

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 40

Richterrecht und Verfassung

Von
Jörn Ipsen



Duncker & Humblot · Berlin

JÖRN IPSEN

Richterrecht und Verfassung

Schriften zur Rechtslehre

Heft 40

Richterrecht und Verfassung

Von

Dr. Jörn Ipsen



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03309 4

Für Dorle

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung über „Richterrecht und Verfassung“ ist im Sommersemester 1974 von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen als Dissertation angenommen worden. Im wesentlichen war die Arbeit gegen Ende des Jahres 1973 abgeschlossen. Literatur, die nach diesem Zeitpunkt erschienen ist, habe ich in Einzelfällen noch berücksichtigt. Allerdings darf auch im übrigen nicht erwartet werden, daß die angeführten Veröffentlichungen den Literaturstand vollständig wiedergeben. Die wachsende Popularität des Themas „Richterrecht“, das mittlerweile zu einem bevorzugten Gegenstand von Kongressen, Akademien und Wochenendtagungen geworden ist, und die damit verbundene Fülle von Neuerscheinungen zwang zur Beschränkung auf die typischen Positionen der Richterrechtsdiskussion. Wenn hierbei gelegentlich — vor allem bei den methodologischen Betrachtungen — eine in der Literatur vertretene Nuancierung vermißt werden sollte, so rechne ich mit der Nachsicht des Lesers für mein Bemühen um Verdeutlichung.

An dieser Stelle darf ein Dankeswort nicht fehlen. Professor Dietrich Rauschnig, der die Arbeit betreut hat, sei gedankt für seine vielfältige, gleichermaßen eingehende wie tolerante Förderung meines Dissertationsvorhabens. Dr. Johannes Broermann danke ich für die Aufnahme der Untersuchung in sein Verlagsprogramm. Besonderer Dank gilt der Studienstiftung des deutschen Volkes, die durch das mir gewährte Promotionsstipendium beträchtlichen Anteil am Zustandekommen dieser Arbeit hat. Schließlich bin ich der Bremer Stiftung zur Förderung der Wissenschaften und der Universität für ihren großzügigen Beitrag zum Druck dieser Untersuchung zu Dank verpflichtet.

Göttingen, im Januar 1975

J. I.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
------------------	----

Erster Teil

Richterrecht im Spannungsfeld von Methodenlehre und Verfassungsrecht

1. Kapitel

Problemstellung

1. Ergebnisse der Methodendiskussion	
Begriffsbestimmung	24
2. Offene Fragen des Richterrechts	
Umriß der Problematik	26
3. Prämissen der Untersuchung	29
a) Berücksichtigung der neueren Methodenlehre	29
b) Ablehnung der Vorstellung präexistenten Rechts	30
c) Ungenügen materieller Rechtsprechungsbegriffe	32

2. Kapitel

Lehrmeinungen zur Abgrenzung von gesetzgebender Gewalt und Rechtsprechung

1. Darstellung der Lehrmeinungen	34
a) Rechtliche Determination und rechtspolitische Entscheidung (Flume)	34
b) Typen offener Rechtsfortbildung	
Rechtsnotstand als Voraussetzung richterlicher Gesetzeskorrektur (Larenz)	35
c) Rechtsprechung als Rechtsbewahrung (Peter Schneider)	37
d) Grenzen der Justitiabilität (Esser)	39
2. Kritische Würdigung der Lehrmeinungen	41
a) Der Versuch einer Begrenzung richterlicher Rechtsfortbildung durch die Methoden der Gesetzesauslegung	41
b) Indizien für die „innere Berechtigung“ der Rechtsfortbildung	44
c) Der Versuch einer „Wesensbestimmung“ der Rechtsprechung	45
d) Der Begriff der Justitiabilität	46
3. Zum Verhältnis von methodologischer und kompetentieller Proble- matik	47

