

## Richterrecht und Grundgesetz

Von Universitätsprofessor Dr. Christoph Gusy, Mainz \*

**Die Existenz des Phänomens „Richterrecht“ ist unübersehbar. Ebenso auffällig ist aber auch, daß seine Berechtigung und seine Grenzen alles andere als geklärt sind. Der Beitrag versucht eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Fragestellungen.**

### I. Fragestellungen: Richterrecht als Rechtsquelle?

Die Frage nach dem Richterrecht wird auch in neuerer Zeit als „existentielles Problem der gesamten Rechtsordnung, genauer gesagt: der Rechtswissenschaft“ bezeichnet<sup>1</sup>. Die Dringlichkeit des Problems schließt aber offenbar nicht aus, daß die anzutreffenden Lösungsversuche völlig divergieren. Während überwiegend Existenz und Berechtigung des Richterrechts als eigenständige Rechtsquelle anerkannt werden<sup>2</sup>, wird genau dies von renommierten Seiten bestritten: „Was ‚Richterrecht‘ genannt wird, ist dort, wo es gerechtfertigt werden kann, Bestandteil normaler Rechtsarbeit und nicht eigenständig.“<sup>3</sup> In der Diskussion um die jener Kontroverse zugrundeliegenden Fragen lassen sich drei unterschiedliche, voneinander zu trennende Problemzonen abschichten:

(1) *Gibt es überhaupt einen Bedarf nach Richterrecht?* Diese – gegenwärtig weitgehend unumstrittene – Diskussionsebene erörtert die Vollständigkeit bzw. Unvollständigkeit des Gesetzesrechts; also die Frage, ob die Gesetze lückenhaft sind oder nicht. Dabei handelt es sich zentral um eine methodologische Fragestellung (dazu II).

(2) *Wann sind gerade die Gerichte zuständig, auftretende Lücken zu schließen?* Auf dieser Diskussionsebene wird insbesondere die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und den aus dem GG folgenden Grenzen des Richterrechts erörtert. Hier geht es zentral um die Kompetenzverteilung zwischen unterschiedlichen Zweigen der Staatsgewalt und damit um die Frage nach der Gewaltenteilung. Das Problem ist also verfassungsdogmatischer Art (dazu III).

(3) *Warum gelten (Teile von) Gerichtsentscheidungen, die sich auf einen Einzelfall beziehen, über diesen Fall hinaus als Rechtsquellen?* Hier entsteht das eigentliche Begründungsproblem des Richterrechts, nämlich dasjenige nach der Verallgemeinerbarkeit (einzelner Teile) gerichtlicher Entscheidungen und deren rechtlicher Geltung in anderen als dem entschiedenen Einzelfall. Die Fragestellung ist also rechtsquellentheoretischer Art (dazu IV).

### II. Der Bedarf nach richterlicher Lückenfüllung

Der Bedarf nach Richterrecht wird regelmäßig gleichgesetzt mit dem Bedarf nach richterlicher Lückenfüllung. Ein derartiger Bedarf soll bestehen, wenn die Rechtsordnung lückenhaft ist und diese Lücken der Schließung bedürfen. Daß sowohl die einzelnen Gesetze als auch die Rechtsordnung insgesamt – verstanden als die Summe der Gesetze – lückenhaft sind, ist gegenwärtig unbestritten. Soll das Gesetz allgemein sein und nicht nur für den Einzelfall gelten (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG), so kann es nicht jede Besonderheit jedes Einzelfalles regeln. Angesichts der Allgemeinheit des Gesetzes und der Besonderheit des Einzelfalles entstehen notwendig Lücken, die gefüllt werden müssen. Da deren Schließung nicht im Prozeß der – allgemeinen – Rechtssetzung geschehen kann, muß sie in demjenigen der Rechtsanwendung vorgenommen werden. Und sie muß durch die für die Rechtsanwendung vorgesehenen Organe, die Exekutive und eben die Justiz, geschehen.

Daß die Gesetze Lücken aufweisen, ist gegenwärtig Konsens und unabhängig vom methodologischen Standpunkt der einzelnen Autoren<sup>4</sup>. Er ist insbesondere kein

\* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Professor für Staatslehre und Öffentliches Recht an der Universität Mainz. Der Beitrag ist Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard Hoffmann zum 21. 6. 1992 gewidmet.

1 Fritz Ossenbühl, in: Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1991, § 7 VIII.  
2 Überblick bei Fritz Bydliniski, JZ 1985, S. 149; Ossenbühl, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988; *dems.*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, 1988, § 61 Rn. 35; Eduard Picker, JZ 1988, S. 1; 62; 153; Horst Sendler, DVBl. 1988, S. 828.  
3 Friedrich Müller, Richterrecht, 1986, S. 126 u. pass.; *dems.*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschr. der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1986, S. 65, 84; ähnlich auch Picker (Anm. 2), S. 153 ff., 163.

4 Zum Lückenphänomen eingehend Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1984; Ulrich Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, 1989, S. 213 ff.

Sondergut der nicht-positivistischen Richtungen mehr. Im Gegenteil: Unter den namhaften Positivistinnen, welche dem öffentlichen Recht nahestanden, hat nur *Paul Laband* an der These von der Lückenlosigkeit und Geschlossenheit der Rechtsordnung festgehalten<sup>5</sup>. Alle anderen Hauptvertreter dieser Richtung gingen und gehen - wie die übrigen methodologischen Ansätze - von der Existenz von Lücken in Gesetzen wie der Rechtsordnung insgesamt aus<sup>6</sup>. Eine davon zu unterscheidende Frage ist diejenige, wo einzelne Gesetze solche Lücken zeigen. Diese Frage läßt sich nicht generell, sondern nur für die je einzelnen Institute, Normen oder Rechtsbegriffe aufzeigen<sup>7</sup>. Hier ist der jeweilige Grad an Lückenhaftigkeit Ergebnis der Auslegung der einzelnen Normen.

Diesen allgemeinen Konsens hat das Bundesverfassungsgericht so festgehalten: „Die 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 dem Text der geschriebenen Gesetze 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.“<sup>8</sup> Diese Passage enthält eine unbestrittene Prämisse und eine ebenso unstrittige Konsequenz:

- Die Prämisse der Unvollständigkeit und damit Lückenhaftigkeit der Gesetze einerseits, welche bestimmte Wertvorstellungen eben „nicht oder nur unvollkommen“ zum Ausdruck bringen;
- und die Konsequenz von der gestaltenden Tätigkeit der Gerichte: Ist nicht alles, was sie tun, schon vollständig im Gesetz angelegt, so können sie die Lösung des Falles aus dem angewandten Recht nicht vollständig deduzieren.

*Rechtsanwendung ist demnach nicht Entscheidung durch Nachvollzug des schon gesetzlich Vorentschiedenen, sondern Entscheidung trotz unvollständiger richterlicher Determination.* Dieser Befund ist aber noch keineswegs eine Ermächtigung an die 3. Gewalt zur Setzung von Richterrecht. Vielmehr besagt er bis hierher nur: Was der Gesetzgeber in seiner abstrakt-generellen Norm offenließ, darf und muß der Rechtsanwender im konkret-individuellen Einzelfall bei Bedarf entscheiden. Diese Aufgabenverteilung legt ein Modell der Arbeitsteilung nahe: Gesetzgebung ist Sozialgestaltung durch Abstrahierung; Rechtsanwendung - und damit auch Rechtsprechung - ist Sozialgestaltung durch Konkretisierung. Entsprechend wäre dann zu unterscheiden zwischen Gesetzesrecht als abstrakter Norm und Richterrecht als

konkreter Norm. Im Idealfall wäre dann die Einzelfallentscheidung das Richterrecht: „Richterrecht“ in seiner Gesamtheit wäre nichts anderes als die Summe der ergangenen Einzelfallentscheidungen. Charakteristikum dieses Richterrechts wäre das Fehlen von Elementen, welche über die Einzelentscheidung hinausweisen.

Gerade dies ist jedoch regelmäßig nicht gemeint, wenn vom „Richterrecht“ gesprochen wird. Mit diesem Begriff werden stets Elemente gerichtlicher Entscheidungen benannt, welche sich gerade nicht in der Einzelfallentscheidung erschöpfen, sondern vielmehr über sie hinausweisen und eine Geltung auch für andere Fälle beanspruchen. Schon diese einfache Erwägung zeigt: *Richterrecht ist mehr als konkretisierende Lückenfüllung im Einzelfall.* Damit ist die Ermächtigung zur konkretisierenden Lückenfüllung auch noch nicht mit der Ermächtigung zur Setzung von Richterrecht identisch. Im folgenden wird demnach zunächst danach gefragt, wo die Rechtsprechung zur Lückenfüllung berechtigt ist (dazu III); und sodann, wann und wie diese Lückenfüllung Richterrecht hervorbringen kann (dazu IV).

