Hasso Hofmann

Das Recht des Rechts und das Recht der Herrschaft

I. Die absolutistische Opposition

Kern der frühneuzeitlichen Theorie der souveränen Landesherrschaft ist die These, daß der Wille des Herrschers Gesetz und das Gesetz nichts anderes als der Wille des Königs sei. Bodin wie Hobbes definieren das Gesetz als „Befehl“ oder „Willen“ des Souveräns¹, der sich gerade durch die Gesetzgebung als solcher erweist: *Condere legem, est signum supremae potestatis*². Damit erklärt die Souveränitätsdoktrin den Willen des Monarchen zur höchsten irdischen Rechtsquelle und schneidet ihm gegenüber jede Berufung auf andere herkömmliche Rechtsquellen ab: Irdisch-positive Rechte gehen dem Wort des Königs demgemäß im Range nach, und die Gebote und Verbote des natürlichen oder göttlichen Rechts werden solcherart in das *forum internum* des Fürsten verwiesen, d.h. als bloß moralische und damit von keinem Untertanen reklamierbare Gewissensbindungen des Monarchen politisch neutralisiert³. Der Gesetzesbegriff dieser souveränen Landesherrschaft ist also von Haus aus ein voluntativer und politischer. Macht nun auch die Souveränitätsbehauptung alle Rechtsverhältnisse jenseits gewisser *leges fundamentales*⁴ theoretisch-prinzipiell zu einem möglichen Gegenstand einseitiger herrscherlicher Rechtsetzung, so impliziert dieser Gesetzesbegriff gleichwohl

¹ Siehe Jean Bodin, Sechs Bücher über den Staat, 2 Bde., übers. v. Bernd Wimmer, hrsg. v. Peter Cornelius Mayer-Tasch (München 1981/86) Buch I Kap. 8 (Bd. 1 S. 234): „... das Gesetz ... ist nichts anderes ... als der Befehl des Souveräns“; vgl. ebd. S. 222 u. Kap. 10 (Bd. 1 S. 293 f.); Thomas Hobbes, Leviathan, übers. v. Walter Euchner, hrsg. v. Iring Fetscher (Neuwied, Berlin 1966) Kap. 26 (S. 208): „... Gesetz, das heißt, ... der Wille des Souveräns“; u.ö. Im einzelnen dazu mit vielen weiteren Nachweisen Heinz Mohnhaupt, Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: Ius Commune IV (1972) 188–239 (199–208).

² Sebastian Medicis, De legibus, statutis et consuetudine (Coloniae 1574) P. I qu. 8 (S. 34).

³ Dazu mit weiteren Nachweisen Hasso Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung – Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie (Berlin 1977) 25 f.

⁴ Dazu Heinz Mohnhaupt, Die Lehre von der „Lex Fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien, in: Der dynastische Fürstenstaat, hrsg. v. Johannes Kunisch (Berlin 1982) 3–33; ders., in: Heinz Mohnhaupt, Dieter Grimm, Verfassung – Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart (Berlin 1995) 36 ff., 62 ff.; Hasso Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht – Politik – Verfassung (Frankfurt a.M. 1986) 261–295 (275–277).

nicht von Anfang an den Anspruch, all' die unzähligen Rechte und Privilegien, Gerechtsame, Gesetze, Statuten und Gewohnheiten des Landes durch fürstliche Normen zu verdrängen und zu ersetzen. Die spezifisch etatistische Technik der Positivierung des Rechts von einem „einheitlichen Ausstrahlungspunkt“ her⁵, bricht sich erst allmählich Bahn. Dazu mußte sich die Vorstellung einer allgemeinen, d. h. generellen und abstrakten, flächendeckenden Gesetzgebung ausbilden. Aber selbst dort, wo dieser nicht zuletzt dank Montesquieu populär gewordene Vernunftbegriff des Gesetzes in und mit dem Kodifikationsgedanken triumphiert, folgt daraus nicht umgekehrt, daß der Souverän sich mit der Promulgation eines umfassenden Gesetzbuches des Rechts begeben hätte, seinen Willen künftig mit Gesetzeskraft durchzusetzen.

Zum einen behielten sich die Souveräne die Interpretation ihrer Gesetzeswerke vor und verboten sie ihren Richtern⁶. Die mußten im Zweifel bei Hofe nachfragen (*référé législatif*)⁷. Ein zweiter Vorbehalt ergab sich aus dem anderen zentralen Majestätsrecht: der vom alten Richterkönigtum ererbten höchsten Gerichtsbarkeit des Souveräns⁸. Sie äußerte sich nämlich auch, schrieb der bayerische Kanzler Kreittmayr in seinem „Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes“ von 1769, „in den Machtsprüchen, welche er *ex plenitudine potestatis* so weit ergehen lassen kann, als es *utilitas vel necessitas publica* erfordert“⁹.

⁵ Giorgio del Vecchio, Über die Staatlichkeit des Rechts (1929), in: *ders.*, Grundlagen und Grundfragen des Rechts (Göttingen 1963) 217–236 (222 ff.).

⁶ Zu nennen sind: Ordonnance civile touchant la réformation de la justice Ludwigs XIV. von 1667, tit. I art. 7: Recueil général des anciennes lois Françaises, par Isambert, Decrusy, Taillandier, tome XVIII (Paris 1829) 103–180 (106); Codex Theresianus [1766], Erster Teil, Cap. I § V no. 81 ff.: Philipp Harras Ritter von Harrasowsky (Hrsg.), Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Bd. 1 (Wien 1883/86) 49 ff.; Allgemeine Gerichtsordnung v. 1. Mai 1781 Josephs II.: Gesetze und Verordnungen im Justizfache für Böhmen usw., no. 13, § 437; Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Josephs II. von 1786: ebd. Jg. 1785 bis 1786, no. 591, I §§ 24, 26; PrALR von 1794, Einl. §§ 47, 48. – Im einzelnen dazu Hermann Conrad, Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat (Graz 1971) 12 f., 16 f., 20 f.

⁷ Dazu Ludwig Spiegel, Der *référé législatif* oder die Anfrage bei Hof, in: *ders.*, Gesetz und Recht (München, Leipzig 1913) 100–117; Thilo Vogel, Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat (Berlin 1969) 20 ff.; Mohnhaupt, Potestas legislativa (wie Anm. 1) 223 ff.

⁸ Siehe etwa PrALR II 13 § 6 „Das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselben wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu erteilen, ist ein Majestätsrecht“; II 17 § 18 „Die allgemeine und höchste Gerichtsbarkeit im Staate gebührt dem Oberhaupte desselben und ist als ein Hoheitsrecht unveräußerlich“. Dazu Hermann Conrad, Staatsgedanke und Staatspraxis des aufgeklärten Absolutismus (Opladen 1971) 38–59. Zur Zentralisierung der Rechtsprechung Gerd Roellecke, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976) 7–42 (25 f.).

⁹ Wiguläus Xaverius Aloysius Frhr. von Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes (München, Leipzig 1769) 21 (§ 9). Unveränderte Wiederholung in der 2. Aufl. München 1789. Hierzu u. zum Folg. Conrad, Richter und Gesetz (wie Anm. 6) 23 ff.; speziell zur Einbettung der richterlichen Tätigkeit in die friderizianische Staatspraxis und dem darin angelegten Dualismus von Fürstendienst und Dienst an der Gerechtigkeit Kai-Olaf Marwald, Die Herstellung von Recht – Eine exemplarische Unter-

