

## Rudolf Wiethölter Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung

### Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers

#### Übersicht

- Berichte und Fragen I
- Berichte und Fragen II
- Berichte und Fragen III
- 1. „Rechtsfortbildung“ von Geltungsbedingungen für „neues Recht“
- 2. „Rechtsfortbildung“ als methoden-theoretische „Revision“
- 3. „Rechtsfortbildung“ von Kontrollprinzipien für „Aufhebungen“
- Berichte und Fragen IV

So viele Berichte.  
So viele Fragen.  
B. *Brecht*

Richter sind an Gesetz und Recht gebunden. Wer aber bestimmt, was Gesetz und Recht sind oder bedeuten? Wer hat das letzte Wort über diese Bindung? Höchste Richter? Und ihre Bindung? Kann Verfassung (können Verfassungsrichter) sich selbst erfassen? Kann „ratio“, kann voluntas“ (und erst recht: die Einheit von ratio und voluntas) sich selbst bestimmen? In welcher Sprache, in welcher Prozedur? So viele Fragen. Sie sind nicht neu, und Antworten sind nicht unbekannt. Richterliche Rechtsbildung schöpft – aus unerschöpflichen Quellen – ein „Mehr an Recht“. Oder ein Meer an Recht? Oder Ströme (oder Strömungen) von Recht? Dieser Art Mehrwert-Schöpfung korrespondiert ein „Weniger an Recht“. Im Weistum höchststufiger richterlicher Rechtsbildung ist dieses Weniger als die „positiven Satzungen der Staatsgewalt“ gespeichert. Gehört auch das Mehrwertrecht zu den positiven Satzungen der Staatsgewalt? Wichtiger: Was ist das für ein Produktionsgeschehen, kraft dessen *Recht als Recht gegen Recht durch Recht* geschaffen, geschöpft, gemacht, wachsen gelassen, erwachsen gemacht wird? Immer noch so viele Fragen. Jeder weiß natürlich auch hier zu antworten. Alle diese Frage-Spielereien zielen eben ins Herz der Rechts-Paradoxie: Wenn und weil „reines“ Recht als Recht nicht zu haben ist, erst recht nicht als Mehr an Recht außer zu Fiktionspreisen von z. B. Grundnorm, Urzeugung, prima causa non causata, und „unreines“ Recht wegen seiner theologischen oder metaphysischen Zeitaltererschalen nicht „modern“, nicht „positiv“ ist, dann gibt es kein Recht als Recht ohne einen „Faktor X“ (= Nichtrecht als Recht). Gesetz und Evangelium – positives Recht? Das ist die Frage. *Positives Recht als richtiges Recht* ist das Rechts-Rätsel (Paradoxon,

Dilemma „als solches“, hier zunächst einfältiger umschrieben als Frage nach dem „Faktor X“.

Alle in diesem Heft versammelten Beiträge widmen sich dem Faktor X. Sie tun es auf unterschiedliche Weise. Mit „Theorie“ und/oder „Praxis“ läßt sich das Spektrum nicht fassen. Hier verbergen sich ohnehin nur die tradierten Beschimpfungen und Vorurteile („Theoretiker“ seien praxisfremd und arrogant, „Praktiker“ seien lernunwillig und veränderungsfeindlich). Nach gut 150 Jahren Theorie-Praxis-Spaltung (als Gegenstand und Folge von „Rechtswissenschaft“) bekäme nichts so sehr der Rechtsfortbildungsauseinandersetzung wie eine immanent-reflexive Selbstüberschreitung der Entwicklungsfunktionen bei der Bereiche. Das ist bislang nicht gelungen, und die Sterne stehen dafür nicht gut. Es hilft auch wenig, die Beiträge in diesem Heft als „intern“ und „extern“ zu markieren. Hier setzen sich ähnliche Vorurteile (und Beschimpfungen), nur anders gewendet, fort („betriebsblind“ ist je nach Sichtweise der Blick von innen oder von außen; als ignorant und abstrakt gilt jeweils, wer von Richtigem nichts weiß oder absteht; arrogant-heuchlerische Bescheidenheit in Mengen auf allen Seiten: „Wir sind ja nur ...“, können natürlich nicht so ... , würden zwar gerne ...“ (endlos fortsetzbar)). Daß Theorie (Wissenschaft) „frei“, Praxis (Rechtsprechung) „gebunden“ sei, daß jeweilige „Externe“ Spezialisten des Allgemeinen, „Interne“ Universalisten des Besonderen seien, gehört zwar ebenfalls zu den traditionellen Vorurteilen, könnte sich indessen als etwas hilfreicher erweisen für weiterführende Auseinandersetzungen. Denn Unabhängigkeit in Abhängigkeit, normative Kraft durch und für das Faktische, die Konstitution eines Falles (bis hin zum meisztizierten Fingerspitzengefühl als Anwendungserfolgsgaranten der lautlos maßnehmenden Klugheitsregeln) – sie brauchen den wissenschaftlichen Rechtspraktiker und (als!) praktizierenden Rechtstheoretiker, auf den weiland SAVIGNY fester Besitz der leitenden Grundsätze nicht anders als Hacks denkender Gehorsam verwiesen. Daß solche Forderungen versanden wie Rufe in der Wüste, zeigt, wie nahe uns allen das Hemd, wie fern der Rock sitzt. Im Blick auf die und als Anteil an den hier versammelten Beiträgen treten deshalb Belehrung und Urteil zurück hinter Berichte und Fragen. Der stilistische Kunstgriff ist wohl angemessen, wenn unbestimmtes und unsicheres Recht, Entscheidungen darüber dann unter zusätzlichen Ungewissheiten unser Reden und Wissen nicht weniger als unser Handeln bestimmen. 4 Gruppen solcher Berichte und Fragen sind hier vorgesehen.

- Gruppe I: Verbindliche Faktor-X-Maßstabsorientierungen für richterliche Rechtsfortbildung durch höchste (Verfassungs-)Richter sowie repräsentative Faktor-X-Einflußorientierungen in der juristischen Lehre
- Gruppe II: Methoden-theoretische und rechtshistorische Vorstellungen der bestimmenden Grundfragen
- Gruppe III: Beherrschende Erscheinungsvarianten richterlicher Rechtsfortbildung unter Maßstabs- wie Informationsdruck
- Gruppe IV: Rivalisierende zeitgenössische – methoden-theoretisch wie (rechts)historisch „gebildete“ – Gesellschaftsmodelle einer Rechtsfortbildung der Rechtsfortbildung

Diese Berichte und Fragen können selbstverständlich nicht ohne die Anmaßung leben, wenn nicht das Richtige, so doch das Wichtige zu treffen. Hingegen ist hier nicht ein – ohnehin nie vollständiger – Bericht über die Meinungslager und Tendenzen beabsichtigt. Das B. BRECHT entliehene Motto will ernst genommen sein. Es geht um Maßstäbe, freilich in Brechungen, via indirecta, reflexiv.

## Berichte und Fragen I

Richterliche Rechtsfortbildung steht vor einer neuen Themakarriere. Ihr hat es auch früher nicht an Zuwendung gefehlt. Kaum eine treffliche Wortkombination, die wir nicht schon hätten. Die Formeln stehen für Programme. Man könnte Stilschichten und Programmstufen bilden. Das ist hier nicht die Absicht. Die Reihenfolge ist gleichwohl nicht ganz willkürlich. Gesetz und Richteramt; Rechtsnorm und Entscheidung; Gesetz und Urteil; Richter als Gesetzgeber; Richter und Recht; Grundsatz und Norm; Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat; Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze; Richterliches Handeln; Richterrecht und Richterrechtsetzung; Gesetz und Richterkunst; Der politische Richter; Die Autorität der Sachnähe; Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Eigentlich dürften auch die klassischen Spruchweisheiten (non ex regula . . . ; scire leges . . .) und die berühmten gesetzlichen Inthronisationsformeln nicht fehlen, von den spottgesegneten organischen Metaphern (Quelle, Wurzel) zu schweigen. Zeitlos-zeitnahe Paraphrasen von: Recht muß doch Recht bleiben (Psalm 94, 15); heute wohl alle ohne Hilfe von (naturrechtlichen) Legeshierarchien oder (vernunftrechtlichen) Ur-Normen, alle nicht minder in Sorge, die Hebamme mit der Wöchnerin zu verwechseln, kurzum: die feste Burg gegen „Groß Macht und viel List“ – das Recht als „Gesetz des Gesetzes“, als Recht des Rechtes, jedenfalls 2 Sorten von Recht, eine festere, abstraktere, eher unverfügbare, eine weichere, konkretere, eher verfügbare – Säkularisierung jener Verheißung, daß Gottes Wort nicht in Fesseln liege (2. Timoth. 2, 9). Kein Wunder, daß zur heutigen Themakarriere von Rechtsprechung, also nicht lediglich von richterlicher Rechtsfortbildung, nicht mehr jene poetisch-naive Sicherheit gehört, mit der man die Teilung der Erde und die Teilung der Zeit spiegeln zu können glaubte: Gesetzgebung als Handeln von Zukunft, Verwalter als Handeln von Gegenwart, Rechtsprechung als Handeln von Vergangenheit. Stattdessen 3 Informationsnotizen. 2 jüngste Fundgruben sind: Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät Heidelberg zur 600-Jahr-Feier, 1986, und NORBERT ACHTERBERG (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1986, „Internationales Symposium“. Der Deutsche Juristentag bereitet für Rechtsprechung ein Podium vor. Das Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt hat eine neue Reihe „Rechtsprechung – Materialien und Studien“ eröffnet. Und schließlich 2 Pointen als Symbole: 1) Das Beschäftigungsförderungsgesetz (1985) hat (1. Abschnitt, § 1) die „erleichterte Zulassung befristeter Arbeitsverträge“ eingeführt. Das BGB (§ 620) hatte solche Verträge weder erleichtert noch erschwert, sondern privatrechtlich freigegeben. Erschwerungen entstammten der Rechtsprechung. Der Gesetzgeber bindet sich an ihre „Grund-

sätze“ durch seine „Normen“, ein Akt der „Beherzigung“<sup>1</sup>) DIETER SIMON<sup>1</sup> hatte alle einschlägigen Stichworte zu Gesetz und Richter in Kontexten vorgestellt. Man hat ihn rezipiert, bisweilen wohlilig, oft mürrisch, nie ohne skeptischen Respekt, indessen: keine „Beherzigung“!

Das *Bundesverfassungsgericht* hat sich wiederholt zur richterlichen Rechtsfortbildung geäußert, freilich nie in Form einer gleichsam reflexiven Volte (wie es seinen eigenen Fall – Verfassungsgesetzgeber und/oder Verfassungsgericht – konstituieren), vor allem in 3 gut bekannten Entscheidungen „Rechtsfortbildung I, II, III“.

In I (BVerfGE 34, 269 – 1973 – „Soraya“) wurde die zivilgerichtliche Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrechtsschutz mittels Schmerzensgeldes gebilligt. Hier findet sich (S. 286/287) die schon sprichwörtliche Passage:

„Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes und damit der Rechtsstaatlichkeit, ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach abgewandelt, daß die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist (Art. 20 Abs. 3). Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinngehalt besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf angewiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzlichen Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreicherbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Sätze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ (BVerfGE 9, 338 (349)).“

Die Entscheidung hat – verdient – Lob und Tadel gefunden. Das steht hier nicht zur Debatte. Versucht man reflexiv, im Blick auf den Faktor X, Maßstabs- und Urteilsproduktivität, befreit von schönen (oft auch leeren) Worten, auf knappen Begriff zu bringen, so liegt die „Recht-Fertigung“ der zivilrechtlichen Rechtsfortbildung – methoden-theoretisch wie inhaltlich – in ihrer konsentierten Durchsetzung. Die Verwerfung der Rechtsfortbildung hätte – hyperzyklisch und episodenvknüpfend – mehr Schaden angerichtet und Unrecht bewirkt als ihre Billigung. Zu diesem gerechten, klugen, besonnenen, tapferen Urteil war auch schon der Bundesgerichtshof gekommen.

In II (BVerfGE 49, 304 – 1978 – „Sachverständigen-Haftung“) wurde die zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Haftungseinschränkung bei gerichtlichen Sachverständigen verworfen. „Recht-Fertigung“ in nuce: Diese Rechtsfortbildung

findet und verdient keinen Durchsetzungs-Konsens. Ihre Billigung hätte – hyperzyklisch und episodenvknüpfend – mehr Schaden angerichtet und Unrecht bewirkt als ihre Verwerfung. Zu diesem gerechten, klugen, besonnenen, tapferen Urteil hätte auch schon der Bundesgerichtshof kommen können/müssen.

In III (BVerfGE 65, 182 – 1983 – „Sozialplan im Konkurs“) wurde die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur Sozialplanabfindung als Konkursforderung im Range vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO verworfen. Jetzt freilich läßt sich die Rechtsfertigung im Kern nicht mehr begreifen. Für die „Sache“ (das Sozialproblem, die rechtlichen Wahrnehmungszugänge, die „rechtswissenschaftliche“ Denkart in praxi, das „praktische“ Jutiz (Fingerspitzengefühl)) gibt es schlechterdings keinen Konsens, weder vor und für Durchsetzungschancen noch nach und aus Durchsetzungsindikatoren. „Natürlich“ bietet sich dann der Anschluß an den Durchsetzungsindikator. „Natürlich“ hat die Wesentlichkeitstheorie des Gesetzesvorbehaltrechts (auch) die Funktion, unmögliches „Gewohnheitsrecht“ (als zugleich richtiges wie positives Recht) in Form von gesetzlichen Verwirklichungsbedingungen zu ermöglichen. Damit sind die heutigen Kernfragen aber nicht zu beantworten. Hätte das Bundesarbeitsgericht (und hätten vorher schon die Instanzgerichte, vor allem aber beteiligte Rechtsanwältinnen), erst recht sein Großer Senat „gerechter, klüger, besonnener, tapferer“ geurteilt (die Analogie-Methode stand zeitlich vor wie nach der Verfassungsgerichtsentscheidung offen, im Anschluß an die Verfassungsgerichtsentscheidung konnte das Bundesarbeitsgericht freilich die für seine Entscheidung „schädlichen“ Weichenstellungen in der Plenarentscheidung erfolgreich „nutzen“, entsprechend uralten juristischen Zauberriten, aus Nöten Tugenden zu machen; alles dies soll hier aber nicht verhandelt werden), das Bundesverfassungsgericht hätte das Urteil billigen müssen. Der Maßstabs- und Urteilswechsel des Verfassungsgerichts muß uns noch (im 3. Teile) beschäftigen. Er liegt überhaupt nicht in 1001 Spielarten von „Gesetz  $\neq$  Richter“ und damit nicht im Felde von „Rechtsfortbildung“ (hier haben eben alle „möglichen“ Ausspielungen das Vermögen, „wirklich“ zu werden). Er liegt auch nicht so sehr in der „zivilrechtlicher“ orientierten Abwägungsmethodologie (hier müßte man auf die beliebten Alternativ-„Spiele“ von Rechts-Freiheit auf/zu/kraft Schranken-Schranken und Beschränkungs-Beschränkungen eingehen). Das alles ist sicherlich von großer (und auch aufregender) Bedeutung, bleibt aber hinter wichtigeren Rückfragen zurück. Sie lassen sich wohl auf drei zusammenziehen.