### III. Rechtliche Grenzen richterlicher Lückenfüllung

#### 1. Grundlagen

Die Frage, ob und wann gerade die Dritte Gewalt zur Lückenfüllung berechtigt ist, richtet sich an die Ausgestaltung der Gewaltenteilung durch das GG. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ordnet diesbezüglich zwar an, daß die Staatsgewalt von je besonderen Organen wahrgenommen werden soll. Demgegenüber enthält er sich nahezu jeder Aussage darüber, welche Aufgaben den einzelnen Gewalten zukommen sollen. Weder die Idee der Gewaltenteilung als solche noch Art. 20 GG enthalten demnach eine bestimmte Funktionenordnung, welche den Zuständigkeitsbereich der einzelnen Zweige der Staatsgewalt auch nur annäherungsweise umreißen würde<sup>9</sup>. Die Frage, welcher Zweig für welche Aufgabe zuständig ist, ist nach Art. 20 Abs. 2 GG klärungsbedürftig, aber nicht geklärt.

Maßgeblich hierfür sind die übrigen Normen des Grundgesetzes und das sonstige verfassungsgemäße Recht<sup>10</sup>. Hierzu wird gegenwärtig unterschieden zwischen dem Zugriffsbereich und dem Vorbehaltsbereich der einzelnen Zweige. Der *Vorbehaltsbereich* umreißt denjenigen Anteil an der Staatsgewalt, der einem Zweig durch das GG mindestens zugewiesen ist; also denjenigen Bereich, den er nur selbst und unter Ausschluß der anderen Zweige wahrnehmen darf. Er ist der Minimal-, der Kernbereich jeder der Gewalten. Hingegen umreißt der *Zugriffsbereich* den Maximalumfang der Aufgaben einer Gewalt; also die Summe derjenigen Aufgaben, welche

<sup>5</sup> *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 5. Aufl. 1911, S. VIII ff.; Überblick bei *Christoph Gusy*, ÖZöR 1984, S. 81, 83 ff.

<sup>6</sup> In der neueren verfassungstheoretischen Literatur wird positivistischen Richtungen denn auch weniger das Lückenlosigkeitsdogma als vielmehr dessen Gegenteil, nämlich ein zu weites Abgehen davon, entgegengestellt. S. *Martin Morlock*, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 105 ff., insbes. S. 107 f.

<sup>7</sup> Beispiele bei *Christoph Gusy*, JöR 1984, S. 105, 120 ff.

<sup>8</sup> BVerfGE 34, 269 (287); s. a. BVerfG, NJW 1991, S. 2549, 2550.

<sup>9</sup> Näher hierzu *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1991, Rn. 476 ff., 500 f.

<sup>10</sup> Zum folgenden näher *Dieter Grimm*, JZ 1975, S. 700; *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 117 ff.; *Gerhard Zimmer*, Funktion, Kompetenz, Legitimation, 1979, S. 103 ff.; *Rolf Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 82 ff.

ein Zweig ohne Eingriff in die Kompetenzen der anderen höchstens wahrnehmen darf. Der Zugriffsbereich jeder Staatsgewalt wird durch den Vorbehaltsbereich der anderen Gewalten begrenzt. In dem weiten Feld zwischen Vorbehalts- und Zugriffsbereich ist der Gesetzgeber zur Ausgestaltung der Kompetenzordnung berechtigt und verpflichtet, solange und soweit er den Kernbereich der Gewaltenteilung wie der einzelnen Staatsgewalten unangetastet läßt<sup>11</sup>.

Hinsichtlich der Dritten Gewalt hat das Bundesverfassungsgericht ein „materielles Verständnis des Rechtsprechungsbegriffes“ zugrunde gelegt<sup>12</sup>. Dessen Elemente hat es bislang allerdings nur ansatzweise ausgeführt. Sie dürften aber nicht allzuweit von der Formel entfernt sein, wonach die Rechtsprechung charakterisiert ist durch „die Aufgabe autoritativer und damit verbindlicher, verselbständigter Entscheidung in Fällen bestrittenen oder verletzten Rechts in einem besonderen Verfahren“<sup>13</sup>. Diese Aufgabe impliziert einerseits die Wahrung, Feststellung und Konkretisierung des Rechts; trägt aber andererseits zur Abgrenzung der Zuständigkeiten gegenüber Legislative und Exekutive wenig bei. Wann nämlich, so müßte die Fragestellung insoweit lauten, ist es nach dem Grundgesetz notwendig, gerade eine autoritative, verselbständigte Entscheidung in einem besonderen Verfahren herbeizuführen? Dies ergibt sich nicht aus dem Begriff der Rechtsprechung, sondern aus einer komplexeren Betrachtung der Normen des Grundgesetzes<sup>14</sup>.

## 2. Rechtsprechung intra legem

Rechtsprechung intra legem bezeichnet hier die Aufgabe der Gerichte, anwendbares, sie bindendes Recht (Art. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG) im Einzelfall anzuwenden. Sie ist das Alltagsgeschäft aller Gerichte: Wer einen abstrakten Rechtsbegriff auf einen konkreten Fall anwenden will und nach seiner „Bedeutung“ in diesem Fall fragt; wer einen unbestimmten Rechtsbegriff operationalisierbar macht oder Regeln für die Ausübung eines bestimmten, gesetzlich eingeräumten Ermessens aufstellt, wendet Recht an. Intra legem findet diese Operation statt, soweit sie im Rahmen des Tatbestands der angewandten Norm geschieht, also der zu entscheidende Einzelfall begründungsmäßig auf das angewandte Recht zurückgeführt werden kann.

Die umschriebene Aufgabe ist den Gerichten vom Grundgesetz aufgegeben. Die Anwendung des abstrakten Gesetzes auf den konkreten Fall setzt Feststellungen darüber voraus, daß das Gesetz für den Einzelfall Rechtsfolgenanordnungen enthält; und sie bedingt Feststellungen darüber, welche Rechtsfolgenanordnungen dies sein sollen. Beide Feststellungen bedingen, daß aus den abstrakten Gesetzesaussagen konkrete Fallaussagen hergeleitet werden. Ein derartiger Vorgang soll hier als „Konkretisierung“ bezeichnet werden. Sind demnach die Gerichte dazu berufen, in Einzelfällen (Art. 92; 19

Abs. 4 GG) in Bindung an das gesetzte Recht (Art. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG) zu entscheiden, so impliziert diese Rechtsanwendungspflicht notwendig die Konkretisierungspflicht<sup>15</sup>. Sie ist den Gerichten vom Grundgesetz und den Gesetzen demnach nicht vorenthalten, sondern vielmehr aufgegeben: Die Konkretisierungskompetenz zählt zu den Grundfunktionen, zum Vorbehaltsbereich der Justiz.

Die genannte Kompetenz kann intra legem nicht mit den Zuständigkeiten der ersten Gewalt in Kollision treten. Denn ein Handeln nach dem Gesetz ist den Gerichten vom GG gerade vorgeschrieben. Damit verstoßen sie gegen keinen Auftrag des GG; sie erfüllen ihn vielmehr. Kollisionen können höchstens auftreten im Verhältnis zur Exekutive, der gleichfalls ein Rechtsanwendungs- und damit Konkretisierungsauftrag zukommt<sup>16</sup>. Auch im Verhältnis zu ihr gilt der allgemeine Satz: *Der Kompetenzbereich der Gerichte kann höchstens bis zur Grenze des Kernbereichs der Vollziehung reichen*. Auch insoweit ist der Zugriffsbereich der einen Gewalt durch den Vorbehaltsbereich der anderen begrenzt<sup>17</sup>.

## 3. Rechtsprechung praeter legem

Rechtsprechung praeter legem bezeichnet die rechtsprechende Tätigkeit außerhalb des Anwendungsbereichs der sie bindenden Normen, also in Fällen, auf welche keine Rechtsnorm tatbestandlich anwendbar ist. Solche Rechtsprechungstätigkeit stellt eine *richterliche Abweichung von der gesetzlichen Tatbestandsfassung* dar. Sie findet sich etwa, wenn ein Gericht bei fehlendem Gesetz eine Entscheidungsgrundlage selbst bildet<sup>18</sup>; oder wenn das Gericht eine nicht anwendbare Norm im Wege der Analogie anwendet<sup>19</sup>. Ihr Unterschied gegenüber der Gesetzesanwendung besteht ungeachtet des Umstands, daß in Einzelfällen Auslegung und Analogie kaum abgrenzbar sind<sup>20</sup>. Der prinzipielle, wenn auch nicht immer einfach zu treffende Unterschied zwischen beiden folgt vielmehr aus Art. 20 Abs. 3 GG: Der in diesem angeordnete Vorrang des Gesetzes setzt voraus, daß im Einzelfall ein Gesetz anwendbar ist. Ist dies der Fall, so sind Behörden und Gerichte daran gebunden. Ist dies hingegen nicht der Fall, so ist Art. 20 Abs. 3 GG nicht anwendbar, eine Gesetzesbindung also nicht vorhanden. Der Unterschied zwischen der Rechtsprechung intra legem und derjenigen praeter legem liegt also in ihrer unterschiedlichen Rechtsbindung. Ist die Bindung verschieden, so bedingt dies gleichzeitig die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen beiden Fallgruppen.