Richter und Reformer, die gegen solche Eingriffe kämpften, bis sie im 19. Jahrhundert die Anerkennung der Unabhängigkeit der Rechtspflege erreichten¹⁰, begründeten die Unzulässigkeit jener Machtsprüche auf zweierlei Weise. Eher defensiv wird Montesquieus Gewaltenteilungslehre zitiert und die Gefahr von Willkür, Machtmißbrauch, Günstlingswirtschaft und Unberechenbarkeit beschworen. Stärkeres Gewicht kommt indes den positiven Behauptungen zugunsten der richterlichen Selbständigkeit zu. So weist Svarez den preußischen Kronprinzen in seinen Vorträgen nicht nur auf jene naheliegenden Gefahren der monarchischen Machtsprüche hin¹¹, sondern auch darauf, was der richterliche Rechtsspruch den Entscheidungen des Souveräns unerreichbar voraus hat: die besonderen Kenntnisse des Richters, das nur durch Übung zu erlangende ‚Judiz‘ und den Zeitaufwand eines spezifisch gerichtlichen Verfahrens¹². „Gerechtigkeit“ war das Schlüsselwort, mit dem der berühmte Feuerbach bei seiner Einführung als erster Präsident des Appellationsgerichts in Ansbach 1817 die „hohe Würde des Richteramts“ gegen jede Art von Kabinettsjustiz und Machtspruch „als fluchwürdige Entweihung eines Heiligtums“ recht offensiv verteidigte¹³. Wiewohl der Richter sein Amt vom König empfangt, stehe er ausschließlich im Dienste der Gerechtigkeit und dürfe keinem anderen Willen gehorchen als dem des Gesetzes. Die Reklamation der Gerechtigkeit steht symbolisch für das richterliche Selbstverständnis und dessen Anspruch, daß das Recht des Richters letztlich nicht aus der Macht des Herrschers kommt, sondern aus dem Recht, das ja schließlich älter ist als der Staat. Auch das Gesetz, dem Feuerbach Gehorsam verspricht, wird hier nicht mehr als Wille des Souveräns begriffen, sondern als ein entpersönlichter, objektivierter Bestimmungsgrund des Rechts. Hieß es früher: *suprema lex regis voluntas*, so gilt jetzt: *supremus rex legis voluntas*¹⁴. Die Gesetzgebung wird entpersonalisiert

suchung zur Professionalisierungsgeschichte der Rechtsprechung am Beispiel Preußens im Ausgang des 18. Jahrhunderts (Berlin 1997) 139–202 (bes. 192–195). Zum Machtspruch Friedrichs des Großen im Falle des Müllers Arnold *Malte Dießelhorst*, Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen (Göttingen 1984) 52 ff., 62 ff.

¹⁰ Dazu *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters (Darmstadt 1975) 1–7, 12–14.

¹¹ Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez, hrsg. v. *Hermann Conrad*, *Gerd Kleinheyer* (Köln, Opladen 1960) 236–238. Dazu *Conrad*, Richter und Gesetz (wie Anm. 6) 13 f.

¹² Ebd. 484 heißt es: „Er (sc. der Landesherr) muß nicht selbst Richter sein wollen. Es fehlt ihm dazu die nötige Kenntnis, die erforderliche Zeit, die nur durch Übung zu erlangende Fertigkeit. Alle die Ursachen, welche die Regenten genötigt haben, das Richteramt andern zu übertragen, verpflichten sie auch, sich der eigenen Entscheidungen in einzelnen Fällen zu enthalten.“

¹³ *Paul Johann Anselm Feuerbach*, Die hohe Würde des Richteramts, in: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts (Nürnberg 1833) 123–132 (127 f.). Für den Fall einer Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit behauptet F. ebd. nicht nur ein Widerstandsrecht, sondern eine Widerstandspflicht. – Die schon 1817 publizierte Rede ist öfter nachgedruckt worden; siehe etwa Quellenbuch zur deutschen Rechtswissenschaft, hrsg. v. *Erik Wolf* (Frankfurt a. M. 1949) 277–285. – Zum Text *Gustav Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach (Göttingen 1969) 135: „Nie ist Geist und Unabhängigkeit der Rechtspflege im Geiste einer liberalen Staatsauffassung mit ergreifenderen Worten gefeiert worden.“

¹⁴ *Ludwig Spiegel*, Das Erbe des absolutistischen Staates, in: *ders.*, Gesetz und Recht (wie

siert, und das Gesetz selbst zur interpretationsleitenden Autorität erklärt¹⁵. Was allerdings im Einzelfall der Wille des Gesetzes ist, das verbindlich zu ermitteln, kommt danach allein dem Richter zu.

Folglich steht die Garantie der Unabhängigkeit der Richter von Kabinettsjustiz und Machtsprüchen im engsten Zusammenhang mit der Abschaffung des gewissermaßen komplementären *référé législatif*. Er wurde bei Einführung des Code civil 1804 beseitigt¹⁶. Preußen war hierin 1798 vorangegangen¹⁷. Mit der Durchsetzung dieses sog. Rechtsverweigerungsverbots¹⁸ wird der direkte Draht, den der Absolutismus durch den voluntativen Gesetzesbegriff samt Interpretations- und Machtspruchsvorbehalt zwischen dem Zentrum der politischen Willensbildung und der Justiz gespannt hatte, wieder gekappt. Zugleich verändern sich zwangsläufig Beschaffenheit und Struktur des von den Gerichten zu verwaltenden Rechtsstoffs. Indem das Rechtsverweigerungsverbot die Verschiebung der Einzelfallentscheidung über Recht und Unrecht auf die politische Ebene ausschließt, werden die Gerichte zu produktiver Arbeit am gegebenen Rechtsmaterial sowohl befreit wie genötigt. In Sonderheit demonstriert Zeillers österreichisches AGBGB von 1811 diese systembildende Kraft des Rechtsverweigerungsverbots, indem das Gesetz in § 7 den Richter für den Fall des Schweigens des Gesetzgebers auf den natürlichen Sinn des Gesetzes, dann die Analogie und schließlich auf die natürlichen Rechtsgrundsätze verwies¹⁹. Im Gegensatz zu anderen großen Gesetzgebern hatte Franz von Zeiller nie den goldenen Traum des Ein-für-Allemaal geträumt, sondern war in seinen Grundsätzen der Gesetzgebung davon ausgegangen, „daß durch einen zufälligen Zusammenfluß der Umstände ... unvorhergesehene, seltenere Streitfälle her-

Anm. 7) 3–22 (17 f.). Einen etwas anderen Akzent bekommt die Sentenz, wenn der Öffentlichrechtler sie bemüht: *Gerhard Anschütz*, Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, in: *Verwaltungsarchiv* 14 (1906) 315–340 (330). Hier unterstreicht sie gegen gewisse Lehren der Zivilisten die strenge Gesetzesbindung der „Verwaltungsrechtspflege“ wie der Strafjustiz und kann das auch „gefahrlos“ tun; denn Lücken im Gesetz verursachen dort keine richterliche Entscheidungsnot: Trägt das löcherige Gesetz den Verwaltungsakt nicht, wird er kassiert, rechtfertigt es die Bestrafung nicht, ist freizusprechen.

¹⁵ Dazu *Regina Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert* (Frankfurt a. M. 1986) 144–169.

¹⁶ Code civil titre préliminaire art. 4: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

¹⁷ Kabinettsordre v. 8. 3. 1798 u. Rescript v. 21. 3. 1798: *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium*, Bd. X (Berlin 1801) Sp. 1609–12.

¹⁸ Hierzu vorzüglich *Ekkehard Schumann*, Das Rechtsverweigerungsverbot – Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, in: *ZZP* 81 (1968) 79–102.

¹⁹ Dazu *Stanislaus Dniestranski*, Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 AGBGB), in: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches – 1. Juni 1911*, 2. Teil (Wien 1911) 1–35 (33): „(Der Richter) kann auch solches Recht ‚finden‘, das noch nicht Gesetz ist, er kann neues Recht, neue Rechtsverhältnisse, neue Rechtsinstitute aus den natürlichen Rechtsgrundsätzen schöpfen und er ist dazu verpflichtet, wenn die Bedürfnisse des Verkehrslebens es gebieterisch fordern und die Gesetzgebung nicht im stande war, ihnen nachzukommen.“

beigeführt werden, die sich aus dem positiven Recht nicht entscheiden lassen“. Da aber nun jeder Rechtsstreit durch Urteil beendet werden müsse, gebe es keinen anderen Ausweg als den, „die Entscheidung aus den allgemeinen Rechtsprinzipien, aus dem Natur- oder Vernunftrecht herzuholen, welches keine im Sehkreis der praktischen Vernunft liegende Frage unbeantwortet läßt“²⁰.