1) Es geht um die Bestimmung von *Zulässigkeits- (Durchsetzungs-, kurzum: Geltungs-) Bedingungen für „neues Recht“*, gleichsam um die evolutionäre Einsatz- und Interventionsstiftung, wann/wie ein „Gewohnheitsrecht“ einmal anfangen, weil anfangen müsse/dürfe. An „Gesetzen“ fehlte es schließlich in casu E 65 nicht, wohl an „actiones“. Das Bundesverfassungsgericht – der ideale Gesamt-Prätor (oder Chancellor als keeper of the king's conscience)?

2) Es geht um die *Rechtskategorie der Methodentheorie-Revision*. Unverträgliche Rechtsmassen (z. B. Schuld- und Sachenrecht, Zivilrecht und Arbeits-/Wirtschaftsrecht, Betriebsverfassungs- und Konkursrecht, auch in kleinerer Münze; z. B. Stellvertretungs- und Haftungsrecht; auch in großer Münze; z. B. Verfassungsrecht und Verfassungsrecht als zeitlich, sachlich, sozial

<sup>1</sup> Die Unabhängigkeit des Richters, 1975.

„ungleichzeitig“, „ungleichartig“, „unverhältnismäßig“ in sich). Daß ein Arbeitsgericht keine Rechtsfortbildungskompetenz über Konkursrecht habe, setzt die geklärte Frage voraus, was „Arbeitsrecht“, was „Konkursrecht“ sei/bedeutet, nicht unähnlich weiland dem Abendmahlsstreit nach der rechten Gestalt (wenn schon Abendmahl und nicht (mehr) Messe allein!), nicht unähnlich weiland dem Prioritätsstreit über die rechte Sichtweise auf „Statuten“ oder „Rechtsverhältnisse“. Für diese Methodentheorie-Revision gibt es derzeit keine Maßstäbe, keine Foren, keine Verfahren.

3) Es geht um *Kontrollprinzipien für die „Aufhebungen“* kontrollierbarer Kompetenzwahrnehmung durch kontrollierende Kompetenzwahrnehmung. Sie stecken z. B. weder im „Arbeitsrecht“ noch im „Verfassungsrecht“. Die vielleicht früher beruhigende Formel, kontrollierbare Kompetenzausübung müsse auf Ermächtigungsgrundlagen „beruhen“, vorgeschriebene Verfahren respektieren und dürfe insgesamt nicht gegen den ordre public verstoßen, beruhigt nicht mehr. Sie läuft oft leer, richtet viel Unrecht und Unheil an, wird buchstäblich unerschwinglich und verdient/finde ihre „Revision“. Daß Verfassungsrichter nicht über „Arbeitsrecht als solches“, Arbeitsrichter nicht über „Konkursrecht als solches“, erst recht nicht über „Verfassungsrecht als solches“ zu kontrollieren haben, beantwortet schließlich nicht die Frage, wer wo, wie, wozu, warum diese „Autonomien“ aufeinander bezieht, miteinander verträglich hält, gegeneinander freiläßt, kurzum: ihr „Durcheinander“ ermöglicht und verwirklicht.

Bleibt mithin insgesamt ganz undeutlich, was eigentlich die spezifisch verfassungsrechtliche Überprüfung von z. B. richterrechtlicher Rechtsfortbildung ist (zum „Faktor X“ findet sich nichts bis wenig), und verdient der deutliche Rechtsprechungswechsel weitere Erörterung (im 3. Teile), so möchte man sich zunächst, weil hier „zu fragmentarisch Welt und Leben“ geworden sind, „zum deutschen Professor begeben“. Im Ernst: Er müßte eigentlich wichtige Stücke von wichtigen Stücken zu seinem (Teil-)Thema machen. Hier können weder alle noch die meisten, weder die besten unter den meisten noch die meisten unter den besten zu Berichtsgehör kommen.

Stattdessen, und erneut als Stilmittel eingesetzt, drei jüngste Berichte zum einheitlichen Thema (positives als richtiges Recht) in – natürlich nie abzuschließender – wechselseitiger Einlassung: R. Dreier<sup>2</sup>, gegen ihn N. Hoerster<sup>3</sup>, gegen beide W. Krawietz<sup>4</sup>. Sie wollen fleißig gelesen und weder erhoben noch verteuelt sein. Hier interessiert nur der „Faktor X“. Läßt man wiederum schöne (und auch leere, gar garstige) Worte weg, dann läßt sich ein Kern jeweils herauschälen.

1) Bericht:

Krawietz: Recht sei freier von Nicht-Recht (besonders von „Moral“) als Dreier meine; Recht sei maßstabsbedürftiger als Hoerster meine; Recht als „normativ-realistische“ Konzeption verbürge „verbindliche Anwendung“ von „geltendem Recht“.

2 Der Begriff des Rechts, NJW 1986, S. 890–896.

3 Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, S. 2480–2482.

4 Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Rechtstheorie 1987, S. 209–254.

Hoerster: „Positives Recht“ ermögliche, in strikter Trennung von Recht und „Moral“, „zweckmäßige normative Festsetzungen“ unter „physischem Zwang“ und „vorhandener Wirksamkeit“.

Dreier: Recht müsse sich so auf „anererkennungswürdige Prinzipien“ stützen können, daß Positivität (Legalität) nicht ohne Legitimierungsvorbehalte möglich sei.

2) *Fragen:* Während der Lektüre (solcher und vergleichbarer Dreiecke) assoziiert man unwillkürlich eine Art literarisch-streikulturellen Bermuda-Dreiecks, wo zwar niemand untergeht, aber jeder mit jedem in Strudeln verkreißelt. Mit jeweils sehr präzisen Bestimmungen von Schwächen aller Gegner halten die ganz unpräzisen Bestimmungen der eigenen Stärken nicht Schritt; anders gewendet: jeweilige Kritik fällt auf den Kritisierten zurück; jede vertretene Theorie überzeugt die davon Überzeugten. Bemerkenswert dabei, daß keiner für eine „reine Rechtslehre“ eintritt, keiner für eine naturrechtlich-vernumftrechtlich bestimmte „unreine Rechtslehre“. Alle drei sind (post-positivistisch) „kognitivistisch“ orientiert, Dreier „re-kognitivistisch“, weil er kraft des kritiktheoretischen Erbvermögens auf Entwicklungskonstruktion von Rechts-Geltungen setzt (sein Problem ist folglich die kritische Rechtstheorie „als solche“); Hoerster „in-kognitivistisch“, weil er kraft des politökonomisch-utilitaristischen Erbvermögens auf dauerhaft wandelbare Anpassungen setzt (sein Problem ist folglich die utilitaristische politische Ökonomie „als solche“); Krawietz „de-kognitivistisch“, weil er kraft des latent systemtheoretischen Erbvermögens auf neo-institutionalistische Autopoesis setzt (sein Problem ist folglich die Systemtheorie „als solche“). Nun läßt sich hier selbstverständlich kein Rechtsgottesgericht einrichten und ausüben. Es wäre aber wohl schon viel gewonnen, wenn solche „als solche“ – Apostrophierungen, wenn Möglichkeitsbedingungen „kognitivistischer“ Rechtskonzeptionen ihrerseits mit zum Thema gemacht werden, wenn – zunächst und vor allem – eindringlichere theoretische und historische Berichte über den „Faktor X“ zur Frage-Reduktion führen könnten. Auch diese Berichte sind hier so ausgewählt, daß sie uns alle – und nicht nur ihren jeweiligen Anhängern oder den Gebildeten unter ihren Verächtern – weiterhelfen.

## Berichte und Fragen II

Dreht sich die tonangebende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts um die eigene Achse, geht es repräsentativen Wissenschaftsstimmen um Betreuung jeweils eines ganz spezifischen Undeutlichkeitszusammenhanges, dann richten sich Hoffnungen auf Beiträge, die den bestimmenden historisch-politischen Entwicklungszusammenhang vom 18. über das 19. zum 20. Jahrhundert aufnehmen und die sich verbinden lassen auf der einen Seite mit präzisen allgemeineren historischen Auskünften über Verwaltung von Rechtsbeständen durch Justiz und auf der anderen Seite mit umfassenderen Analysen des Gesetz-Richter-Verhältnisses wie aus einem Guß. Mein fragender Bericht-Blick fällt auf Friedrich Müller, Dieter Simon und Regina Ogorek.

Mit FRIEDRICH MÜLLER<sup>5</sup> läßt sich über Berichte berichten, die in den letzten 100 Jahren alle Stichworte enthalten. Wer könnte hier was Dummes, wer was Kluges denken, das nicht die Vorwelt schon gedacht? Sein eigener Frageansatz (S. 9/10):

„Die rechtstheoretische Reflexion richterrechtlicher Vorgänge ist unentwickelt. Was geht real vor sich, wenn Richterrecht gebildet wird? Was sind die zulänglichen Begriffe, mit denen diese Erscheinung wie auch ihre Problematik erfaßt werden konnten? 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 „Sinngehalt“, 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 Bölow ist zu erwarten, daß alle wesentlichen inhaltlichen Argumente ins Spiel gebracht wurden. Ihnen entsprechen ungefähr ebensovielfache Haltungen gegenüber dem Phänomen: Richterrecht wurde als illegal verworfen, aber auch dem positiven Recht als Naturrecht übergeordnet. 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 eingeeignet. Gesetzesfreie 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. Eben dies, das Stellen der sinnvollen Frage ist der Weg zur vertretbaren Antwort. Notwendig ist nicht, die im Blick auf Theorie chaotische Diskussion durch anderes Gewicht 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 widerstandsfähig gegen undurchdachte Einfälle, politische Wunschvorstellungen, pragmatischen Zweckoptimismus.“

#### Und FRIEDRICH MÜLLERS eigenes Fazit?

„Die inzwischen hundertjährige Debatte, die sich dennoch des lückenfüllenden, aber auch des konkretisierenden und sogar des Richterrechts contra legem bemächtigt hat, belegt weniger die Entwicklungsdefizite als vor allem die Änderungsbedürftigkeit der Grundlagen der noch vorherrschenden Theorie des Rechts. Die Diskussion um Richterrecht ist ein Abkömmling des Gesetzespositivismus. Näheres Zusehen hat diese zunächst paradox wirkende These belegt. Beide orientieren sich an klassisch positivistischen Glaubenssätzen. Das zeigt sich an den beiden Hauptformen richterrechtlichen Handelns. Die erste ist *Fallentscheidung in Gehorsam gegenüber den Ergebnissen der Legislative (Normtexten)*, aber über bloße *Subsumtion hinaus*. Die verbreitete Ansicht, dies für einen richterrechtlichen Vorgang zu halten, bezieht ihre mißverständliche empirische Basis aus dem Versagen des Subsumtionsdogmas, aus der illusionären Natur des Syllogismusmodells. Die zweite Hauptform von Richterrecht besteht in *Fallentscheidung ohne Stütze in den Ergebnissen der Legislative*, den Normtexten. Hier wird an deren Stelle gehandelt, wird explizit oder implizit ein Normtext unterschoben, der mangels kompetenteller Berechtigung als Quasi- und Pseudo-Normtext bezeichnet werden muß. Solches Tun soll gerechtfertigt sein aus dem Streben nach inhaltlicher Vollständigkeit, wenn schon nicht des gegebenen Gesetzesmaterials (das heißt: der Normtextmenge), so aber doch „der Rechtsordnung“, „der materialen Gerechtigkeit“ oder „des Rechts“ – extra legem, intra ius. Lückenlosigkeit darf nicht sein; also wird sie dort, wo sie sich bemerkbar macht, ohne Rücksicht auf Gewalt- und Kompetenzverteilung kurzerhand hergestellt. Daß dieser Operation noch immer

<sup>5</sup> Richterrecht, Elemente einer Verfassungstheorie IV, 1986; Kürzere Fassung: Richterliche Rechtsfortbildung, 1986, S. 65–84.

das altpositivistische Dogma von „Einheit“ und „Geschlossenheit“ der Rechtsordnung zugrunde liegt, verrät sich nicht zuletzt in der Beschränktheit des Arguments auf das materielle Recht. Ohne diese Verengung gäbe es für richterliches Grenzüberschreiten keinen Anhaltspunkt. Denn die gültige Antwort auf eine vom Gericht wertend unterstellte oder empirisch ermittelte sachliche Lücke liegt in der funktionalen Vollständigkeit der Menge positiver Rechtssätze. Die Rede von einer „Lücke“ ist voreilig; ist ein Postulat, erkauf durch die positivrechtlich nicht vertretbare Begrenzung des Rechtsbegriffs in solchen Fällen auf materielle Normen. Eine Rechtsordnung ist weder inhaltlich einheitlich („geschlossen“) noch thematisch lückenlos. Aber sie ist wegen der Ergänzung von materiellen Normen durch Prozeßrecht und wegen der normierten Möglichkeiten, Recht zu ändern oder es neu zu schaffen, funktionell vollständig. Allerdings hat das Ändern beziehungsweise Neusetzen eigene normative Bedingungen (Funktionen, Kompetenzen, Verfahren, verfassungsrechtliche Maßstäbe).“ (S. 120/121).

#### Noch kürzer und bündiger:

„Was „Richterrecht“ genannt wird, ist dort, wo es gerechtfertigt werden kann, Bestandteil normativer Rechtsarbeit und nicht eigenständig. Wo es dagegen ohne Rückführbarkeit auf Normtexte des geltenden Rechts, also eigenständig auftritt, kann es nicht gerechtfertigt werden. Was als „Richterrecht“ bezeichnet wird, ist im Bereich des Grundgesetzes nie zugleich etwas Eigenes und zulässig.“ (S. 126).

