

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 119

# „Richterrecht“

Elemente einer Verfassungstheorie IV

Von

Friedrich Müller



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**FRIEDRICH MÜLLER**

**„Richterrecht“**

**Schriften zur Rechtstheorie**

**Heft 119**

# „Richterrecht“

Elemente einer Verfassungstheorie IV

Von

Friedrich Müller



**DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN**

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Müller, Friedrich:**

Elemente einer Verfassungstheorie / von Friedrich Müller. — Berlin: Duncker und Humblot

(Schriften zur Rechtslehre; ...)

4. Müller, Friedrich: Richterrecht. — 1986

**Müller, Friedrich:**

Richterrecht / von Friedrich Müller. — Berlin: Duncker und Humblot, 1986.

(Elemente einer Verfassungstheorie / von Friedrich Müller; 4) (Schriften zur Rechtslehre; H. 119)

ISBN 3-428-06019-9

NE: 2. GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1986 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06019-9

## Vorwort

Die in Einzelstudien ansetzende Strukturierende Verfassungstheorie arbeitet analytisch. Ihr Anspruch geht nicht auf Vollständigkeit, sondern auf Beispielhaftigkeit der untersuchten Gegenstände. Die Frage nach dem Richterrecht als einem Grundphänomen oder einem Scheinproblem der Verfassungsordnung vom Typ des Grundgesetzes findet hier ihren Platz.

Das Thema wird herkömmlich unangemessen formuliert. Es geht nicht darum, daß die Gerichte hier und nur hier, außerhalb ihrer angestammten Aufgaben, allgemeine Normen setzen würden; denn das tun sie immer, das kennzeichnet die normale Arbeit der Rechtsprechung. Nichts anderes besagt die Unterscheidung zwischen *Rechtsnorm* und *Entscheidungsnorm*.

Die zusätzliche Differenzierung zwischen Rechtsnorm und *Normtext* macht es möglich, nicht nur die hier behandelte Frage nunmehr korrekt zu stellen. Auch die demokratisch-rechtsstaatliche Funktionenverteilung zwischen gesetzgebender und rechtsprechender sowie vollziehender Gewalt läßt sich, provoziert durch das Problem „Richterrecht“, neu auf den Begriff bringen. Dasselbe gilt für weitere Themen, wie etwa das Konzept der Konkretisierung, das als *Rechtsnormkonstruktion* genauer gefaßt werden kann, wie für den systematischen Unterschied zwischen *Normativität* und *Geltung* und für die Behandlung von *Generalklauseln* und *Gewohnheitsrecht*: Vorschläge der Theorie, die sich klärend auf die Arbeit von Methodik und Dogmatik auswirken können.



# Inhaltsverzeichnis

<b>1 Erste Formulierung der Frage</b> .....	9
<b>2 Zum Ertrag der bisherigen Debatte</b> .....	11
2.1 Rechtstheoretisch formulierbare Begründungsmuster .....	11
2.2 Probleme der Diskussion um Richterrecht .....	24
2.3 Nachpositivistische Grundsatzkritik .....	31
<b>3 Was sollte als „Richterrecht“ bezeichnet werden?</b> .....	41
3.1 Rechtstheoretisches Instrumentarium .....	41
3.11 Grundlagen .....	41
3.12 Näheres zum Begriff „Konkretisierung“ .....	46
3.13 Näheres zum Subsumtionsmodell .....	53
3.2 Analyse der Rechtsprechung .....	58
3.3 Das Phänomen „Richterrecht“ .....	77
3.31 Unbrauchbare Ansätze .....	77
3.32 Umschreibung des Phänomens .....	80
3.33 Ausschluß der „falschen Entscheidung“ .....	83
3.34 Ausschluß des Problems der Generalklauseln .....	84
3.35 „Richterrecht“ vor dem Hintergrund der Verfassungslehre .....	88
<b>4 Zur Zulässigkeit von Richterrecht</b> .....	96
4.1 Die herrschende Doktrin vor dem Forum von Verfassungstheorie und Verfassungsrecht .....	96
4.2 Richter„recht“ und Gewohnheitsrecht .....	111
4.3 Abschließende Überlegungen .....	119
<b>Namenverzeichnis</b> .....	127
<b>Sachverzeichnis</b> .....	129





## 1. Erste Formulierung der Frage

Unter dem Setzen von „Richterrecht“ wird in Wissenschaft und Rechtsprechung „richterliche Rechtsfortbildung“ oder „schöpferische Rechtsfindung“<sup>1</sup> verstanden, weniger beschönigend auch „gesetzesfreie richterliche Tätigkeit“ genannt<sup>2</sup>.