11 BVerfGE 9, 268 (279 f.); 76, 106.

12 BVerfGE 22, 74 f.

13 Hesse (Anm. 9), Rn. 548.

14 Die folgende Darstellung erfaßt nur einzelne, nicht hingegen alle Elemente der Grenzen von Richterrecht. Umfassender Jörn Ipsen, DVBl. 1984, S. 1102.

15 Paul Kirchhof, in: Richterliche Rechtsfortbildung (Anm. 3), S. 11, 16 ff.; Horst Sendler, DVBl. 1988, S. 828, 832 ff.

16 Dazu näher Gusy, DVBl. 1987, S. 497; ders., DÖV 1990, S. 537 ff.

17 Dazu schon o. II 1.

18 Dies kann etwa der Fall sein, wenn das Gericht aus allgemeinen Rechtsprinzipien eine Entscheidungsnorm bildet.

19 Dazu jüngst BVerfG, JZ 1990, S. 811, m. Anm. Gerd Roellecke.

20 Überblick bei Volker Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 113 ff.; dems., JZ 1978, S. 361, 364 ff. Rolf Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 34 ff., 59 ff. Einen derart schwierigen Abgrenzungsfall behandelt BVerfG, NJW 1985, S. 1891.

Die Aufgabe zur Rechtsprechung *praeter legem* ist von den grundgesetzlichen Bestimmungen über die richterliche Tätigkeit begrifflich weder eindeutig umfaßt, noch ist sie eindeutig und notwendig ausgeschlossen<sup>21</sup>. Sie zählt also nicht zum Vorbehalts-, wohl aber zum Zugriffsbereich der Gerichte. Auch hierin unterscheidet sie sich verfassungsrechtlich von der Rechtsprechung *intra legem*, welche wegen Art. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG zum Vorbehaltsbereich der Justiz zu zählen ist<sup>22</sup>. *Kompetenzausübung im Zugriffsbereich steht jedem Zweig der Staatsgewalt zu, soweit nicht im Einzelfall rechtliche Ausnahmen entgegenstehen*<sup>23</sup>. Zu diesen Ausnahmen zählt insbesondere nicht Art. 20 Abs. 3 GG. Diese Bestimmung sagt vielmehr nur, wie sich die Organe der Justiz im Anwendungsbereich von Gesetzen zu verhalten haben. Sie besagt aber umgekehrt nicht, daß sie nur in deren Anwendungsbereich tätig werden dürfen. In diesem Sinne enthält Art. 20 Abs. 3 GG eben nicht die Anordnung der „Gesetzmäßigkeit allen Staatshandelns“, sondern nur den Vorrang der – geltenden – Gesetze<sup>24</sup>. Außerhalb ihres Anwendungsbereichs enthält der Vorrang keine Rechtsfolgenanordnungen und damit auch insoweit kein Verbot der Kompetenzausübung.

Der dargestellte Zugriffsbereich der Gerichte ist aber durch den Vorbehaltsbereich der anderen Zweige der Staatsgewalt begrenzt. Hierzu zählt zunächst der *Vorbehalt des Gesetzes*<sup>25</sup>. Dieser fordert nicht nur irgendeine rechtliche Regelung, sondern eine solche mit einer bestimmten demokratischen Legitimation. Eine derartige Legitimation wird durch das Parlament in besonderer Weise vermittelt<sup>26</sup>. Sie ist durch die Gerichte schon wegen der Unterschiede der Bestellung der Richter im Unterschied zur unmittelbaren Wahl und wegen der Besonderheiten ihres Verfahrens nicht einfach surrogierbar<sup>27</sup>. Soweit demnach der Vorbehalt des Gesetzes reicht, ist Rechtsprechung *praeter legem* unzulässig. Das gilt für die geschriebenen ebenso wie für die ungeschriebenen Gesetzesvorbehalte. Das Analogieverbot gilt also nicht nur für den Bereich des Art. 103 Abs. 2 GG<sup>28</sup>; vielmehr gilt ein *allgemeines Verbot analoger Rechtsanwendung im Eingriffsbereich*: Unterliegen Grundrechtseingriffe einem – teils geschriebenen, teils ungeschriebenen – Vorbehalt des Gesetzes, so dürfen fehlende Gesetze nicht durch die Gerichte im Wege analoger Anwendung nicht anwendbarer Gesetze surrogiert werden<sup>29</sup>.

Ähnlich, aber weniger klar endet der Zugriffsbereich der Gerichte am *Vorbehaltsbereich der Exekutive*. So wenig ergiebig die Suche nach „dem Verwaltungsvorbehalt“ bislang auch verlaufen ist<sup>30</sup>, so kennen Grundgesetz und Gesetze doch einzelne Sachbereiche, welche der Vollziehung zugewiesen sind. Ein solcher Eigenbereich der Zweiten Gewalt ist auch in der Rechtsprechung gegenwärtig durchaus anerkannt. Sie stützt sich etwa auf Besonderheiten der Sachkunde, des Verfahrens und der politischen Verantwortung der Exekutive, welche Unterschiede eben nicht nur gegenüber der Gesetzgebung, sondern auch gegenüber der Justiz begründen<sup>31</sup>. So darf etwa die Kompetenz zur Bestimmung der „Richtlinien der Politik“ (Art. 65 S. 1 GG) oder das Recht zum Erlass von Rechtsverordnungen (Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG) nicht von der Justiz surrogiert werden. So umstritten die Einzelheiten hier auch immer sein mögen: *Am Vorbehaltsbereich der Zweiten hört der Zugriffsbereich der Dritten Gewalt auf*.

#### 4. Rechtsprechung *contra legem*

Rechtsprechung *contra legem* bezeichnet die rechtsprechende Tätigkeit innerhalb des Anwendungsbereichs sie bindender Normen, sofern das Gericht eine konkrete Entscheidung trifft, welche mit der abstrakten Aussage der anzuwendenden Norm inhaltlich unvereinbar ist. Sie stellt eine *richterliche Abweichung von der gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung* dar. Diese Tätigkeit kann nicht einfach mit der Figur einer „eigenständigen Gestaltungskompetenz“ oder gar dem Zugriffsbereich der Justiz gerechtfertigt werden. Beide bestehen nämlich nur im Rahmen der Grenzen, welche das Grundgesetz ihnen zieht.

Zu diesen Grenzen zählt die Bindung der Gerichte an das geltende Recht, also der *Vorrang des Gesetzes* (Art. 97 Abs. 1; 20 Abs. 3 GG). Dieser Grundsatz ist – wie der Gesetzesvorbehalt – Ausprägung der besonderen demokratischen Legitimation des Gesetzes. Nicht die Richtigkeit des Inhalts, sondern das Verfahren ihres Erlasses rechtfertigt die Bindung der Dritten an die Gesetze der Ersten Gewalt. Jene Bindung ist auch durch noch so „richtige“ oder auch nur „konsensfähige“ richterliche Rechtserkenntnis nicht zu surrogieren. Art. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG enthalten die beiden Gebote, geltendes Recht anzuwenden und inhaltlich nicht von ihm abzuweichen<sup>32</sup>. Ungeachtet aller methodischen Schwierigkeiten, den Inhalt einer Norm zutreffend zu erkennen und damit das Phänomen der Abweichung in bestimmten Fällen zutreffend zu beschreiben<sup>33</sup>, gibt es dennoch eine große Zahl anderer Fälle, in welchen solche Abweichungen vom Gesetz eindeutig erkennbar und auch erkannt sind. Katzen sind keine Hunde; Vogelnester sind

21 Überblick bei Karl August Bettermann, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 2), § 73 Rn. 18 ff.

22 S. o. II 2.

23 S. o. II 1.

24 Dazu näher Gusy, JuS 1983, S. 189, 191.

25 Überblick hierzu bei Ossenbühl, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 2), § 62 Rn. 8 ff. m. w. N.

26 BVerfGE 40, 237 (249).

27 Grundlegend Jörn Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, S. 138 ff.; zur Legitimation der Dritten Gewalt Gerhard Roellecke, *VVDStRL* 34, S. 8, 30 ff.; Rolf Wank, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1978, S. 207 ff. Aufschlußreiche Fallstudie zur Legitimation richterlicher Entscheidungen bei Horst-Albert Kuckuck, *Zum Problem der politischen Komponente im Richterrecht*, 1980.