Damit schließt sich ein exklusiver Kommunikationskreis der vor allem das Zivilrecht anwendenden und diese Anwendung lehrenden Juristen – einschließlich derjenigen, die vermöge derselben Schulung solche Gesetze vorbereiten. Durch die Historische Rechtsschule und den aus ihr erwachsenen „Begriffsrealismus“ ist diese Tendenz verstärkt und gefestigt worden. Vor diesem Hintergrund ordnet Art. 1 des schweizerischen ZGB von 1907 an, daß der Richter bei Schweigen des Gesetzes und Fehlen einschlägigen Gewohnheitsrechts gemäß derjenigen Regel zu entscheiden hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, und zwar notabene in der Nachfolge „bewährter Lehre und Überlieferung“ und d. h.: im Gedankenkreis jenes geschlossenen juristischen Kommunikationszusammenhangs. Richterrecht tritt offiziell neben das Gesetzesrecht, wie das vordem in Deutschland und Frankreich wissenschaftlich bereits postuliert worden war. Liegt die Bedeutung der epochemachenden Rede Oskar Bülows über „Gesetz und Richteramt“ aus dem Jahre 1885 doch weniger in der überfälligen Kritik des „Justizsyllogismus“, d. h. der angeblich bloß logisch-rechenhaften (und deswegen vermeintlich völlig unpolitischen, weil wertungsfreien) Subsumtionstätigkeit der Richter, als in der gegen den Gesetzgeber gerichteten Betonung der Eigenständigkeit des Richteramtes und d. h.: in der Präsentation des Richterrechts als staatlicher Rechtsproduktion²¹. Nun macht die Pluralität von Rechtsquellen als solche noch kein Problem und hat nichts Beunruhigendes – solange der Glaube an deren durchgängig hierarchische Ordnung unerschüttert ist. Aber genau das ist hier der kritische Punkt.

II. Aufhebung der Opposition in der verfassungsrechtlichen Einheit von politisch-legislativer und justizieller Rechtsbegründung?

Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Scheinbar enger und schärfer unterwirft Art. 97 Abs. 1 GG die Richter gar „nur dem Gesetz“. Doch will diese Vorschrift bloß die Weisungsunabhängigkeit der Justiz sicherstellen, sagt mithin nichts über die inhaltlichen Bindungen der Rechtsprechung²². So bleibt es beim sog. „Vorrang des Gesetzes“ und des „Rechts“, d. h.

²⁰ Franz von Zeiller, *Eigenschaften eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, zit. nach Quellenbuch (wie Anm. 17) 242–272 (247 f.). Gleichzeitig wies Z. S. 248 allerdings auf die Gefahren der Verweisung auf die „Rechtsphilosophie“ für die Rechtssicherheit hin.

²¹ Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt* (Leipzig 1885, Neudr. Aalen 1969); auch in: *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, hrsg. v. Werner Krawietz (Darmstadt 1976) 107–135. Dazu Simon, *Unabhängigkeit des Richters* (wie Anm. 10) 68–103 bzw. 104–145, und im besonderen Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?* (wie Anm. 15) 257–264.

²² Dazu Jörg Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem* (München 1992) 8–10.

aller rechtsstaatlichen Rechtsgrundsätze, namentlich der Menschenrechte²³. Wie eng man jedoch die Gesetzesbindung der Richter auch immer nehmen mag: Im konkreten Fall kommt ihnen bei der Entscheidung über Recht und Unrecht von der Sache her unvermeidlich eine relativ große Selbständigkeit zu, weil es in der Jurisprudenz keinen logischen Weg vom Allgemeinen zum Besonderen, vom Normtext zum Urteil gibt, insofern die konkrete Sachverhaltsfeststellung ein empirisches Problem und deren Subsumtionsfähigkeit eine Wertungsfrage ist. Auslegung und Fortbildung des Rechts sind im übrigen keine verschiedenartigen geistigen Operationen²⁴. Sogar das prinzipiell selbstverständlich verbotene *contra legem*-Judizieren läßt sich als solches überhaupt nur identifizieren, wenn man anstelle eines objektiv-gegenwartsbezogenen Gesetzesverständnisses im Sinngehalt der Rechtsordnung gemäß einer „subjektiven“ Interpretationslehre von der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers ausgeht²⁵ – was im Hinblick auf die parlamentarische Gesetzgebungspraxis auch wieder nur ein theoretisches Konstrukt ist. Und selbst diese Theorie muß dann – wie eng und unter wievielen Kautelen auch immer – die Möglichkeit richterlicher „Normkorrekturen“ zuge stehen²⁶.

Umgekehrt ist ja auch die Gesetzgebung mehr und etwas anderes als bloß eine Art von *iurisdictio*, wie Bartolus – *facere statuta est iurisdictio in genere sumpta* – im Hinblick auf die Statutargesetzgebung der italienischen Kommunen gemeint hatte²⁷. Gewiß sind Gesetze jedenfalls auch bestimmt und geeignet, nach dem Wenn-dann-Schema in künftigen Fällen als Richtschnur der Entscheidung zwischen Recht und Unrecht zu dienen. Dennoch: Die Aufgabe genereller Normierungen erschöpft sich darin nicht. Mag die Rechtsregel auch Lernprodukt aus einem sozialen Konflikt sein: Sie modelliert ihn nicht einfach nach²⁸. Vielmehr konstituieren die Gesetze den Normalfall, geben in diesem Sinne – zumindest implizit – Handlungsanweisungen und suchen diese durch Sanktionen zu stabilisieren, bevor die sozusagen pathologischen Konfliktfälle auftreten. Sie sind m.a.W. nicht nur Rezepturen für den richterlichen Arzt der kranken Fälle, sondern zuvörderst politisch gedachte und gewollte, präventive Ordnungs- und Gestaltungsentwürfe für das gesellschaftliche Leben wie in wachsendem Maße für die administrative Staatstätigkeit. Rechtstheoretische Analysen, Qualifikationen

²³ Siehe dazu BVerfGE 34, 269 (287, 292); Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts, hrsg. v. Josef Isensee, Paul Kirchhof, Bd. I (Heidelberg ²1995) 987–1043 (1007–1009).

²⁴ Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Berlin ³1995) 107 ff.

²⁵ Dazu ebd. 250–252.

²⁶ Siehe die sehr gewissenhafte und genaue Arbeit Neuners über Rechtsfindung *contra legem* (wie Anm. 22) 132 ff., 160, 184 ff.

²⁷ Bartolus, Commentaria in primam Digesti veteris partem, Vol. I (Lugduni 1547) ad Dig. 1,1,9 (lex „Omnes populi“), nr. 3. Dazu näher Mohnhaupt, Potestas legislativa (wie Anm. 1) 189 f.

²⁸ Dazu Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt a.M. 1993) 567 f., in biologistisch-plastischer Wendung: Gesetze seien „Antikörper“ des Rechtssystems.

und Klassifikationen staatlicher Normierungen setzten denn auch hier und nicht bei der Programmierung der Justiz an. Dementsprechend begreifen soziologische Analysen das positive Recht vornehmlich als eine Technik zweckgerichteter Verhaltenssteuerung²⁹. Und die Analyse der Normstrukturen nach Maßgabe der deontischen Logik denkt mit Geboten, Verboten, Erlaubnissen und Freistellungen selbstverständlich nicht Handlungsanweisungen für Organe der Rechtsanwendung³⁰.

Nach alledem sind Zweifel angebracht, ob die Frage nach der „Begründung des Rechts“ rechtshistorisch wie rechtstheoretisch überhaupt einheitlich beantwortet werden kann. Sind es wirklich dieselben Gründe, die die Normativität des Rechts im Sinne der vom Willen der Beteiligten oder Betroffenen unabhängigen Maßgeblichkeit des Rechts sowohl bei der Gesetzgebung wie in der Rechtsprechung tragen? Oder müssen wir nicht eine Bipolarität unseres Rechtssystems in Rechnung stellen und sozusagen zweigleisig nach justiziellen und politisch-legislativen Rechtfertigungen von Recht fragen?

