

Schriften zur Rechtslehre

Heft 74

Grenzen richterlicher
Rechtsfortbildung

Von

Dr. Rolf Wank



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

ROLF WANK

Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Schriften zur Rechtslehre

Heft 74

Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Von

Dr. Rolf Wank



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1978 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1978 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04095 3

Vorwort

An der Diskussion über das Richterrecht, seine Wirkungsweise und seine Grenzen, haben sich Methodenlehre, Verfassungsrecht und Prozeßrecht, Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie beteiligt. Jeder dieser Bereiche hat seinen eigenen Aspekt in die Gesamtbetrachtung eingebracht. Der Schwerpunkt hat sich in den letzten Jahren von der Methodenlehre ins Verfassungsrecht verlagert. Der Stand der Forschung erlaubt es heute, von einer spekulativen oder positivistisch begrenzten Sicht überzugehen zu einer nüchternen Untersuchung der Bedingungen der Möglichkeit und der Wünschbarkeit eines Richterrechts im Verhältnis zum Gesetzesrecht.

Diese Arbeit, die das Richterrecht von seinen Grenzen her zu erfassen sucht, hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 1976/77 als Dissertation vorgelegen. Nach ihrem Abschluß erschienene Rechtsprechung und Literatur wurden weitgehend eingearbeitet.

Herrn Prof. Dr. Herbert Wiedemann sage ich für seine hilfreiche Betreuung meinen aufrichtigen Dank.

Köln, im September 1977

Rolf Wank

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	----

Erster Teil

BESTIMMUNG DER GRENZEN DES RICHTERRECHTS MIT HILFE DER METHODENLEHRE

1. Kapitel

Vorüberlegungen zur Methodenlehre 17

§ 1. Richter und Methodenlehre	17
§ 2. Das Vorverständnis	19
1. Arten von Vorverständnis	19
a) Das hermeneutische Vorverständnis	19
b) Vorverständnis als Vorurteil	22
aa) Juristenstand und Richterstand	23
bb) Der einzelne Richter	24
2. Bedeutung des Vorverständnisses	25
3. Kontrolle des Vorverständnisses durch den Richter selbst	26
4. Kontrolle des Vorverständnisses durch Dritte	27
§ 3. Die unterschiedliche Richtertätigkeit in den verschiedenen Rechts- gebieten und Instanzen	29
1. Die verschiedenen Rechtsgebiete	29
2. Die verschiedenen Instanzen	30
a) Die Instanzgerichte	30
b) Die Revisionsgerichte	32

2. Kapitel

Bindung durch die Methodenlehre 34

§ 4. Der Gegenstand der Methodenlehre	34
§ 5. Präjudizien	35

§ 6. Dogmatik	38
1. Definition	39
2. Leistung	39
3. Bedeutung für die Grenzen des Richterrechts	42
§ 7. System, Konstruktion, Logik	44
1. System	44
2. Konstruktion	46
3. Logik	48
§ 8. Argumentation	48
1. Urteilsentstehung	49
a) Das Vorgehen des Richters	50
b) Aufgaben der Topik	52
2. Urteilsbegründung	53
a) Sachgesetzlichkeit	53
b) Wertungen	55
c) Überzeugung durch Topik	56

3. Kapitel

Bindung durch das Gesetz selbst	59
§ 9. Subjektive und objektive Auslegungstheorie	59
1. Das Erkenntnisproblem	61
a) Der Wille des Gesetzgebers	61
b) Der Sinn des Gesetzes	63
c) Der Wortlaut des Gesetzes	64
2. Das Wertungsproblem	64
a) Das junge Gesetz	64
b) Das alte Gesetz	65
§ 10. Lückentheorien	69
1. Lückenfeststellung	69
2. Lückenschließung	71
3. Das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber	74

4. Kapitel

Zwischenergebnis	76
§ 11. Die Bedeutung der Methodenlehre für die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	76
§ 12. Methodenlehre als Handwerkslehre	78