28 Zu Einzelheiten zuletzt Karl Lackner, in: *Richterliche Rechtsfortbildung* (Anm. 3), S. 39 ff.

29 Dies ist der Kern der Kritik Roelleckes (Anm. 19), S. 813, 815. Anders aber BVerwG, JZ 1989, S. 997, 998 f.; 1991, S. 624, 626 f.

30 Zum Diskussionsstand Hartmut Maurer/Friedrich E. Schnapp, *VVDStRL* 43, S. 135/172; Walter Schmidt, *NVwZ* 1984, S. 545.

31 BVerwGE 72, 300 (315 ff.).

32 Christoph Gusy, JuS 1983, S. 189, 191 ff.

33 Dazu o. II 3. Problemfälle behandeln etwa BVerfG, *NJW* 1985, S. 1892; BVerwGE 57, 183 (184 ff.).

keine Vögel“; Staatenlose sind keine Deutschen<sup>34</sup>; „Ersatz immaterieller Schäden“ ist nicht „kein Ersatz immaterieller Schäden“<sup>35</sup>. Entscheidungen, welche dies anders sehen, ergehen eindeutig contra legem. Sie sind mit dem genannten Abweichungsverbot unvereinbar<sup>36</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat eine solche Vereinbarkeit auch in keinem Fall behauptet. Es hat gleichwohl versucht, Richterrecht contra legem in Einzelfällen aus anderen Normen des GG zu begründen und so die richterliche Gesetzesbindung einzuschränken.

Die erste einschlägige Entscheidung<sup>37</sup> betraf die Frage nach der Bewertung einer nationalsozialistischen Verordnung, deren erklärtes Ziel es war, „Juden ins Elend zu stürzen und zugleich der Fürsorge des Auslandes zu überlassen“. Diesem „Versuch, nach ‚rassischen‘ Kriterien bestimmte Teile der eigenen Bevölkerung mit Einschluß der Frauen und Kinder physisch und materiell zu vernichten“, versagte das BVerfG die Anerkennung als (fort-)geltendes Recht. Den genannten Normen könne „die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolge anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde“<sup>38</sup>. Auffällig an dieser Begründung aus dem „überpositiven“ Recht ist, daß die unmittelbar einschlägigen Normen des Grundgesetzes gar nicht genannt sind: Art. 123 GG beschränkt die Fortgeltung vorkonstitutioneller Normen auf solches Recht, welches „dem Grundgesetz nicht widerspricht“. Ganz dementsprechend begründet das BVerfG die Eigenschaft der zu beurteilenden Normen als Unrecht auch aus Art. 3 Abs. 1, 3 GG und nicht aus überpositivem Recht. Schon wegen dieser Verfassungsnormen hätten die Gerichte der Bundesrepublik der nationalsozialistischen Verordnung jede Fortgeltung und Anerkennung versagen können, wenn nicht müssen. Die Entscheidung ist aber erst recht nicht verallgemeinerungsfähig: Sie behandelt einen Fall des Übergangs vom nationalsozialistischen Deutschland zur Bundesrepublik; und ihre überpositive Begründung ist nicht tragend. Das vom BVerfG mit ihrer Hilfe erzielte Ergebnis hätte sich aus dem positiven GG ebensogut herleiten lassen. Die zweite einschlägige Entscheidung betraf gleichfalls eine vorkonstitutionelle Norm, nämlich § 253 BGB<sup>39</sup>. Daß die Zuerkennung von Schmerzensgeld bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten mit § 253 BGB in Widerspruch stand, war die allgemein anerkannte Voraussetzung dieser Entscheidung. Diese Rechtsprechung contra legem rechtfertigte das BVerfG so: „Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmaß-

gen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze 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.“ Den einschlägigen, der Rechtsordnung immanenten, aber gesetzlich nicht ausformulierten Wert fand es ein weiteres Mal – im Grundgesetz. Das Urteil der ordentlichen Gerichte könne „von der Verfassung her nicht beanstandet werden, wenn es gerade der Durchsetzung und dem wirksamen Schutz eines Rechtsgutes dient, das diese Verfassung selbst als Mittelpunkt ihres Wertsystems ansieht“. Auch hier zeigt sich erneut: Ungeachtet verbaler Abkehr vom „engen Gesetzespositivismus“ und der Betonung des Unterschieds zwischen dem „Recht“ und der „Gesamtheit der geschriebenen Gesetze“<sup>40</sup> entnahm das BVerfG sein Ergebnis eben nicht dem überpositiven Recht, sondern „dieser Verfassung“, also dem positiven Recht. „Überpositiv“ war höchstens die Art und Weise, wie dieser Konflikt zwischen Grundgesetz und Gesetz prozessual behandelt wurde: Statt die Norm, welche ein vom GG geschütztes Rechtsgut unzureichend schützte, gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für nichtig zu erklären oder ihr Fortgelten gem. § 89 BVerfGG zu verneinen, zog das BVerfG eine verfassungskonforme gesetzeskorrigierende Auslegung vor. Diese Methode war zur Bereinigung des festgestellten Normkonflikts rechtlich weder notwendig noch vorgesehen: Die Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung<sup>41</sup> lagen nämlich unzweifelhaft nicht vor.

Die bislang vorhandenen Begründungsansätze des BVerfG für mögliche Einschränkungen der richterlichen Gesetzesbindung stellen somit aus drei Gründen keinen Beleg zur Begründung einer Kompetenz zur Richterrechtsbildung contra legem dar. Sie sind erstens nicht verallgemeinerungsfähig: Sie betreffen nämlich die Ausnahmekonstellation des rechtlich nicht geregelten Übergangs von einer Staatsform zur anderen und die Frage nach der Anerkennung vorkonstitutionellen Rechts; nicht hingegen die Frage nach der gerichtlichen Anerkennung solchen Rechts, das im Verfahren der Art. 76 ff. GG nach den inhaltlichen Maßstäben des GG gesetzt wurde. Sie sind zweitens nicht zwingend: In beiden Fällen vermied das BVerfG ohne erkennbaren zwingenden Grund die Anwendung derjenigen Normen des positiven Rechts, welche zur Beseitigung der erkannten Normkonflikte zur Verfügung standen, und leitete statt dessen dasselbe Ergebnis aus überpositiven Normen her. Sie sind drittens nicht schlüssig: Trotz verbaler Anleihen beim „überpositiven Recht“ wurde dieses in keinem Fall überpositiv konkretisiert; im Gegenteil: Seine inhaltlichen Maßstäbe entnahm das BVerfG stets dem GG, also dem positiven Verfassungsrecht. Dementsprechend war ein Widerspruch zwischen dem postulierten überpositiven und dem in der Sache herangezogenen positiven Recht von vornherein ausgeschlossen. Schon deshalb können die genannten Entscheidungen auch nicht herangezogen werden, um eine inhaltliche Abweichungsbefugnis der Gerichte vom positiven Recht zu begründen. Im

34 Daher – und nicht etwa aus ihrer Gleichheit – folgt die Notwendigkeit einer vom Sprachgebrauch abweichenden Legaldefinition in § 1 Abs. 2 BundeswildschutzVO v. 25. 10. 1985, BGBl. I, S. 2040.

35 Anders und für eine Ausnahme im Einzelfall BVerfGE 23, 98.

36 S. aber auch BVerfGE 34, 269.

37 BVerfGE 65, 182 (194 f.); s.a. BVerfGE 67, 245 (250); 69, 315 (371 f.); 74, 129 (152). Gerhard Hoffmann, FS E. Wolf, 1985, S. 195 f.; Jörn Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 190 ff.; beide m. w. N.

38 BVerfGE 23, 98; zum folgenden insbes. ebd., S. 105 f.

39 BVerfGE 23, 98 (Ls. 1).

40 BVerfGE 34, 269 (287–291).

41 BVerfG, ebd., S. 286 f.

42 Überblick dazu bei Klaus Schlaich, Das BVerfG, 2. Aufl. 1991, Rn. 405 ff., 414 ff.

Gegenteil: Die beiden Entscheidungen stellen eher eine Stärkung als eine Schwächung der positiven Gehalte des GG dar. Für die inhaltliche Konkretisierung des überpositiven Rechts gilt nach wie vor: Eine inhaltliche Differenz zwischen dem Grundgesetz einerseits und dem überpositiven Recht andererseits ist kaum feststellbar<sup>43</sup>.