Diese Fragen provozieren sogleich einige Gegenfragen: Sind jene beiden Bereiche nicht längst konstitutionell miteinander verklammert? Hat folglich die Lehre von der (Staats-)Verfassung die Begründungsfrage nicht einheitlich gelöst? Ist es nicht möglich, ja notwendig, die Verfassung im Sinne der Systemtheorie Luhmanns als strukturelle Koppelung des justiziellen Rechtssystems und des gesetzgeberisch agierenden politischen Systems zu begreifen³¹? Tatsächlich sehen Verfassungslehre und Staatsrecht im Verfassungsgesetz außer der Festlegung von Staatsstruktur und Staatsorganisation, neben Machtbeschränkung, Freiheitsgarantie und der Regulierung politischer Willensbildung, d. h. dem Austragungsmodus politischer Konflikte, vornehmlich die Stiftung einer staatlich-politischen wie einer rechtlichen Einheit und deren Legitimation³². Indes scheint diese Einheit zumeist hierarchisch und nicht bipolar gedacht, die Legitimation demgemäß eher monistisch als elliptisch vorgestellt. Zumindest folgt wohl die Verfassungstheorie französischer Provenienz, dem Stammvater Rousseau verpflichtet, einem derartigen Rechtfertigungsmuster. Ihm wenden wir uns zunächst zu.

Grundlage aller neuzeitlichen politischen Theorie, Rechts- und Staatsphilosophie ist der methodologische Individualismus, wie ihn zuerst Hobbes systema-

²⁹ Dazu etwa Werner Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion* (Berlin 1967) 21, 25, 44, 74. Allenfalls unter den weiteren Aspekten von „Konfliktbereinigung“ und „Überwachung“ kommt auch die kasuistische Unterscheidung von Recht und Unrecht in der soziologischen Analyse des Rechts vor: so Manfred Rehbinder (Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts, in: *Soziologie – Festschrift f. René König* [Opladen 1973] 354–368), der außerdem Verhaltenssteuerung, Legitimierung und Organisation sozialer Herrschaft sowie Gestaltung der Lebensbedingungen nennt.

³⁰ Gertrude Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen* (Freiburg, München 1981) 32f.

³¹ Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (wie Anm. 28) 440ff., 470ff.

³² Dazu statt vieler Konrad Hesse, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: *Handbuch des Verfassungsrechts*, hrsg. v. Ernst Benda u. a. (Berlin ²1994) 3–17 (5ff.); detaillierter Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1 (München ²1984) 78ff.

tisch entfaltet hat³³. Mit ihm tritt in Angelegenheiten von Gesellschaft, Recht und Staat an die Stelle der alten theologisch-philosophischen Ontologie der Welt als eines wohlgeordneten Kosmos eine neue Ontologie des Willens rationaler Egoisten, die sich in dieser, wenn nicht chaotischen, so doch jedenfalls höchst unsicheren Welt durch Stiftung von Regeln allererst vernünftig einrichten müssen. Nach der scholastischen Philosophie war das Recht – verkürzt und vereinfacht – im wesentlichen eine Erscheinungsweise der die Welt durchwaltenden Vernunft ihres Schöpfers, figurieren rechtliche Feststellungen demgemäß als Seins-Aussagen. Der willentlichen Rechtsetzung wurde theoretisch nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen. Gerechtfertigt allein als notwendige Konkretisierung und Anpassung des göttlich-natürlichen Rechts durch die jeweils angestammten Herrschaften, unterlag das *ius positivum* moraltheologisch theoretisch dem unbedingten Geltungsvorrang des *ius naturale* und des *ius divinum*³⁴. Die neuzeitliche Physik der Vergesellschaftung dagegen basiert auf der grundstürzenden theoretischen Annahme der Freiheit des isolierten Individuums in einer ungesicherten Ausgangsposition, dem sog. Naturzustand³⁵. Im Kontrapunkt zur barocken Rechtfertigung der Herrschaft und ihres Rechts aus dem Gottesgnadentum des divinen fürstlichen Menschen führt eine egalitäre individualistische Handlungstheorie ökonomischer Rationalität zu dem Schluß, daß das Eigeninteresse der einzelnen gegen selbstzerstörerische Konsequenzen der Freiheit mittels Übereinkunft Rechtsregeln mit Zwangscharakter und dadurch Sicherheit durch Recht hervorbringe – und zwar durch direkt darauf gerichtete Willenseinigung, oder mittelbar über eine vereinbarte Herrschafts- und Rechtssetzungsgewalt, also vermittels des berühmten Herrschaftsvertrages³⁶. Erst auf der Grundlage dieser beiden konkurrierenden Rechtfertigungsvarianten mit oder ohne politische Theologie können Rechtsnormen durchgängig als sanktionierte Gebote und Verbote begriffen, kann Recht schlechthin als Befehl einer Autorität, als Sollenssatz aufgefaßt werden.

Rousseau hat aus dem neuen Begründungsansatz für Recht und Herrschaft die Konsequenzen einer demokratischen Gesetzgebungslehre gezogen³⁷. Kann doch

³³ Hierzu u. zum Folg. Hasso Hofmann, Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der Neokontraktualismus, in: Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, hrsg. v. Christoph Engel, Martin Morlok (Tübingen 1997) 257–277.

³⁴ Thomas von Aquin, Summa theologica I/II qu. 91 a. 3 und a. 4, qu. 95 a. 2; zit. nach der Deutschen Thomas-Ausgabe, hrsg. v. d. Philosophisch-theologischen Hochschule Walberberg bei Köln, 13. Bd. (Heidelberg 1977) 22 ff., 95 ff. Zum Folg. auch Hasso Hofmann, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven (Tübingen 1995) 51–72 (55–57).

³⁵ Dazu Hasso Hofmann, Die Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, in: ders., Recht – Politik – Verfassung (wie Anm. 4) 93–121; Regina Harzer, Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft (Frankfurt a. M. 1994).

³⁶ Dazu jetzt maßgeblich Wolfgang Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages (Darmstadt 1994); neuestens Rüdiger Bubner, Welche Rationalität bekommt der Gesellschaft? (Frankfurt a.M. 1996) 83–124; aus zivilistischer Sicht Georg Graf, Vertrag und Vernunft (Wien, New York 1997) 35–49.

³⁷ Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social, bes. Buch II Kap. 3 u. 4, Buch IV Kap. 1 u. 2;

nach jenen Prämissen der für alle in gleicher Weise verbindliche Gemeinwille nur aus einem Gesetzgebungsverfahren hervorgehen, an dem alle in gleicher Weise beteiligt sind – was wiederum nur möglich ist, wenn der Gegenstand des Verfahrens als ein allgemeiner niemanden in besonderer Weise betrifft. In dieser doppelten Allgemeinheit – Gemeinsamkeit des Willens und des Gegenstandes, wie Rousseau sagt – hat die Geltungskraft der *volonté générale* Grund und Grenze, ruht die Kraft von Rousseaus republikanischer, d.h. gewaltenteilender, unpersönlicher Herrschaft des Gesetzes. Die revolutionäre französische Nationalversammlung hat diese Bestimmung des Gesetzes – freilich erst nach Interpolation des Repräsentativprinzips – in ihre berühmte *Déclaration* von 1789 (Art. 6 S. 1–3) übernommen und mit ihr die politische Pointe: Überordnung der Gesetzgebung des souveränen Volkes über die monarchische Exekutive. Demgemäß verglich Kant das Gesetz – obwohl es der Kritiker der Urteilskraft besser wußte – mit dem Obersatz in einem praktischen Syllogismus, nach dem der unter dem Gesetz stehende Regent von Fall zu Fall bloß zu subsumieren habe³⁸. Dieses hierarchische Modell der Gewaltenteilung³⁹ muß freilich, da der konstitutionelle republikanische Gesetzgeber nach dem Konzept beschränkter und berechenbarer Herrschaft trotz seiner höchsten Stellung im Staat selbst doch auch nicht souverän, also unbeschränkt sein darf, die originäre Rechtsquelle gleich wieder in den Hintergrund rücken: *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation*, heißt es in Art. 3 jener Rechteerklärung. Der das ganze hierarchische System tragende und legitimierende Grund wird unter dem Namen der Volkssouveränität und der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes aus dem Verfassungssystem hinaus in den Bereich des Virtuellen, d.h. des Nicht-Aktuellen, aber der Kraft und Möglichkeit nach beständig Anwesenden verlegt.