3. Kapitel**Der Zusammenhang zwischen richterlicher
Entscheidung und Richterrecht**

1. Der Zugang zur richterlichen Entscheidung	50
2. Rechtsverweigerungsverbot und Rechtsbildung	53
3. Bedingungen der Rechtsentscheidung — Entscheidungsgrundlagen	55
4. Die Entlastungsfunktion der Entscheidungsgrundlagen	56
5. Entlastungsfunktion und Rechtsbildung	58
6. Ergebnis: Rechtsbildungskompetenzen der Rechtsprechung Verfassungsrechtliche Problemstellung	59
7. Zur Rechtsquellenproblematik	60
8. Differenzierung der Problemstellung und Übergang zur Untersuchung richterlicher Rechtsbildungspraxis	61

Zweiter Teil**Typen des Richterrechts in der
Judikatur der Bundesgerichte****1. Kapitel****Gesetzeskonkretisierendes Richterrecht**

1. Delegation von Rechtsbildungsbefugnissen an die Rechtsprechung	63
2. Formen der Delegation	65
a) Zielbestimmungsklauseln	65
b) Wertungs- und Verweisungsklauseln	67
aa) Beispiele für Wertungs- und Verweisungsklauseln	68
bb) Richterliche Rechtsbildung auf Grund von Wertungs- und Ver- weisungsklauseln	70
c) Anpassungs- und Ergänzungsklauseln	71
d) Billigkeits- und Härteklauseeln	72
3. Das Verfahren der Konkretisierung	72
a) Spezifizierung	73
b) Typisierung	75
4. Unbestimmter Rechtsbegriff und dilatorischer Formelkompromiß	77

2. Kapitel**Gesetzesvertretendes Richterrecht**

1. Der Beschluß des Großen Senats des BAG zum Arbeitskampf vom 28. Januar 1955	80
---	----

2. Der Beschluß des Großen Senats des BAG zum Arbeitskampf vom 21. April 1971	81
3. Methode und Funktion der Rechtsprechung zum Arbeitskampf	83
a) Entscheidungsgrundlagen und politische Relevanz der Beschlüsse	83
b) Methodische Schritte in den Beschlüssen zum Arbeitskampf	84
c) Schritte der „Verrechtlichung“	85
d) Die arbiträre Funktion des Richters	86
e) Die Tendenz zur Kompetenzerweiterung	87

3. Kapitel

Gesetzeskorrigierendes Richterrecht

1. Judikatur und Gesetzesentwürfe zum Schutz der Persönlichkeit	91
a) Die Anerkennung eines „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ durch den Bundesgerichtshof	91
b) Das Persönlichkeitsrecht in den Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages	93
c) Die Wendung in der Rechtsprechung des BGH	94
d) Zusammenfassung der Ergebnisse der Judikatur	95
e) Erste Bemühungen um eine gesetzliche Lösung: Der Referentenentwurf von 1958	96
f) Der Referentenentwurf im Streit der Meinungen	97
g) Änderungen des Referentenentwurfs und Scheitern der gesetzlichen Regelung	98
h) Weitere Entwicklungen in der Judikatur des BGH	99
i) Der Referentenentwurf von 1967	100
2. Die Bestätigung der Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht durch das Bundesverfassungsgericht	100

4. Kapitel

Gesetzeskonkurrierendes Richterrecht

1. Erstes Beispiel: Die Rechtsprechung des BGH zum Bewertungsstichtag für die Enteignungsschädigung nach dem Bundesbaugesetz	104
a) Verfassungsrechtliche Ausgangslage	104
b) Der Bewertungsstichtag in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	106
c) Die Modifikation der Entschädigungsregelungen von BauLBG und BBauG durch die Rechtsprechung des BGH	107
d) Kritische Würdigung der Rechtsprechung zum Bewertungsstichtag	108

