

Recht – Wissenschaft – Theorie  
Standpunkte und Debatten

herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,  
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

6





# Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung

Herausgegeben von  
Christian Bumke

Mohr Siebeck

*Christian Bumke*, geboren 1963; Habilitation 2003; seit 2005 Inhaber des Commerzbank Stiftungslehrstuhls Grundlagen des Rechts an der Bucerius Law School (Hamburg).

ISBN 978-3-16-151702-0

ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck, Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort

Im Januar 2009 veranstaltete die Bucerius Law School unter dem Titel „Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung“ ein Symposium, das aus einer Podiumsdiskussion und vier Vorträgen bestand.

Auf dem Podium diskutierten die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Ingrid Schmidt, der frühere Präsident des Bundesgerichtshofs Günter Hirsch und der damalige Vizepräsident und heutige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Andreas Voßkuhle unter dem Thema „Richterrecht als (un)vermeidliches Übel, anmaßende Praxis oder rechtsautonome Vernunft“ über das vermeintliche Bedürfnis höchster Gerichte, bessere Gesetzgebung zu betreiben, die richterliche Bereitschaft, Gesetze treu zu vollziehen, und den verfassungsrechtlichen Rahmen, den es bei der richterlichen Arbeit zu beachten gilt.

Anschließend widmeten sich Christian Bumke, Matthias Jestaedt, Paul Kirchhof und Eduard Picker der Frage nach der Stellung und Aufgabe der Rechtsprechung im demokratischen Verfassungsstaat sowie nach der rechtlichen Relevanz des Richterrechts.

Der vorliegende Band versammelt diese vier Vorträge und ergänzt sie um eine Einführung in die Thematik. Für die Aufnahme des Bandes in die Reihe „Recht – Wissenschaft – Theorie. Standpunkte und Debatten“ möchte ich mich bei den Herausgebern bedanken. Bedanken möchte ich mich ferner bei Herrn Gillig für die umsichtige Verlagsbetreuung.

Medienpartner der Veranstaltung war der Rheinische Merkur, dem für seine finanzielle Unterstützung und die freundliche Berichterstattung auch im Namen der Bucerius Law School sehr herzlich gedankt sei.

Christian Bumke



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
<i>Christian Bumke</i> Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit . . .	1
<i>Christian Bumke</i> Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung. . . . .	33
<i>Matthias Jestaedt</i> Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht . . . . .	49
<i>Paul Kirchhof</i> Rechtsphilosophische Fundierung des Richterrechts: Die Idee des Rechts. . .	71
<i>Eduard Picker</i> Richterrecht und Rechtsdogmatik. Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts . . . . .	85
Verfasserverzeichnis . . . . .	121

Christian Bumke

## Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit\*

### A. Phänomen richterlicher Rechtsarbeit

Die Zahl der Gegenstände, Aspekte und Fragen, die im Zusammenhang mit der richterlichen Rechtsarbeit und den Phänomenen des Richterrechts, der richterlichen Rechtsfortbildung, der gerichtlichen Rechtsanwendung zur Sprache gebracht werden, ist nicht nur sehr groß, die Themen, Perspektiven und Überlegungen betreffen auch sämtliche Facetten des Rechts. Dies macht es schwer, sich dem Phänomen auf die übliche, beschreibende Weise zu nähern. Andererseits erlaubt gerade die Schilderung einiger Beispiele auf einfache Weise, die Vielschichtigkeit und Vielgestaltigkeit des Phänomens zu veranschaulichen. Diesem Zweck dient die Betrachtung der fünf folgenden Felder:

I. Inhaltliche Fragen: Am Anfang und am Ende stehen im Zentrum der richterlichen Arbeit inhaltliche Fragen unterschiedlichster Provenienz und Tragweite. Wie gestaltet sich der Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht und unterscheidet sich dieser vom grundgesetzlichen Schutz? Unter welchen Voraussetzungen besitzt eine behördliche Genehmigung eine strafrechtsbefreiende Wirkung? Zählen sog. Unterstützungsstreiks zu den erlaubten Mitteln beim „Kampf“ zwischen den Tarifparteien? Oder: Beruht die grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit auf der Vorstellung einer natürlichen und spontanen oder einer rechtlichen Ordnung? Bei solchen Fragen existieren nicht stets Regeln oder Grundsätze, die die erforderlichen Antworten geben. Zum hermeneutischen Normverstehen muss dann ein Moment des Entscheidens<sup>1</sup> und Gestaltens hinzukommen; es muss auf der inhaltlichen Ebene konzeptionell gearbeitet und Recht erzeugt werden. Die Methodenlehre hält dafür nur bescheidene Mittel bereit. Zwar erweisen sich die Figur der Analogie oder die Ausrichtung an Leit- und Strukturprinzipien immer wieder als hilfreich,<sup>2</sup> doch oft – vor allem auf der Ebene des Verfassungsrechts – sind es zunächst die Prinzipien selbst, die konzeptionell

---

\* Für hilfreiche Unterstützung danke ich meiner ehemaligen Mitarbeiterin *Anna Rink*.

<sup>1</sup> Dabei ist kein zwingender Grund erkennbar, warum die Entscheidung sogleich in einen kategorialen Gegensatz zu Norm und gesellschaftlicher Ordnung gebracht werden muss, wie dies *Carl Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl. 2006, S. 10 ff., in seiner zuspitzenden und radikalierenden Denkweise behauptet hat.

<sup>2</sup> Repräsentativ *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, Kap. 5; *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 325 ff., 472 ff.

tionalisiert werden müssen.<sup>3</sup> Inhaltliche Fragen richterlicher Arbeit berühren demnach nicht nur den konkreten Inhalt eines Rechtsakts<sup>4</sup>, sondern zwingen stets auch zur methodischen Reflexion darüber, auf welchen Wegen man zu solchen inhaltlichen Vorstellungen gelangen kann.<sup>5</sup>

II. Arbeitsteiliges Zusammenwirken von Gesetzgebung und Rechtsprechung: Es lässt sich auch nach dem Wechselspiel zwischen gesetzgeberischer Gestaltung und gerichtlicher Ordnungsbildung fragen<sup>6</sup> und untersuchen, wie Gerichte Rechtsinstitute, beispielsweise den sog. Deal im Strafprozessrecht oder die Regeln über die Aufhebung von Verwaltungsakten, ausformen oder Grundsätze für den vermögensrechtlichen Ausgleich im Eherecht schaffen. Es lässt sich beobachten, dass diese Grundsätze teils vom Gesetzgeber aufgegriffen und modifiziert werden, teils – etwa im Bereich des Arbeitskampfrechts – ein Rechtsgebiet mit gesetzgleicher Wirkung seit Jahrzehnten ausgestalten. Nicht die inhaltliche Richtigkeit, sondern die ordnungsbildende Kraft und die kreislaufartige Entwicklung der Rechtsordnung interessieren aus dem Blickwinkel arbeitsteiliger Rechtsgestaltung. Aufmerksamkeit erfahren die geschilderten Vorgänge vor allem, wenn die eingespielten Abläufe und Mechanismen ins Stocken geraten und Zweifel an der Bereitschaft einzelner Gerichte aufkommen, den gesetzgeberischen Ordnungsvorstellungen zu folgen.