Nur in dieser gebrochenen Weise erbt das Volk die Souveränität des Fürsten, ziemlich ungebrochen jedoch dessen Problem des Verhältnisses von Gesetzesbefehl und Gesetzesanwendung insbesondere durch die Richter. Konsequenterweise eiferten die Revolutionäre den absolutistischen Monarchen in dem Versuch nach, die Richter und alle anderen Rechtsanwender durch Interpretationsverbote an die

zit. nach: Jean-Jacques Rousseau, Sozialphilosophische und Politische Schriften, übers. v. Eckhart Koch u. a. (München 1981) 267–391. Dazu Reinhard Brandt, Rousseaus Philosophie der Gesellschaft (Stuttgart-Bad Cannstatt 1973) 82 ff.; Maximilian Forschner, Rousseau (Freiburg, München 1977) 117 ff.; Hasso Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven (wie Anm. 34) 260–296 (270–272).

³⁸ Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, ed. v. Karl Vorländer (Hamburg 1959) 136, 139 ff.: Das Öffentliche Recht. Erster Abschnitt. Das Staatsrecht §§ 45, 49.

³⁹ Zu diesem hierarchischen und dem konkurrierenden, später in Teil III behandelten Gleichgewichtsmodell der Gewaltenteilung, für die beide John Locke den Grund gelegt hat und denen auch unterschiedliche Freiheitsauffassungen entsprechen: Max Imboden, Politische Systeme/Staatsformen (Basel, Stuttgart 1964) 162 ff.; Günther Maluschke, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates (Freiburg, München 1982) bes. 58 ff., 299 ff.; Hansjörg Seiler, Gewaltenteilung – Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung (Bern 1994) 180–188, 238–240; Hasso Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, in: Der Staat 34 (1995) 1–32 (20–24).

politische Leine zu legen⁴⁰. Dabei konnten sie sich, wie es schien, auf einen hochbedeutenden Vorläufer der neuen Ordnung berufen, den „Erfinder“ der Gewaltenteilung: Montesquieu. Hatte der den Richter (jedenfalls den des englischen Geschworenenprozesses) doch zum bloßen „Mund des Gesetzes“ erklärt, zu einem „willenlosen Wesen“, dessen Urteilssprüche „niemals etwas anderes sind als eine genaue Formulierung des Gesetzes“⁴¹. Das werde durch bloß zeitweilige Berufung von Laienrichtern ohne Rückhalt in einer eigenständigen Gerichtsorganisation – durch eine Jury also – gesichert. Und gerade einer republikanischen Verfassung entspreche es, heißt es in anderem Zusammenhang, daß der Richter sich an den Buchstaben des Gesetzes halte⁴². Der revolutionären Führung mußte das gefallen. Nach Montesquiueus eigenen Worten bleiben dann allerdings nur zwei wirkliche Gewalten übrig⁴³. Gehandelt hat er dann freilich – dies nebenbei – dennoch von dreien, drei anderen offenbar. Da Klassikertexte aber nur zitiert und nicht gelesen werden, besteht für das liebe alte Klischee trotzdem keinerlei Gefahr. Wir werden darauf jedoch noch einmal zurückkommen müssen.

III. Der schwierige Kontrapunkt: Gesetz und Richter

Fürs erste bleibt festzuhalten, daß die bürgerlichen Revolutionäre mit ihrem Monopolanspruch auf die Interpretation ihrer Gesetze so wenig Erfolg hatten und haben konnten wie zuvor die Könige. Ganz im Gegenteil setzte sich eben gerade im Konstitutionalismus die Unabhängigkeit der Justiz als einer anerkannt eigenen Staatsgewalt durch. Und gerade unter diesen Bedingungen entfaltet das Rechtsverweigerungsverbot seine synthetisierende Kraft. Nirgendwo ist das aus leicht einsichtigen Gründen eindrucksvoller zu erfahren als dort, wo Konstitutionalismus und *Common law*-Tradition sich ineinanderschoben: in den Vereinigten Staaten von Nordamerika⁴⁴.

⁴⁰ Décret sur l'organisation judiciaire du 16 août 1790, titre II art. 12: Bulletin annoté des Lois, Décrets et Ordonnances, hrsg. v. *Lepec*, Bd. 1 (Paris 1834) 225; Décret sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire vom 4. 12. 1793 (14 frimaire II), section II, art. 11: bei *Lepec*, Bd. 5 (Paris 1835) 18.

⁴¹ *Charles de Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, übers. u. hrsg. v. *Ernst Forsthoff*, Bd. 1 (Tübingen 1951) 217, 225. Mit Recht krit. zur Deutung i.S. einer normativen Rechtsanwendungslehre *Regina Ogorek*, De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, in: *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983) 277–296, bes. 288 f.

⁴² *Montesquieu* (wie Anm. 41) Bd. 1, 109.

⁴³ Ebd. 220.

⁴⁴ Dazu jüngst *Oliver Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law (Tübingen 1997) 27–36. Siehe zum Folg. aber auch *Michael Reinhardt* (Konsistente Jurisdiktion – Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung [Tübingen 1997] 271–310), der die fortschreitende Einebnung der Unterschiede zwischen Fallrecht und kodifiziertem Recht herausgearbeitet hat.

In seinem mittlerweile auch bei uns einflußreichen Buch „Taking Rights Seriously“ hat vor 20 Jahren Ronald Dworkin ein plastisches Bild davon entworfen, wie ein Richter in und aus dem *Common law* Recht findet⁴⁵. Dworkins Ausgangspunkt ist die Situation der Justiz unter Rechtsverweigerungsverbot: Der Richter muß – sofern verfahrensrichtig vor ihn gebracht – jeden Streitfall entscheiden, auch wenn das inhaltlich einschlägige positive Recht unklar, unangemessen, bis zur Widersprüchlichkeit ungereimt oder lückenhaft ist. Und zwar wird ihm auch in dieser Lage ein Akt der Rechtsprechung abverlangt, also weder eine beliebige Ermessensentscheidung freigestellt noch ein Opportunitätsurteil im Sinne des öffentlichen Interesses gestattet. Soweit sich die notwendige rechtliche Schlußfolgerung aus dem geschriebenen Recht aber nicht einfach ableiten läßt, bleibt das Recht stets hinter seinem eigenen Begriff einer Ordnung der sozialen Lebenswelt zurück. Dworkins Lösung: Der Richter muß voraussetzen, daß sich für jeden Fall eine rechtliche Antwort (genauer: die eine, einzig richtige rechtliche Antwort) finden läßt, und er muß dieses Postulat in einer schier übermenschlichen Anstrengung in begrenzter Zeit diskursiv einzulösen suchen. Für diese eine richtige rechtliche Antwort⁴⁶ hat er, der Modell-Richter Herkules, wie Dworkin ihn nicht von ungefähr nennt, unter größtmöglicher Berücksichtigung aller rechtlichen Determinanten über die positiven Rechtsregeln hinaus auf die bewertungsorientierenden Rechtsgrundsätze als prinzipielle Verteilungsgrundsätze von Rechten und Pflichten zurückzugreifen und diese unter Rückbindung an die fundamentalen Bewertungsmaßstäbe der Gemeinschaft im Kontext aller rechtlichen Regeln, Verfahren, Grundsätze und anerkannten Lehren fortzuschreiben. Kurz: In schwierigen Rechtsfragen gibt die „von den Gesetzen und Institutionen der Gemeinschaft vorausgesetzte ... politische Moral“ den Ausschlag⁴⁷. Es geht m.a.W. um die durch das Kohärenzkriterium kontrollierte Überführung von sozialem Ethos, von objektiver gesellschaftlicher Sittlichkeit in die Bedeutung von Verfassung und Recht. Rechtstheoretisch reformuliert heißt das, daß jede gegebene Rechtsordnung nicht nur aus Regeln besteht, die im Einzelfall entweder anwendbar oder nicht anwendbar sind, sondern auch Grundsätze oder Prinzipien enthält, die im konkreten Fall mehr oder weniger wirksam werden können, also zu optimieren sind. Jene Prinzipien können auch nicht nach bestimmten „Erkenntnisregeln“ als gültig ausgewiesen werden, sondern müssen, meint Dworkin,

⁴⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), dt. u. d. T. *Bürgerrechte ernstgenommen* (übers. v. Ursula Wolf, Frankfurt a. M. 1984); zum Folg. s. bes. 145 ff., 199 ff., 499 ff., 543 ff. Vgl. jetzt auch *ders.*, *Law's Empire* (London 1986) 62 ff., 419. Dazu die Analyse bei Claudia Bittner, *Recht als interpretative Praxis – Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts* (Berlin 1988) 165 ff.