- | | |
|---|-----|
| 2. Zweites Beispiel: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Dauer der Bausperre (Veränderungssperre) | 109 |
| a) Das „Stuttgarter Bausperrenurteil“ | 110 |
| b) Das „Freiburger Bausperrenurteil“ | 111 |
| c) Die Regelung des Bundesbaugesetzes | 112 |
| d) Das „Spannungsverhältnis“ zwischen Judikatur und gesetzlicher Regelung | 112 |
| e) Reaktionen des Schrifttums auf die Divergenz zwischen Judikatur und § 18 BBauG | 113 |
| 3. Verfassungsrechtliche Probleme gesetzeskonkurrierenden Richterrechts | 114 |

Dritter Teil

Verfassungsrechtliche Probleme des Richterrechts

1. Kapitel

Grundlegende Verfassungsnormen als Anknüpfungspunkte für die Zuordnung von gesetzgebender und rechtsprechender Funktion

- | | |
|--|-----|
| 1. Die Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 III GG) | 117 |
| a) Lehrmeinungen zur Auslegung des Art. 20 III GG | 118 |
| b) Kritische Würdigung der Lehrmeinungen | 119 |
| c) Art. 20 III GG als Ausdruck beschränkter Staatsgewalt | 120 |
| 2. Die unmittelbare Geltung der Grundrechte (Art. 1 III GG) | 121 |
| a) Auswirkungen der unmittelbaren Grundrechtsgeltung auf das Kompetenzgefüge | 122 |
| b) Geltungsanordnung der Grundrechte und Folgeprobleme | 123 |
| 3. Die Rechtsweggarantie (Art. 19 IV GG) | 124 |

2. Kapitel

Der Grundsatz der Gewaltenteilung als Schranke des Richterrechts

- | | |
|---|-----|
| 1. Die Problemstellung | 128 |
| 2. Die Gewaltenteilung als institutionelle Freiheitssicherung | 130 |
| a) Die Rechtsprechung des BVerfG zum Gewaltenteilungsprinzip | 131 |
| b) Folgerungen aus der Rechtsprechung des BVerfG für die Richterrechtsproblematik | 132 |
| 3. Das Gewaltenteilungsprinzip als Gewähr sachgerechter Aufgabenerbältigung | 133 |

a) Die neuere Lehre von der Doppelfunktion des Gewaltenteilungsprinzips	133
b) Hinweise in der Judikatur	135
c) Methodologische Aspekte der neueren Gewaltenteilungslehre	136
4. Folgerungen für den weiteren Gang der Untersuchung	136

3. Kapitel

Verfahren der Rechtserzeugung

1. Gesetzgebungsverfahren	138
a) Problemimpuls und Initiativrecht	138
b) Verfahrensgrundsätze: Diskussion und Öffentlichkeit	140
aa) Diskussion	140
bb) Öffentlichkeit	141
c) Offenheit des Verfahrens	142
d) Informationsgewinnung	144
e) Bedeutung des Verfahrensgegenstandes	145
f) Veröffentlichung des Gesetzes	146
g) Korrekturmöglichkeiten	146
2. Revisionsverfahren	146
a) Einzelfallbezogenheit und Sachnähe	146
b) Einflußmöglichkeiten	148
c) Informationsgewinnung	149
d) Korrekturmöglichkeiten	153
e) Publizität	154

4. Kapitel

Kontrollverfahren

1. Die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 GG	155
a) Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit nachkonstitutioneller Gesetze	155
b) Methodische Schwierigkeiten bei der Feststellung von Verfassungsverstößen	156
c) Gesetzgeberische Gestaltungskompetenzen	157
d) Die richterliche Kontrollbefugnis als eingeschränkte Konkretisierungskompetenz	158
e) Eindeutigkeit statt Plausibilität des Ergebnisses	160