III. Richterliches Entscheiden als Vorgang und Ergebnis: Konzentriert man sich auf die konkrete Entscheidungstätigkeit der Richter, gelangt man zu Fragen wie der, auf welche Ressourcen und Maßstäbe Richter zurückgreifen, wenn sie schwierige Fälle<sup>7</sup> entscheiden. Welche Faktoren erweisen sich als entscheidungserheblich und inwieweit lassen sie sich methodisch einfangen und disziplinieren? In welcher Weise greifen Richter auf Außerrechtliches zurück und wie werden solche Einsichten oder Einschätzungen in das Recht transformiert? Nur selten hat die Wissenschaft das Glück,

<sup>3</sup> Näher dazu *Christian Bumke*, Ausgestaltung der Grundrechte. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, 2009, S. 52 ff.

<sup>4</sup> Der Begriff wird als Oberbegriff gewählt für alle rechtserheblichen individuellen (Vertrag, Verwaltungsakt, Urteil etc., nicht aber das Delikt oder die Straftat) und generellen (Parlamentsgesetz etc.) Akte, für die die Rechtsordnung Regeln bereithält, um deren rechtliche Wirkungen und den Umgang mit ihnen festzulegen. Man könnte stattdessen mit *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 3 ff., den Begriff der Rechtsnorm verwenden.

<sup>5</sup> Ein schönes Beispiel dafür findet sich in dem Werk von *Duncan Kennedy*, *A Critique of Adjudication*, 1998.

<sup>6</sup> *Karsten Schmidt*, Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, JZ 2009, S. 10 ff.; *Felix Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 314 ff.

<sup>7</sup> Als schwieriger Fall sollen alle Konstellationen aufgefasst werden, in denen die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts nicht einfach durch die Interpretation der rechtlichen Maßstäbe unter Berücksichtigung des Standes von Rechtsdogmatik und höchstrichterlicher Rechtsprechung erfolgen kann. Schwierige Fälle tauchen also ständig und überall in der Rechtspraxis auf. Mit ihrer höchstrichterlichen Entscheidung wandeln sie sich meist allein aufgrund dieses Umstandes in einen einfachen Fall.

dass es Untersuchungen gelingt, den „Schleier des Beratungsgeheimnisses“ zu heben und einen Blick auf die Herstellungsarbeit eines gerichtlichen Spruchkörpers zu werfen.<sup>8</sup>

IV. Bedingungen, Einflussfaktoren und Grenzen rationaler Rechtsentscheidungen: Parallel dazu lässt sich nach der Rationalität richterlicher Tätigkeit fragen. Welchen Grad an Verlässlichkeit besitzt die Auslegung eines Tatbestandsmerkmals wie „gefährliches Werkzeug“ in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, die Ausfüllung einer Generalklausel wie Treu und Glauben in § 242 BGB oder die Abwägung konfligierender Rechtspositionen etwa beim Widerstreit zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eines Menschen von Welt und der Pressefreiheit bei der massenmedialen Berichterstattung über diese Person? Die erkenntnistheoretische Perspektive lässt sich um rechtstatsächlich-institutionelle Erkundungen ergänzen, um der vielfältigen Gründe habhaft zu werden, die dazu beitragen, dass die tagtägliche Arbeit gerichtlicher Spruchkörper sich zu einer bemerkenswert stabilen und vorhersehbaren Praxis fügt. Universitäre Ausbildung und Referendariat, Instanzenzug, Orientierung an den Leitsätzen und Festlegungen der obersten Gerichtshöfe, das Verfolgen einer eingeschlagenen Rechtsprechungslinie, der Gerichtsgebrauch auf allen institutionellen Ebenen, die konstruktiv-kritische Begleitung durch die Wissenschaft<sup>9</sup> und die dogmatische Aufbereitung der Praxis – all diese Gesichtspunkte tragen zur gelingenden Praxis bei.<sup>10</sup>

V. Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsarbeit: Wiederum zu einer gänzlich anderen Perspektive führt die Suche nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die richterliche Rechtsarbeit. Mit der Untersuchung von Vorgaben, wie etwa der Pflicht zur willkürfreien, vorhersehbaren und folgerichtigen Entschei-

---

<sup>8</sup> Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, 2010; Peter Stegmaier, *Wissen, was Recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenschaftssoziologisch-ethnografischer Sicht*, 2009. Auf der Basis solcher Untersuchungen und der Analyse schwieriger Fälle sowie der zu ihrer Lösung entwickelten Instrumente müsste versucht werden, das Phänomen des schwierigen Falls und den Umgang mit ihm systematisierend aufzuarbeiten. Ein erster, kleiner Schritt wäre schon damit getan, einmal nach den unterschiedlichen Gründen zu fragen, warum ein Fall schwierig wird.

<sup>9</sup> Diese Begleitung wirkt sich mittelbar durch die universitäre Ausbildung der künftigen Richter und unmittelbar auf die Gerichte aus, sofern deren Mitglieder bereit sind, sich auf einen solchen Dialog einzulassen. Näher dazu Christian Bumke, *Die Wechselwirkungen zwischen Rechtsprechung und Dogmatik*, in: 16. Deutscher Verwaltungsgerichtstag, hrsg. vom Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V., 2010, S. 143 ff. Zu den Vorzügen der juristischen Dogmatik Andreas Voßkuhle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 7.

<sup>10</sup> Praxisfaktoren und Methode werden von verschiedenen Autoren zusammengefügt, so beispielsweise von Heino Garrn, *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, 1986; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.): *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 9, 31 ff., 52 ff.

dingstätigkeit, befindet man sich mitten im Kreis verfassungsrechtlicher Bindungen, denen die Gerichte bei ihrer Arbeit unterworfen sind. Solche Vorgaben dirigieren nicht nur den arbeitsteiligen Rechtserzeugungs- und Rechtsentwicklungsprozess, vielmehr spiegelt sich in ihnen auch das jeweils vorherrschende Verständnis der grundgesetzlichen Funktionenordnung wider. Doch sollten die Perspektiven stets klar geschieden werden. Aus der Beobachtung eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Gesetzgebung und Rechtsprechung lassen sich eben keine unmittelbaren Schlüsse beispielsweise für die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ziehen.