⁴⁶ Vielleicht hält Dworkin zwei Dinge nicht genügend auseinander, nämlich die notwendige „regulative Idee, daß es in jedem Rechtsfall eine beste Lösung gibt, und die“ – schwerlich haltbare – „Existenzbehauptung, daß so eine Lösung wirklich immer existiert“: so Peter Kolle, *Theorie des Rechts* (Wien 21997) 181. Doch kann dieser Punkt hier auf sich beruhen. Das gilt auch für die Fixierung von Dworkins Theorie auf den Streit um Individualrechte; dazu Bittner, (wie Anm. 45) 215 ff.

⁴⁷ Dworkin, *Bürgerrechte* (wie Anm. 45) 215.

entsprechend ihrer „moralischen“ Herkunft und Beschaffenheit philosophisch begründet werden⁴⁸ – rechtstheoretisch zweifellos ein außerordentlich heikler Punkt.

Bei der Diskussion dieser Thesen wird allerdings leicht übersehen, daß es hierzulande längst ein Gegenstück dazu gibt, und zwar in Gestalt der rechtstheoretischen Anreicherung und methodologischen Mobilisierung und Dynamisierung des Systemgedankens seit Walter Wilburgs „Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht“ (Graz 1951) und Josef Essers „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“ (Tübingen 1956, 1990). Diese Überlegungen hat Franz Bydlinski in einer der Lehre Dworkins vergleichbaren Weise durch den Gedanken erweitert und vertieft, daß im Falle einer anders nicht zu behebenden Unsicherheit auf die „grundlegenden rechtsethischen Maximen“ der Sozietät zurückgegriffen werden könne und müsse⁴⁹. Solcherart rechtsdogmatisch gestützt, wirkt die Justiz rechtsschöpferisch – und zwar zumindest de facto nicht nur inter partes⁵⁰.

Im einzelnen gibt es dazu viele und gewichtige rechtsdogmatische, methodische und rechtstheoretische Fragen. Sie können hier aber dahinstehen. Denn im Augenblick geht es nur darum, an den riesigen Abstand der heutigen Auffassung justizieller Tätigkeit von jener alten und zählebigen Legende zu erinnern, die aus dem Richter nach Montesquieus Parole vom bloßen „Mund des Gesetzes“ einen Subsumtionsautomaten gemacht hatte⁵¹. Zugleich ist indes der wachsenden Einsicht zu gedenken, daß die richterliche Rechtsfortbildung über das Gesetz hinaus eher ein positives Element der Vitalität einer Rechtsordnung darstellt, als bloß den unvermeidlichen Tribut an die Kluft zwischen abstrakter Norm und konkretem Fall zu bedeuten oder als Notlösung bei gesetzgeberischem Versagen zu fungieren⁵². So steht die enorme rechtspraktische Bedeutung solchen „Richterrechts“ und daher auch für die kontinentalen Rechtsordnungen längst außer Zweifel. Ge-

⁴⁸ Ebd. 248.

⁴⁹ Siehe *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (Wien, New York 21991); *ders.*, Recht, Methode und Jurisprudenz (Frankfurt a. M. 1987); *ders.*, Fundamentale Rechtsgrundsätze – Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät (Wien, New York 1988); *ders.*, Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht (Berlin, New York 1995). – Siehe dazu auch *Wolfgang Fikentschers* Theorie der Bildung von „Fallnormen“: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV: Dogmatischer Teil (Tübingen 1977) 176 ff. (233).

⁵⁰ Dazu *Viktor Knapp*, Ist das Recht lückenlos oder lückenhaft?, in: Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts – Festschrift für Kazimierz Opalek, hrsg. v. *Werner Krawietz*, *Jerzy Wróblewski* (Berlin 1993) 295–306; *Fikentscher*, Methoden des Rechts (wie Anm. 49) 233 ff., 241 ff., sowie eingehend *Bydlinski*, Methodenlehre und Rechtsbegriff (wie Anm. 49) 501–515.

⁵¹ Siehe Anm. 41. Zur theoretischen Entwicklung des Verhältnisses von Gesetz und Richter im 19. Jahrhundert grundlegend *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? (wie Anm. 15).

⁵² Zur Unverzichtbarkeit des „Richterrechts“ in modernen, hochkomplexen Rechtsordnungen jetzt umfassend und eindringlich *Reinhardt*, Jurisdiktion (wie Anm. 44) 85–90, 213–223, 339 ff.

stritten wird im wesentlichen nur um zweierlei: um die Verbindlichkeit und um die Grenzen des Richterrechts.

Zunächst geht es also um die Frage, ob die präjudiziellen Entscheidungen über ihre faktische Steuerungsmacht kraft Autorität des Rechtsspruchs und tatsächlicher Befolgung durch andere Gerichte hinaus „verbindlich“, also (noch vor der Erstarkung zu Gewohnheitsrecht) wie die Gesetze „echte“ Rechtsquellen sind⁵³ oder ob ihnen nur eine „präsumtive Verbindlichkeit“ zukommt, ob es sich lediglich um Indikatoren des Rechts, also um „Rechtserkenntnisquellen“, allenfalls um „subsidiäre Rechtsquellen“ handelt. Alle diese Einschränkungen tragen dem Umstand Rechnung, daß es die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen dem Richter nicht verbieten, präjudizielle Entscheidungen mit besseren juristischen Gründen einer besseren Rechtserkenntnis beiseitezuschieben. Begrifflich fand Josef Esser das Ei des Kolumbus: Präjudizien seien keine Rechtsquellen, Richterrecht schaffe keine ‚außergesetzliche Rechtsordnung‘, sei folglich revisibel und reversibel wie jede richterliche Anwendung der materiellen Rechtsnormen. Die freilich stünden allemal unter dem Vorbehalt nicht nur der inhaltlichen Konkretisierung, sondern auch der Ergänzung, Um- und Neubildung. Anders formuliert: Theoretisch auch als Verhaltensnorm für die Alltagsfälle betrachtet, ist Rechtsquelle allein das Gesetz – in seinem jeweils gemeinen Verständnis. Für die Lösung des konkreten Konflikts im besonderen, besonders vertrackten Fall aber gibt es rechtspraktisch aus der Sicht der Parteien nur eine Rechtsquelle, d.h. Quelle rechtlicher Verbindlichkeit: den gerichtlichen Prozeß und die jeweils letzte Gerichtsentscheidung, die in der Sicht des Richters allerdings stets Rechtserkenntnis prätendiert⁵⁴. Dann mag sich auch zeigen, ob und inwieweit einschlägige Präjudi-

⁵³ So die Frage bei *Jörn Ipsen*, *Richterrecht und Verfassung* (Berlin 1975) 60. Als „Ersatzgesetzgeber“ anerkennt den Richter *Rudolf Wassermann*, selbst ein hoher Richter, in: *Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz* (Neuwied 1989) Rn. 15 ff., 20 zu Art. 92. Salomonisch *Oscar Adolf Germann*, *Richterrecht*, in: *ders.*, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung* (Bern 1967) 227–277 (273): „Trotz fehlender formeller Verbindlichkeit“ bildeten die Präjudizien der Höchstgerichte auch in den kontinentaleuropäischen Ländern „auf Grund ihrer tatsächlichen Geltung praktisch die wichtigste Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht“. Nach dem Arbeitsrechtler *Bernd Rütters*, *Richterrecht als Methoden- und Verfassungsproblem*, in: *Sozialpartnerschaft in der Bewährung – Festschrift für Karl Molitor*, hrsg. v. *Franz Gamillscheg* (München 1987) 293–307 (306 f.), muß „Richterrecht der höchsten Instanzen in seinen Auswirkungen als Rechtsquelle verstanden werden“. Es sei „neben und unter dem Gesetz ‚Rechtsquelle‘“.