Im Geltungsbereich des Grundgesetzes ist Richterrecht eine Wirklichkeit. Wichtige Institute des Privatrechts sind richterrechtlich entstanden, so die Haftung aus culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung, Geldersatz wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch für immaterielle Schäden. Erhebliche Teile dessen, was im heutigen Arbeitsrecht als normativ angesehen wird, wurde zuerst von der Judikatur formuliert. Im Verwaltungsrecht waren nach verbreiteter Auffassung zahlreiche Rechtssätze, die sogenannten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, richterrechtlichen Ursprungs. Das Bundesverfassungsgericht schätzt Richterrecht als „im modernen Staat geradezu unentbehrlich“ ein<sup>3</sup>.

Schöpferisches Richtertum solcher Art ist, einschließlich seiner Ergebnisse, eine *gefeierte* Erscheinung. Sie gilt als Verwirklichung „des Rechts, das dem Staat vorausliegt“, als „ihrem Wesen nach nur dem Richter (zugängliche) Mitte der Gerechtigkeit“<sup>4</sup>. Der Richter habe „eine originäre rechtsschöpferische Gewalt“<sup>5</sup>. Es erregt offenbar nicht grundsätzlich Anstoß, daß durch „Richterrecht“, „Rechtsfortbildung durch den Richter“, daß dank sogenannter Lückenfüllung die herrschende Lehre und Praxis „den Richter der Funktion nach neben den Gesetzgeber“ stellen<sup>6</sup>.

Im Gegensatz dazu fällt es auf, „wie ungelöst dieses Problem theoretisch im Grunde ist“<sup>7</sup>. Die rechtstheoretische Reflexion richterrechtlicher Vorgänge ist unentwickelt. Was geht real vor sich, wenn Richterrecht gebildet

---

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 34, 269 ff. (Soraya), 287 f. („schöpferische Rechtsfindung“); 65, 182 ff. (Sozialplan im Konkurs), 182 („Richterrecht“), 190 f. („richterliche Rechtsfortbildung“), 194 („schöpferische Rechtsfindung“).

<sup>2</sup> *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, 38.

<sup>3</sup> BVerfGE 65, 182 ff. (Sozialplan im Konkurs), 190.

<sup>4</sup> *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957, 89, 179.

<sup>5</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, 311. Der Autor hat diesen Satz in der 2. Aufl. 1976 weggelassen.

<sup>6</sup> *Krawietz*, Recht als Regelsystem, 1984, 6. Kritik wird ebendort nur in Richtung eines angeblich „noch zu engen dogmatischen Denkens“, nicht aber an der Grundsatzegebe geübt.

<sup>7</sup> *Bydlinski*, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149 – ohne daß sich durch diesen Beitrag am Befund etwas geändert hätte.

wird? Was sind die zulänglichen Begriffe, mit denen diese Erscheinung wie auch ihre Problematik erfaßt werden könnten? Die Frage, die vorrangig interessieren sollte, geht dahin, ob dieser hochgeschätzte Bestandteil unserer Rechtsordnung gerechtfertigt werden kann. Die bisherige Debatte hat sich gegenüber diesem „Mehr an Recht“, gegenüber dem Richteramt als dem Mund nicht (nur) des Gesetzes, sondern globaler „Wertvorstellungen“ und eines der Rechtsordnung innewohnenden „Sinnganzen“<sup>8</sup>, auf dogmatisches Ein- und Ausgrenzen, auf einzelne Gesichtspunkte aus der Methodenlehre, viel zu oft aber auf rechtspolitische Glaubensbekenntnisse beschränkt. Hundert Jahre nach dem Beginn der Diskussion durch Oskar Bülow<sup>9</sup> ist zu erwarten, daß alle wesentlichen inhaltlichen Argumente ins Spiel gebracht wurden. Ihnen entsprechen ungefähr ebensoviele Haltungen gegenüber dem Phänomen: Richterrecht wurde als illegal verworfen, aber auch dem positiven Recht als Naturrecht übergeordnet<sup>10</sup>. Es wird als Rechtsquellenproblem behandelt oder von der Rechtsquellenlehre bewußt abgetrennt. Es findet sich entweder als generell gültig ausgeweitet oder in seiner Geltung auf den jeweiligen Entscheidungsfall eingengt<sup>11</sup>. Gesetzesfreies richterliches Handeln wird zur Frage juristischer Methodik gestempelt oder als von deren Überlegungen unabhängig behauptet.