## B. Thematische Totalität und heterogene Gespräche

Die wichtigste Einsicht, die aus der Annäherung an das Phänomen richterlicher Rechtsarbeit folgt, ist die Einsicht in die thematische Totalität des Phänomens: Es gibt wohl kaum ein rechtliches Thema, ob theoretischer oder praktischer Natur, das sich mit der richterlichen Rechtsarbeit nicht ebenso sinnvoll wie produktiv zusammenspannen ließe. Denken wir über Recht nach, gelangen wir unweigerlich zur richterlichen Rechtsarbeit. Mit der Totalität geht die Strukturlosigkeit des Untersuchungsgegenstandes einher: Dies mag im ersten Augenblick verwundern, da es sich beim richterlichen Amt und der gerichtlichen Institution um höchst charakteristische Elemente einer Rechtsordnung handelt. Doch die Vielfalt denkbarer Perspektiven und möglicher Fragen wird durch die Gegenstände nicht nennenswert begrenzt oder bestimmt. Notwendiges und Zufälliges werden letztlich vom Forschungsinteresse bestimmt. Totalität und Strukturlosigkeit sind die maßgeblichen Gründe dafür, dass das wissenschaftliche Gespräch um die richterliche Rechtsarbeit so heterogen ist und sich einem systematisierenden Zugriff zu entziehen droht.

## C. Diskursfelder mit ihren paradigmatischen Differenzen

Um diese unübersichtlichen Debatten zu ordnen, empfiehlt es sich, größere Diskursfelder zu markieren, auf denen sich das Forschungsgespräch so verdichtet hat, dass sich charakteristische Perspektiven, Fragen und Streitpunkte ausmachen lassen. Sechs solcher Felder lassen sich unterscheiden; es sind:

- Stellung und Aufgabe der Rechtsprechung im demokratischen Verfassungsstaat (des Grundgesetzes);
- Stellung und Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat (des Grundgesetzes);
- Phänomen und rechtlicher Gehalt des Richterrechts;
- Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Steuerung und damit auch der Rechtsanwendung;

- sprachtheoretische Einsichten in das Verstehen von Rechtstexten;
- Rationalität rechtlicher Entscheidungen.

Diese sechs Felder lassen sich zu drei Gebieten zusammenfassen, nämlich 1.) Stellung und Aufgabe der Rechtsprechung im demokratischen Verfassungsstaat, 2.) Phänomen und rechtliche Relevanz des Richterrechts und 3.) Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Steuerung.

Im Rahmen dieser Einleitung ist es nicht möglich, die Diskursfelder nach Themen, Positionen und Fragen weiter zu strukturieren, denn dafür fehlen die erforderlichen Vorarbeiten. Trotz einer Fülle von Beiträgen über die richterliche Rechtsarbeit sucht man vergeblich nach Forschungsberichten, die diese Debatten nachzeichnen und ordnen. Hier besteht ein erhebliches Forschungsdefizit.

Ungeachtet dieses Defizits ist es möglich, auf einige Unterscheidungen einzugehen, die die Debatten oft untergründig prägen. Sich über ihre Bedeutung und ihre Konsequenzen im Klaren zu sein, dürfte sich zum einen als hilfreich erweisen, um sich innerhalb der mannigfaltigen Debatten zu orientieren. Zum anderen können die Unterscheidungen dazu beitragen zu verstehen, warum es so oft zu so weitreichenden Missverständnissen kommt und an welchen Punkten Diskussionen aneinander vorbei verlaufen.

Doch bevor diesen Unterscheidungen nachgegangen wird, soll exemplarisch veranschaulicht werden, dass die Differenzen, auf die man auf den Diskursfeldern stoßen kann, von so grundsätzlicher Natur sein können, dass selbst ein vollständiges Verständnis für eine gegenläufige Position nicht dazu führt, die eigene Haltung zu modifizieren. Ein oft strapaziertes Wort aufgreifend, lässt sich in solchen Konstellationen von einer paradigmatischen<sup>11</sup> Differenz sprechen. Als Beispiel für einen solch paradigmatischen Streit soll die Debatte um die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung herangezogen werden, da diese nicht nur erheblich an Intensität zugenommen hat, sondern auch die für das Forschungsgespräch insgesamt typische Heterogenität von Positionen und Überlegungen aufweist.

In der aktuellen Diskussion über die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung stehen sich zwei Grundpositionen und Verständnisweisen gegenüber, von denen die eine sich als parlamentsfocussiert und die andere als gerichtsfocussiert charakterisieren lässt.

---

<sup>11</sup> Bekanntlich hat *Thomas S. Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 15. Aufl. 1999, den Begriff „Paradigmenwechsel“ zur Kennzeichnung grundlegender Neuorientierungen in den Naturwissenschaften geprägt. An diese Begriffsverwendung lehnt sich die Begriffsverwendung an.

## I. Gerichtsfocussiertes Verständnis der Rechtsprechung

Das gerichtsfocussierte Verständnis begreift das Grundgesetz als eine Verfassungsordnung, die aus einem arbeitsteiligen Zusammenwirken von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft hervorgeht.<sup>12</sup> Das Parlament wird als ein politisches Organ eingeordnet, das im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben das Recht als Steuerungsinstrument nutzt, um seine Ordnungsvorstellungen zu verwirklichen. Neben dieser zentralen politischen Gestaltung wird die Rechtsordnung dezentral durch die Gerichte entfaltet und ausgestaltet. Auch im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes ist die Rechtsordnung weit mehr als das parlamentarisch gesetzte Recht.<sup>13</sup> Die Gerichte müssen dem übergeordneten Richtigkeits-, Ordnungs- und Befriedigungsanspruch der Rechtsordnung genügen. Verfassungsrechtlich drückt sich dies im Grundsatz der Justizgewährung aus, der die Gerichte verpflichtet, nicht irgendeine Entscheidung zu treffen, sondern eine Entscheidung zu finden, die sich in die bestehende Rechtsordnung einfügt und ihren bereichsspezifischen Wertungen entspricht. Fehlende und unzureichende Gesetze sind zu ergänzen, Wertungswidersprüche bis an die Grenzen verfassungskonformer Auslegung zu beseitigen.<sup>14</sup> Erst wenn sich die Gerichte bei ihrer Lösung in Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes, zum Willen des Gesetzgebers oder zur gesetzgeberischen Regelungskonzeption setzen müssten, sind die Grenzen richterlicher Gestaltungsbefugnis erreicht und muss das Gericht nachkonstitutionelle Gesetze gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung vorlegen.<sup>15</sup> Die Gerichte sollen sachgerechte Ergebnisse erzielen, die sich in die bestehende Rechtsordnung einfügen. Verwehrt ist es ihnen

<sup>12</sup> F. Maultzsch, Streitentscheidung (Fn. 6), S. 314 ff.; zum Verhältnis von Judikative und Exekutive siehe auch Dieter Wilke, Die rechtsprechende Gewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112 Rn. 28 ff.

<sup>13</sup> Statt aller BVerfGE 34, 269 (291 f.) – Soraya; siehe auch Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 41, der die Bedeutung des Richterrechts unter Hinweis auf das Rechtsverweigerungsverbot betont.