Zweiter Teil

**BESTIMMUNG DER GRENZEN DES RICHTERRECHTS
MIT HILFE DES VERFASSUNGSRECHTS***1. Kapitel***Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts und die des Grundgesetzes 82**

§ 13. Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts	83
1. Der rechtsdogmatische Aspekt	83
2. Der Gewaltenteilungsaspekt	85
§ 14. Die Aussagen des Grundgesetzes	87
1. Art. 92 GG	87
2. Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG	88
3. Art. 20 Abs. 2 GG	89

*2. Kapitel***Gewaltenteilung als Machtteilung 93**

§ 15. Das richterliche Prüfungsrecht	94
§ 16. Die verfassungskonforme Auslegung	97
1. Verfassungsnormen als Erkenntnisnormen — verfassungskonforme Auslegung als Inhaltsbestimmung	97
a) Verfassungskonforme Auslegung als allgemeines Auslegungsprinzip	97
b) Verfassungskonforme Auslegung und Geltungsrang der Verfassung	98
c) Verfassungskonforme Auslegung und Drittwirkung	100
d) Grenzen des Richterrechts bei der verfassungskonformen Inhaltsbestimmung von Gesetzen	103
2. Verfassungsnormen als Kontrollnormen — verfassungskonforme Auslegung als Inhaltskontrolle	104
a) Abgrenzung beider Arten von verfassungskonformer Auslegung	104
b) Begründung für die verfassungskonforme Auslegung als Inhaltskontrolle	106
c) Grenzen des Richterrechts bei der verfassungskonformen Inhaltskontrolle von Gesetzen	108

*3. Kapitel***Gewaltenteilung als sachgemäße Aufgabenverteilung 113**

§ 17. Die Aufgaben der Rechtsprechung nach einfachem Recht	113
1. Einzelfallentscheidungen	113
2. Grundsatzentscheidungen	115

*4. Kapitel***Gründe für eine Rechtsfortbildung durch Gerichte anstelle des Parlaments 119**

§ 18. Mangelnde Vorhersehbarkeit der Fälle	119
1. Gesetzgebung	119
2. Richterrecht	122
§ 19. Fehlende Anpassung der Gesetze	122
1. Gesetzgebung	122
2. Richterrecht	126
§ 20. Unmöglichkeit einer Festlegung durch die Gesetzessprache	128
§ 21. Unerwünschtheit sprachlicher Festlegung — unbestimmte Gesetzesfassungen	132
1. Arten unbestimmter Gesetzesfassungen	132
2. Verwendung unbestimmter Gesetzesfassungen	136
a) Legitime Verwendung	136
b) Mißbräuchliche Delegation auf die Gerichte	141
c) Eigene Kompetenzerweiterung durch die Gerichte	144
3. Inhalt und Grenzen des Richterrechts bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesfassungen	145

*5. Kapitel***Gründe gegen eine Rechtsfortbildung durch Gerichte anstelle des Parlaments 154**

§ 22. Fehlende Tatsachenkenntnis	154
1. Gesetzgebung	154
2. Richterrecht	158
§ 23. Fehlender Überblick über die Folgen der Regelung	165
1. Gesetzgebung	165
a) Das Modell der Planung und der Folgediskussion	165
b) Das Vorgehen des Gesetzgebers	168
aa) Prognosen	168
bb) Wertung	170
2. Richterrecht	172
a) Instanzgerichte	173
aa) Rechtsnormanwendung im Einzelfall	173
bb) Präjudizielle Wirkung der Entscheidung	173
cc) Gerechtigkeitsempfinden	174
b) Revisionsgerichte	175
aa) Rechtsnormanwendung im Einzelfall	176
bb) Präjudizielle Wirkung der Entscheidung	176
(1) Außenwirkung	176
(2) Innenwirkung	182
cc) Gerechtigkeitsempfinden	185