Mit diesem Kurzbericht über Langberichte sind sicherlich viele Fragen dahin. Etlche bleiben, und einige neue treten auf. F. MÜLLERS Rechtsnorm-(Re-)Konstruktion ist auf Normtexte angewiesen und verläßt sich auf Gewaltenteilung. An Texten fehlt es freilich weniger, als F. MÜLLER befürchtet, und häufiger, als er für möglich hält. Vor allem stehen meist rivalisierende und einander widersprechende Texte zur Verfügung, dies um so mehr, je weiter man den Textblick schweifen läßt, und sei es auch nur, um schließlich des wandermüden Textblickes letzte Ruhestätte im Grundgesetz zu suchen, auch gegen F. MÜLLERS Warnung, dort lasse sie sich nicht finden. Und Gewaltenteilung klingt aus guten Gründen hoch und hehr. Aber die Verhältnisse, sie sind wohl auch hier nicht so. Wenn und weil z. B. aus systemtheoretischen Gründen solche Differenzierungen anderen Evolutionserrungen weichen müssen, wenn und weil sich z. B. aus neo-institutionalistischen Gründen alle Rechtsgüter einheitlichen politischenökonomischen Kriterien zu beugen haben, wenn und weil z. B. aus kommunikationsphilosophischen Gründen für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung spezifische Unverfügbarkeits-Prozeduren als Richtschnur dienen, dann treffen Texte und Gewaltenteilung nicht (mehr) das Hauptaugenmerk. Sichtweisen und Wahrnehmungen richten sich dann auf Kon-Texte und Recht-Fertigungen von solchen Möglichkeitsverwirklichungen (vor allem in Form von Veränderungen), welche – jeweils im Blick der großen und praktischen Theorie – sich selbst zu entwickeln vermögen, wenn und weil sie „zulässig“ und „begründet“ sind/werden.

Es lohnt sich, vor dem Blick auf solche Blickwechsel den Blick zurückzuwerfen und Geschichte dabei nicht als „Prophetie rückwärts“ zu mißbrauchen, sondern als „Lehre“ vergangener Wahr-Nehmungen zu rekonstruieren, auch zu eigenem Nutz und Frommen, als „Moral von der Geschichte“. Mit DIETER SIMON<sup>6</sup> läßt sich über Berichte berichten, welche die unterschiedlichen Verhältnisbestimmungen von „Theorie“ und „Praxis“ im gesellschafts-

<sup>6</sup> Historische Beiträge zur Rechtsprechungslehre, in: N. Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1986, S. 229–246.

lichen Funktionsbereich Rechtsprechung gegeneinander abgrenzen und die Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit ihrerseits ermöglichen, „rationale Rechtsanwendung“ nicht vom methodologischen Hoffnungsprogramm zu streichen. Solche Fragen müssen neuzeitlichen Umschichtungen und den einschlägigen Forschungsrückstand präzisieren.

„Diese Umschichtungen sind die Folge einer umfassenden Krise des Gesetzesvertrauens, eines Vertrauens, welches – historisch jung – eine zentrale Rolle im Organisationsdenken der entstehenden bürgerlichen Gesellschaft spielte. Eindrucksvoll ablesbar ist dieser Vertrauensschwund an der Geschichte der Behandlung des Richterrechts. Sie läuft von seiner Leugnung über seine beklemmende „Entdeckung“, hilflose Versuche, es in die ererbte Rechtsquellenlehre einzuordnen, resignative Anerkennung, bis zu seiner emphatischen Inthronisation als Ersatzgesetzgebung. Inzwischen hat sich dieser Vertrauensschwund dahingehend radikalisiert, daß das Gesetz als Steuerungsmittel gesellschaftlicher Prozesse selbst problematisiert wurde. Wie jedermann haben auch die Rechtshistoriker dank Gesetzesflut und Implementationsforschung sehen gelernt, daß das Gesetz zwar eine altherwürdige staatliche und vorstaatliche Interventionsform zur Erzielung von Regelbefolgung ist – aber weder jetzt noch früher die einzige – und daß vor allem in der organisierten Gegenwartsgesellschaft eine Reihe von konkurrierenden und relativierenden Programmen der Beratung, Subvention und Persuasion daneben in Erscheinung getreten ist. Das Gesetz hat seinen freiheitsverbürgenden Monopolanspruch abgeben müssen und ist zu einem Instrument in Richterhand geschrumpft, wodurch automatisch das Interesse an dieser Hand und dem Kopf, der sie dirigiert, erwartet ist.“ (S. 230)

„Besonders groß ist der Rückstand auf der Ebene der Entscheidungstätigkeit selbst. Die Ausdifferenzierung ist als Delegation erfolgt und hat den delegierten Richter als Herrscher auf einem Regierungssegment eingesetzt. In bewußtloser, aber brüderlicher Eintracht haben Verfassungskonzepte, politische Theorie und Rechtsmethodologie je nach Stand der gesellschaftlichen Gewaltverteilungsideen versucht, dieses Segment bald auszudehnen, bald einzuschränken und den Richter bald als Regenten, bald als Gehilfen einzusetzen. Letztlich sind dem Richter aber alle Aufgabenschritte der regentschaftlichen Vollgewalt geblieben: Er identifiziert den Fall, komponiert das Regelprogramm, trifft Entscheidungen und Verwaltungsmaßnahmen und kalkuliert politische Folgen- und zwar völlig unabhängig davon, ob ihm dies in den letzten 200 Jahren explizit verboten war oder ob er nachhaltig dazu ermuntert wurde. Es kommt hier mehr auf die Einsicht in diese Konstruktionsbedingungen der Richtermacht als auf ihre Kritik an. Diese Bedingungen schließen Rechtsquellenlehren, Rechtssetzungskonzepte und Rechtsanwendungslehren rebus sic stantibus in einem politisch determinierten Diskurskreislauf zusammen, in dem die politischen Postulate als sachliche Akzentuierungen auftreten. Charakteristischerweise fallen in Gesellschaften, welche eine personalisierte Funktionsaufteilung vorgenommen haben – wie etwa die Römer, bei denen Fallidentifikation und Regelzuweisung durch den praetor, Sachprüfung und Urteil durch den iudex erledigt wurden – derartige Diskurse nicht an.“ (S. 232)

**SIMONS Fazit:** Rechtsprechungslehren entstehen, wenn jenseits akephaler Gesellschaften – sei es, wie zunächst stets, nicht ausdifferenziert, sei es, wie in späteren Entwicklungen, ausdifferenziert – Tugendlehren für Herrscher in Form von Herrschaftstugendkatalogen an Richter-Delegatäre weitergegeben werden. Je eindeutiger Sachverhaltsermittlungen und Urteilsbegründungen in Entscheidungsrollen von Rechtsstäben zusammenfallen, desto eindeutiger konstituieren sich „Rechtsfälle“ so, daß „die Theorien und Vorgaben der jeweiligen historischen Staats- und Verfassungskonzeptionen unmittelbare Prämissen des juristischen Handelns und seiner Konkretisierung sind“ (S. 235).

Mit REGINA OGOREK<sup>7</sup> läßt sich über Berichte berichten, aus denen sich ergibt, ob die Vorstellung von einer gesetzestreuen Rechtsanwendung stimmt, die das Richterbild im 19. Jahrhundert als Idee getragen hat. In ihrer Habilitations-

schrift greift sie 3 an sich zeitlose Aus- und Fortbildungsfragen nach Herstellung von Recht als Recht (durch „Juristen als solche“) auf und konkretisiert sie im gesellschaftlich-geschichtlichen Kontext:

- 1) das „Interpretations“-Problem als Aneignung von Geschichte und Gesellschaft mittels (Rechts-)Texten durch professionalisierte Rechtsverwalter, „besonderen Fällen“ nach „allgemeinen Maßstäben“,
- 2) das „Rechtsquellen“-Problem als (Re-)Produktion von Entscheidungen in „besonderen Fällen“ nach „allgemeinen Maßstäben“,
- 3) das „Staat-Gesellschaft“-Problem als eingerichtete und ausgeübte Praxis von teilungsbedürftiger Macht und Gewalt.

Ihre Berichte etwas genauer.  
**Interpretation.** Das aufkommende „positive Gesetz“ – in seinen Ambivalenzen als Vollzugsinstrument und Einrichtungsplan des Staates wie als Rahmengerwährleistung bürgerlicher Sicherheit sind zugleich die Ambivalenzen von Justiz angelegt – bestimmt in allen Verlaufsphasen die bis heute maßgebende Erfahrung: die „Rechtsanwendungen“ – als Produktion von Entscheidungen – überlegen die „Interpretation“ – als Erkenntnisse von Gesetz und Recht.

„Die aus praktischen Erfahrungen gespeiste und von der Erkenntnistheorie unterstützte Einsicht in die begrenzte Leistungsfähigkeit von flächendeckenden Gesetzgebungs- und bindenden Anwendungsprogrammen hat ebenso wie die wiederentdeckte Attraktivität des römischen Zivilrechtsbedarf nach einer juristischen Hermeneutik aufgezeigt, die den Richter gegenüber seinen unvollkommenen Quellen zwar flexibel machte, ihn aber nicht zum Herrscher über Gesetz und Recht werden ließ. Vor dieser Aufgabe, blinder Vollzugsmechanik einerseits und ungezügelter Richter macht andererseits entgegenzuwirken, beginnen die Theorieleger ihre Extrempositionen abzustufen und ihre Richtungen und Neigungen in ein breites Spektrum von „Mittelmeinungen“ einzubringen. Es wird zwar noch unterschiedlich akzentuiert, im großen und ganzen aber der Konsens gepflegt, daß der Richter weder zu viel noch zu wenig Anwendungsmessen haben soll. Die *interpretatio logica*, also die Methode zur Erforschung des *Gesetzesinns*, bietet dabei das legitimatorische Dach, unter dem nahezu alle interpretatorischen Anliegen Platz finden. In Verbindung mit der grammatikalischen Auslegung wird sie daher zur beherrschenden Kategorie der juristischen Hermeneutik des 19. Jahrhunderts. Die vier Elemente-Lehre Savignys bringt gegenüber dem Grammatik/Logik-Schema nichts grundsätzlich anderes. Zwar wird die logische Interpretation dahingehend ausdifferenziert, daß sich System und Geschichte als eigene Interpretationselemente abspalten, während der Logik nur die formale Struktur der Argumentation verbleibt, doch werden durch diese Aufspaltung weder neue Fragestellungen erschlossen noch alte abgestoßen. Die Zeitgenossen verwerfen daher Savignys Interpretationsschema, weil es keinerlei zusätzliche Erkenntnis verspricht, die klare Struktur des Grammatik/Logik-Schemas mit seiner deutlichen Trennung von Wortlaut und Sinn aber verwässert. Die eingespielte Interpretationssmantik – Grammatik für den Wortlaut, Logik für den Sinn – überdauert auch den allmählichen Wandel vom fürstlichen zum parlamentarischen Gesetz, – allerdings nicht völlig unbeschadet. Hatte sich in der ersten Jahrhunderthälfte die Sinnfrage der *voluntas legislatoris* zugewendet, so tritt mit den Veränderungen auf der Gesetzesebene die Frage nach dem Willen des Gesetzgebers in den Hintergrund. Neues Interpretationsziel ist der *Wille des Gesetzes*, eine von den Motiven der an der Gesetzgebung beteiligten Personen völlig losgelöste, „objektive“ Größe. Von der heutigen Methodenlehre wird dieser Wechsel in der Fragerichtung als Wandel von der subjektiven zur objektiven Auslegungstheorie bezeichnet und als qualitativer Sprung gedeutet, der den Interpreten mit größerer Autonomie gegenüber seiner gesetzlichen Grundlage ausstattete. Tatsächlich hat sich aber nicht die Interpretationsmethode geändert – auch die Frage nach der *voluntas legislatoris* hatte Gesichtspunkte eingeschlossen, die von der konkreten historischen Gesetzgebungssituation weg, in die „objektive“ Sphäre der *ratio iuris* hin führten –, vielmehr ist das besondere und erklärungsbedürftige des beschriebenen Wandels in der Tatsache zu sehen, daß gegen Ende des Jahrhunderts aussprechbar wurde, was vorher mit der Frage nach dem Willen des Gesetzgebers eher verschleierte worden war: Daß es nämlich der Interpretationslehre darum gehen mußte, das abstrakte (und im Falle der römischen Regeln fraglos auch anpassungsbedürftige) Gesetz für situativ auftretende Problemkonstellationen produktiv zu ma-

<sup>7</sup> Richterkrönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986.

chen, ohne gleichzeitig das Prinzip der gesetzmäßigen Rechtsprechung aufzugeben. Die Entwicklung des Gesetzes vom Herrscherbefehl zum Parlamentsbeschluss und die damit verbundene Enripsonalisierung des Gesetzgebers war die verfassungsrechtliche Voraussetzung dafür, daß der *Gesetzgeber* will für unbeachtlich und das Gesetz selbst zur interpretierenden Autorität erklärt werden konnte. Die objektive Auslegungstheorie trägt diesen gewandelten *Darstellungsanforderungen* Rechnung, ohne damit jedoch eine neue Methode richterlicher Entscheidungsfindung zu etablieren.“ (S. 168/169)

**Rechtsquellen.** Wie sich Auslegung (als Einlegung, als Unterlegung, als Überlegung) vertheben läßt, ist keine Entdeckung unserer Tage. In dem Maße, wie verbindliche „Texte“ zum Konglomerat von Uraltwerken, Strategiemanoüvern, wissenschaftsrechtlichen „Systemen“ wurden, türmten sich die unabweisbaren Legitimationsprobleme von Geltungsgründen der richtigen rechtlichen Produktivität. Die Rechtsquellenprojekte entdecken, enttarnen, schöpfen gleichsam die Rechtsschöpfer selbst. Richterliche „Produktion“ von *Gewohnheitsrecht* („Ein *Gewohnheitsrecht* muß auch einmal anfangen“<sup>8</sup>), spätere richterliche *Rechts*(fort)bildung sans phrase ist von Beginn an wiederum in Ambivalenzen verstrickt. „Volksgeist“ als *Rechtswille* eines Volkes im politischen Sinne oder als still wirkende natürliche Kraft – zwei entgegengesetzte *Rechtsproduktionswelten*. „Politisches“ *Juristenrecht* läßt sich als „wissenschaftliches“ *Juristenrecht* beschimpfen oder feiern (et vice versa). Kurzum: „Rechtsquellen“ sind Metaphern für Ansprüche an Geltungsbegründungen.