<sup>14</sup> Näher Christian Bumke, Relative Rechtswidrigkeit. Systembildung und Binnendifferenzierungen im Öffentlichen Recht, 2004, 3. Kap. m.w.N.; ausführlich zu dem Problem der Herstellung einer einheitlichen Rechtsordnung Clemens Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008.

<sup>15</sup> Traditionell umschreibt das BVerfG die Grenzen der richterlichen Gestaltungsbefugnis folgendermaßen: „Der Aufgabe und Befugnis zur ‚schöpferischen Rechtsfindung und Rechtsfortbildung‘ sind mit Rücksicht auf den aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung der Rechtsprechung jedoch Grenzen gesetzt. Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Er hat hierbei den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein.“ So zuletzt BVerfG, Beschl. v. 25.01. 2011, NJW 2011, S. 836 (838). Eine kompetenzielle Grenze ergibt sich zudem aus der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG, siehe hierzu Christian Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 205.

aber, sich „aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz (zu) begeben“.<sup>16</sup> Aus dieser Sicht erscheint das Gerichtswesen als ein Ort dezentraler Wissensgenerierung.<sup>17</sup> Dieser weist die Besonderheit auf, dass sich durch den hierarchischen Instanzenzug und die kritisch-konstruktive Rechtsdogmatik mit der Zeit Regelungsstrukturen herausbilden, die aber für Veränderungen offen bleiben.

Trotz dieses der Rechtsprechung zugewandten Ausgangspunktes kann auch für das gerichtsfocussierte Verständnis die gerichtliche Rechtserzeugung nicht von höherer Dignität als die parlamentsdemokratische sein. Vielmehr wird im demokratischen Verfassungsstaat die richterliche Arbeit durch die Gebote vom Vorrang des Gesetzes und der Bindung an dasselbe begrenzt. Dem Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes sind die Gerichte jedoch nur in den wenigen Bereichen unterworfen, in denen das Grundgesetz einen solchen Vorbehalt statuiert, also etwa im materiellen Strafrecht bei der richterlichen Rechtsfortbildung zu Lasten des Täters oder bei der Ausgestaltung der Rechtsmittel.<sup>18</sup> Die Gerichte sind an die im Gesetz zum Ausdruck kommenden rechtspolitischen Entscheidungen und Wertungen gebunden. Sie ziehen der inhaltlichen Anreicherung des Rechts Grenzen, da die Gerichte die richtungsweisenden Vorgaben des Gesetzgebers grundsätzlich nicht durch eigene Wertungen ersetzen dürfen.<sup>19</sup>

Die Gerichte arbeiten mit ihren juristischen Instrumenten innerhalb der vorhandenen Rechtsordnung. Diese Rechtsordnung sollen sie ausformen und konkretisieren.<sup>20</sup> Im Unterschied zum Gesetzgeber sind die Gerichte den Anforderungen juristischen Argumentierens und Begründens unterworfen.<sup>21</sup> Sie müssen<sup>22</sup> an ihre bereits getroffenen Entscheidungen anknüpfen und dabei auf den anerkannten Begriffen und dogmatischen Figuren aufbauen, um ihre Entscheidungen als Fortschreibung oder Neuausrichtung kraft besserer Einsicht in rechtliche und sachliche Gegebenheiten auszuweisen. Demgegenüber braucht sich der Gesetzgeber nicht um die überkommene Ordnung zu kümmern; er kann sprunghafte Veränderungen vornehmen

---

<sup>16</sup> BVerfGE 87, 272 (290).

<sup>17</sup> In diesem Sinne auch *F. Maultzensch*, Streitentscheidung (Fn. 6), S. 252 ff., 258 ff.

<sup>18</sup> Art. 103 Abs. 2 GG; BVerfGE 107, 395 (416f.).

<sup>19</sup> Neuerdings werden diese Grenzen vom 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts sehr eng gezogen: BVerfG, Beschl. v. 25.01. 2011, NJW 2011, S. 836 (837 ff.). Im Ergebnis führt dies zu einer sehr engen Bindung an den sog. subjektiven Willen des Gesetzgebers.

<sup>20</sup> Zum Begriff der Konkretisierung siehe *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, Grundlagen Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2004, S. 250 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Methoden (Fn. 10), S. 36 ff.; *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 233 f.

<sup>21</sup> Näher *Ralf Poscher*, Rechtsprechung und Verfassungsrecht, in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing (Hrsg.), Deutsch-Polnisches Verwaltungskolloquium, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 127, 134 ff.

<sup>22</sup> Das „Müssen“ ist in einem schwachen Sinn zu verstehen, da es an einer gerichtlich durchsetzbaren Pflicht fehlt. Entscheidend ist allein, dass das Vertrauen nicht enttäuscht wird und die Entscheidung nicht willkürlich erfolgt. Allgemein zur Frage der Präjudizienbindung im deutschen Recht siehe *F. Maultzensch*, Streitentscheidung (Fn. 6), S. 34 ff., sowie ferner auch *Werner Heun*, in: Horst Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 62 ff.

und die Anpassungsarbeit der Rechtspraxis überlassen.<sup>23</sup> Der Unterschied zwischen gerichtlicher und parlamentarisch-gubernativer Entscheidung lässt sich deshalb weder daran festmachen, dass allein die Politik Wert- und Ordnungsvorstellungen entwickelt, noch daran, dass das Recht vergangenheitsorientiert und die Politik zukunftsorientiert ist.<sup>24</sup> Gerichte entscheiden über vergangene Ereignisse. Sie stützen sich dabei überwiegend auf anerkannte Regeln, doch diese Regeln sind auf die Zukunft gerichtet und auch die Gerichtsentscheidung ist sowohl vergangenheits- wie zukunftsbezogen. Es wird keine prästabilisierte Ordnung beschworen.<sup>25</sup> Denn gerade der demokratische Verfassungsstaat ist ein Entwurf für eine Zukunftsgestaltung, eine höchst dynamische wie wandelbare Ordnung und die Justiz ist in diese Ordnung eingebunden und trägt sie mit. Nach dem gerichtsfocussierten Verständnis der Rechtsprechung mögen die Gerichte nicht anders als der parlamentarische Gesetzgeber Recht erzeugen.<sup>26</sup> Beide Formen unterscheiden sich aber in ihrer organisatorischen Ausformung, der Gestaltung der Entscheidungsverfahren, der Art des Denkens und Begründens, dem tragenden Selbstverständnis, der Einbindung in die Rechtsordnung und der auferlegten Aufgabe sowie schließlich in den Rechtswirkungen. Erst die Gesamtaufnahme aller Faktoren zeigt, wie sehr sich Rechtsprechung und Gesetzgebung trotz vieler Ähnlichkeiten oder gar Gemeinsamkeiten im Einzelnen unterscheiden.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Auch wenn Art. 3 I GG keine Bindung der Gerichte an die höchstrichterliche Rechtsprechung vermittelt, sondern aufgrund der Funktionsbezogenheit des Gedankens der Selbstbindung lediglich eine Bindung des jeweiligen Spruchkörpers begründet (Rainer Riggert, Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz [Art. 3 I GG], 1993, S. 51 ff.), besteht für die Gerichte eine Pflicht zur Auseinandersetzung mit einer abweichenden höchstrichterlichen Rechtsprechung (zuletzt BVerfG, Beschl. v. 18. 01. 2010, 2 BvR 906/09). Auch kann die höchstrichterliche Rechtsprechung Vertrauen bei den Normunterworfenen erzeugen, so dass aus verfassungsrechtlichen Gründen Abweichungen nur erlaubt sind, wenn gewichtige Gründe dafür sprechen (BVerfGE 122, 248 [277] – Rügeverkümmern). Zudem wird die einheitswahrende Funktion der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch Vorlagepflichten abgesichert (vgl. etwa §§ 11, 12 VwGO, 132 Abs. 2 GVG).