Inhaltsverzeichnis

11

§ 24. Fehlender Einfluß auf das übrige Rechtssystem	187
1. Gesetzgebung	187
2. Richterrecht	190
§ 25. Fehlende Rechtssicherheit	197
2. Rechtsklarheit	198
a) Gesetzgebung	198
b) Richterrecht	199
2. Kontinuität und Stabilität	202
a) Gesetzgebung	202
b) Richterrecht	203
§ 26. Fehlender Einfluß auf den Zeitpunkt der Entscheidung und die Dauer des Verfahrens	204
1. Gesetzgebung	204
2. Richterrecht	205

6. Kapitel

Gewaltenteilung und Demokratieprinzip 207

§ 27. Die demokratische Legitimation der Gerichte	207
§ 28. Demokratieprinzip und Delegation von Normsetzungsaufgaben auf die Gerichte	215
§ 29. Politik und Recht	216
§ 30. Legitimation und Konsens	223
§ 31. Die Sperrwirkung bevorstehender Gesetze	229

7. Kapitel

Gewaltenteilung und Rechtsstaatsprinzip 232

§ 32. Modell und Wirklichkeit	232
§ 33. Gesetzgebungspflicht	232
§ 34. Verletzung der Gesetzgebungspflicht	235
§ 35. Kompetenzerweiterung für die Gerichte	238
§ 36. Gefahr des Autoritätsverlusts	240
§ 37. Verschiedene Möglichkeiten richterlichen Vorgehens	241
1. Möglichkeiten der Fachgerichte	241
2. Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts	245
3. Ergebnis	250

8. Kapitel

Ergebnisse 251

Literaturverzeichnis	259
-----------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, Arbeitsrechtliche Praxis
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AuR	Arbeit und Recht
BB	Der Betriebs-Berater
BK	Bonner Kommentar
DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
GeschOBRReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GmbH-RdSch.	GmbH-Rundschau
JA	Juristische Arbeitsblätter
JJb	Juristen-Jahrbuch
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JurBl	Juristische Blätter
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Lindenmaier/Möhring u. a.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	Recht der Arbeit
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
StbJ	Steuerberater-Jahrbuch
StudGen	Studium Generale
StuW	Steuer und Wirtschaft
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStaatsw	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

„Richter gab es, ehe es Gesetze gab¹.“

Recht war, was der König, Priester oder Richter im einzelnen entschied; unter Berufung auf den göttlichen Willen oder auf das hergebrachte Recht des Volkes. Erst seit dem 18. Jahrhundert wird Recht als machbar erkannt und akzeptiert. Die Fiktion des abgeleiteten Rechts wird aufgegeben, Recht wird gesetzt, vom Alleinherrscher oder vom Parlament². Aus der Trennung von Rechtssetzer und Rechtsanwender entsteht ein Spannungsverhältnis. Der Rechtssetzer will seinen im Gesetz ausgedrückten Willen verwirklicht sehen. Aber der Richter füllt das Gesetz aus, entwickelt es fort, ändert es ab: Richterrecht überlagert und verdrängt Gesetzesrecht. Die Gesetzgeber gingen vergebens dagegen an: Die Geschichte der Auslegungsverbote ist die Geschichte ihres Scheiterns³.

Die Rivalität und die Zusammenarbeit von Gesetzgeber und Richter sind bestehen geblieben. Gesetze haben den Sinn, Rechte und Pflichten der Gesetzesunterworfenen klar und eindeutig zu umreißen. Verlieren sie diesen Sinn nicht, wenn ihre Auslegung richterlicher Beliebigkeit unterliegt? Daher stellt sich die Frage, ob Richterrecht⁴ sich unkontrollierbar gesetzesungebunden entwickelt, entwickeln kann und soll, oder ob die Bindung an das Gesetz dem Richterrecht Grenzen setzt und wie sich diese Grenzen bestimmen lassen. Eine Gesetzesbindung ist im Grundsatz von der Legislative gewollt und im Hinblick auf die positiven Eigenschaften von Kodifikationen erwünscht; eine weitgehende Freistellung von dieser Bindung ist jedoch unvermeidbar und ebenfalls wünschenswert. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zu bestimmen heißt aufzuzeigen, wann sich der Richter in seinem Urteil in unvertretbarer Wei-

¹ Portalis, Rede vom 23. 2. 1803; teilweise abgedr. bei *Kantorowicz*, S. 30 ff.; vgl. auch *Kaser*, S. 3 f.; *Kriele*, S. 60 ff.; *Ehrlich*, S. 208; *Ebel*, S. 13, 27; *Smend*, S. 583.