„Der gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu registrierende Aufschwung des „Richterrechts“, der auf die *Amstrücker* des Entscheiders abstellt und heute von einer unhistorischen (aber durchaus mit historischen Argumenten arbeitenden) Methodenlehre gern als Durchbruch der theoretischen Einsicht in die richterlichen Wertungsspielräume gefeiert wird, ist demgegenüber nichts anderes als der Sieg der politischen Variante des *Juristenrechts* über das wissenschaftliche *Recht der Begriffsjurisprudenz*. Er dokumentiert das Scheitern des Rechtssystems bei dem Versuch, unter dem Vorwand der fachlichen *Alleinkompetenz* aus dem politischen System den *Rechtsstoff* herauszupressen und ihn „intern“, das heißt rechtswissenschaftlich-professionell, zu verwalten. Mit diesem Fehlschlag waren auch die Würfel gegen den „unpolitischen“ Richter gefallen. Nach gut einem Jahrhundert angestrengten Bemühens um ein theoretische, aber institutionelle *Entstaatlung* der *Rechtspflege* war das richterliche Urteil unter der Federführung Oskar Bülow's (mit noch heute anhaltendem Beifall) zur „*Rechtswillensklärung* der Staatsgewalt“ avanciert – und die Politik hatte ihren Richter wieder.“ (S. 177/178)

„Am Ende des Jahrhunderts steht die *Rechtsquellenlehre* also – ganz ähnlich wie dies für die *Interpretationslehre* festgestellt werden konnte – hinsichtlich ihrer Grundeinstellung zur *Richter*-macht an keinem anderen Ort, als sie es zu Beginn des Jahrhunderts tat: Der Richter ist für sie Anwander von vorgegebenen (vor allem gesetzlichen) Normen, was aber rechtsschöpferische Elemente bei der *Richter*tätigkeit keineswegs ausschließt, sondern, wie mit wechselnden Begründungen immer wieder betont wird, mit der Vorstellung von richterlicher *Rechtsfortbildung* durchaus vereinbar ist. Dennoch wäre es absolut inadäquat zu behaupten, daß die Lehre von den *Rechtsquellen* und die in ihr abgebildete *Richter*idee im Verlauf des vorigen Jahrhunderts keine nennenswerte Entwicklung durchgemacht hätte. Vielmehr hat sich gezeigt, daß die Alternative: *freie* *Rechtsschöpfung*/*rezeptive* *Rechtsanwendung* letztlich ungeeignet ist, die Veränderungen im *Richter*bild der bürgerlichen Epoche mit der notwendigen *Tiefenscharfe* widerzuspiegeln. Diese Veränderungen haben sich weniger auf der Ebene zugeständener oder bekämpfter *Richter*macht abgespielt als vielmehr bei der Verortung dieser *Richter*macht innerhalb oder außerhalb der *Staatsgewalt*. So wie

8 MAX RÜMELIN: Die bindende Kraft des *Gewohnheitsrechts* und ihre Begründung, 1929, S. 14;

RÜMELIN erzählt hier von einem alten schwäbischen Praktikus, der seinen Referendar auf die *gewohnheitsrechtliche* Begründbarkeit der vorgesehenen Entscheidung verwiesen und auf den *Gegenhinweis*, ein solches *Gewohnheitsrecht* lasse sich aus der bisherigen *Rechtsprechung* nicht erweisen, bemerkt habe: „wisse Se, so a *Gewohnheitsrecht* muß au amol atfangen“.

„die verschiedenen Interpretationsansätze zu Beginn des 19. Jahrhunderts nur auf der Folie des jeweiligen *Staatsverständnisses* deuten ließen (und sich die methodologischen Positionen immer nur als *Sicherheitsnetz* für die politischen Grundentscheidungen erwiesen haben), so sind auch die *Außerungen* der *Rechtsquellenlehre* zur Frage der *rechtsschöpferischen* *Richter*macht einschließlich ihrer *methodentheoretischen* Einbettungen nur in Korrelation zu den jeweiligen Auffassungen von *Gesellschaft* und *Staat* zu verstehen. Vergleicht man etwa den produktiven Charakter des *wissenschaftlichen* *Rechts* von Puchta mit dem *Richter*recht von Bülow, so sind, mit Blick auf die *richterliche* *Gestaltungsmacht*, beide Konzepte gleichrangig. Dennoch liegen zwischen ihnen *Wel-*ten. Während Puchta die *freie*, nur an die *Gesetze* der *Wissenschaft* gebundene *juristische* *Konstruktion* als *Gegengewicht* zur *willkürlichen* *Positivierung* des *Rechts* durch die *Staatsgewalt* verstand, war für Bülow die *Einbindung* des *Richter*rechts in eben jene *Staatsgewalt* die *Bedingung* für seine *Akzeptanz*, und während das *wissenschaftliche* *Recht* mit seinem *Richtigkeitsanspruch* den *Weg* zur *Kontrolle* und *Abänderung* freihielt, ersetzte das auf den *staatlichen* *Machtanspruch* gegründete *Richter*recht die *Inhaltskontrolle* durch *politische* *Legitimation*. Nicht der *Gegensatz*, produktive oder *rezeptive* *Richter*tätigkeit, sondern die *Frage*, inwieweit *Justiz* als *staatsfreie* oder als *staatliche* *Gewalt* zu denken sei, hat also die *Rechtsquellenlehre* im vorigen Jahrhundert *beschäftigt*. Und das *Vordringen* der *Richter*rechtsidee ist ein *Symptom* dafür, daß sich *Justiz* und *Staat* entgegenwuchsen.“ (S. 278/279)

**Justiz und Verwaltung.** Eine *Wirtschaftsgesellschaft* auf der Suche nach ihrer *politisch-staatlichen* Form, so ließ sich die *Bundesrepublik* Deutschland von ihrem *Beginn* an kritisieren. *Allgemeiner* und *zeitloser* steht das *Rechtsprojekt* der *Moderne* selbst zur *Debatte*: Eine *politische* Form für ein *Wirtschaftsgesellschaft* als *Verfassung* von *Rechtskultur*. Für eine *rechtsstaatlich-soziale* *Demokratie* fällt *Rechtsprechung* als *staatsrechtliches* Problem einrichtungs- und ausübungs- wie *brechungsbedürftiger* *politischer* *Gewalt* an, ohne daß die *Staat-Gesellschaft-Teilung* solche *Zu- und Aufteilungen* schon ihrerseits zu *bestimmen* *verdiente* und *vermöchte*. Vom 19. Jahrhundert her ist die *Problemerk-schaft* – *Kampf* um *Differenzierungen* und *Entdifferenzierungen* von *Justiz*, *Recht* und *Staat* – als „*Kampf* um die *Justizsache*“ geläufig: Wer hat in *politisch* das *letzte* *Rechtswort*?

„In den *Gesamtkomplex* des *Kampfes* um eine *gerichtliche* *Regierungskontrolle* gehört auch die *Forderung* nach einer *gesetzlichen* *Organisation* der *Gerichtsverfassung*, die etwa seit den *dreißiger* Jahren in das *liberal-bürgerliche* *Rechtsprogramm* aufgenommen wird. Durch den *Versuch* einiger *Regierungen* *verschreckt*, auf dem *Verordnungsweg* wieder die *Zugeständnisse* zu *beseitigen*, die dem *bürgerlichen* *Lager* auf dem *Gebiet* der *Justizautonomie* gemacht worden waren, wenden sich so *prominente* *Liberale* wie *Feuerbach* und *Klüber* in *äußerst* *streitbaren* *Schriften* gegen jede *Veränderung* der *Gerichtsverfassung* durch *bloße* *Regierungsverordnung*. Nach ihrer *Auffassung* gehört es zum *Wesen* eines *konstitutionellen* *Staates*, daß die *Justiz* *unabhängig* ist und diese *Unabhängigkeit* durch *parlamentarische* *Gesetze* *gesichert* wird. Demgegenüber *erscheint* die *Verordnung* als ein *Medium* *exekutiver* *Maßnahmegewalt*, mit dessen *Hilfe* im *Bereich* der *Gericht*so-*rganisation* die *verfassungsmäßigen* *Garantien* *ausgehöhlet* und die *Justiz* in den *Einflussbereich* der *Regierung* *zurückgeholt* werden soll. Die *Gegner* *allzu* *weitreichender* *Gerichtskompetenzen* sahen in dem *Petium* der *Liberale* einen *neuen* *Vorstoß* in die *Regierungs-sphäre*. *Organisationsnormen* gehören *traditionell* in das *öffentliche* *Recht* und damit zum *Aktionsfeld* der *Exekutive*. Die *Forde-rung* nach *Organisations-gesetzen* wurde deshalb als *Griff* der *Volksvertretungen* in einen *Bereich* der *politischen* *Gewalt* *gewertet*, der bis dahin von *Partizipationsansprüchen* *freigebieben* war. Die *Furcht* vor dem *Justizstaat*, in dem *bürgerliche* *Richter* die *politische* *Macht* *ausüben* und *Souverän* und *Exekutive* *kontrollierten*, stand *jeder* *Kompromißbereitschaft* im *Wege* und *rückte* das *liberal*e *Rechtsprogramm* in die *Nähe* *staatsfeindlicher* *Umrtriebe*. Wieder war es der *unpolitische* *Richter*, der dem *liberal-bürgerlichen* *Rechtsschutzanliegen* *Flankenschutz* geben sollte. Insbesondere *Klüber* ist es, der das *Verhältnis* von *Recht* und *Politik* *explizit* in die *Debatte* *einführt* und den *bürgerlichen* *Standpunkt* *formuliert*: Es gebe *keinen* *Gegenstand*, der wegen *politischen* *Implikatio-nen* der *richterlichen* *Kognition* *entzogen* sei. Das *Regierungsinteresse* könne *entweder* *rechtlich*

oder widerrechtlich sein, und das *Urteil* hierüber müßten die Gerichte fällen. Sehr wohl seien aber Recht und Politik zu trennen, wenn es um die Frage gehe, welche Gesichtspunkte der Richter bei seiner Urteilsfindung in politischen Streitigkeiten zu berücksichtigen habe. Hier müsse er sich jeder politischen Erwägung enthalten und streng den Rechtsstandpunkt exekutieren. Seine Tätigkeit sei formal, logisch, ein Akt des Erkennens, nicht des Wollens. Übergriffe in der Regierungssphäre seien denknötig ausgeschlossen. Die Argumente kannte man bereits. Festzuhalten ist nur, daß auch in diesem Diskussionszusammenhang mit der „Entpolitisierung“ des Richterspruchs nicht etwa, wie in heutiger Kritik oft anklingt, gesellschaftliche Gestaltungschancen verschert wurden. Vielmehr hieß Entpolitisierung aus damaliger Sicht Ausschaltung des *staatlichen* Einflusses und Ausdehnung der juristischen Kompetenzen auf alle – selbst politische – Rechtsstreitigkeiten. Es ging also auch hier um eine Vermehrung, nicht um eine Verminderung der richterlichen Gestaltungsmacht.“ (S. 366/376)

#### R. OGOREKS „Rückblick“:

„Es hat sich ergeben, daß jede einheitliche, vom Diskussionszusammenhang gelöste Antwort eine falsche Antwort sein würde. Je nachdem, wer in welchem Zusammenhang mit welchem Ziel argumentierte, wechselten die Aussagen über Justizfunktionen, und die Beschreibung der richterlichen Tätigkeit wandelte sich – oft unter der Feder desselben Autors – von unproduktivem Normvollzug zur schöpferischen Rechtsfortbildung und umgekehrt. Dabei liegt auf der Hand, daß es sich hierbei weder um Unfähigkeit zu konsistenter Argumentation noch um hinterlistige Rhetorik der damaligen Disputanten gehandelt hat. Diskurse in politischer Gestaltungsabsicht, wie sie hier stattgefunden haben, wollen eine neue Wahrnehmungswelt konstituieren und müssen daher Bilder entfalten, die der Retrospektive als widersprüchlich erscheinen mögen. Tatsächlich handelt es sich aber nur um erfolglos gebliebene Definitionsversuche künftiger Gegenwart... Wenn dennoch gerade die *logische Funktion der Rechtsprechung* als Synonym für willentosen Befehlsvollzug Karriere gemacht hat, dann deshalb, weil sich außerhalb der Interpretationslehre der Logikbegriff gewandelt hat. Er war immer mehr auf die formale Ableitungslogik reduziert worden, die alle inhaltlichen, zweck- und wertorientierten Überlegungen im Vorgang der Prämissenfindung lokalisierte und nur noch das korrekte Schließen aus vorgegebenen Aussagen erfaßte. Logik war damit ärmer, aber auch stringenter geworden, logische Entscheidungsfindung nur noch unter dem Gesichtspunkt von Denkfehlern, nicht aber als unzulässige Gewaltanmaßung kritisierbar. Vor diesem Assoziationshintergrund erhielt die Berufung auf eine rein logische Tätigkeit der Rechtsprechung die Behauptung ihrer – politischen – Ungefährlichkeit, und es ist kein Zufall, daß die Figur des *unpolitischen* Richters, des logischen Vollstreckers gegebener Normen, nicht in der Interpretations- und nicht in der Rechtsquellenlehre auftritt, sondern in dem Bereich der Staatstheorie, wo um *politische Kompetenzen* gerungen wurde. In der Diskussion um die Zuständigkeitsgrenzen von Justiz und Verwaltung entwickelte sich der Richter zum gewalt- und willentlosen Wesen, zur unpolitischen, logisch-mechanischen Subsumtionsmaschine. Je mehr Kompetenzen für ihn reklamiert, je weitgreifender seine Kontrollfunktionen gegenüber der Staatsmacht definiert wurden, desto unsichtbarer wurde er als selbständiges Handlungsobjekt. Um die Mitte des Jahrhunderts, als die sogenannte Justizstaatslehre die totale Kontrolle staatlichen Handelns durch ordentliche Gerichte forderte und vorübergehend auch zugestanden bekam, war der Richter, in diesem Diskurs, als Gewaltinhaber nicht vorhanden. Auf seinem Platz saß ein Techniker, dessen Urteil das Produkt reiner Kognition ohne voluntaire Beimengungen, eben ein logisch-mechanischer Vollzugsakt war. Die Kehrsseite derselben Medaille stellen die *Richterrechtskonzepte* in der Rechtsquellenlehre der zweiten Jahrhunderthälfte dar. So wie das Bild vom unpolitischen (d. h. politisch ungefährlichen), logisch-mechanisch handelnden Richter in Konsequenz einer Abgrenzung gegenüber der als feindlich verstandenen Staatsmacht entstanden war, so war das Richterrecht, also die Vorstellung, daß auch Richter allgemeiner verbindliche, objektive Rechtssätze produzieren, die Folge einer Annäherung an eben diese Staatsmacht. Wer das richterliche Urteil als „Rechtswillensklärung der Staatsgewalt“ verstand, hatte keine Veranlassung, auf der Autonomie des Rechts zu bestehen. Richterrecht war staatliches Recht und unpolitisches Justiz damit eine dysfunktionale Kategorie.“ (S. 368/369)

R. OGOREKS Berichte, deren Anstöße schwerlich zu überschätzen sind, verdienen es, die Rechtsfortbildung von Rechtsfortbildung mitzubestimmen. Welches Bild! Am Ende des 19. Jahrhunderts ist alle Welt so klug wie zu seinem Beginn.