Eine Rechtsprechung contra legem ist demnach mit Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG unvereinbar. Aus der bisherigen Entscheidungspraxis des BVerfG ergibt sich keine Begründung für eine Einschränkung der richterlichen Gesetzesbindung, welche über die Verfassungsbindung hinausgehen würde. Der Kompetenzbereich der Dritten Gewalt findet demnach seine Grenzen nach wie vor in der Bindung an Gesetz und Grundgesetz. *Richterrecht contra legem ist demnach mit der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung unvereinbar.*

#### IV. Richterrecht als richterliche Selbstbindung

Daß der Richter aller Gesetzesbindung zum Trotz einen Gestaltungsfreiraum hat, begründet die Notwendigkeit der Entscheidung. Aber diese Entscheidung bezieht sich primär auf denjenigen Einzelfall, der ihr zugrunde lag: Richterliche Tätigkeit ist *(einzel-)fallbezogen*<sup>44</sup>. Damit stellt sich überhaupt erst die Grundfrage allen Richterrechts: Warum gelten (Teile von) Gerichtsentscheidungen, die sich auf einen Einzelfall beziehen, über diesen Fall hinaus als Rechtsquellen? Hier entsteht das eigentliche Begründungsproblem des Richterrechts, nämlich dasjenige nach der Verallgemeinerbarkeit (einzelner Teile) gerichtlicher Entscheidungen und deren rechtlicher Geltung in anderen als dem entschiedenen Einzelfall.

Diese Fragestellung ist also rechtsquellentheoretischer Art. Dabei ist die Rechtsquellentheorie allerdings nicht allein rechtstheoretischer Art. Ihr geht es gegenwärtig nicht mehr bloß um die Frage, was die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle anerkennt<sup>45</sup>. Vielmehr ist sie auch verfassungsrechtlicher Art<sup>46</sup>. Dabei geht es um die *Frage, was eine konkrete Rechtsordnung als Rechtsquelle ansieht*. Vor diesem Hintergrund ist das Richterrecht zu befragen.

##### 1. Richterrecht kraft Rechtssetzungskompetenz?

Bisweilen wird das Richterrecht als unmittelbare Konsequenz der richterlichen Rechtssetzungskompetenz qualifiziert<sup>47</sup>. Danach habe der Richter eine *Doppelaufgabe, nämlich Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden und Rechtsnormen zu bilden*. Rechtskraftwirkung und Rechtsnorm-

gehalt des Richterspruchs seien demzufolge zwei grundverschiedene Dinge. Erstere wirke nur zwischen den Parteien des konkreten Rechtsstreits; letztere hingegen für und gegen jedermann<sup>48</sup>. Woher aber stammt diese Aufgabe der Rechtsnormbildung? Sie wird in der richterlichen Konkretisierungsaufgabe selbst gesehen. Denn unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. Generalklauseln gäben nur scheinbar eine Entscheidungsnorm vor, die aber in Wirklichkeit jedenfalls in anwendungsfähiger Form überhaupt noch gar nicht vorhanden sei. Die eigentliche Entscheidungsnorm müsse der Richter vielmehr erst selbst bilden. Der vom Gesetzgeber mit einem unbestimmten Begriff oder einer Generalklausel „abgespeiste“ Richter steht danach vor der Notwendigkeit, die benötigte Entscheidungsnorm selbst herzustellen<sup>49</sup>. Damit sei zugleich die Definition des Richterrechts gegeben: Richterrecht seien alle Rechtsnormen, welche die Gerichte intra legem gebildet haben<sup>50</sup>.

Die dargestellte Herleitung führt eine für die Frage nach dem Richterrecht wesentliche Unterscheidung ein. Sie differenziert zwischen denjenigen Elementen einer richterlichen Entscheidung, welche bloß der Rechtskraft fähig sind, die also lediglich einzelfallbezogen sein können und sind, und solchen Entscheidungselementen, welche rechtsnormbildende Wirkung haben können, die also über den Einzelfall hinausweisen können. Die *Differenzierung zwischen den mehr fall- und den mehr normbezogenen Bestandteilen einer Entscheidung* hängt vom Inhalt der jeweiligen Aussage ab. Allein fallbezogene Aussagen sind allein rechtskraftfähig; andere Aussagen können rechtssetzende Kraft erlangen. Sie sind überhaupt erst die mögliche Grundlage des Richterrechts. Dabei ist die Grenze zwischen beiden Aussagen allerdings nicht starr; sie kann fließend und im Einzelfall schwer auszumachen sein<sup>51</sup>.

Diesseits jener Differenzierung bleiben in der dargestellten Herleitung aber Zentralfragen offen. Die Prämisse, wonach der Richter die „Entscheidungsnorm“ selbst zu bilden habe, begründet ihrerseits noch nicht, warum diese „Norm“ über den entschiedenen Einzelfall hinaus rechtliche Geltung beanspruchen könne. Sie könnte ja auch eine bloß einzelfallbezogene Norm sein; es sei denn, man würde gleich den Begriff der „Norm“ so fassen, daß er nur abstrakt-generelle Sollensanordnungen einbeziehe. Dafür ist aber in der genannten Deduktion nichts erkennbar<sup>52</sup>. So bleibt als Grund der fallunabhängigen Normgeltung allein die richterliche „Aufgabe der Rechtsnormbildung“. Diese wird aber nicht näher expliziert, sondern bloß vorausgesetzt. Damit ist das Zentralproblem allerdings nicht gelöst, sondern umgangen.

##### 2. Richterrecht kraft grundgesetzlicher Einsetzung?

Für einen Teilbereich des Richterrechts, das „*Verfassungsrichterrecht*“, wird eine Lösung des Dilemmas

43 BVerfGE 3, 225 (233 f.); s.a. BVerfGE 62, 1 (43): „Nach dem GG bedeutet verfassungsgemäße Legalität zugleich demokratische Legitimität.“

44 S. schon o. II.

45 Rechtstheoretisch zum Richterrecht etwa Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 429 ff.; Hans Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991, Rn. 453 ff.; methodologisch Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. 1974, S. 14 ff.

46 Diese Feststellung geht gleichfalls zurück auf Jörn Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 50 ff.

47 Zum folgenden Heinrich Wilhelm Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971.

48 Kruse, ebd., S. 12.

49 Kruse, ebd., S. 6 f. Methodisch ebenso, doch mit entgegengesetzter Konsequenz, Müller, Richterrecht (Anm. 3), S. 80 ff. u. pass.

50 Kruse (Anm. 47), S. 10.

51 Kruse, ebd., S. 11, mit Beispielen.

52 Ablehnend Müller (Anm. 49) und S. 96 ff.

durch das Medium der grundgesetzlichen Einsetzung versucht<sup>53</sup>. Ausgangspunkte sind die Bindung der Legislative an das Grundgesetz und die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Normenkontrolle. Bindung an das GG bedeutet danach stets Bindung an den Inhalt der Normen des GG. Deren Inhalt erschließe sich danach aber wegen der Lückenhaftigkeit und Offenheit des GG regelmäßig nicht von selbst. Die Maßstäbe „sind nicht immer als ausdrückliche und unmittelbar vollziehbare Bestimmungen im GG enthalten, so daß das BVerfG seine Prüfungsmaßstäbe und Entscheidungsgrundlagen im Wege der Lückenschließung herstellen muß“. Angesichts der Notwendigkeit dieses Vorgehens bedeute Bindung der Legislative an den Inhalt der grundgesetzlichen Normen nichts anderes als die Bindung der Legislative an deren verfassungsgerichtlich festgestellten Inhalt. Danach gehe nicht nur das GG selbst, sondern auch die zu seiner Konkretisierung durch das BVerfG entwickelten Grundsätze den Gesetzen vor. „Die vom BVerfG lückenschließend entwickelten verfassungsbezogenen Regeln sind mit allgemeiner Rechtsverbindlichkeit ausgestattet; sie haben den Rang von Rechtsätzen des GG und gehören diesem ungeschrieben an.“ Beweis und zugleich Sicherungsmechanismus hierfür sei das Institut der Normenkontrolle mit der verfassungsgerichtlichen Verwerfungskompetenz gegenüber formellen Gesetzen. Da das BVerfG verpflichtet sei, „seine Entscheidungen auf der Grundlage von Bestimmungen des GG zu treffen, müßten die vom BVerfG entwickelten Verfassungsregeln notwendigerweise dem GG angehören, damit eine Unvereinbarkeit mit diesen vom BVerfG entwickelten verfassungsrechtlichen Regeln zur Vernichtung des damit unvereinbaren Rechtsaktes führen kann“. Anders ausgedrückt: Die „verfassungsbezogene“ Herleitung einer Rechtsregel begründet deren Verfassungsrang; das Institut des richterlichen Prüfungsrechts sichert ihn. Solche Rechtsregeln, die vom BVerfG entwickelt, mit allgemeiner Rechtsverbindlichkeit und grundgesetzlichem Rang ausgestattet sein sollen, werden als „Verfassungsrichterrecht“ bezeichnet.