<sup>24</sup> Solche einfachen Unterscheidungen sind ungeeignet komplexe Phänomene adäquat zu erfassen. Schon Max Weber ist deshalb auf das Konzept der Idealtypen ausgewichen. Sie erlauben einen mehrdimensionalen und zudem dynamischen Zugriff auf das gesellschaftliche Dasein und bieten so ein ausreichendes Komplexitätsniveau. Ihnen fehlt aber die Faszination, die mit jeder radikal-zuspitzenden Unterscheidung einhergeht.

<sup>25</sup> In diese Richtung Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law*, 1999, S. 71 ff.

<sup>26</sup> So lautet der als zentral angesehene Einwand von Matthias Jestaedt, *Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive*, in: W. Erguth/J. Masing (Fn. 21), S. 25, 65 f.

<sup>27</sup> Das gilt m.E. auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit. – Zur rechtlichen Einordnung des Bundesverfassungsgerichts als „Gericht“ siehe Andreas Voßkuhle, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. III, 6. Aufl. 2010, Art. 93 Rn. 19 ff. – siehe aber auch die Einschätzungen von Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 136 ff., dem zufolge die Qualifizierung des Bundesverfassungsgerichts als „Gericht“ und damit die Gewaltengliederung im Rahmen von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu grundrechtlichen Schutzpflichten zu verwässern droht.

## II. Parlamentsfocussiertes Verständnis der Rechtsprechung

In den letzten Jahren erfreut sich das parlamentsfocussierte Verständnis<sup>28</sup> der Rechtsprechung zunehmender Beliebtheit in der Literatur. Nach diesem Verständnis ist der Gesetzgeber der maßgebliche Schöpfer des Rechts. Die von ihm geschaffenen Normen bilden im Wesentlichen die Rechtsordnung. Ausschließlich an seiner Arbeit und an seinen Vorstellungen haben sich die Gerichte zu orientieren. Gesetzgeberische Ungenauigkeiten oder Mängel sind nicht durch eigene Wert- und Ordnungsvorstellungen zu ersetzen, vielmehr sind auch die Unzulänglichkeiten umzusetzen. Gravierende Mängel sind dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen und dieses hat den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen.<sup>29</sup> Die Vorhand des Parlaments geht also über die Vorrang- und Bindungsvorstellung des richterfocussierten Verständnisses weit hinaus. Das Parlament wird zum Alleinverantwortlichen oder wenigstens zum maßgeblich Verantwortlichen.<sup>30</sup> Selbstverständlich kann das Parlament seine Gestaltungsmacht an die Gerichte „delegieren“.<sup>31</sup> Aber dazu bedarf es ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigungen.<sup>32</sup> Kommt das Parlament seiner Aufgabe nach und schafft es gute, weil hinreichend klare und spezifizierte Gesetze, so bleibt die ungebundene und damit eigenständige Richtermacht ein eng begrenztes Phänomen.<sup>33</sup> Auf diese Weise rückt auch die rechtliche Erkenntnisarbeit wieder ins Zentrum der richterlichen Arbeit.<sup>34</sup>

Die Ausrichtung und Konzentration auf das Parlament wird auf unterschiedliche Weise begründet. Es wird entweder auf 1.) rechtstheoretische, 2.) demokratisch-gewaltenteilende oder 3.) souveränitätsbezogene Überlegungen zurückgegriffen, wo-

<sup>28</sup> Im Folgenden wird ein Konglomerat von Positionen aus Gründen der Übersichtlichkeit zu einem übergreifenden Ansatz verschmolzen und als scheinbar einheitlicher Ansatz geschildert. Zur Bedeutung des Parlamentsgesetzes *Oliver Lepsius*, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi u. a. (Hrsg.), *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 123, 146 ff.

<sup>29</sup> *Christian Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, *JZ* 1996, S. 118 (120); *Georg Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 61 (2002), S. 119 (142).

<sup>30</sup> *G. Hermes*, Verfassungsrecht (Fn. 29), S. 129 ff. Die Letztverantwortlichkeit des Gesetzgebers betont auch *O. Lepsius*, Notwendigkeit (Fn. 28), S. 179.

<sup>31</sup> *Anne Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 60 ff.; allgemein zur Reichweite parlamentarischer Delegationsbefugnisse: *Jürgen Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis – Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und Reichweite legislativer Regelungskompetenzen, insbesondere im Schulrecht, 1986, S. 236 ff.

<sup>32</sup> Eine Ermächtigung beinhaltet stets auch einen Regelungsverzicht. Wie weit ein solcher Verzicht zulässig ist, richtet sich wohl nach dem Parlamentsvorbehalt in seiner Ausformung als Delegationsverbot.

<sup>33</sup> In der Theorie bereitet die Pflicht zum „guten Gesetz“ keine Schwierigkeit. In der politischen Wirklichkeit führt die Forderung aber sehr schnell zu einer Überforderung und damit Lähmung der demokratischen und somit zwangsläufig auf Aushandlungsprozesse angelegten Politik. Näher dazu die instruktive Schrift von *Klaus von Beyme*, *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, 1997. Zur Pflicht zum guten Gesetz siehe nur *Gunnar Folke Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, 2011, S. 27 ff.