Dabei ist es bis heute geblieben. Unsere gegenwärtigen Strömungen finden sich in den historischen Quellen „angelegt“, die siegreichen wie die besieigten, die siegreichen natürlich siegreicher. Zu Beginn Thibaut als Schlüsselperson zwieschen Naturrecht und Positivismus seiner Zeit, gegen Vernunftphilosophie, für vernünftige Jurisprudenz, am Ende Regelsberger als Schlüsselperson zwischen Naturrecht und Positivismus seiner Zeit, gegen Philosophie, für Jurisprudenz. Die gebundene Freiheit der Rechtsverwaltung gegenüber dem Gesetz ist am Ende wie am Anfang die Freiheit des Juristen als solchen kraft eines Rechts als Recht, nur daß Thibauts „Gesetzgeber“ Justinian und seiner Zeit Juristenfreiheit gegenüber dem Gesetz eine zeitgenössisch gesuchte Freiheit von allzu abso-luter Obrigkeit der Zeit und Regelsbergers „Gesetzgeber“ der Wilhelmminische Kompromißstaat und seiner Zeit Juristenfreiheit gegenüber dem Gesetz eine zeitgenössisch entsprechend gesuchte Freiheit von allzu absoluter Obrigkeit waren, zwischen ihnen Puchtas Recht der Wissenschaft als Theorie und (genauer: gleich) Praxis und Jherings Jurisprudenz, die sich als von der Geschichte nicht mehr in Verlegenheit zu setzen empfand, und im Zenit Savigny, auf den sich – dauerhaft wandelbar – eine lautlose Entdeckung bewußter, aber letztlich unverbindlicher Methodologie stützte und so ihre jeweilige zeitgenössische Durchsetzungs-gestalt zu gewinnen vermochte. Das ist der „Jurist als solcher“, der im Standeskonens die richtige Mitte zwischen allen Endpunkten in seinen Umwelten trifft, „zuverlässiges Personal“ (der „eigentliche Gelehrte auf dem Richterstuhl“ freilich zuverlässiger als der „ehrenwerthe Rechtsbeamte“ (SAVIGNY)), „interpretatio logica“ und „sensus verus legislatoris“ seine Instrumente, weder Gesetzespriester noch Sozialingenieur und doch nichts so sehr wie beide zugleich.

### Berichte und Fragen III

Gibt es bislang keine Verständigung über „Rechtsfortbildung“, auch keine eindeutigen Orientierungen für sie in der Verfassungsrechtsprechung, dann ist mit (weiteren) Definitionsanläufen nicht zu helfen, sondern nur, wenn überhaupt, mit weiterer Entfaltung der Schwierigkeiten selbst.

Nach § 1 GVG wird die richterliche Gewalt durch Gerichte ausgeübt, die nur dem Gesetz unterworfen sind. Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt dem Richter anvertraut. Es lohnte sich, vor allem im Anschluß an die historischen Berichte die unterschiedlichen Entwürfe von Richter-Bürgern (im Grundgesetz) und Gerichts-Behörden (im kaiserlichen Gerichtsverfassungsgesetz) an Stilen, Selbstverständnissen und institutionell-organisatorischen Entscheidungsmustern (wichtig z. B. „dissenting opinion“) von Rechtsprechung auf Entwicklungstendenzen zu beziehen und an breiteren Urteilsmaterialien zu verfolgen. Das läßt sich hier nicht beiläufig bewältigen. Die folgenden Berichte konzentrieren sich auf solche Muster, mit deren Hilfe sich klärende Fragen nach dem Fortbildungsrecht von Rechtsfortbildung anschließen lassen, um sie im Lichte einflußreicher und weitreichender Umorientierungsansätze zu reformulieren. In der Reihenfolge nehme ich die Stichworte des Teiles II wieder auf.



## 1) „Rechtsfortbildung“ von Geltungsbedingungen für „neues Recht“

Auch hier soll die Auswahl Konturen schärfen. So wichtig viele Entscheidungen sind, selbst wichtige müssen außer Betracht bleiben. Einen kurzen Hinweis verdient freilich die Art und Weise, wie jüngste Rechtsprechung – jenseits der traditionellen status-contract-Orientierung – „fertig“ zu werden sucht mit neuartigen „Familienverrechtlichungen“. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 97, 372) hat es abgelehnt, eine gescheiterte „Kindesplanung“ in einer nichtehelichen Gemeinschaft vertrags- oder deliktischrechtlich zu „sanktionieren“, etwas genauer: er hat es abgelehnt, anwaltliche Gebührenforderungen, die aus Interessenwahrnehmung erwachsen, „klagbar“ zu stellen. Das OLG Hamm hat – im ersten „justzialisierten“ Verfahren zum „Mietmutterrecht“ mit obergerichtlicher Kontrollentscheidung (z. B. NJW 1986, 781) – einen Teilausgleichsmechanismus (§ 817 BGB) verfügbar gehalten. Von solchen Entscheidungen ist belangvoll das erneuerte aktionenrechtliche Denken vor einem Hintergrund sozialer „Natural-Obligationen“. Die „Rechts“-Erfahrungen werden gleichsam freigegeben unter Wiedervorlegbarkeitsvorbehalt. Das ist selbstverständlich „Rechtsfortbildung“ durch und durch. Die Debatte findet aber nicht unter dieser Kennmarke statt.

Einen nicht so kurzen Hinweis verdient der Große Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit seiner Grundsatzentscheidung vom 9. 7. 1986 (BGHZ 98, 212) zum „reinen“ Nutzungsausfallschaden. Er hielt sie für „Ergänzung des Gesetzes“. Wohl eher handelt es sich um ein bahnbrechendes Stück „Rechtsfortbildung“. „Natürlich“ läßt sich behaupten, im BGB seien weder der (Vermögens-)Schadensbegriff noch die sogenannte Differenzberechnung „gesetzlich“ festgelegt, das Gegenteil „natürlich“ auch, wenn und weil die verbindliche, weil konsentiert durchgesetzte „Interpretation“ die maßgeblichen „Rechtsquellen“ dem Text inkorporiert. Entsprechend läßt sich aber auch schon die ältere wie dann die neue Rechtsprechung als „Rechtsfortbildung“ stilisieren, entsprechend feiern oder verdämmen, ein untrügliches Zeichen, wie unangemessen der Sprachgebrauch, die Begriffsbildung, kurzum: das Wahrnehmungs-„Paradigma“ (geworden) sind. Das bisherige Rechtsverständnis von „Vermögensschaden“ hatte zwar unentschieden (genauer: einseitig entschieden) gelassen, ob ein Problem von Objekt-Verletzungsfolgen, von Subjekt-Interesse-Beeinträchtigungen oder von Sozial-(Intersubjektivitäts-)Verhältnisstörungen betroffen sei und diese weitgreifende Unbestimmtheitslage strategisch-taktisch weidlich ausgenutzt. Aber im Kern hielt man am nahezu 200 Jahre alten Konzept fest, „Vermögen“ sei erwerbswirtschaftlich genutzter und geschützter Bestandteil an „Haben“. Das war der „Tauschwert“ als Grundlage von Schadensersatzrecht. Der Große Senat hat – ohne „abschließende Stellungnahme“, also mit eingeschlossener höherrangiger Unbestimmtheit – diesen Vermögensbegriff geändert, fortgebildet, vielleicht nur historisch-systematisch rekonstruiert als eine auch den Gebrauchswert („eigenwirtschaftliche Verwendungsplanung“) berücksichtigende Daseins-Infrastrukturierung von „Haben und Können“. So ließe sich die Entscheidung als *Erneuerung* des Schadensersatzrechts („Nichtvermögensrecht“ als „Neo-Vermögensrecht“?) auf der Grundlage von „klassischen“ bürgerlich-rechtlichen Freiheits-Verheißungen begreifen. Daß sie nicht

den Weg „pragmatischer Weiterentwicklung“ gegangen sei, der heute in aller Regel auf ein sprachlich verfremdetes policy mix hinausläuft, mithin auf einen in „juristische“ Sprache übersetzten, damit keinerlei Laien-Sprache mehr durchsichtigen, gleichwohl gut „verständlichen“ (das hängt von Akzeptanzbedingungen in der „Sache“ ab), abstrakten Transformationsanschluß an je zeitgenössisch führende „Strömungen“ (Quellen, Wurzeln!), ist wohl der Kernvorwurf, der die Plenarentscheidung gerade aus den verbündeten Lagern ökonomischer und soziologischer Denkart (freilich als „juristischer Rechts-Pragmatik“) trifft. Wie „revolutionär“ die vom Großen Senat angestoßene „Änderung“ (oder ist sie eine „Wiedergutmachung“?) gewesen ist, wird sich in Zukunft erweisen. Der 5. Zivilsenat (er hatte den Anstoß für die Plenarentscheidung gegeben) hat schon seine Folgebereitschaft nachdrücklich eingegrenzt (31. 10. 1986, z. B. NJW 1987, 771). Ist nun solche „Rechtsrückausbildung“ ursprünglich im Vorsehungsplane von „Gesetz und Recht“ angestoßenen Schadensersatzrechts, das in seiner – inzwischen vergangenen – Zukunft auf spezifisches (Geld-)Vermögensrecht „fortgebildet“ wurde, wiederum „Rechtsfortbildung“ (und kontrollbedürftig, ob zulässig oder nicht) in die Zukunft hinein? Es liegt nahe, für weiterführende Fragen vielleicht noch geeignetere Entscheidungsstellen vorzustellen.

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat am 27. 2. 1985 (z. B. BAGE 48, 122) einen Weiterbeschäftigungsanspruch von Arbeitnehmern während des Kündigungsschutzprozesses „angenommen“ (oder fortgebildet, gefunden, entdeckt, erfunden, gesetzt, gerechtfertigt?). Das Problem, auf das er damit reagiert, läßt sich schlechterdings nicht kurz und zutreffend zugleich kennzeichnen. Betroffen ist nämlich ein – unbestimmtes, unterschiedlich bestimmbares – „Netzwerk“ von Prozeßempirie, Sozialdaten, Arbeitsmarktentwicklungen, „Gewaltenteilungen“ außerhalb wie innerhalb der Betriebe, kurzum: von xyz-nach-unbekannt – Sozialbereichsverhältnissen, von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit, Solidarität zu schweigen. Kein Wunder, daß die „Begründung“ einer Kreis-Quadratur ähnlich sieht. Das BAG bemüht sich, auf bisherige Rechtsentwicklungen, alle einschlägigen Regelungsbereichsgesetze, nicht zuletzt auf gesellschaftliche Konsensbedingungen Rücksicht zu nehmen und vorzüglich die prinzipiellen Veränderungen- und Entwicklungsprozessen verständlich und verträglich einzuführen. In der rechtstechnischen Regelung läuft sie auf Verstärkung zeitlicher Erfahrungsgewinnchancen unter Informationsungewißheiten hinaus, hierin nicht unähnlich allgemeineren Entwicklungen in Wissenschafts-, System-, Planungs-, Wettbewerbs-, Entscheidungs- und Spieltheorien, kurzum: Entwicklungstheorien „als solchen“, mit einem Instrumentarium gleichsam von historischen Beweisinterlokuten, rechtsdogmatisch auch nicht unähnlich den konsentiert durchgesetzten Zeit-Verrechtlichungen vom Typ „Anwartschaftsrecht“ („nasciturus“-Recht i. w. S.), also nicht nur im Personen- und Vermögensrecht). Die „Rechtsnorm“ lautet dann bündig: Die erstinstanzliche Entscheidung setzt im Anschluß an „vorläufige“ Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Interessenübergewichtigkeit eine weitere „vorläufige“ Interessengewichtigkeit frei (gewinnt hier der Arbeitnehmer, ist er im Zweifel weiterzubeschäftigt; verliert er, ist er im Zweifel nicht weiterzubeschäftigt). Solche „Regulierung“ setzt sich selbstverständlich in Anschluß-Folgenetzwerken fort, die ihrer-

seits Folgen-Folgen – wiederum netzartig – anschließen. Z. B. ändert sich die „Belastung“ der I. Instanz, z. B. muß man die Beschäftigungs-„causa“ ex post/ ex tunc nachkonstruieren, z. B. bilden sich neue „Kollektive“ anstelle der alten, z. B. bleibt die prozessrechtliche „Denkart“ (vom Aussetzungsrecht über das Vollstreckungsrecht bis zu den Grundkategorien (Leistung – Feststellung – Gestaltung)) nicht unberührt. Raum und Zeit reichen auch hier nicht, an alles zu denken. Nun mag man – jedenfalls in guten Irenen – über manches, vieles, alles so oder so denken. Die „Legitimation“ dieser „Rechtsfortbildung“ steckt selbstverständlich nicht (schon) in der „Legalität“ bisheriger Weiterbeschäftigungsansprüche. Und für sie kraft des Gesetzesvorhalts den Gesetzgeber zu bemühen, ehrt sicherlich das – ehrliche – demokratische Rechtsdenken, löst aber die „modernen“ Rechtsbildungsprobleme nicht (mehr). Das wird uns noch beschäftigen. Die „gegenwärtige Rechtslage“<sup>9</sup> ist vor allem dadurch gekennzeichnet, daß das Bundesarbeitsgericht inzwischen auf weitere Kündigungen während des Prozesses das „neue Recht“ anwendet (mit der Folge, daß nach Art selbstläufig-reflexiver Mechanismen alles ständig neu beginnen muß und – potentiell ad calendas graecas – kein Ende finden kann) und daß eine Mehrheit von Landesarbeitsgerichten das „neue Recht“ für verfassungswidrig (wegen unzulässiger richterlicher Rechtsfortbildung) erklärt.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 13. 5. 1986 – 72, 155) hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (seines Gesellschaftsrechtssenats, BGHZ 92, 259) verworfen, daß Minderjährige als Mitglieder einer Erbenge-meinschaft, die ihrerseits als Rechtsnachfolgerin eines Einzelhandlungsunternehmens ein Unternehmen betriebe, unbeschränkt hafteten. Auch hier: ein unendliches Netzwerk von eigenständigen Regelungsbereichen mit jeweils eingerichteten und ausgeübten Gesetz-und-Recht-„Paradigmen“. Das Verfassungsgericht „beansprucht“ die Durchsetzung einer spezifischen Haftungsbeschränkung für Minderjährige oder einer spezifischen (vormundschaftsgerichtlichen) Kontrollgenehmigung. Es begründet dieses „neue Recht“ mit einem eindrucksvoll-„unjuristischen“ Verständnis von „Sorge-Recht“ als Hilfe zur Selbsthilfe dergestalt, daß in den Begrenzungen von Fremdbestimmungen zugleich die Möglichkeitsbedingungen für zukünftige Freiheitsverwirklichungschancen von – erst sehr viel später erwachsenen – Kindern fortgebildet werden können. Wiedrum: Kein Wunder, daß Praxis (Bundesjustizministerium) wie Theorie (die jeweiligen Bereichsrechtswissenschaften) die Hände über dem Kopf zusammenschlagen. Familienrecht hat es schließlich mit dem „Kindeswohl“ als einem obersten Rechtsschlüsselbegriff schon in sich („als solchen“) schwer genug. Unternehmensrecht hat es mit handlungsfähigen Organisationskonglomeraten unter einem Leitbegriff von „Unternehmensinteresse“ zu tun (der 2. Senat hat sehr mit Recht reklamiert, daß Vormundschaftsrichter keine genuin unternehmerischen Entscheidungen fällen könnten/dürften/sollten, und nicht zuletzt damit die unerbittlich-unentrinnbare Haftungsbelastung von Minderjährigen begründet). Erbrecht hat zwar gegen die Gesetz-und-Recht-Grundlagen von Universal-sukzession und Anfallprinzip die Unternehmenssondererbfolge und kom-