Die dargestellte Begründung der Bindungswirkung des Richterrechts aus dem Verhältnis von Grundgesetz, Bundesverfassungsgericht und Gesetz ist auch auf das Verhältnis von Gesetz, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung übertragbar. Zum „Verfassungsrichterrecht“ würde dann das „Verwaltungsrichterrecht“ hinzutreten.

Der dargestellte Ansatz beschreibt das faktische Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung überaus realistisch. Die hier maßgebliche Fragestellung ist hingegen, ob dies nicht nur tatsächlich so ist, sondern auch rechtlich so geboten ist. Soweit das BVerfG ein Gesetz prüft und dabei das Grundgesetz auslegt, gilt das Grundgesetz in diesem Fall gegenüber der Legislative praktisch mit dem Inhalt, den ihm das Verfassungsgericht beilegt. Insoweit ist die Legislative praktisch an die Entscheidungsgrundsätze des BVerfG gebunden. Aber gilt dies auch über den Einzelfall hinaus in denkbaren späteren Fällen? Dies wäre nur dann der Fall, wenn spätere Gesetze gleichfalls an die alten, vom BVerfG in ei-

nem früheren Fall aufgestellten Grundsätze gebunden wären. Diese Frage war und ist Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Diskussion, welche die Frage nach der Bindungswirkung „tragender Gründe“ über den entschiedenen Einzelfall hinaus aus gutem Grunde verneint hat<sup>54</sup>. Auch das BVerfG selbst verneint deren Bindungswirkung über den entschiedenen Einzelfall hinaus<sup>55</sup>.

Danach erscheint die Erstreckung der Bindungswirkung bestimmter Entscheidungsgründe über den Einzelfall hinaus begründungsbedürftig. Diese Begründung wird aber weder aus dem GG als „Einsetzungsnorm“ der Verfassungsgerichtsbarkeit – diese Einsetzung kann sich sehr wohl allein auf die Einzelfallentscheidung beziehen, impliziert also nicht notwendig Rechtssetzungsbefugnisse über diesen Fall hinaus – noch aus dem Vorrang der Verfassung selbst begründet: Ist deren konkreter Inhalt vom BVerfG erst herstellungsbedürftig, so nimmt die verfassungsgerichtliche Konkretisierung nur so weit und so lange an jenem Vorrang teil, wie seine Konkretisierungskompetenz reicht. Und diese kann durchaus allein einzelfallbezogen sein. *Weder hat das BVerfG das Recht zur authentischen Interpretation*<sup>56</sup>, noch nimmt es ein solches in Anspruch. Warum also die Herstellung von Entscheidungsregeln durch das BVerfG über den Einzelfall hinaus Geltung beanspruchen kann, wird also auch durch die grundgesetzlichen Einsetzungsnormen nicht begründet.

### 3. „Richterrecht“ kraft richterlicher Selbstbindung

#### a) Selbstbindung der Gerichte

Die Justiz ist – wie jeder andere Zweig der Staatsgewalt – bei ihrer Tätigkeit an die Gleichheitsrechte des GG gebunden. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte, Gleiches gleich zu behandeln; Ungleiches kann danach ungleich behandelt werden<sup>57</sup>. Die Pflicht zur Gleichbehandlung bezieht sich nicht allein auf die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts und die prozessuale Rechtsstellung der Beteiligten<sup>58</sup>. Sie erstreckt sich darüber hinaus auch auf die Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts. *Die Richter sind verpflichtet, das Recht gleich auszulegen und anzuwenden.*

Diese Pflicht bezieht sich auf den gesamten Vorgang der Konkretisierung und Rechtsanwendung. Erfolgt die Konkretisierung der anzuwendenden Rechtsnormen durch die Bildung von Ober- und Untersätzen, so gilt bei der Bildung solcher Obersätze – etwa von Definitionen

54 Nachw. bei Hoffmann, ebd., S. 215 Fn. 76; Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 234 ff., 246 ff.

55 BVerfGE 77, 84 (104 f.).

56 So zu Recht Gerhard Hoffmann, in: BK, Art. 79 Abs. 1, 2 GG, Rn. 95; Klaus Schlaich, VVDStRL 39, S. 99, 130 f. Zur authentischen Interpretation eingehend Bernadette Droste-Lehnen, Die authentische Interpretation, 1990.

57 Seit BVerfGE 1, 14 (52); s. BVerfGE 45, 376 (387); zur jüngeren Entwicklung Reinhold Zippelius/Georg Müller, VVDStRL 47, S. 7/37; Gerhard Robbers, DÖV 1988, S. 750; Friedrich Schoch, DVBl. 1988, S. 869; Rudolf Wendt, NVwZ 1988, S. 778; Christoph Gusy, NJW 1988, S. 2505.

58 Zur Gleichberechtigung der Parteien im Prozeß s. Egbert Peters, in: Knut Wolfgang Nörr (Hrsg.): 40 Jahre Bundesrep. Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990, S. 81, 94 ff.

53 Zum folgenden Hoffmann (Anm. 37), S. 212–214. Der Ausdruck „Verfassungsrichterrecht“ findet sich ebd., S. 214.

eines Rechtsbegriffs - das Gleichheitsgebot. *Unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 GG sind die Gerichte bei späteren Entscheidungen an ihre früheren Obersätze gebunden.* Konkret bedeutet dies: Die Dritte Gewalt ist nicht berechtigt, eine Rechtsnorm einmal so und dann anders und dann wiederum anders auszulegen. In der gleichen Auslegungssituation ist eine Rechtsnorm gleich auszulegen. Dieses - von der Selbstbindung der Verwaltung<sup>59</sup> her bekannte - Phänomen gilt nicht nur für die Exekutive, sondern auch für die Justiz. Einer derartigen Bindung der Gerichte steht insbesondere die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) nicht entgegen: Sie besteht nämlich nur im Rahmen und nach Maßgabe der Gesetze einschließlich des Grundgesetzes und damit auch des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>60</sup>.

Das Grundrecht verpflichtet nicht, alles gleich zu behandeln, sondern lediglich, Gleiches gleich zu behandeln. Differenzierungen sind demnach zulässig, soweit sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Ungleichheiten begründet werden können. Insoweit statuiert Art. 3 Abs. 1 GG auch für die Justiz ein Gebot, nach welchem eine rechtliche Ungleichbehandlung aus einer tatsächlichen oder rechtlichen Ungleichheit begründbar sein muß. Dieses *Gebot der Begründbarkeit von Differenzierungen*<sup>61</sup> begründet für die Gerichte mehrere Pflichten:

(1) Die Pflicht zur Bildung von Kriterien für die Herleitung der Entscheidung aus der Rechtsordnung und damit die Auslegung des maßgeblichen Rechts in den Entscheidungsgründen. Art. 3 Abs. 1 GG statuiert so die *Pflicht zur Dogmatik*.

(2) Die Pflicht zur Orientierung an früheren Auslegungssätzen in späteren Entscheidungen. Dies kann allerdings lediglich gelten, sofern die früheren Sätze nicht allein dem damaligen Einzelfall verpflichtet waren, sondern fallübergreifende, allgemeine Aussagen ermöglichen. Dies ist nicht bei allen Stufen eines Subsumtions- bzw. Konkretisierungsvorgangs der Fall. Findet dieser Vorgang seine Endpunkte in der Norm einerseits und dem konkreten Einzelfall andererseits, so sind die fallgeprägten Aussagen nur ganz ausnahmsweise in späteren Fällen bindend: Jeder Fall ist eben verschieden. Anders verhält es sich hingegen mit dem angewandten Recht: Dieses ist in unterschiedlichen Fällen gleich. Normgeprägte Aussagen früherer Entscheidungen können somit Bindungswirkung für spätere Fälle erlangen<sup>62</sup>. Diese Bindungswirkung begründet die *Pflicht zur Konsistenz der Dogmatik*.

59 Dazu Hans-Uwe Erichsen, VerwArch. 1980, S. 289 ff.; Dieter H. Scheuing, VVDStRL 40, S. 157 ff.; Maximilian Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, insbes. S. 93 ff.

60 Rudolf Wassermann, in: AK-GG, 2. Aufl. 1989, Art. 97 Rn. 52 ff.; Wolfgang Meyer, in: Ingo v. Münch (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 1983, Art. 97 Rn. 10.

61 Ausführlich hierzu Adalbert Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 85 ff.; Eckehart Stein, Staatsrecht, 13. Aufl. 1991, S. 242 ff.; beide m. w. N.

