁷ BGHZ 179, 27, 36 (Rn. 25).

⁸⁸ Treffend WAGNER (Anm. 16), S. 151.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Kritisch MAULTZSCH (Anm. 46), S. 119 f. m.w.N.

⁹¹ Vgl. bereits AUER (Anm. 80), S. 1107 f.

⁹² Vgl. vorstehend bei Anm. 69.

⁹³ 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.⁹⁴ 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,⁹⁵ so bleibt dennoch der damit verbundene, im Schrifttum gleich auf mehreren Ebenen kritisierte dogmatische Kategorienbruch zu beklagen,⁹⁶ der ebenfalls zunächst im Wege gespaltenener richtlinienkonformer Auslegung Eingang in das Verbrauchsgüterkaufrecht des BGB gefunden hatte⁹⁷ und abermals erst durch nachträgliches Eingreifen des Gesetzgebers geglättet werden konnte.⁹⁸

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

⁹⁴ 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.).

⁹⁵ WAGNER (Anm. 82), S. 103 ff.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ BGHZ 195, 135, 141 ff. (Rn. 22 ff.).

⁹⁸ 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.⁹⁹ Und dies gilt keineswegs nur für Deutschland, sondern – was hier nicht näher ausgeführt werden kann – etwa auch für das englische Common Law.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ Daraus folgt weiter, dass sich auch die hergebrachte Wortsinnngrenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung nicht als operable Grenze halten lässt.¹⁰² Man mag die Begriffe „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“ heuristisch verwenden, um eine größere oder geringere

⁹⁹ Vgl. auch WAGNER (Anm. 16), S. 146 ff., 151 ff.

¹⁰⁰ MAULTZSCH (Anm. 46), S. 179 ff.

¹⁰¹ Vgl. auch MAULTZSCH (Anm. 46), S. 25.

¹⁰² 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,¹⁰³ während in die letztere Kategorie beispielsweise die seit jeher anerkannten und schon auf den ersten Blick zwingenden Fälle teleologischer Reduktion des Verbots von Inschlaggeschäften gemäß § 181 BGB oder der Formfreiheit der Vollmacht nach § 167 Abs. 2 BGB fallen.¹⁰⁴

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.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

Dieser Gleichlauf von Lückenfeststellung und Lückenausfüllung läuft jedoch auf eine Tautologie hinaus, die den Lückenbegriff letztlich aufhebt.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰ Methodisch geht es vielmehr darum, die prozessualen, institutionellen und kulturellen Voraussetzungen, die die Rolle der Rechtsprechung in einer bestimmten Rechtsordnung

106 LARENZ/CANARIS (Anm. 2), S. 220.

107 Kritik bereits bei FIKENTSCHER (Anm. 48), Bd. 1, 1975, S. 10; ähnlich GROSCHE (Anm. 57), S. 108 f.

108 Zu dieser Perspektive eingehend MAULTZSCH (Anm. 46), S. 10 ff., 431 ff. und *passim*.

109 MAULTZSCH (Anm. 46), S. 112 ff., 431 ff.

110 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“.¹¹¹ 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.¹¹² Beispiele sind das 2002 im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung erlassene Unterlassungsklagengesetz (UKlaG),¹¹³ das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) aus dem Jahr 2005¹¹⁴ sowie die mit Wirkung vom 1. November 2018 in §§ 606 ff. ZPO eingeführte allgemeine Musterfeststellungsklage.¹¹⁵ 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.¹¹⁶

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 gesetzsgleichen

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,¹¹⁷ 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.“¹¹⁸ 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.¹¹⁹ 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.¹²⁰ 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.¹²¹

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.¹²² Der Begriff beschreibt die Personalisierung rechtlicher Normen vor allem in Bereichen des dispositiven Rechts (*default rules*) sowie teilweise auch zwingender Schutzgebote, etwa des Verbraucherschutzes, 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

¹²¹ 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.

¹²² 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.¹²³

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.¹²⁴ 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.¹²⁵ 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.¹²⁶ Die Daten müssen zudem nicht erst aufwendig generiert werden, sondern sind bereits da, ja mehr noch: Sie vermehren sich exponentiell.¹²⁷ 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.¹²⁸ 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 KREMPL, 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.¹²⁹ 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.¹³⁰

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 senken¹³¹ – eine Einsicht, die tatsächlich in typisierter Weise bereits im geltenden Recht abgebildet ist.¹³² 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.¹³³ Sogar Ehe, Familie und Erbrecht sind als mögliche Bezugspunkte personalisierten, granularen Rechts bereits aufgetaucht.¹³⁴ 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/ (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.¹³⁵

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.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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.¹³⁸ 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“.¹³⁹

Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass dieses Szenario tatsächlich eintritt. Bei Licht betrachtet ist das Versprechen des granularen Rechts, die Offenheit abstraktgenereller 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*.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ 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.¹⁴² 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 nichtjustiziabler Diskriminierung und Willkür in sich tragen.¹⁴³ 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.¹⁴⁴ 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 recht 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.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ 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,

¹⁴³ Vgl. vorstehend Anm. 140.

¹⁴⁴ Zum relativen Bedeutungszuwachs von Standards auch CASEY/NIBLETT (Anm. 128), S. 4 f.

¹⁴⁵ Zum Begriff ausführlich HELLGARDT (Anm. 82), S. 15 ff., insbesondere S. 50.

¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Ist das nun alles nur eine *façon de parler*, viel Lärm um ein zudem im Bereich der Verwaltungsrechtswissenschaft historisch belastetes Modeschlagwort,¹⁴⁹ 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,¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ 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, wertgeleitet 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 hatte, 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 ratione 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.