<sup>9</sup> Einen soliden und vollständigen Überblick bietet Th. BLANKE, KJ 1985, S. 435 ff., KJ 1986, S. 52 ff., AuR 1987, S. 185 ff., 214 ff., 257 ff., KJ 1987, S. 351 ff.

plizierte Treuhandtransformationen „fortgebildet“, kann indessen „als solches“ nicht (auch noch) in seiner Außenwelt (Familie als Sozialisationsagentur, Unternehmen als going concern) Recht fortbilden. Die Bereichsliste ließe sich noch (z. B. mit allgemeinem „Haftungsrecht“) fortsetzen. Wichtiger: Für Familien-Unternehmens-Sondererbrecht (anders gewendet: für Erben-gemeinschaften mit Beteiligung von Minderjährigen als auf Dauer angelegte neue Unternehmensrechtsform; nochmals anders gewendet: für Unternehmensorganisationen, die sich ihrerseits auf „Internalisierungen“ von Außenwelt-Beziehungen hin in Rechtsfortbildung bewegen (diese „Wendungen“ sind fortsetzbar im Blick auf Eltern-Kind-Beziehungen als „Organisation“ in/gegen Umwelt, auf Interventionschancen Dritter (z. B. Vormundschaftsrichter) usw.), gibt es keine *Regelungsgebiet*, oder – mit SAVIGNY! – es gibt „Statuten“ (d. h. alte „Rechts-sätze“), aber keine „Rechtsverhältnisse“ (d. h. neue „Rechtssätze“). Man mag hier – nach Belieben – Rechtsfortbildung gegen Rechtsfortbildung ausspielen. Damit ist nichts getan. Die „gegenwärtige Rechtslage“ ist dadurch gekennzeichnet, daß, dem Vermehren nach, der Gesellschaftsrechtssenat in casu bis zu einer gesetzgeberischen Entscheidung das Verfahren ausgesetzt hat. Das ist gewiß kein *deni de justice*, aber vielleicht „zivilere Ungehorsam“? Das Bundesverfassungsgericht hatte den BGH auf eine jahrzehntealte „Rechtsfortbildung“ von Haftungsbeschränkungen z. B. für Komplementäre in Kommanditgesellschaften verwiesen. Es hätte verweisen können auf eine ganz dienstjunge Rechtsfortbildung des „Vorbelastungs“-Rechts im GmbH-„Kindheitsrecht“ (das „Rätsel Vorgesellschaft“ ist hier überzeugend und modern (durch selbststeuernde Binnenorganisationsmaßstäbe in fremd-feindlicher Umwelt) gelöst worden). Es hätte auf mannigfache Rechtsfortbildung in Sondervermögens-Organisationen („Kind als juristische Person“ brauchte deshalb nicht das neue Programm zu werden) verweisen können, kurzum: Was dem Bundesverfassungsgericht an „Rechtsfortbildung“ vor Augen steht, müßte (erst recht: dürfte) auch dem Gesellschaftsrechtssenat vor Augen stehen. Daß es nicht „geht“, trifft einen Kern heutiger Rechtsfortbildungsprobleme, der mit Abgrenzungen unzulässiger gegen zulässige Rechtsfortbildung durch oberste Fachgerichte nichts zu tun hat. Das Bundesverfassungsgericht ist schließlich (auch nicht befugt, Unternehmensrecht, Familienrecht, Erbrecht, Haftungsrecht („als solches“) fortzubilden. Und sein Kontrollmaßstab (Art. 2, auch 1 GG) verpflichtet auch das oberste Fachgericht. In diesen beiden „Grenz-zonen“ ste-deln die noch vorzustellenden Muster.

## 2) „Rechtsfortbildung“ als methoden-theoretische „Revision“

Traditionell gilt „Gott“ als einziger Fall einer *causa sui*. Sonst finden sich nur Verhexungen: Kann das Gehirn, kann Vernunft, kann Verfassung sich selbst erkennen? Was, wenn Verfassung über sich selbst Auskunft gibt (Gericht hält) und dabei auf Unternehmensrecht („als Faktor X“) stößt? Was, wenn Unternehmensrecht auf Verfassungsrecht (als „Faktor X“) stößt? Für Transformatio-nen (Übersetzungen) gibt es nicht „inhaltliches“, sondern nur „methoden-theoretisches“ Recht. Wer hat über es die „Revisions“-Gewalt (hier nicht im

Sinne von inhaltlichen Kontrollprinzipien, sondern von „Zulässigkeit“ der inhaltlichen Kontrollen)?

P. LERCHE<sup>10</sup> hat kürzlich das Problem als „ein erstaunlich wenig bedachtes, im Grunde nicht behebbares Dilemma“ gekennzeichnet, als Kluft zwischen „Institution und Funktion“ für Richterarbeit, die weder unmittelbar auf Verfassungsebene noch unterhalb der Verfassungsebene (freilich mit Blick in die Verfassung) liege, sondern beide Aufgaben „zusammenspanne“. Es ist die Frage nach dem „methodisch richtigen Richterrecht“ und dem verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstab dafür. Vermutlich stehen wir hier erst am Anfang von „Rechtsfortbildung“. Denn wenn und weil zwischen (z. B.) Verfassung und (z. B.) Unternehmen ähnliche Verhexungen „aufzuheben“ sind wie zwischen Subjekt und Objekt, Normativität und Realität, Gott und Natur, dann gibt es (wie für Vernunft, Freiheit, Recht so auch) für „Unternehmensrecht“ keine „Eigensprache“, die in „Verfassungsrechtsprache“ (als „Fremdsprache“) zu verstehen ist (und umgekehrt). Für „Vermittlungen“ ist man auf Umwege („Medien“-Verfassungen) angewiesen.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 73, 261 – 23. 4. 1986 – „Barabgeltung für Hausbrandkohle im Sozialplan“) hat die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur „dynamischen Verweisung“ von Sozialplänen auf Tarifverträge gebilligt. Im Kern geht es um die Frage, ob Arbeitgeber trotz Ausscheidens aus einer Tarifpartei auch an historische (freilich kontextnahe) Änderungen in Tarifverträgen zu binden seien, wenn in Sozialplänen, denen die Arbeitgeber unterlägen, auf den Tarifvertrag verwiesen werde. Aufschlußreich an dieser Entscheidung ist die „abweichende Meinung“ des Richters Niebler. An ihr läßt sich die hier vorgestellte Frage beleuchten. NIEBLER: Es sei – mit Rücksicht auf die Legitimationskette zwischen Rechtsnorm und Normunterworfenem – eine „verfassungsrechtliche Frage, ob das BAG einen ausschließlich objektiven Auslegungsmaßstab anlegen dürfte“; es gehe nicht darum, Gerichten eine bestimmte Auslegungsmethode vorzuschreiben, sondern um ein von der Verfassung vorgegebenes Auslegungsziel (gemeint in casu: positive Feststellung, ob sich der betroffene Arbeitgeber künftigen Änderungen der tariflichen Regelung tatsächlich habe unterwerfen wollen und ob dieser Wille im Sozialplan zum Ausdruck gekommen sei). Die Mehrheit der Bundesverfassungsrichter führt die Zusatzverhandlungskosten (Tarifautonomie-Kosten an Zeit, Information und Ausdehnung) selbst ein, auf die sich redliche Parteien einlassen müßten (in zivilrechtlicher Sprache: Anpassung von Geschäftsgrundlagen an veränderte Umstände), hat sich freilich nicht mit dem Problem gequält, inwiefern solche Funktions-Erledigungen von Sozialplänen Verfassungsmaßstab seien. Richter Niebler führt seinerseits ein spezifisch zivilrechtliches Denken als Verfassungsmaßstab ein und kann dafür bei vielen Juristen („problemlos“!) Zustimmung finden, denen ohnehin gerade „rechtsverändernde Wölfe im Schafspelz der Rechtsanwendung“ (K. ADOMER) als die schlimmsten Ungeheuer erscheinen. Als Problem läßt sich festhalten: Welche methoden-theoretischen Maßstäbe können (warum?) als Verfassungs-Maßstäbe gelten, ohne die Eigengewichts-Maßstäbe der betroffenen Regelungsbereiche, die ihrerseits nicht ohne Verfas-

sungsrespekt entstehen und angewendet werden dürfen, zu verletzen? Die ernstlich kritischere Frage gilt mithin den Kontrollmaßstäben selbst.

### 3) „Rechtsfortbildung“ von Kontrollprinzipien für „Aufhebungen“

Die Frage in verallgemeinerter Fassung: Wie sehen „angemessene“ Maßstäbe, Foren, Verfahren für Kontrollen über Autonomie-Kompetenz-Rechtswahrmehmungen durch – fremdbestimmende, ihrerseits aber auch „autonome“ – Rechtswahrmehmungen aus? Betroffen sind nicht nur Kontrollen von Verfassungsgerichten über Fachgerichte, sondern auch Kontrollen z. B. von Gerichten über Behörden, Unternehmen, Verbände, Private, z. B. von Verbänden über Mitglieder, von Unternehmen über Gesellschafter (Mehr- und Minderheiten), von Privaten über Private.

Ein lehrreiches Muster aus der Rechtsprechung sind Kontrollen von Gewerkschaften über Mitglieder in Fällen vorgeworfener Verbandsschädigung. Auch hier Quadrat von Kreisen: Zu Gewerkschaften gehören schließlich opponierende Minderheiten, in Betriebsräten regieren nicht lediglich Gewerkschaften, in Unternehmen wird unterschiedliche Gewerkschaftsrepräsentanz unterschiedlich empfunden, „schwache“ („uneinheitliche“) Gewerkschaften lassen sich als „binnendemokratisch“, „friedliche“ Betriebsräte als „arbeitsgeberhörig“, jeder indirekte Verhaltensdruck schnell als Verletzung „negativer Koalitionsfreiheit“ stilisieren – und umgekehrt und erst recht vielfach anders verkehrt. Quis iudicabit? Die frühere Rechtsprechung hatte sich auf eine Mischung von Autonomie mit begrenzten Kontrollen (wenn korrekte Satzungsgrundlage, faires Verfahren, kein ordre-public-Verstoß, dann „Maßnahme“ zu billigen) und „Abwägung“ betroffener Rechtsverletzungen (vor allem Verbandsfreiheit versus Betriebsratsfreiheit) eingestellt. Hauptfolgen in der jüngeren Vergangenheit: Gerichte mußten materielle Kriterien von „Gewerkschaftsfeindlichkeit“ bilden. Das ist „politische Jurisprudenz“ at its worst (Gerichte loben oder verdammen z. B. „linke“ Betriebsräte, befreien Gewerkschaften von „ihren Feinden“ oder muten sie ihnen zu, kooperieren mit Unternehmen gegen Betriebsräte oder mit Betriebsräten gegen Unternehmen, alles unter großen und hehren Worten von Freiheit, Gerechtigkeit, Solidarität, Demokratie und Recht), freilich nicht vermeidbar nach den „Gesetzen“, die zugrunde liegen, genauer natürlich: nach den methoden-theoretischen Orientierungen. Das „Verfahren“ beruhte im Kern auf „altem“ Recht von freien Zwecken (autonomen Zielsetzungen) und gebundenen Mitteln (verbotenen Wegen). In der Rechtsfortbildung von „Ermessen“ und „unbestimmtem Rechtsbegriff“ hat es sich – allgemeiner und umfassender – bemerkbar gemacht, bis schließlich in Alternativen von Begründungs- und Begründbarkeitskontrollen summum ius summa iniuria wurde. Beanspruchte „Autonomie“ war eben nirgendwo schon Gewährleistung dezentralen und sektoralen „allgemeinen Wohles“, sondern ihrerseits Partei, der man Aktivitäten nur um den Preis „sachlich gerechtfertigter“ Maßstabsbildungen, offen gehaltenen Foren und eingehaltener Fairneß-Verfahren, kurzum: „relativer Unparteilichkeit“ und Verallgemeinerungsfähigkeit freigeben kann. In dem Maße, wie „besondere“ Zwecke eben nicht „frei“ sind, sondern ihrer „Vernet-

<sup>10</sup> Koalitionsfreiheit und Richterrecht, NJW 1987, S. 2465 ff.