62 Daß diese Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten aufweist, ist unbestritten. S. dazu o. bei Anm. 51. Insbesondere sind die normgeprägten Aussagen in Gerichtsentscheidungen regelmäßig von den verschiedenen Fällen und der durch sie vermittelten Perspektive mitgeprägt und daher notwendig auch mehr oder weniger sachhaltig. Desungeachtet zeigt sich, daß es vielfach Auslegungssätze gibt, die sich nahezu fallunabhängig stabilisiert haben. Um solche Phänomene geht es hier.

(3) Abweichungen von einmal gebildeten Auslegungssätzen unterliegen ihrerseits dem Gebot der Begründbarkeit. Sie sind zulässig, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eine andere Entscheidung gerechtfertigt werden kann. Da nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht jede Differenzierung unzulässig ist, sondern nur begründbar sein muß, entsteht keine mechanische Verpflichtung neuer Rechtsprechung auf alte Dogmatik. Daraus entsteht die *Pflicht zur Fortentwicklung der Dogmatik*.

Das so angewandte Gleichheitsgebot begründet nicht nur Inhalt und Grenzen der sog. *Präjudizienbindung*<sup>63</sup>: Ein Gericht ist an frühere Auslegungssätze gebunden, soweit es wegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht berechtigt ist, von ihnen abzuweichen. Mittelbar entsteht so zugleich eine Anzahl von Prinzipien, Obersätzen und Argumenten, welche über den Einzelfall hinaus anwendbar sein können und daher spätere Entscheidungsgrundsätze binden. Solche potentiell fallübergreifend anwendbaren Standards binden spätere Entscheidungen und bilden so „Richterrecht“. Dessen Setzung ist so keine gesonderte Aufgabe gerichtlicher Entscheidungen oder Begründungen. Vielmehr entsteht es in dem Moment, in welchem spätere Entscheidungen wegen Art. 3 Abs. 1 GG an die früheren Aussagen gebunden sind. In diesem Sinne fängt das „Richterrecht“ nicht mit der ersten, sondern frühestens mit der zweiten einschlägigen Entscheidung an.

*Die spätere Entscheidung ist an die früheren Entscheidungsgründe gebunden, soweit sie nicht berechtigt ist, von ihnen abzuweichen.* Ein solches Recht zur Abweichung von früheren Entscheidungen kann sich ergeben, wenn ein sachlich zureichender Grund angeführt werden kann. Ein solcher Grund kann bestehen in tatsächlichen Besonderheiten des späteren Falles, der bei der früheren Entscheidung nicht bedacht worden ist und deshalb andere Auslegungssätze erfordert; ferner in rechtlichen Besonderheiten des späteren Falles, indem das Gericht andere, bislang nicht herangezogene rechtliche Aspekte in die Begründung einführt. Erst recht besteht ein Abweichungsrecht, wenn die früheren Entscheidungsgründe ihrerseits rechtlich falsch, also rechtswidrig waren. Hier fehlt es schon an einer Bindung der späteren Entscheidung. Auch für die richterliche Selbstbindung gilt: *Keine Gleichheit im Unrecht*<sup>64</sup>.

#### b) Adressaten richterlicher Selbstbindung

Adressat richterlicher Selbstbindung ist, wer wegen Art. 3 Abs. 1 GG spätere Fälle gegenüber früheren gleich behandeln muß. Eine solche Bindung setzt voraus, daß zwei Bedingungen erfüllt sind: (1) Die später entschei-

63 Peters (Anm. 58), S. 96, hält zu Recht eine Bindung des Richters an „die Entscheidungen anderer Gerichte“ für unrealistisch. Hier geht es aber nicht darum, sondern um die Bindung an tragende Rechtsgründe anderer Entscheidungen, soweit diese verallgemeinerbar und daher überhaupt gleichheitsfähig sind. Daß die Richter diese nicht überschauen könnten, entspricht zumindest für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Anbetracht der schon bislang anzutreffenden Präjudizienverwendung nicht der bisherigen Erfahrung.

64 Dazu grundsätzlich Christian Starck, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein, GG, 3. Aufl. 1985, Art. 3 Rn. 184 ff.; Albrecht Randelzhofer, JZ 1973, S. 536; differenzierend Volkmar Götz, NJW 1979, S. 1478.

dende Instanz muß ihrerseits an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sein. (2) Die später entscheidende Instanz muß die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 GG erfüllen, also gegenüber der früheren „gleich“ sein.

aa) *Adressaten des Art. 3 Abs. 1 GG sind nicht die handelnden Organe; sondern diejenigen Träger öffentlicher Gewalt, für welche das Organ gehandelt hat.* Nur sie sind rechtsfähig und können damit Adressaten rechtlicher Pflichten sein. Auch die Gerichte berechtigen und verpflichten deshalb nicht sich selbst, sondern diejenige staatliche Körperschaft, die ihren Träger bildet. Dabei verpflichtet auch nicht jedes Gericht jeden Träger öffentlicher Gewalt, sondern nur seinen eigenen Träger. Alle anderen staatlichen Stellen und Einrichtungen können allein die Stellung als Prozeßbeteiligte vor Gericht einnehmen; sie haben dann – bis auf gesetzlich geregelte Ausnahmen – die gleichen Rechte und Pflichten wie jedermann. Diese ist aber von der Gleichheitsbindung der Gerichte oder der Frage nach den Adressaten des Art. 3 Abs. 1 GG rechtlich unabhängig.

Konkret heißt dies: Frühere Entscheidungsgründe binden zunächst dasjenige Gericht, welches die damalige Entscheidung gefällt hat. Diese Selbstbindung im engsten Sinne bezieht sich nicht allein auf den konkreten Spruchkörper, der damals an der Entscheidungsfindung und -begründung beteiligt war, sondern auf das Gericht insgesamt: Die Spruchkörper handeln nicht für sich, sondern als organisatorischer Teil der Einheit „Gericht“. Die rechtliche Bindung geht aber über das konkrete Gericht hinaus: Sie bezieht sich eben nicht allein auf das handelnde Organ, sondern daneben auf dessen Träger – Bund oder Land – und damit auch auf die anderen Organe dieser Träger. Die Bindung an frühere Entscheidungsgründe gilt also auch für die übrigen Gerichte des jeweiligen Trägers öffentlicher Gewalt, also des Bundes oder des jeweiligen Landes. Sie gilt für die nachgeordneten Gerichte; aber auch die parallelen Gerichte gleichen Ranges – ein Landgericht wäre danach an die Entscheidungsgründe eines anderen Landgerichts gebunden. Nicht hingegen gelten sie für die höherrangigen Gerichte: Sie sind berechtigt und verpflichtet, die Entscheidungen der nachrangigen Gerichte zu überprüfen. Mit dieser Überprüfungsbefugnis verträgt sich eine Bindung an das zu überprüfende Recht nicht.

Die hier genannte „Bindung“ eines Gerichts an die Entscheidungen eines anderen Gerichts steht nicht im Widerspruch zur richterlichen Unabhängigkeit. Dies wird schon aus dem Inhalt der hier genannten „Bindung“ deutlich: Ein Gericht ist an die Gründe früherer Entscheidungen gebunden, wenn es nicht aus einem zulässigen Sach- oder Rechtsgrund berechtigt ist, von ihnen abzuweichen<sup>65</sup>. Die „Bindung“ ist also – genauer gesagt – ein Begründungsgebot für Abweichungen. Sie ist demnach „weich“ und nicht strikt im Sinne einer vollen inhaltlichen Bindung wie etwa die Gesetzesbindung oder die Bindung des Verwaltungsbeamten an Weisungen seiner Vorgesetzten. Die Unterschiede liegen auf der Hand: Vom Gesetz darf das Gericht unter keinen Umständen abweichen<sup>66</sup>; von den Präjudizien darf das Gericht mit

zureichender Begründung abweichen<sup>67</sup>. Ein solches Begründungsgebot schränkt die sachliche Unabhängigkeit nicht ein. Immerhin ist auch der unabhängige Richter an das Grundgesetz und dessen Gleichheitsrechte gebunden<sup>68</sup>.

bb) Eine Bindung anderer Instanzen an Gründe früherer Gerichtsentscheidungen kann aber nur eintreten, wenn diese anderen Instanzen gegenüber den Gerichten „gleich“ sind. Schließlich gebietet Art. 3 Abs. 1 GG nicht, alles gleich zu behandeln, sondern lediglich, Gleiches gleich zu behandeln. Tatsächliche oder rechtliche Ungleichheiten lassen die Pflicht zur Gleichbehandlung erst gar nicht entstehen. Solche Ungleichheiten können nicht nur in den Eigenarten des einzelnen Falles, sondern auch im anwendbaren Recht oder in den maßgeblichen Grundsätzen der Rechtsanwendung bestehen. Dabei geht es nicht um die Bindung eines Gerichts an die Grundsätze anderer Gerichte: Sie sind vielmehr untereinander gleich und haben das Recht nach den gleichen Grundsätzen anzuwenden.