<sup>34</sup> Zur Erkenntnisarbeit siehe *H. Kelsen*, *Rechtslehre* (Fn. 4), S. 350 ff.

bei letztere – heutzutage – stets mit demokratietheoretischen Vorstellungen verknüpft sind: 1.) Die rechtstheoretische Begründung der parlamentsfocussierten Sichtweise baut auf den Annahmen der Reinen Rechtslehre *Hans Kelsens* auf.<sup>35</sup> Den Ausgangspunkt bildet zum einen die Einsicht in die strukturelle Gleichartigkeit parlamentarischer und richterlicher Rechtserzeugung. Aus rechtstheoretischer Sicht unterscheiden sich die beiden Formen der Rechtserzeugung nur im Ausmaß ihrer kompetenziellen Gestaltungsbefugnisse. Entscheidend für die Stellung der Gerichte in der Rechtsordnung ist zum anderen die Einsicht in die Notwendigkeit eines Rechtserzeugungszusammenhangs:<sup>36</sup> Ein Verhalten lässt sich nur dann als Rechtsakt einer bestimmten Rechtsordnung klassifizieren, sofern eine Rechtsnorm existiert, die eine entsprechende Deutung des Verhaltens erlaubt und dementsprechend eine Ermächtigung zur Erzeugung eines entsprechenden Rechtsakts beinhaltet.<sup>37</sup> Auf diese Weise gelangt man zu einer eindeutigen Unterordnung der Gerichte und zu ihrer Ausrichtung am Gesetzgeber. 2.) In der parlamentarischen Demokratie des deutschen Verfassungsstaates nimmt das Parlament als einziges auf der Bundesebene unmittelbar vom Volk gewähltes Organ eine herausgehobene Stellung ein. Diese Position bildet den Ausgangspunkt für demokratierechtliche Begründungsansätze.<sup>38</sup> Es ist das Recht und die Pflicht des Parlaments, die wesentlichen Fragen des Gemeinwesens auf der verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Ebene so zu beantworten, dass die Gerichte sich an diesen Entscheidungen orientieren und diese folgerichtig umsetzen können. Aus diesem Grund ist auch die Gerichtsbarkeit dem Vorbehalt des Gesetzes unterworfen und folglich auch richterliche Rechtsfortbildung nur in engen Grenzen erlaubt.<sup>39</sup> 3.) Schließlich stößt man in der traditionellen Methodenlehre auf die Vorstellung, dass die herausgehobene Stellung des Parlaments gegenüber der Justiz aus seiner Stellung als Gesetzgeber folgt.<sup>40</sup> Der Richter ist an die Gesetze gebunden und diese sind dem gesetzgeberischen „Willen“ entsprechend zu verstehen. Soweit diese Willensmetapher nicht auf demokratischen Überlegungen fußt, wurzelt sie auf innerstaatlichen Souveränitätsvorstellungen. Innerhalb der verfassungsrecht-

<sup>35</sup> *H. Kelsen*, Rechtslehre (Fn. 4), S. 1 ff.; näher *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 236 ff., 279 ff.

<sup>36</sup> Näher zum Begriff des Rechtserzeugungszusammenhangs *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 35), S. 298 ff.; *H. Kelsen*, Rechtslehre (Fn. 4), S. 228 ff.

<sup>37</sup> Meines Erachtens lässt sich nur schwer begründen, warum das Grundgesetz nicht in umfassender Weise die Rechtsprechung zu einer gesetzesergänzenden Tätigkeit ermächtigt. Die fehlende ausdrückliche Regelung kann kein ernsthaftes Gegenargument sein, weil diese Tätigkeit stets als selbstverständlich anerkannt wurde. Sicherlich lässt sich das Grundgesetz auch strikt parlamentszentriert verstehen. Doch handelt es sich dabei weder um eine rechtstheoretische Einsicht, noch lässt sich ein entsprechender Wille des Verfassungsgebers feststellen.

<sup>38</sup> *G. Hermes*, Verfassungsrecht (Fn. 29), S. 129 ff., spricht mit Blick auf die Aufgabe der Verfassungskonkretisierung von „Erstzuständigkeit“.

<sup>39</sup> *G. Hermes*, Verfassungsrecht (Fn. 29), S. 137 ff.

<sup>40</sup> *Bernd Rüthers*, Wer schafft das Recht? – Methodenfragen als Macht- und Verfassungsfragen, JZ 2003, S. 995 (995 ff.); *ders.*, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, S. 2759 (2760); *ders.*, Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz?, JZ 2008, S. 446 (448).

lichen Ordnung ist der Gesetzgeber der Souverän. Als solcher ist er die Quelle allen von staatlicher oder privater Seite erzeugten Rechts. Diesem Souverän hat sich der Richter strikt unterzuordnen. Ergänzt wird diese Denkweise durch das Ziel methodischer Disziplinierung der richterlichen Macht.<sup>41</sup> Auch aus diesem Grund spricht man sich gegen eine richterliche „Selbstsetzung“ in Form teleologischer Festlegungen des Gesetzeszweckes aus und votiert wie die übrigen Begründungsansätze für eine ausschließliche oder möglichst weitgehende Bindung der richterlichen Rechtsarbeit an die subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers.<sup>42</sup>

Die geschilderten Auseinandersetzungen um das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter sind ein typisches wie lehrreiches Beispiel für eine paradigmatische Differenz. Die Frage, welcher Ansatz der richtige ist, lässt sich nicht mit Hilfe einer grundgesetzlichen Exegese oder einer rechtstheoretischen Analyse beantworten. Denn beide werden durch den jeweiligen Grundansatz mitgeprägt. Für beide Ansätze lassen sich „gute Gründe“ anführen, doch kann deren Gewicht nur ansatzbezogen bestimmt werden. Dies gilt letztlich sogar für das Argument, dass der gerichtsfocussierte Ansatz deutlich mehr dem Selbstverständnis der Rechtspraxis entsprechen dürfte als der parlamentsfocussierte. Deshalb handelt es sich auch um einen Streit paradigmatischer Natur. Für ein solches konzeptionelles Grund- und Vorverständnis kann man werben; für ein solches Verständnis muss man sich entscheiden!

### *III. Zentrale Unterscheidungen bei der Aufarbeitung des Phänomens richterlicher Rechtsarbeit*

Nach dem kursorischen Blick auf eine der Debatten um die richterliche Rechtsarbeit als Beispiel einer paradigmatischen Differenz soll nun einigen Unterscheidungen nachgegangen werden, mit denen wesentliche Weichenstellungen bei der Auseinandersetzung mit dem Phänomen richterlicher Rechtsarbeit einhergehen. Sich ihrer zu versichern, mag helfen, sich im Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit leichter zu orientieren und einzelne Positionen sowohl inhaltlich als auch im Verhältnis untereinander besser zu verstehen. Wenigstens acht Unterscheidungen sind es, die das Forschungsgespräch strukturieren. Sie lassen sich zu vier Paaren zusammenfassen, nämlich:

- rechtlich/ außerrechtlich – begründen/ herstellen;
- normativ/ faktisch – teilnehmen/ beobachten;
- rechtmäßig/ rechtswidrig – Kontinuität/ Wandel;
- subjektiv/ objektiv – irrational/ rational.

---

<sup>41</sup> Sehr deutlich wiederum B. Rütters (Fn. 40), NJW 2005, S. 2761; ders., Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, S. 53 (53, 57 ff.).

<sup>42</sup> Bernd Rütters, Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, JZ 2005, S. 21 (24 f.); ders. (Fn. 41), JZ 2006, S. 58.

Die Paarbildung lässt sich mit der sachlichen Verwandtschaft zwischen den Unterscheidungen rechtfertigen. Ihr Vorteil besteht darin, dass sich so vier spezifische Vorstellungsfelder des Rechts und seiner wissenschaftlichen Analyse erfassen lassen, nämlich

- die Autonomie- und Steuerungsweise des Rechts;
- die Betrachtungs- und Verständnisweise des Rechts;
- die Beurteilungs- und Entwicklungsweise des Rechts und
- die Erkenntnis- und Gestaltungsweise des Rechts.