zungen“ wegen und als Anteil „allgemeiner Zwecke“ vor Entbindungen allererst rechtlicher Bindungen bedürfen, braucht man, will man nicht im alten Elend „reiner“ Formalisierungen oder im neuen Elend „reiner“ Materialisierungen ständig zusätzliches Elend und Unrecht herstellen noch und gerade in der Absicht, es zu vermeiden, Zweck-Kontrollrecht oder grundsätzliche „Umänderung der Denkart“. Natürlich läßt sich diese Entwicklung genauer kennzeichnen. Hier muß es ausreichen, die längst begonnene Fortbildung von alten zu neuen Maßstäben in ihrem Kern wahrzunehmen: Jeweilige „Autonomie“ wird in sich, „als solche“ gerechtfertigt, wenn und weil sie den sich verändernden Maßstäben, Foren und Verfahren „denkend gehorcht“. Sie sind und bleiben im Streit, aber die Umstellung auf sie ist der „Paradigma“-Wechsel. Der Gesellschaftsrechtssensat des BGH (30.5.1983 – BGHZ 87, 377) hat in einem Gewerkschaftsfall gegen die bisherige Rechtsprechung die uneingeschränkte Überprüfung von „Tatsachenermittlung“ durchgesetzt. Ob die Entscheidung „rückschrittlich“ oder „fortschrittlich“ ist, steht hier nicht zur Debatte. Sie ist – zumindest tendenziell als Möglichkeitsbestimmung veränderter Verwirklichungsprozeduren – radikale Rechtsfortbildung. Denn nicht so sehr die beschworene Sorge vor „Vergerrichtung“ eines jeden Vorganges in x-beliebigen autonomen Gruppen wird voraussichtlich die zukünftigen Erfahrungsgen beherrschen als vielmehr die Möglichkeit von „externalisierter“ Kontrolle in Fällen nicht zu rechtfertigender „internalisierender“ Prozeduren. Wenn im Maße verbesserter Innenwelt-Aktivitäten wegen der – auf Kontrollen hin – gebilligten Maßstäbe, Foren, Verfahren die jeweilige Autonomie „im Recht“, „frei“ ist und bleibt, dann ändert sich gesellschaftliches Lernen en gros und en détail nicht durch Befehl und Gehorsam, nicht durch Vergerichtlichung und Verrechtlichung, sondern „systemisch“, „kommunikativ“, „ökonomisch“. Welche Qualitätsanforderungen, welche Herausforderungen, welche Begründungsaufgaben „Rechtsfortbildung“ hier treffen werden, lehrt jüngst die Boxberg-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (24.3.1987 – BVerfGE 74, 264). Zunächst wiederum: Kreis-Quadraturen! Gemeinden, Parlament und Regierung, Großunternehmen einigen sich struktur- und regionalpolitisch; das Unternehmen investiert und arrondiert; Bebauungs- und Flurbereinigungspläne finden unter höchstrichterlicher Zustimmung ihre Rechtskraft. Einige Bauern bleiben „zivil ungehorsam“. Sie bekommen Recht. „Soziale Solidarität“, „Strukturverbesserung für alle“ – ihre Möglichkeiten lassen sich verwirklichen, so das Bundesverfassungsgericht, „durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes“, wenn, und dieses Problemstück ist für Rechtsfortbildung vorrangig von Interesse, im Zusammenhang mit „Enteignungen“ einem Unternehmen eine dem Gemeinwohl dienende Aufgabe zugewiesen werde und sichergestellt sei, daß es (das Unternehmen) diesem Wohl auf Dauer dienen werde. Ein Wunder, wenn solche Kreis-Quadraturlänge? Solche gelingenden Wunder sind längst als „prozedurales“ Recht (auf die Bezeichnung kommt es nicht an) unterwegs: die Einrichtung und Ausübung von inhaltsrechtlich orientierter Verfahrensqualität reguliert eine – von Zukunftszeit und Zukunftswissen noch unberührte, aber mitbestimmbare – Implementation einer erst noch zu verwirklichenden Möglichkeits-Bestimmung, die auf nicht weniger zielt als eine – in stabiler Dauerveränderung – „autonome“ Wahrnehmung von jeweiligen Eigen-Interessen zu-

gleich als/für Allgemein-(Fremd-)Interesse, beides jenseits von „Markt“ wie von „Politik“, als „Rechts-Fortbildung“. Je mittelbarer, verschlungener, längerfristig die Verwirklichungs-Projekte, desto voraussetzungsvoller dafür die „Rechtsquellen“. Das Dreieck von Gemeinwohl, Opferschutz und Inthronisation spiegelt die moderne „Reziprozität“: Gemeinwohl – ähnlich übrigen „Unternehmensinteresse“ oder „Kindeswohl“ oder „Betriebsfrieden“ – verschlüsselt/selbstschlüsselt die Begründungs- und Anwendungskontexte von „Verhältnismäßigkeit“ und „Gleichheit“ unter/vor „Gesetzen“. Im Falle Boxberg hat das Bundesverfassungsgericht – kein Wunder angesichts derartiger Griffe nach den Rechtssternen – die aufgelegten Voraussetzungen nicht als schon erfüllt zu finden vermocht. Diese Voraussetzungen lassen sich präzisieren und abstrahieren. Präzisierung: Vorhandene Gesetze (in casu: Bau- und Flurbereinigungsgesetze) reichen nicht aus für die angemessenen und gleichen Rechtszuteilungen (sonst wären – ufer- und ausweglos – Enteignungen plausibel!); Abstraktionsgewinn: Recht-Fertigung von Struktur-Verbesserungen und Funktions-Sicherungen, kurzum: von Einrichtung und Ausübung „überragender öffentlicher Interessen“, haben es mit Begründungsaufgaben zu tun, von denen Beteiligte schnell und gern meinen, es gebe keinen praktikablen normativen Weg, ihnen zu genügen (das Bundesverfassungsgericht hat diesen Einwand nicht gelten lassen). Die Begründungsaufgabenebene siedelt, bildlich gesprochen, zwischen Grundgesetz und betreffbarer Unsumme von beteiligten Einzelgesetzen, welche ihrerseits jeweils nur partikuläre Regelungsbereiche decken, für die Kontext- und Kompatibilisierungsleistung deshalb ausscheiden. Zu fragen ist hier, ob und wie ein „Gesetz“ diese Begründungsleistung überhaupt erbringen könne (das Bundesverfassungsgericht hat die Verneinung der Frage nicht zugelassen). Ich frage (und halte die Bejahung für zulässig), ob nicht, wenn die konzentrierten Aktionsaufgaben sich bewegen, das Bundesverfassungsgericht – als Kontrollinstanz in eventum – auf ein Gesetz verzichten könnte/müßte, weil die Qualität der Rechtsproduktion wichtiger ist als die gesetzgeberische Quantität, geht es in der Sache doch gleichsam um „Dauerzweck-Dauerverwirklichungs-Prozeduren“ einer Wahrnehmung generalisierten Systemvertrauens als „Spiel“ unter identifizierbaren und kontrollierbaren Spiel-Regelungen und unter vorbehaltenen Extern-Kontrolle. Anders gedeutet: „Rechtsprechung“ gilt im Zweifel als unzuständig für Letztkontrollentscheidungen, aus Gründen, die traditionell in der Gewaltenteilung gefunden werden, heute aber in der „Produktion“ von Recht selbst zu verhandeln wären; sie kann sich indessen „zuständig machen“ durch die Qualität ihrer Recht-Fertigung – dann wird ihr voraussichtlich und auf möglichen Kontrollappell hin bescheinigt, sie habe sich an „Gesetz und Recht“ gehalten. In politischer Sprache ausgedrückt, war die Boxberg-Entscheidung eine Ohrfeige für unzureichend „vorsichtiges und rücksichtsvolles“ Handeln. Der allgemeine Ertrag der Boxberg-Entscheidung ist ähnlich groß wie jener der Mitbestimmungsentscheidung (BVerfGE 50, 290 – 1.3.1979): Die „vernünftige Begründung“, „regelt“ die „angemessene und gleiche Anwendung“ der Rechts-Prozedur, in der tradierte Konturen von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung verschwimmen, weil im Kern Gerichte – nicht anders als Verwaltungen und Gesetzgeber – kraft solcher (begründeten wie begründenden)

Vernunft zu „entscheiden“ haben, das heißt komplexe Sozialprobleme in selbstläufige Problemverarbeitungen und im möglichen Interesse unterschiedlicher Betroffenen zu „verändern“, fortzubilden haben. Hier ist jede wichtige Rechts-Entscheidung stabile Dauer-Veränderung von Recht, „Recht-Fertigung“, Sprachgebräuche wie „Rechtsetzung“, „Rechtsanwendung“, „Rechtsfortbildung“ werden immer fragwürdiger.

Inzwischen türmen sich Fragen natürlich zu Hauf. Einige vorsichtige und rücksichtsvolle Verallgemeinerungen lassen sich riskieren.

1) Wir treffen – sub verbo „Rechtsfortbildung“ – auf 2 Welten von Juristen, die sich über die obersten Orientierungs- und Kollisionsrechtsprinzipien streiten, und erst sekundär (als Folgeprobleme) auf staatsrechtliche Fragen von Gewaltenteilung, quellentheoretische Fragen von Rechtserzeugung. Im ganzen eine Art 2-Reiche-Rechtslehre, die wohl ein verlässliches Zeichen für größere paradigmatische Wechsel darstellt. In jüngerer Zeit hat U. WOLTER<sup>11</sup> minuziös herausgearbeitet, daß und wie eine solche 2-Reiche-Lehre den Paradigma-Wechsel zu Savignys Zeit entschied. Auch damals stritten weniger „Rechtsverhältnistheorie“ und „Statutentheorie“ als vielmehr zwei Reiche unterschiedlich orientierter und praktizierender Juristen mit unterschiedlichen Weltbildern, Verfügungsmaterien („Rechtsquellen“), Instrumentarien („Interpretation“), vor allem praktisch-politischen Aufgaben in ihrer Gegenwart und für ihre Zukunft. Einsichten in solche Rechtsfortbildungen sollten auch R. OGOREKS Untersuchungen fördern (deshalb die längeren Entnahmen). Also muß sich unser Interesse auf die „epochalen“ Einflußorientierungen richten.

2) An aktueller Rechtsprechung lassen sich deutliche Spuren von nicht so deutlichen Umorientierungen finden. Derartige Multivalenz verbirgt sich „rechtsdogmatisch“<sup>12</sup> hinter einer Mischung von „Methodologie“ und „Verfahren“. Unsere Rechtsdogmatik, hinter der längst nicht mehr einmütige Orientierungen stecken, ist in praxi von Durchgängen durch Regel-Ausnahme- und Abwägungs-Prozeduren übergegangen zu einer lautlosen Einspeicherung von „Programmen“, „Modellen“, „Recht-Fertigungen“, deren Gemengelage sich meist als „Verhältnismäßigkeit“ ausdrückt. Dieser Rechtsobergrundsatz ist dabei seitwärts inzwischen Rechtsobergrundsatz geworden: zu Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit/Proportionalität gesellen sich schon lange Zumutbarkeit und Üblichkeit, Struktur und Funktion, in jüngster Zeit lautlos „Autopoiese“, „praktische Vernunft“ und „Transaktionskosten“. Diese Rekombinationen gilt es „fortzubilden“.

3) Daß „Recht“, erst recht „Rechtsfortbildung“ soziale Probleme, gesellschaftliche Themen, Veränderungsdruck und Beharrungsvermögen nach Art von Schleusen öffnet und schließt („übersetzt“), ist trivial. Nicht so trivial ist wohl die Einsicht, daß unsere etwa 200 Jahre langen Bemühungen, die beiden historischen Erfahrungen „soziologischer Naturrechte“ (nämlich: Recht als Natur-System-Ordnung und Recht als Gesellschaft-Vernunft-Konstitution) im Vernunft-Subjekt selbst zu versöhnen, für gescheitert erklärt werden (müssen).

<sup>11</sup> *Ius canonicum in iure civili*, 1975.

<sup>12</sup> Für historisch-systematische Aufschlüsse unverzichtbar: M. HERBERGER, Dogmatik – Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, 1981.

Eine Hauptfolge ist die Krise des „subjektiven Rechts“. Für Rechtssubjekte, die weder – nach Art von Popularklagen – für jedes Geschehen „Kontrolle“ (von „Unrecht“) noch – nach Art von Schutzgesetzreflexen – für jedes Geschehen „Entschädigung“ (für „Unrecht“) als ihr „Recht“ beanspruchen können, sondern dafür „selbst, gegenwärtig, unmittelbar“ betroffen sein müssen, läßt sich nicht mehr eine angemessene Rechtsordnung zu früheren Bedingungen stiften und bewahren. Rechtserzeugung durch „subjektive Rechte“, deren Subjekte entschwinden, wird umgestellt „auf sich selbst“. „Rechtsfortbildung“ hat es dann stets und überall mit Ermittlungen, Feststellungen, Festsetzungen als Einheit zu tun. Rechtsprechung – gleich, ob als Gesetzes-Anwendung oder als Rechts-Fortbildung – bekommt es zu tun (nicht mehr) mit Tatsachen-Ermittlungen unter präzisierbaren Norm-Hypothesen (und das bedeutete in der Vergangenheit in Wahrheit: Freiheitsausübung unter allgemeinen und formalen Verbotregeln), sondern Bestimmungen jeweiliger – und noch „unbestimmter“ – Einheiten „normativen“ und „sozialen“ Problemmaterials unter Rechtsgrundsatzperspektiven, die ihrerseits unter Legitimationszwängen stehen. Das ist Unabhängigkeit von Abhängigkeit wie Abhängigkeit von Unabhängigkeit als Bestimmbarkeit von/in Urteilen, die weder zufällig noch notwendig sind. „Objektive Möglichkeiten“ drängen sich auch hier für Rechtskategorienbildungen auf. Ihne muß unser Fortbildungs-Interesse gelten.

## Berichte und Fragen IV

Zwei Sorten Recht, zwei Reiche Juristen – alle für Gesetz und Recht, „Faktor X“ stets als das eingeschlossene ausgeschlossene Dritte: das Problem kann blasse, verborgene „Theorie“ bleiben, solange „Gesetze“ jene Maßstäbe „der praktischen Vernunft“ und der „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ verkörpern, welche machtbewehrtes generalisiertes Systemvertrauen in die gesellschaftlichen Institutionen tragfähig halten. Kluge Konservative (z. B. C. SCHMIDT, E. FORSTHOFF) sind nie müde geworden, darauf zu bestehen, daß diese „Rechtslage“ nur bis 1918 existiert habe.