Hier geht es vielmehr um die Bindung von Legislative und Exekutive an das beschriebene Richterrecht. Auch diese Zweige der Staatsgewalt sind Organe von Trägern öffentlicher Gewalt und somit verpflichtet, deren rechtliche Bindungen zu beachten. Hier entstehen hinsichtlich des Richterrechts aber Besonderheiten. Diese folgen daraus, daß die Rechtssetzung bzw. Rechtsanwendung durch Legislative und Exekutive nach anderen Grundsätzen stattfindet als diejenige der Justiz. Diese Unterschiede ergeben sich aus der rechtlich angeordneten Organisation und dem rechtlich vorgesehenen Entscheidungsverfahren jener Organe. Hier allerdings weisen Legislative und Exekutive einerseits sowie die Justiz andererseits erhebliche Unterschiede auf. Diese lassen sich knapp so zusammenfassen<sup>69</sup>: (1) Legislative und Exekutive haben ein freies Zugriffsrecht auf alle Probleme in ihrem Zuständigkeitsbereich. Dagegen handelt die Justiz antragsgebunden. (2) Legislative und Exekutive handeln in höherem Maße folgenorientiert als die Rechtsprechung. Dies ergibt sich schon daraus, daß erstere die Rechts- und insbesondere die politischen Folgen ihres Verhaltens in wesentlich höherem Maße selbst tragen müssen als die praktisch folgenentlasteten Gerichte: Die Folgen ihres Handelns fallen niemals ihr selbst, sondern den anderen Zweigen der Staatsgewalt zu. (3) Legislative und Exekutive müssen deshalb in höherem Maße über den Einzelfall hinaus sozialgestaltend handeln als die stets einzelfallbezogen entscheidende Rechtsprechung.

Die hier mehr angedeuteten als ausgeführten Unterschiede machen deutlich: Legislative und Exekutive handeln bei der Rechtsanwendung nach anderen Grundsätzen als die Justiz. Die genannten Unterschiede

67 Ein striktes Abweichungsverbot ergibt sich nur in den wenigen, gesetzlich ausdrücklich genannten Fällen, in welchen eine strikte Bindung angeordnet ist. S. etwa §§ 565 Abs. 2 ZPO, 358 Abs. 1 StPO.

68 S. o. bei Anm. 60.

69 S. dazu die Nachw. o. Anm. 27 m. w. N.; für die Gerichte auch *Christoph Gusy*, *Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG*, 1985, S. 122 ff.

65 S. o. a); ferner BVerfG, NJW 1991, S. 2549, 2550.

66 S. o. III 4.

lassen es demnach nicht zu, sie in gleicher Weise wie die Gerichte an das Richterrecht zu binden. *Begründungsbedürftig ist demnach eher die Bindung der anderen Zweige der Staatsgewalt an das Richterrecht als vielmehr ihre Abweichungsbefugnis*<sup>70</sup>.

### c) Begünstigte richterliche Selbstbindung

*Begünstigter richterlicher Selbstbindung ist, wer wegen Art. 3 Abs. 1 GG einen Anspruch auf Gleichbehandlung durch ein Gericht besitzt.* Dies setzt voraus, daß ein möglicher Anspruchsteller Träger jenes Grundrechts sein kann und daß ein mit der früheren Entscheidung „gleicher“ Fall vorliegt. Diese zweite Voraussetzung ist eine Frage des Einzelfalles; daher sind hier allgemeine Aussagen nicht möglich<sup>71</sup>.

Träger des Grundrechts aus Art. 3 GG sind natürliche und juristische Personen nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG<sup>72</sup>. Sie können sich demnach auf die richterliche Selbstbindung und damit das Richterrecht berufen. Das so verstandene Richterrecht ist demnach insbesondere geeignet, Ansprüche des Bürgers gegen den Staat zu begründen.

Hingegen wirkt das Richterrecht kaum in umgekehrter Richtung. Der Staat und seine Untergliederungen sind

prinzipiell keine Grundrechtsträger<sup>73</sup>. Aber selbst wenn man ihnen eine Berechtigung aus dem als Willkürverbot verstandenen Gleichheitsgebot zuspricht<sup>74</sup> so kann dies die Rechte des Staates gegenüber dem Bürger nur partiell erweitern. Jedenfalls der Eingriffsbereich unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes, so daß insoweit ein Richterrecht praeter oder contra legem nicht in Betracht kommt<sup>75</sup>. Eine Berufung auf das Richterrecht kommt insoweit also selbst unter der genannten Prämisse nur intra legem in Betracht.

## V. Zusammenfassung

„Richterrecht“ ist die Summe richterlicher Aussagen über Recht, welche über den Einzelfall hinaus anwendbar sein können und daher spätere Entscheidungsgrundsätze wegen Art. 3 Abs. 1 GG binden.

Die Bildung von „Richterrecht“ ist so keine gesonderte Aufgabe gerichtlicher Entscheidungen oder Begründungen. In diesem Sinne ist, was „Richterrecht“ genannt wird, tatsächlich Bestandteil normaler Rechtsarbeit. Es entsteht in dem Moment, in welchem spätere Entscheidungen wegen Art. 3 Abs. 1 GG an die früheren Aussagen gebunden sind.

Das so verstandene Richterrecht bindet allein Gerichte. Die Bindung anderer Zweige der Staatsgewalt an jene Grundsätze ist im Einzelfall begründungsbedürftig. Spätere Gerichtsentscheidungen sind demnach an frühere, über den Einzelfall hinaus anwendbare Entscheidungsgründe gebunden, soweit sie nicht berechtigt ist, von ihnen abzuweichen. Ein solches Recht zur Abweichung von früheren Entscheidungen kann sich ergeben, wenn ein zureichender tatsächlicher oder rechtlicher Grund angeführt werden kann.

70 Die hier genannten Erwägungen beziehen sich allein auf Art. 3 Abs. 1 GG. Dies schließt nicht aus, aus anderen Normen des einfachen Rechts eine Bindung für bestimmte Fälle herzuleiten. Ob etwa die Staatsanwaltschaften wegen §§ 152, 170 StPO an gerichtliche Entscheidungsgrundsätze gebunden sind oder nicht, ist hiernach eine spezielle strafprozeßrechtliche Frage der Auslegung dieser Vorschrift und kein allgemeines Problem des Richterrechts. S. dazu etwa BGHSt 15, 155; Peter Rieß, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Aufl. 1989, § 170 Rn. 22 f.

71 Es sei aber darauf hingewiesen, daß bei der „Selbstbindung der Verwaltung“ ein Gleichbehandlungsanspruch aus tatsächlichen Gründen regelmäßig verneint wird; s. dazu Peter Badura, FS Juristische Gesellschaft Berlin, 1984, S. 17.

72 Überblick bei Ulrich Battis/Christoph Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 3. Aufl. 1991, Rn. 379 ff.

73 BVerfGE 61, 82 (105 ff.); 75, 192 (200); BVerfG, NJW 1990, S. 1783.

74 So BVerfGE 21, 362 (372); 23, 12 (24); 76, 130 (139).

75 S. dazu o. III 3, 4.

## Adressatenfragen im Versammlungsrecht

Von Michael Kniesel, Polizeipräsident, Bonn

**Art. 8 Abs. 1 GG enthält die Gebote der Friedlichkeit und Waffenlosigkeit. Das Versammlungsgesetz (VersG) kennt verschiedene Verbote. Bei Versammlungen ergehen versammlungsbehördliche Verfügungen. Gebote, Verbote und Verfügungen richten sich an Adressaten. Die konkrete Versammlung ist kein Adressat, obwohl Art. 8 Abs. 2 GG und die §§ 15 Abs. 1 und Abs. 2, 16 Abs. 1 VersG von der Versammlung sprechen. Adressaten können nur Veranstalter, Leiter und Teilnehmer sein. Die Versammlung als solche kann nie, die Versammlung als Ganzes nur insoweit „Adressat“ sein, als ausnahmsweise alle Teilnehmer im polizeilichen Notstand in Anspruch genommen werden können.**

### I. Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG

#### 1. Versammlungs-/Demonstrationsbegriff

Eine Versammlung ist eine Personenmehrheit mit einem verbindenden Zweck. Bezüglich der inhaltlichen Eingrenzung des verbindenden Zwecks stellt die bislang h. M. auf die kollektive Meinungsbildung und -äußerung ab, wobei streitig ist, ob es sich um öffentliche Angelegenheiten handeln muß (enger Versammlungs-begriff)<sup>1</sup>

1 BVerwG, DRiZ 1969, S. 158; BayObLG, NJW 1970, S. 479; Guradze, ZRP 1969, S. 6; Sandweg, DRiZ 1969, S. 74.