Diese Unterscheidungen sind von sehr unterschiedlicher Art. Manche dienen dazu, eine Betrachtungsweise (teilnehmen/ beobachten) oder eine bestimmte Haltung (subjektiv/ objektiv) oder Beobachtung (Kontinuität/ Wandel) zu bezeichnen, andere erfassen einen rechtlichen Mechanismus (rechtmäßig/ rechtswidrig) oder eine kategoriale Differenz (normativ/ faktisch). In jedem Fall aber bestimmen die vier Vorstellungsfelder die Ansichten über die richterliche Rechtsarbeit. Je nachdem welche Position auf einem der Felder eingenommen wird, prägt dies das Verständnis richterlicher Rechtsarbeit.

#### *IV. Rechtlich/ außerrechtlich – begründen/ herstellen*

In dem durch die Unterscheidungen zwischen rechtlich/ außerrechtlich und begründen/ herstellen abgesteckten Feld stößt der Autonomie- und Steuerungsanspruch des Rechts auf die Fähigkeit des Rechts, seine Erzeugung zu determinieren. Denn rechtliche Autonomie baut auf der Vorstellung einer Herrschaft des Rechts und nicht der Menschen auf. Von ihr kann aber nur insoweit die Rede sein, als es dem Recht mit seinen Mechanismen und Akten gelingt, seine inhaltliche Gestaltung maßgeblich zu prägen. Damit einher geht die Frage nach Art und Herkunft der Einflussfaktoren auf die Rechtserzeugung. Daneben markiert die erste Unterscheidung die Grenze zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Ordnungsansprüchen, die sich vor allem aus Politik, Wirtschaft, Religion oder technischem Sachverstand ergeben können.

##### *1. Autonomie- und Steuerungsanspruch des Rechts*

Unter dem Grundgesetz reicht der Autonomie- und Steuerungsanspruch des Rechts sehr weit. Die Verfassung steckt den Rahmen für das staatliche und gesellschaftliche Leben ab und garantiert ihn. Die Offenheit und Unbestimmtheit des geschriebenen Rechts – allen voran des Verfassungsrechts – werden eingebunden und aufgefangen von der Vorstellung einer verfassungsdemokratischen Gesamtrechtsordnung; einer Ordnung, die als sinnvolles und sinnhaftes Ganzes verstanden wird. Praxis und

Wissenschaft sind von der Konkretisierbarkeit des Rechts genauso überzeugt wie von ihren Fähigkeiten, diese Aufgabe sicher und erfolgreich zu bewältigen.<sup>43</sup>

Konflikte mit anderen, außerrechtlichen Forderungen werden weder auf der Ebene des Verfassungsrechts noch auf der des einfachen Rechts durch den Rückzug des Rechts, etwa in der Form der *political question doctrine* oder rechtsfreier Räume, gelöst.<sup>44</sup> Vielmehr erhebt das Recht den Anspruch, über die Berechtigung und Bedeutung außerrechtlicher Gegebenheiten zu entscheiden (Autonomie des Rechts). Ein Gutteil dieser Arbeit gelingt dem Recht, indem es Instrumente, etwa in Form von Gestaltungsspielräumen oder einer zurückgenommenen gerichtlichen Kontrolle, entwickelt, um solche außerrechtlichen Ordnungsvorstellungen zu integrieren.<sup>45</sup>

Wie weit die Autonomie des Rechts<sup>46</sup> am Ende reicht und welche Kraft sie zu entfalten vermag, darüber entscheidet im demokratischen Verfassungsstaat keine einzelne Macht. Eigenständigkeit oder Anmaßung des Rechts sind durch viele Faktoren, beispielsweise das Selbstverständnis der Verfassungsorgane oder die Akzeptanz rechtlicher Ordnungsansprüche in der öffentlichen Meinung, bedingt. Sie weiter aufzuklären, dürfte nützliche Einsichten für das Selbstverständnis und Funktionieren der Rechtspraxis mit sich bringen.

## 2. Skeptische Infragestellungen

Diese Schilderung rechtlicher Autonomie dürfte von vielen geteilt werden, sie ist aber auch Gegenstand skeptischer Kritik. Für sie hat die Unterscheidung „rechtlich/außerrechtlich“ einen anderen, in erster Linie rhetorischen Sinn. Die Autonomie und Eigenrationalität des Rechts sowie die Herrschaft der Gesetze sind für den Skeptiker weitgehend Illusionen. Das „stählerne Gehäuse“, in dem wir stecken, ist nicht

<sup>43</sup> Zur Justitiabilität der Verfassung: statt vieler *Andreas Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 27), Art. 93 Rn. 19ff., und zur Justitiabilität von Gesetzen: statt vieler *Wolfgang Löwer*, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 55 ff.

<sup>44</sup> Zur „*political question doctrine*“ siehe *Laurence H. Tribe*, *American Constitutional Law*, Vol. 1, 3rd Ed. 2000, S. 365 ff.; zum Begriff des „rechtsfreien Raumes“ siehe *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung – Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, in: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag (1972)*, S. 327 (331 ff.); kritisch hierzu *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 26 ff.

<sup>45</sup> Der hohe Grad dogmatischer Durchdringung und die Bereitschaft, sich aller Fragen als rechtlicher Fragen anzunehmen, führt dazu, dass es wenige Gründe gibt, um auf außerrechtliche Maßstäbe, insbesondere solche der Ökonomie, zurückzugreifen. Siehe aber auch *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer*, *Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtskenntnis?*, JZ 1988, S. 213 (214 ff.); *dies.*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 16 f. Siehe auch *Robert Cooter/Thomas Ulen*, *Law and Economics*, 2nd Ed. 1997, S. 3. In diesem Sinne auch *Richard A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 6th Ed. 2003, S. 24, „[...] the economist [...] can clarify a value conflict by showing how much of one value – efficiency – must be sacrificed to achieve another.“

<sup>46</sup> Ausführlich zum Begriff der Autonomie des Rechts siehe *Joachim Rückert*, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, 1988.

das Recht, sondern die gesellschaftliche Praxis mit ihren vielfältigen Konstruktionen. Über diese Praxis und ihr Funktionieren herrschen unter den Skeptikern sehr verschiedene Vorstellungen, die von radikalen Infragestellungen allen Wissens bis zu Machttheorien reichen, die das Recht als Teil gesellschaftlicher (Selbst-)Disziplinierung oder als Mittel zur Bewahrung der Machtverhältnisse verstehen.<sup>47</sup> Recht ist nun einmal ein Menschenwerk, Menschen haben Interessen und Überzeugungen, die sie verfolgen. Gefragt und geforscht wird nach den wahren Gründen und Mechanismen – jedenfalls von jenen, die sich nicht mit dem skeptischen Blick begnügen. An diesem Punkt überschneidet sich die skeptische mit der – unter c) vorzustellenden – realistischen Sichtweise.