Nach dem 2. Weltkrieg war die Renaissance von Naturrecht – wie im Sprichwort der zu hohe Himmel und der zu entfernte Zar – nicht in stande, für Rechtsdogmatik und Rechtsmethodologie zu sorgen. Als sich dann Theologie- und Metaphysik-Befreiungen schließlich zu Lehren „juristischer Methode als solcher“ fortgebildet hatten, war diese – wie im Märchen der Kaiser – nackt und bloß, wie jede „Methodologie als Erkenntnistheorie“ unfähig, auf sich selbst und zugleich über sich hinaus zu verweisen. Erst innerhalb einer dritten und anhaltenden Fortbildungswelle wird das Rätsel, das Paradoxon, das Dilemma Recht selbst wieder als Thema begriffen und behandelt, mit unterschiedlichen „Aufhebungen“ des „Faktors X“. Daß das Rechtsparadoxon einer Geltungsbegründung von Recht durch Recht nicht mehr lediglich als Mythos, Legende, Heuristik, Metapher behandelt wird, ist vor allem den radikalisierenden „Konstruktivismus“-Alternativen zu verdanken, die sich von allen früheren Zwei-Regel-Rechts-Welten – gleich, welcher „Konstitution“ – abheben. Drei große Theorie-Strömungen rivalisieren hier und heute: Systemsoziologie,

Kritische Philosophie und Politische Ökonomie. Der Sprachgebrauch ist un-scharf. Denn alle kümmern sich selbstverständlich um System, Kritik und Politik und sind soziologisch, philosophisch und ökonomisch. Sie lassen sich selbst-verständlich auch nicht in Kürze angemessen darstellen. Aber ihre verschieden-artigen Springpunkte und Quintessenzen sind gut zu markieren. Sie interessieren hier vor allem in ihren Zugriffen auf „Recht als Recht“ (als Einheit oder Differenz von „Recht und Nichtrecht“) und natürlich konkreter: auf Rechts-sprechung, auf Rechtsfortbildung. Systemtheorie ist längst ihrerseits auf einer Fortbildungsstufe angelangt: Nach Ersetzung von Kausalität durch Funktionalität und nach allgemeineren Differenzierungen von Innen-Außen, Struktur-Funktion, Transformations-Medien ist ihr Schlüsselbegriff heute die *Autopoiese*, Selbstreferenz als Autonomie, System als Subjektmachfolge. Kritische Philosophie ist ebenfalls fortgebildet worden: Nach Ersetzung der dialektischen Analytik eines Verhältnisses von Produktivkraftständen und Produktionsver-hältnissen durch Verhältnisbestimmungen von Arbeit, Interaktion und Politik ist ihr Schlüsselbegriff heute „Lebenswelt und System“, Einheit von Rationali-sierung materieller Reproduktion und von Rationalität symbolischer Reproduk-tion. Auch die politische Ökonomie hat ihre Entwicklungsstufen fortgebildet: Zu einem kategorialen Grunddreieck von Nutzenstreben, Informationssystemen und sozialen Institutionen werden die lange vernachlässigten (weil „Preis-theorien“ statisch „vorausgesetzten“) Informationssysteme und Institutionen von Invariablen auf Variablen umgestellt zu einem allgemeinen Gesamtsystem von institutionalisierten Handlungs- und Entscheidungs-Berechtigungen über („Rechte“ als) „Güter“. Im Kern hat es *systemisches Denken*, jetzt auf „Recht“ bezogen, mit einer Leitdifferenz von Rechtscodes und Rechtspro-grammen (gemeint: mit einer festen, aber offen-geschlossen, gleichwohl beweg-lichen) obersten Führungsorientierung einerseits und mit flexiblen, aber trotz-„beliebiger Bestimmtheit“ nicht „beliebig bestimmbar“ institutionell-organi-satorischen Entscheidungen andererseits zu tun, entsprechend *philosophisches Denken* mit einer normativen praktischen Vernunft, die unverrückbare und unverzichtbare Prozedur-Prinzipien in Anwendungs-Diskursen zur Geltung kommen läßt, schließlich *ökonomisches Denken* mit Leitentscheidungsverfah-ren, welche – in „richtig“ eingerichteten Institutionen – die Richtlinien-Optio-nen durch erfolgreiche „Unternehmungen“ durchsetzen. Im folgenden werden aufschlußreichere Informationen nicht fortgesetzt, sondern abgebrochen und als möglich unterstellt<sup>13</sup>.

13 Für *systemisches Denken* in 1. Reihe N. LUHMANN'S magna opera: Gesellschaftsstruktur und Semantik, 2 Bände, 1980, 1981, Soziale Systeme, 1984; ferner: Die Codierung des Rechtssy-stems, Rechtstheorie 1987, S. 171 ff.; Autopoiesis als soziologischer Begriff, in: H. Haferkamp/M. Schmid (Hrsg.), Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung, 1987, S. 307 ff.; Tautolo-gie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft, ZfSoz 1987, S. 181 ff.; einschlägig auch „Theorie als Passion“ – Festschrift für Niklas Luhmann, 1987; inzwi-schen gibt es auch eine „Einführung in Luhmann“: G. KISS, Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie, 1986; neben Luhmann ragen in der Jurisprudenz heraus H. WILKE (zuletzt: Strategie der Intervention in autonome Systeme, Festschrift Luhmann, 1987, S. 333 ff.) und vor allem G. TEUBNER, zuletzt: Hyperzyklus in Recht und Organisation – Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese, in: H. Haferkamp/M. Schmid (Hrsg.), Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung, 1987, S. 89 ff.; Episo-

Die Veränderungen von Rechtsproduktivität in/durch „Rechtsprechung“, vor allem durch „richterliche Rechtsfortbildung“ sind nicht aus einem Guß, auch nicht ausschließlich von einer Großtheorie bestimmbar, nicht einmal eindeutig von einer solchen Theorie her interpretierbar – kein Wunder: sonst hätte Recht-sprechung nicht Stile, Niveaus und Kapazitäten aufzuweisen, die hohe und wachsende „Unbestimmtheit von Recht“ spiegeln. Ganz sicherlich sind die Änderungen „revolutionär“ (und das nicht nur im Sinne Th. Kuhns), auf „Sy-stem-Wechsel“ angelegt (ganz gleich, in welcher Theorien-Sprache begriffen), aber bislang nicht das Thema, daß sie längst „sind“. Wiederum: Hier geht es nicht um Durchsetzung bestimmter Theorien oder Theorie-Stücke oder um Ent-deckung der ungleich verteilten Lose für „Rechtssprechung“ (nicht als „Rechtlos“-Sprechung, sondern als Recht-„Lossprechung“). Natürlich hat je-der, habe auch ich Präferenzen, natürlich sind „siegreichere“ Theorien alleror-ten und allerzeiten siegreicher. Es wäre hingegen viel gewonnen, wenn verallge-meinerungsfähige, zu bündelnde Maßstabs-Stücke folgenreich, fair, „verständ-liche Zungenschläge als unzivilisiert, als unkultiviert, als unangemessen je-denfalls für ein dringlich erforderliches *Streit-Kultur-Recht* gelten müßten, zu-mindest als Reflexivität. Die christliche Tradition hat den reflexiven Weg als Bußetun (Metanoia, Umdenken, Umkehr) gekennzeichnet, die aufklärerische Philosophietradition (in der Formulierung I. Kants) als Umänderung der Denk-art; die neuere Wissenschaftstheorie, die zugleich philosophisch, historisch und soziologisch orientiert ist, spricht von Paradigma-Wechsel. Für eine so vielleicht zu gewinnende Qualität von Auseinandersetzung, von „Rechtsfortbildung“ gäbe es genug zu tun.

1) Z. B. wäre das umstrittene Weiterbeschäftigungsrecht als Problem zu würdi-gen, ob und wie ein „Code“ eingeführt oder gebrochen, ein Entscheidungsver-fahren auf sich selbst angewendet, ein Unverfügbarkeitsmoment nicht als dispo-sitiv behandelt zu werden verdient.

2) Z. B. wäre die Kontrolle von Unternehmens-, Verbands-, Privatentschei-dungen durch Gerichte – entsprechend die Kontrolle von Gerichten durch Obergerichte, von obersten Fachgerichten durch Verfassungsgerichte – als ein Problem zu würdigen, ob und wie „Autonomie“ als Selbst-Bestimmung ernst genommen und gleichwohl unerläßliche Externalisierung (Kontrolle) nicht als

denverknüpfung – Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht, Festschrift Luhmann, 1987, S. 423 ff. (diese beiden Rechts-„Modernismen“ (Hyperzyklus und Episodenverknüpfung) fin-den sich oben S. 4 eingeschmuggelt!); LUHMANN, TEUBNER, WILKE (und viele andere) jetzt auch in: G. Teubner (Hrsg.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, 1988; kritische Diskussion der Entwicklung jetzt bei R. FREY, Vom Subjekt zur Selbstreferenz – Rechtstheore-tische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie, jur. Diss. Ffm, 1988; für *philoso-phisches Denken* in 1. Reihe J. HABERMAS: Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bände, 1981; Der philosophische Diskurs der Moderne, 1985; „Rechtswissenschaftlich“ aufschlußreich-jüngst: Wie ist Legitimation durch Legalität möglich?, KJ 1987, S. 1 ff.; sehr informativ und weiterführend: K. GÖNTERB, Anwendungsdiskurse – Eine Untersuchung zum Problem der An-wendung in kognitivistischen Theorien des Rechts und der Moral, jur. Diss. Ffm, 1987; für *ökonomisches Denken* in 1. Reihe jetzt (neben H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomi-schen Analyse des Zivilrechts, 1986): P. BEHRENS, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986.

Fremd-Bestimmung, sondern als mögliche Hilfe in Lagen unmöglicher Selbsthilfe tauglich werden kann, nicht unähnlich „Beratungs“-Hilfen und „Verträglichkeits“-Stiftungen außerhalb von Recht. Dann wären z. B. auch „Gesetz“ nicht staatsrechtlich als Parlamentsvorbehalt, „Recht“ nicht als Korrektiv aus ewigen Jagdgründen, sondern beide je auf ihre Weise als solche „Externalisierungen“ von/für Rechtsfortbildungen begriffbar.

3) Z. B. wären dann „subjektive Rechte“ weder als Reflexe infrastruktureller Sozialgesamtwirtschaft noch als archimedische Robinson-Eilande zu würdigen, sondern als „ungerechtfertigte“ Betroffenheits- und Beteiligungs-„Sonderopfer“.

4) Z. B. wäre dann nicht so wichtig, ob ein Tennisplatz, ein Kuppelofen, ein Kraftwerk vor Verwaltungsgerichten oder vor Zivilgerichten auf sein „Existenz-Recht“ hin gewürdigt wird, sondern ob „Nachbar“- oder „Wettbewerbs“- oder „Risiko“-Recht (letztlich „Hoffnungs“- oder „Angst“-Recht) die Rechtsmaßstabsfortbildung mitbestimmen. Immerhin zielen alle großen Theorieprojekte im Kern auf geänderte, verbesserte „Institutionalisierung“ von „Verfahren“ vernünftiger (positiver und richtiger) allgemeiner Willens- und Entscheidungsbildungen.

5) Anstelle einer – nicht endlosen, aber „unbestimmten“ – Fortsetzung: Z. B. würde dann „Recht-Fertigung“ (und „fertigen“ hieß einst, als die Sprache noch schön und klar war, „zur Fahrt bereit sein“ wie auch „festigen“) die Rechtsfortbildung, wie im Thema angelegt, reflexiv aufheben: Rechts-Fortbildung als *Rechts-„Wegbildung“* (ihrer evolutionären Fehlentwicklungen), als *„Rechts-Umbildung“* (ihres unverzichtbaren „Proprium“), als *Rechts-„Fortbildung“* (von uns Juristen selbst). Daß Rechtsfortbildung ein Recht auf solche Rechtsfortbildung habe – darin stimmen alle zeitgenössischen Großtheorien überein. Das jedenfalls ist – nach allen Berichten – keine Frage mehr. Juristenherz, was willst Du mehr?

## Jörg Berkemann Rechtsfortbildung – Aspekte tatsächlichen Richterverhaltens

### Übersicht

- |   |  |
|---|--|
| I. Perspektivwechsel  | 2. Bundesverfassungsgericht                          |
| II. Rechtsfortbildung als Teil des richterlichen Arbeitsspektrums | III. Rechtsfortbildung als Aufgabe einer Kleingruppe |
| 1. Anlaß zu richterlicher Rechtsfortbildung                       | 1. Gutächtertätigkeit des Berichterstatters          |
| a) Formale Rechtungswiðheit                                       | 2. Beratung und Entscheidung des Kollegiums          |
| aa) Interpretatorische Rechtungswiðheit                           | 3. Exkurs: Anpassung                                 |
| bb) Richterliche Rechtungswiðheit                                 | 4. Begründungsphase                                  |
| b) Mißbilligte Normanweisung                                      |  |
| c) „Verweigerte“ Rechtsfortbildung                                |  |
| d) Zurücknahme oder Änderung                                      | früherer Rechtsfortbildung                           |

### I. Perspektivwechsel

Die verfassungsrechtliche Ausgangslage, wie sie Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG umschreiben, ist schlicht. Richterliche Entscheidungen stehen unter dem verfassungsrechtlichen Gebot, in ihren Ergebnissen inhaltlich determiniert zu sein. Als Grundlage dient die Norm, die zugleich die parlamentarische Prärogative ausdrücken soll. Nur in der Feststellung des maßgeblichen, zugleich summariv aufzubereitenden Sachverhaltes besteht eine beabsichtigte Offenheit. Aber auch dies soll möglichst regelgeleitet sein, um den stets als verdächtig geltenden subjektiven Anteil des Richters gering zu halten und Gleichbehandlung zu gewährleisten.<sup>1</sup> Daß dieses verkürzt beschriebene Modell judizieller Bindung nur in Teilbereichen erfüllbar ist, gehört inzwischen zum festgestellten Bestand der rechtswissenschaftlichen Methodologie.<sup>2</sup>

In diesem Bild eines statisch verstandenen Normvollzuges gilt die richterliche Rechtsfortbildung als Ausnahme. Über sie wird zumeist nur in bezug auf ihre normativen Grenzen kritisch nachgedacht.<sup>3</sup> Die neuerlichen Anstrengungen des

<sup>1</sup> Vgl. beispielhaft H. RÜSSMANN, in AK-ZPO § 286; E. SCHNEIDER, Beweis und Beweiswürdigung, 4. Aufl. 1987.

<sup>2</sup> Vgl. F. BYLINSKI, Juristische Methodenlehre (1982) S. 381 ff.; H.-J. KOCH (H. RÜSSMANN, Juristische Begründungslehre (1982) S. 163 ff.

<sup>3</sup> Vgl. etwa Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, FS Univ.-Verst. Heidelberg (1986).