f) Die Ausgestaltung des Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 I GG	161
aa) Die Entscheidungserheblichkeit der Norm	161
bb) Die Überzeugung des Gerichts von der Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundgesetz	162
cc) Die Begründung der Vorlage (§ 80 II BVerfGG)	162
g) Vermeidung „diffuser“ Verfassungsinterpretation	162
h) Zusammenfassung	163
2. Die Normenkontrolle vorkonstitutionellen Rechts	164
a) Unterschiedliche Kontrollverfahren für vor- und nachkonstitutionelles Recht?	164
b) Die Rezeptionsnorm für vorkonstitutionelle Rechtsnormen (Art. 123 I GG)	166
c) Die konkrete Normenkontrolle als einheitliches Institut der Verfassung	166
3. Die verfassungskonforme Auslegung	167
a) Skizzierung der Rechtsprechung des BVerfG	167
b) Regelprinzip der Rechtsanwendung oder Sonderfall der Normenkontrolle?	168
c) Praktische Vorteile der verfassungskonformen Auslegung	171
d) Keine Ersetzung der Normenkontrolle durch verfassungskonforme Auslegung	173
e) Besonderheiten der verfassungskonformen Auslegung vorkonstitutionellen Rechts?	174
f) Grenzen verfassungskonformer Auslegung	176

5. Kapitel

Möglichkeiten „verfassungskonformer Rechtsfortbildung“

1. Die Problemstellung	178
2. Die These von der richterlichen Befugnis zur „verfassungskonformen Rechtsfortbildung“	178
3. Die Vorherbestimmung gesetzgeberischen Handelns durch das Grundgesetz	181
a) Die Gesetzgebungsaufträge des Grundgesetzes	181
b) Die Parallele zum Verwaltungshandeln	182
c) Die Parallele zum Richterrecht	183
d) Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und Bindung durch die Verfassung	185
4. Verfassungsprinzipien — Anstoß oder Vorherbestimmung richterlicher Rechtsfortbildung?	185

*6. Kapitel*Die Typen des Richterrechts
vor dem Hintergrund der Verfahrensregelungen

1. Die richterliche Konkretisierung von Gesetzen	188
2. Die Bildung gesetzesvertretenden Richterrechts	189
3. Die richterliche Kompetenz zur Gesetzeskorrektur	190
a) Die Verwerfung gesetzlicher Normen	190
b) Die Ersetzung der Norm	192
4. Ansätze einer Konkurrenz zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung	194

*7. Kapitel*Das Erfordernis demokratischer Legitimation rechtsetzender Organe
als verfassungsrechtliche Schranke des Richterrechts

1. Demokratische Legitimation als Rechtsbegriff	196
a) Legitimität und Legitimation	196
b) Demokratische Legitimation und Organkompetenzen	197
c) Demokratische Legitimation im Verfahren der Bestellung von Organwaltern	198
2. Demokratische Legitimation des Richters?	199
a) Das Verfahren der Richterwahl	200
b) Unmittelbare und mittelbare Legitimation	201
c) Notwendigkeit demokratischer Legitimation politischer Entscheidungsträger durch das Parlament?	202
d) Folgerungen für die richterlichen Rechtsbildungskompetenzen	204
3. Andere Möglichkeiten verfassungsrechtlicher Legitimation?	204

8. Kapitel

Richterrecht und richterliche Unabhängigkeit

1. Richterliche Unabhängigkeit und Gesetzesbindung als Komplementärprinzipien	207
2. Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit durch „Politisierung“ des Richters?	210
a) Recht und Politik	211
b) Politisierung der Richterwahl	213
3. Richterliche Unabhängigkeit und Legitimität des Richterrechts	214
4. Richterliche Unabhängigkeit und Demokratie	216

9. Kapitel

Richterrecht und Rechtssicherheit

1. Das Prinzip der Rechtssicherheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	220
2. Verkehrssicherheit statt individueller Verhaltenssicherheit	222
3. Grundsatzrechtsprechung und Rechtssicherheit	224
4. Das Problem der Rückwirkung richterlicher Entscheidungen	226

10. Kapitel

Ergebnisse

Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts

1. Möglichkeiten und Grenzen gesetzeskonkretisierenden Richterrechts ..	231
2. Schranken gesetzesvertretenden Richterrechts	233
3. Prinzipielle Unzulässigkeit gesetzeskorrigierenden Richterrechts	235
4. Verfassungswidrigkeit gesetzeskonkurrierenden Richterrechts	236
Schlußbetrachtung	239
Literaturverzeichnis	242