⁵⁴ *Josef Esser*, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in: *Festschrift für Fritz von Hippel* (Tübingen 1967) 95–130 (113); *ders.*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tübingen 1990) 289; *ders.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt a. M. 1972) 194 f.; siehe auch *Klaus Adomeit*, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht* (München 1969) 45: Das Richterrecht sei keine selbständige Rechtsquelle neben anderen, „sondern ein allen Rechtsquellen – auch der Verfassung – anhaftender Vorbehalt inhaltlicher Konkretisierung, Ergänzung oder Änderung“. Eine neue Ausdrucksvariante hat nach eingehender Untersuchung *Reinhardt*, *Jurisdiktion* (wie Anm. 44) 517 gefunden: „Unter dem Bonner Grundgesetz besteht eine rechtliche Pflicht zur Befolgung einschlägiger Präjudizien... Allerdings gilt diese Befolgungspflicht nicht allgemein und nicht uneingeschränkt, sie gilt noch nicht einmal grundsätzlich (sic)...“

zien schon in das gemeine oder wenigstens in das richterliche Verständnis des Gesetzes eingegangen sind und damit an dessen Rechtsquellenqualität teilhaben.

Stärker als beim Problem der Verbindlichkeit des Richterrechts zeigen sich bei der Frage nach dessen Schranken gewisse typische Frontstellungen. Zivilisten suchen diese Grenzen eher methodologisch zu bestimmen, Publizisten sehen darin im Hinblick auf die Gewaltenteilung mehr eine Kompetenzfrage und mit Rücksicht auf das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“) zudem ein Legitimationsproblem. Überlagert wird dieser Unterschied unserer juristischen Kulturen allerdings durch eine Entwicklung zunehmender „Entdeckung“ der verfassungsrechtlichen Dimension des Problems⁵⁵. Und in dieser Perspektive scheint die Vorstellung vom Gesetz als Vermittlungsinstrument demokratischer Legitimation durch parlamentarische Entscheidungsdetermination unentbehrlich⁵⁶. Denn Richterwahl durch Parlamentsausschüsse oder die parlamentarische Verantwortlichkeit der die Richter ernennenden Exekutive vermögen den Eindruck demokratischer Legitimation des konkreten Richterspruchs wohl weniger zu erwecken⁵⁷. Von daher rühren spezifisch verfassungsrechtliche Bedenken, gesetzesüberschreitendes Richterrecht als Rechtsquelle anzuerkennen⁵⁸. Sie können durch den ebenso konsequenten wie

Sie gelte zum einen nur „institutional“, d. h. im Instanzenzug. „Zum anderen wirkt die Bindung nicht absolut, sondern unterliegt einer immanenten marginalen Relativität (sic) im Interesse der Gewährleistung einer kontinuierlichen Evolution des materiellen Rechts; die grundgesetzliche Präjudizienbindung ist insoweit approximativ.“

⁵⁵ In diesem Sinne die Gegenüberstellung der beiden Ansätze schon der junge Zivilist und Arbeitsrechtler *Rolf Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Berlin 1978) 34–81 u. 82–250. Paradebeispiel dieser Entwicklung ist die außerordentlich gründliche Dissertation des Zivilisten *Neuner* (Anm. 22). Zu den unterschiedlichen Ansätzen (die nicht notwendig zu unterschiedlichen Ergebnissen führen) in Zivilistik und Publizistik einerseits: *Werner Flume*, Richter und Recht, in: Verhandlungen des 46. Dt. Juristentages, Bd. II, Teil K (München, Berlin 1967) 5–35 (17 ff.); *Hans Hattenhauer*, Reform durch „Richterrecht“, in: ZRP 11 (1978) 83–88 (86: Stabilisierung durch Rechtsdogmatik); *Edward Picker*, Richterrecht und Richterrechtssetzung, in: JZ 39 (1984) 153–163 (154 ff.); *Helmuth Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie (Berlin, New York 1985) 347; *Larenz*, *Canaris*, Methodenlehre (wie Anm. 24) 232–252; *Bydlinski*, Methodenlehre und Rechtsbegriff (wie Anm. 49) 472 ff.; *Curd Wolfgang Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (Tübingen 1995) 197 ff.; andererseits: *Ipsen*, Richterrecht (wie Anm. 53) 47 ff., 116 ff.; *Gerd Roellecke*, *Christian Starck*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976) 7–42 (30 ff.); 43–93 (76 ff.); *Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘ (Berlin 1986) 96 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat (Bonn 1988) 14 ff., 17 ff.; *Reinhardt*, Jurisdiktion (wie Anm. 44) passim.

⁵⁶ Hierzu und zum Folg. mit weiteren Nachweisen *Hasso Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung (wie Anm. 3) 78 ff. (bes. 82–85).

⁵⁷ So aber im Hinblick auf die Richterwahl nach Art. 95 Abs. 2 GG *Wassermann* (wie Anm. 53) Rn. 17 zu Art. 92. Krit. dazu *Ipsen*, Richterrecht (wie Anm. 53) 198 ff. Zur Legitimation richterlicher Rechtsetzung aus verfassungsrechtlicher Sicht jetzt umfassend *Reinhardt*, Jurisdiktion (wie Anm. 44) 342–349.

⁵⁸ Sehr klar *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Heidelberg 2019) 235 (Rn. 549).

fragwürdigen Rekurs auf die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers⁵⁹, erst recht aber durch Forcierung der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, sogar zu einer weitgehenden theoretischen Delegitimierung des Richterrechts führen.

Für den Aspekt verfassungsrechtlicher Rechtfertigung des Richterrechts gibt es allerdings eine ziemlich einfache Begründungsalternative, nämlich die kompetenzrechtliche, also rein formale Legitimation der Richtersprüche. Danach hat die demokratische Verfassung selbst den Gerichten ihre Entscheidungsgewalt verliehen⁶⁰. Punktum. Diese Version könnte sich in gewisser Hinsicht vielleicht sogar mit mehr sachlicher Berechtigung auf Montesquieus Gewaltenteilungslehre berufen als jene andere, monistisch-hierarchische. Zwar hat der berühmte Baron in der bekannten Weise die drei Staatsfunktionen unterschieden und aus nur allzu begründeter Furcht vor der Willkür der Strafrichter⁶¹ sowohl auf der grundsätzlichen (wenn auch keineswegs ausnahmslosen) Trennung von Legislative und Justiz wie eben auf der striktesten Gesetzesbindung der organisatorisch unselbständigen Gerichtsbarkeit bestanden⁶². Die drei Gewalten, d.h. wirklichen Mächte, von denen er handelte, waren dagegen das Königtum, der Adel und das Bürgertum. Im Medium des englischen Verfassungsrechts entwarf er, der Sicht der damaligen englischen Opposition folgend, ein integratives System der Machtverschränkung in Gesetzgebung und Administration zwischen der Krone, dem adligen Oberhaus und dem bürgerlichen Unterhaus.

Nun war zwar die Justiz mangels eigener *façon* – dies Montesquieus Ausdruck – von ihm nicht als eigenständige Größe in jenes Balancesystem einbezogen. Aber in diesem Punkt hat sich viel verändert. Eigenständigkeit von Organisation und Verfahren sowie Professionalität der Richter, kurz: Die Bürokratisierung der Justiz und die Ausweitung ihrer Zuständigkeit auf den öffentlichen Bereich bis hin zur Wahrung der Verfassung haben ihr im Verein mit der institutionalisierten Rechtswissenschaft und dem Rückhalt in Rechtstradition, bewährter Lehre und konstitutionellen Leitideen längst ein eigenes Machtgewicht verliehen und sie zu einer unserer drei Gewalten, zu einem wirklichen Gegenspieler von Parlament und Administration wachsen lassen⁶³. Höchst bezeichnenderweise haben die Franzosen dank des aus ihrem monistisch-hierarchischen Modell folgenden Gesetzeskults⁶⁴ bis heute Schwierigkeiten mit dem Gedanken einer gerichtlichen

⁵⁹ Siehe Anm. 25.