Skeptisches Denken ist ein fruchtbarer Stachel und Ansporn, sich auf die Grundfragen der Ordnungsbildung einzulassen und beispielsweise nach der Möglichkeit, Regeln zu befolgen, den Eigenheiten sprachlichen Verstehens, der Bedeutung von Texten, den Gründen und Strukturen gelingender und misslingender Kommunikation oder der Herausbildung sozialer Tatsachen zu suchen. In diesem unwegsamen Gelände einen Weg zurück zur richterlichen Rechtsarbeit zu finden, erweist sich als eine sehr voraussetzungsvolle Unternehmung.<sup>48</sup> Skepsis, die sich jedoch damit begnügt, die Begrenztheit unserer Erklärungen, die Kontingenz des Daseins und die Illusion textbasierter Bindungen aufzuzeigen, bietet kaum Hilfe, den für das Verständnis des Rechts und der richterlichen Arbeit gleichermaßen maßgeblichen Phänomenen von Verlässlichkeit, gelingender Praxis und Bindung trotz Kontingenz, Unbestimmtheit und Entscheidung näher zu kommen.

### 3. Realistische Aufklärungsarbeit

An diesem Punkt setzt eine Verständnisweise ein, die hier als realistische bezeichnet werden soll. Teils teilt dieses Verständnis den skeptischen Ausgangspunkt, teils nimmt es aber auch beim vorherrschenden Verständnis seinen Ausgang. Realisten wollen aufklären; sie wollen zeigen, welche Faktoren es „wirklich“ sind, die eine rechtliche Entscheidung bedingen. Soweit sie dabei nicht das skeptische Ziel des Demaskierens verfolgen, geht es der Aufklärungsarbeit darum, den engen rechtlichen Rahmen zu überschreiten und alle für eine „gute“ Entscheidung relevanten Aspekte, wie etwa Praktikabilität, Effizienz oder Akzeptabilität, einzubeziehen.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Vgl. für einen ausführlichen Überblick über die zentralen Bereiche der Machttheorie von *Michel Foucault*: Daniel Defert u. a. (Hrsg.), *Analytik der Macht*, 2005; siehe zudem zu *Foucaults* Machttheorie: *Thomas Lemke*, *Eine Kritik der politischen Vernunft – Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität*, 4. Aufl. 2003; zum nachpositivistischen Rechtsdenken *Alexander Somek*, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis – Epitaph eines juristischen Problems*, 1996.

<sup>48</sup> *Niklas Luhmann* hat einen meines Erachtens lehrreichen und erklärungsmächtigen Weg bis an die Tore des Rechts gewiesen. *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995; innerhalb der Welt des Rechts überlässt uns die Systemtheorie uns selbst. Es gibt daneben viele weitere Auswege aus der „skeptischen Krise“, siehe nur *Matthias Mahlmann*, *Rationalismus in der praktischen Theorie – Normentheorie und praktische Kompetenz*, 2. Aufl. 2009, S. 111 ff.

<sup>49</sup> Zu den entscheidungsrelevanten Aspekten siehe *W. Hoffmann-Riem*, *Methoden* (Fn. 10),

Ein Mittel, um dieser Aspekte habhaft zu werden und zugleich den Autonomie- und Steuerungsanspruch des Rechts zu wahren, besteht darin, zwischen der Herstellung und der Darstellung einer Rechtsentscheidung zu unterscheiden.<sup>50</sup> Während die Darstellung die textliche Fassung eines Rechtsakts einschließlich seiner Begründung betrifft, beschäftigt sich die Herstellung mit dem Prozess der Entscheidungsfindung. Die Herstellung ist, so wird gesagt, der Ort, an dem die möglichen Ansprüche des Rechts mit den Eigen- und Besonderheiten gesellschaftlicher Wirklichkeit abgeglichen werden. Darüber hinaus sollen hier die „wahren“ Entscheidungsgründe zu finden sein. Es ist wenig darüber bekannt, wie dieses Außerrechtliche genau in die rechtliche Entscheidung einfließt. Vieles stammt vom Hörensagen oder eigenen Erfahrungen. Belastbare Aussagen lassen sich darauf kaum stützen. Ein Grund dafür liegt im Beratungsgeheimnis; ein wichtigerer im Fehlen entsprechender Forschungen.

Herstellung und Darstellung stehen jedoch nicht unverbunden nebeneinander.<sup>51</sup> Exemplarisch studieren lässt sich die Verknüpfung an der Entscheidung eines kollektionalbesetzten Gerichts, da dessen Entscheidungsgrundlage, also ein Element des Herstellens, normalerweise wenigstens aus einer rechtlichen Darstellung in Form eines Votums besteht. Aber auch bei einzelnen Argumenten, insbesondere bei der Folgenerwägung, lassen sich Herstellung und Darstellung nur trennen, falls auf die Darstellung der Erwägungen verzichtet wird. Untersuchenswert ist die Folgenerwägung aber auch deshalb, weil das Recht zwar Relevanz und Ausmaß der Folgenerwägungen bestimmt, zugleich aber die Folgenprognose den Rechtsmaßstab beeinflusst.<sup>52</sup> Es handelt sich also um ein weiteres Beispiel für die Wechselwirkung zwischen Rechtlichem und Außerrechtlichem.

#### 4. Aufgabe für weitere Forschungen

Die Autonomie- und Steuerungsweise des Rechts steckt ein weites thematisches Feld ab. Aus diesem Grund ist es nicht weiter verwunderlich, dass noch erhebliche Forschungslücken bestehen. Häufig begnügt man sich nämlich damit, die Unsicherheiten bei der richterlichen Rechtsarbeit zu registrieren, um dann entweder beim skeptischen Befund zu verharren oder die juristische Methode als Garant rationaler Rechtsarbeit zu beschwören. Doch selbst für den Dworkinschen Herakles wird das

---

S. 34 ff.; *ders.*, Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 115 (130 ff.); Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 280.

<sup>50</sup> Zu dieser Unterscheidung siehe W. Hoffmann-Riem, Methoden (Fn. 10), S. 21 ff.

<sup>51</sup> Denn nur willkürlich oder zufällig ließe sich wohl eine rechtliche Entscheidung herstellen, bei der darauf verzichtet würde, das vorhandene Recht mit all seinen Informationen und Instrumenten einzubeziehen. In diesem Sinne auch W. Hoffmann-Riem, Methoden (Fn. 10), S. 22.

<sup>52</sup> Zum Begriff der Folgenerwägung siehe W. Hoffmann-Riem, Methoden (Fn. 10), S. 38 f., 43 f., der in diesem Zusammenhang von „Folgenberücksichtigung“ spricht, sowie F. Maultzsch, Streitentscheidung (Fn. 6), S. 393 f.