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht
Amtl.	Amtlich
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBauG	Bundesbaugesetz
BauLBG	Baulandbeschaffungsgesetz
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGG	Bonner Grundgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Bonner Kommentar
BRatDrucks.	Drucksache des Bundesrats
BSG	Bundessozialgericht
BTagDrucks.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DJT	Deutscher Juristentag
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
EinzelhG	Einzelhandelsgesetz
FGO	Finanzgerichtsordnung
GeschOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GeschOBTag	Geschäftsordnung des Bundestages
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz

GGO II	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
GrStVG	Grundstücksverkehrsgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HA StenoBer	Stenographische Berichte des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates
HdStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Jb.	Jahrbuch
JJb.	Juristen-Jahrbuch
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
JuS	Juristische Schulung
KuUrhG	Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Kunsturhebergesetz)
KVStG	Kapitalverkehrssteuergesetz
Lit.	Literatur
LitUrhG	Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (Literatururhebergesetz)
LM	Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
ML	Methodenlehre
MRVO	Militärregierungsverordnung
Neudr.	Neudruck
N.F.	Neue Folge
ndsSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PRDrucks.	Drucksachen des Parlamentarischen Rats
PRStenoBer	Stenographische Berichte des Parlamentarischen Rats
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RdA	Recht der Arbeit
Rdn.	Randnummer
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RiWahlG	Richterwahlgesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
RVV	Rechtsverweigerungsverbot

SAE	Sammlungen arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StaatsR	Staatsrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StRÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
std.	ständig
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Verh.	Verhandlungen
VersammlG	Versammlungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwR	Verwaltungsrecht
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechts- lehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WP	Wahlperiode
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVuZV	Zeitungsverlag und Zeitschriftenverlag
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Richterrecht, um diesen immer noch umstrittenen Begriff einmal voranzusetzen, und Verfassung stehen in einer doppelten Beziehung zueinander. Judizielle Rechtsentwicklungen werden zum einen nicht selten auf Prinzipien des Grundgesetzes gestützt und sind somit vom Anspruch begleitet, durch die Verfassung vorgeformt zu sein. Andererseits erscheint zum mindesten den Kritikern des Richterrechts die Verfassung als Schranke richterlicher Rechtsbildungsaktivität.

In der vorliegenden Untersuchung soll beiden Beziehungen zwischen Richterrecht und Verfassung nachgegangen werden. Dabei stellt sich sogleich die Frage, ob auch die verfassungsrichterliche Rechtsprechung, deren rechtsbildende Natur kaum jemals umstritten war¹, in die — noch zu umreißende — Problematik einbezogen werden muß. Diese Frage ist zu verneinen.

Die scharfe Trennlinie, die im Laufe der gesamten Untersuchung zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und den im Art. 95 GG genannten Gerichtszweigen gezogen wird, findet eine vielfache Begründung². Nur das Bundesverfassungsgericht ist Verfassungsorgan und Gericht zugleich, hat also eine gegenüber den anderen Gerichten unvergleichbare Stellung. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist zudem Gegenstand vielfältiger rechtswissenschaftlicher Bemühungen gewesen. Eine neuerliche Erörterung der Eigenart der Verfassungsrechtsprechung und der Funktion des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge des Grundgesetzes erscheint deshalb entbehrlich. Es bedarf nicht einmal mehr des Nachweises, daß die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sich auch methodologisch von jeder anderen Judikatur abhebt³, um die hier vorgenommene Beschränkung der Fragestellung zu rechtfertigen.

Soweit im Verlaufe der Untersuchung von Rechtsprechung, Gericht und Richter die Rede ist, sind damit ausschließlich die Gerichtsbarkeiten des Art. 95 GG gemeint. Eine andere Frage mag es sein, ob die schließlich gewonnenen Ergebnisse — partiell — auf die Verfassungsgerichtsbarkeit übertragen werden können.