² *Luhmann*, Legitimation, S. 141 ff.; *ders.*, ARSP Bd. 53, 1967, S. 531 ff.; *ders.*, Rechtssoziologie Bd. 1, S. 190 ff. — Zu Justinian vgl. *Wieacker*, Vom römischen Recht, S. 242 ff.

³ Überblicke bei *Coing*, Rechtsphilosophie, S. 281 f.; *Meier-Hayoz*, S. 27; *Germann*, Präjudizien, S. 280 ff.; *Bockelmann*, FS Smend, S. 23 ff.; *E. Schumann*, ZJP 81, 1968, S. 83 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 332.

⁴ Die Ausdrücke „Richterrecht“, „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“ werden hier und im folgenden im weitesten Sinne gebraucht.

se der Bindung an das Gesetz entledigt hat, wann er den ihm zustehenden breiten Interpretationsspielraum überschritten hat.

„Darüber ist jedenfalls unter Juristen kein Zweifel möglich, daß in allen übersehbaren Zeiträumen das verwirklichte Recht eine Mischung von Gesetzesrecht und Richterrecht gewesen ist. . . Zur Erörterung steht immer nur das Maß, nicht das Ob eines Richterrechts⁵.“

⁵ BGH Jahresbericht 1966, Teilabdruck in NJW 1967, S. 816.

Erster Teil

Bestimmung der Grenzen des Richterrechts mit Hilfe der Methodenlehre

1. Kapitel

Vorüberlegungen zur Methodenlehre

§ 1. Richter und Methodenlehre

Ein möglicher Weg um festzustellen, ein Urteil überschreite die Grenzen des Richterrechts, ist der, nachzuweisen, daß es gegen die Regeln der juristischen Methodenlehre verstoße⁶. Zur Schlüssigkeit setzt diese Kritik voraus, daß es eine anerkannte juristische Methode und Methodenlehre gibt, daß sie für den Richter praktikabel und daß sie für ihn bindend ist.

Die Regeln der Methodenlehre beruhen anders als Gesetze nicht auf einer Setzung. Selbst wenn das positivierte Recht Auslegungsregeln enthält, wie Art. 1 ZGB, so sind diese ihrerseits nach den Regeln der Methodenlehre auslegungsbedürftig. Die Verbindlichkeit der Methodenlehre kann sich nur aus ihrer Überzeugungskraft und ihrer Anerkennung herleiten. Es gibt eine Vielzahl von Methodenlehren und methodischen Beiträgen verschiedener Verfasser sowie von richterlichen Aussagen zur Methodenlehre. Die einzelnen Autoren bieten jeweils eine ganze Reihe von Argumentationsfiguren und Interpretationsmitteln an, die miteinander kombinierbar und untereinander vertauschbar sind. Angesichts dessen erweckt die Methodenlehre bei vielen den Eindruck der Beliebigkeit. So wie der Redner zum Rhetorik-Leitfaden greift, um daraus das Geeignete für seine persönliche Argumentation herauszuklauen, so scheint sich der juristische Interpret der Methodenlehre wie eines Steinbruchs bedienen zu können, aus dem er nach freiem Belieben die Bausteine seiner Argumentation herausbricht. Wenn demgegenüber dem Richter die Regeln der Methodenlehre entgegengehalten werden sollen, so sollten es nicht Regeln einzelner Methodenlehrer sein, sondern solche, die auf einem allgemeinen Konsens in der juristischen Methodenlehre beruhen.

⁶ Als Kontrollmittel ungeeignet ist die Methodenlehre nach *Fischer*, Weiterbildung, S. 30, 32; *Esser*, Vorverständnis, S. 7; s. jedoch *Esser*, JZ 1975, S. 555.