Angesichts solcher Verworrenheit gilt es zunächst, den Vorgang richterlicher Rechts(fort)bildung zutreffend zu beschreiben und für eine korrekte Benutzung der dafür angemessenen Begriffe zu werben. Das kann dazu führen, nur noch den lohnenden Teil der Debatte um das Richterrecht weiterzuverfolgen. Ebendies, das Stellen der sinnvollen Fragen, ist der Weg zur vertretbaren Antwort. Notwendig ist nicht, die im Blick auf Theorie chaotische Diskussion durch anderes Gewichten der bekannten Argumente zu verlängern; was not tut, ist, sie zu strukturieren. Das ist eine Aufgabe der Rechtstheorie und, angesichts der Bedeutung des positiven Verfassungsrechts für diese Frage, auch eine der Verfassungslehre. Ohne rechts- und verfassungstheoretische Verarbeitung hängen methodologische, dogmatische und nicht zuletzt rechtspolitische Argumente, wie seit einem Jahrhundert, weiterhin in der Luft; leicht beweglich, wenig widerständig gegen undurchdachte Einfälle, politische Wunschvorstellungen, pragmatischen Zweckoptimismus.

---

<sup>8</sup> BVerfGE 34, 269 ff. (Soraya), 287.

<sup>9</sup> Mit seiner Schrift: *Gesetz und Richteramt*, 1885.

<sup>10</sup> So Kantorowicz (*Gnaeus Flavius*), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, 10.

<sup>11</sup> Die zuletzt genannte Position z. B. bei *Isay*, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, 244; *Esser*, *Unmerklicher und merklicher Wandel der Judikatur*, in: Harenburg / Podlech / Schlink (Hrsg.), *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung*, 1980, 217 ff., 218, 220 („mikroskopische“ Rechtsneubildung, „Mikro-Innovation als iterativer Prozeß“); *J. Ipsen*, *Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts*, DVBl. 1984, 1102 ff., 1103.

## 2. Zum Ertrag der bisherigen Debatte

### 2.1 Rechtstheoretisch formulierbare Begründungsmuster

Aus der Diskussion um Richterrecht im deutschen Bereich<sup>12</sup> sollen die Aspekte hervorgehoben werden, die der rechtstheoretischen Grundsatzfrage näherkommen. Das schließt sowohl eine um ihrer selbst willen gemachte historische Darstellung als auch ein Eingehen auf Einzelfragen aus, die zu eng auf ihr dogmatisches Fachgebiet bezogen sind<sup>13</sup>.

Es gibt Vorschläge, nach welchen *Methoden* richterliche Rechtsfortbildung, sogenannte freie Rechtsfindung, vor sich zu gehen habe. Ob sie imstande sind, das Grundproblem auf annehmbare Art gleichsam zu umgehen, hängt von ihrer methodologischen Überzeugungskraft und theoretischen Begründetheit ab. Nach dem einen Konzept erfolgt – in den Lücken des positiven Rechts – zunächst eine „Eruierung der Interessenlage“; im Anschluß daran müsse der Richter die unterschiedlichen Interessen wertend abwägen. Weitere Anhaltspunkte gäben das Analogieverfahren, der „Geist der positiven Rechtsordnung“, Präjudizien sowie Dogmatik, Rechtsvergleichung, Überlieferung und die Gesetzesmaterialien<sup>14</sup>. Soweit aber diese Aspekte rational sind, gehören sie bereits zu den Konkretisierungselementen, die im fraglichen Rechtsfall versagt haben, nämlich zu einer Lücke führten; und andernfalls sind sie nicht geeignet, durch Irrationalität zu rechtfertigen. Ähnliches ist gegen den Ansatz zu sagen, wegen eines unabweisbaren praktischen Bedürfnisses im Namen einer unbestimmten „Natur der Sache“<sup>15</sup> zwar nicht gegen das Recht schlechthin (nicht „contra ius“), wohl aber gegen gültige Normtexte („contra legem“) zu entscheiden; also eine sogenannte teleologische Reduktion durchzuführen, die geschriebenes Recht (Normtexte) verletzt, indem sie über den möglichen Wortsinn hinausgeht, die aber dennoch, an „Geist und Wertungen“ der „Gesamtrechtsordnung“ gemessen, „zweckgetreu“ sein soll<sup>16</sup>. Von hier aus ist es nicht mehr

---

<sup>12</sup> Vgl. für die USA: *F. V. Cahill, Jr.*, *Judicial Legislation*, New York 1952; für Ungarn: *Eörsi*, *Richterrecht und Gesetzesrecht in Ungarn*, *RebelsZ* 30 (1966), 117 ff.

<sup>13</sup> Das gilt vor allem für Fragen des Richterrechts im Steuerrecht; dazu etwa *Kruse*, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, 1971; *Knüttel*, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung im Steuerrecht*, *Diss. jur.* München, 1974; *Rüberg*, *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, 1977.

<sup>14</sup> *Meier-Hayoz*, *Der Richter als Gesetzgeber*, 1951, 76 ff., 163 ff., 254 ff., 264 ff.

<sup>15</sup> Zur Unbrauchbarkeit dieses Gesichtspunkts *F. Müller*, *Strukturierende Rechtslehre*, 1984, 94 ff., 175 ff., 333 f. u. ö.