¹ Vgl. nur *Ehmke* VVdStRL 20 (1963), S. 68.

² Dazu eingehend *Werner Weber*, Festschr. Niedermeyer S. 272 f.

³ Vgl. *Esser*, Vorverständnis S. 198 f.

Das hier zu verfolgende Problem der Möglichkeiten und Grenzen des Richterrechts ist nicht neu. Schon Oskar Bülow's 1885 erschienene Schrift⁴ signalisiert den Beginn eines sich über Jahrzehnte erstreckenden Streites um Freiheit und Gebundenheit des Richters, dessen Marksteine die Arbeiten von Reichel⁵, Heck⁶ und Isay⁷ darstellen. Ein Neubeginn der Diskussion zeichnet sich mit Essers 1956 erschienenem Werk „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“ ab. Wieackers Veröffentlichungen aus den Jahren 1956⁸ und 1958⁹ tragen dazu bei, daß ein geschärftes Bewußtsein für den richterrechtlichen Anteil an der Rechtsordnung entwickelt wird. Aber erst in den letzten Jahren, beginnend mit den vorwiegend an der Verfassungsgerichtsbarkeit orientierten Untersuchungen Friedrich Müllers¹⁰ und Martin Krieles¹¹, gewinnt die Problematik richterlicher Rechtsfindung das Interesse einer breiteren literarischen Öffentlichkeit.

Die doppelte Beziehung zwischen Richterrecht und Verfassung bleibt noch unerörtert. Nach den Versuchen von Achtmann¹² und Karl¹³ bietet Göldners 1969 erschienene Dissertation über „Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung“ erstmals eine eingehende Abhandlung der in Rede stehenden Problematik¹⁴.

Angesichts noch heute bestehender Uneinigkeit in der Frage, ob der Terminus „Richterrecht“ rechtsquellentheoretisch überhaupt begründbar ist und für welche Bereiche richterlicher Spruchstätigkeit er zu gelten hat, wird im ersten Teil der Darstellung der Versuch unternommen, systematisch nachzuweisen, worauf die Entstehung von Richterrecht

⁴ Vgl. *Oskar Bülow*, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.

⁵ Vgl. *Hans Reichel*, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915.

⁶ Hier bes. *Philipp Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung u. a., Neudr. Bad Homburg v. d. H. 1968.

⁷ Vgl. *Hermann Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.

⁸ Vgl. *Franz Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956.

⁹ Vgl. ders., Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958.

¹⁰ Vgl. *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966.

¹¹ Vgl. *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967.

¹² Vgl. *Nikolaus Achtmann*, Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung auf der Grundlage des Bonner GG, Diss. Würzburg 1965.

¹³ Vgl. *Georg Karl*, Die Grenzen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Bundesrepublik, Diss. Kiel 1966.

¹⁴ Inzwischen hat sich jedenfalls der Begriff „Richterrecht“ weithin durchgesetzt: vgl. aus dem neuesten Schrifttum *Herschel* DB 1973, S. 2298 und *RdA* 1973, S. 147; *Hilger*, Festschr. Larenz S. 109; *Scholz* DB 1972, S. 1771; *Vossen*, insbes. S. 29 ff. u. 121 ff.

beruht und in welcher Disziplin die Grenzen des Richterrechts zu suchen sind. Da die Problematik des Richterrechts nur anhand konkreter Beispiele sinnvoll erörtert werden kann, enthält der zweite Teil dieser Untersuchung eine Auswahl judizieller Rechtsbildungen, die, in vier Kategorien gegliedert, eine — allerdings nur als vorläufig zu begreifende — Typologie des Richterrechts ergeben. Im dritten Teil folgt die Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Problematik des Richterrechts, die zum Ergebnis führen wird, für welche Typen des Richterrechts die Verfassung inhaltliche Stütze oder Schranke zu sein vermag.