⁶⁰ So hält Fritz Ossenbühl (Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz [Bad Homburg 1968] 129) den Gesichtspunkt, daß alle drei Gewalten in gleicher Weise durch dieselbe demokratische Verfassung eingerichtet und mit ihren Kompetenzen versehen seien, für wichtiger als die besondere Legitimation des Gesetzgebers durch die Volkswahl.

⁶¹ Dazu sehr instruktiv Ogorek, Richterkönig (wie Anm. 15) 41–46.

⁶² Vgl. hierzu u. zum Folg. Montesquieu, (wie Anm. 41) Bd. I 220–226 (217, 224 f.); sowie Charles Eisenmann, L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs, in: Mélanges Carré de Malberg (Paris 1933) 162–192, und Seiler, Gewaltenteilung (wie Anm. 39) 279, und vorne Anm. 25.

⁶³ Siehe jetzt Reinhardt, Jurisdiktion (wie Anm. 41) 67, 912 ff.

⁶⁴ Jean-Marie Cotteret, Le pouvoir législatif en France (Thèse Paris 1962) 12 ff., spricht von der Vergötterung des Gesetzes.

Kontrolle der vom Parlament artikulierten *volonté générale*. Im Entwurf eines Gleichgewichtssystems unter Einschluß der eigengewichtigen Justiz gibt es dagegen kein grundsätzliches Problem dieser Art, wie das Beispiel der USA frühzeitig demonstrierte⁶⁵.

Der auf die organisatorische und verfahrensrechtliche Eigenständigkeit der Justiz bauende Gedanke rein formaler Legitimation des Richterrechts entspricht der Normentheorie Hans Kelsens⁶⁶. Sie überläßt jedoch allzu viel dem richterlichen Belieben, und zwar nicht etwa de facto, sondern von Rechts wegen. So leicht aber lassen sich die einschlägigen Partien der Methodologie, der Rechtsdogmatik und des Verfassungsrechts nicht für obsolet erklären. Ist jene Schlußfolgerung doch auch nur von einem ganz bestimmten neopositivistischen Wissenschaftsbegriff her⁶⁷ zwingend und entspricht jedenfalls nicht dem richterlichen Selbstverständnis. Das sucht eher „herkulisch“ seinen rechtlichen Bedingungen gerecht zu werden. So schöpfen die Richter, auf wie schwierige Weise auch immer, ihr Recht aus dem Recht – aus dem Recht und nicht nur (in komplizierteren Fällen sogar zum geringsten Teil) aus einem bestimmten parlamentarisch verabschiedeten Gesetzestext. Und notfalls entscheiden sie gegen alle Theorie im Namen des Rechts gegen das Gesetz⁶⁸. Folglich bleibt die Frage nach der Begründung des Rechts im Horizont unseres bipolaren oder elliptisch-bifokalen Rechtssystems unumgänglich eine Doppelfrage.

IV. Die zwei Brennpunkte der Rechtsordnung

Bei Recht durch Richterspruch und Recht aus Parlamentsbeschluß handelt es sich um zwei verschieden akzentuierte Rechtsbegriffe. Richterliche Rechtsfindung und politische Rechtsetzung unterscheiden sich in einer Weise, die – wie schon angedeutet – mit der bloßen Gegenüberstellung von allgemeiner Normierung und deren Anwendung im konkreten Fall begrifflich nicht zureichend erfaßt wird. Vom Allgemeinen zum Besonderen führt eben kein direkter Weg der Deduktion. Auch nachdem die anfänglichen Schwierigkeiten der spätmittelalterlichen Gerichte, die Kommandos des fürstlichen Amtsrechts überhaupt als Recht wahrzunehmen⁶⁹, längst überwunden sind und Gesetze aller Art sich höchster Anerken-

⁶⁵ Dazu Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981) 485–516 (488 ff.); Hofmann, Idee des Staatsgrundgesetzes (wie Anm. 4) 280.

⁶⁶ Dazu Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (Wien ²1960) 349 ff. Zur Kritik Robert Walther, Das Problem des „normativen Syllogismus“ in Kelsens „Allgemeiner Theorie der Normen“, in: Festschrift für Opalek (wie Anm. 50) 347–355; Bydlinski, Methodenlehre (wie Anm. 49) 227–247.

⁶⁷ Dazu Rudolf Haller, Neopositivismus (Darmstadt 1993).

⁶⁸ Als Paradebeispiel gilt die sog. Herrenreiter-Rspr.; dazu statt vieler Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2 (München ¹³1994) 494 f.

⁶⁹ Dazu Dietmar Willoweit, Gesetzgebung und Recht im Übergang vom Spätmittelalter zum

nung als Rechtsquellen erfreuen, stellen sie in der gerichtlichen Konfliktentscheidung doch nur abstraktes Rechtsmaterial dar, das für die Anwendung – parallel zur Aufbereitung des Sachverhalts – allererst juristisch bearbeitet werden muß. Doch fördern häufig genug auch die klassischen hermeneutischen Hilfsmittel keine ausreichenden Bestimmungsmomente für die Urteilsfällung zutage. Es bedarf des Rückgriffs auf weitere und tiefere Gründe. Wir sprachen schon davon. Klar ist dabei, daß die Unterschiede der richterlichen Rechtsgewinnung und der gesetzgeberischen Rechtsproduktion nicht nur Gegenstand und Art der Entscheidung betreffen, zudem selbstredend auch das Verfahren, sondern schon die Handlungsmodalität, überdies Horizont und Tragweite wie insbesondere die Rechtfertigung der jeweils erzeugten normativen Verbindlichkeit. Hier können nur einige Punkte herausgegriffen werden⁷⁰.

Sind die richterlichen Bemühungen um eine Verhandlungslösung (die es inzwischen in gewissem Umfang ja sogar im Strafprozeß gibt) gescheitert, so muß hier et nunc in dem von den Antragstellern, nicht vom Gericht bestimmten Rahmen für bestimmte Personen hart und scharf zwischen Recht und Unrecht entschieden werden. Gefordert ist dabei hauptsächlich eine Erkenntnisleistung, zumindest muß Rechtserkenntnis dargestellt werden können⁷¹. Das Parlament dagegen erzeugt Recht nach politischer Opportunität und ohne rechtlichen Entscheidungszwang. Es artikuliert einen mehr oder weniger allgemeinen politischen Gestaltungswillen und übt dabei – bisweilen bis zum Exzeß – die demokratische Tugend des Kompromisses, der das Gesetzesrecht in gewisser Weise „kontraktualisiert“⁷². Noch nicht einmal sachliche Regelungsnotwendigkeiten regieren; vielmehr befindet die Politik souverän darüber, welche Angelegenheiten wann, wie und in welchem Umfang legislativ bearbeitet werden. Folglich können Gesetzgebungsakte normalerweise nicht als Vollzug der höherrangigen Verfassungsnormen begriffen

frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat, in: Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff, hrsg. v. *Okko Behrens, Christoph Link* (Göttingen 1987) 123–146.

⁷⁰ Zum Folg. *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft* (wie Anm. 28) 297–337 u. 407–439. Zu dieser Doppelpoligkeit in Auseinandersetzung mit *Jürgen Habermas* (Faktizität und Geltung [Frankfurt a.M. 1992 u.ö.]) jüngst auch *Friedrich Kübler*, Juristisches Vorverständnis zwischen Ideologieverdacht und universaler Diskursverpflichtung, in: Festschrift für Josef Esser, hrsg. v. *Eike Schmidt, Hans-Leo Weyers* (Heidelberg 1995) 91–108 (103 ff.). Aus der älteren Lit. instruktiv *Oscar Adolf Germann*, Imperative und autonome Rechtsauffassung, in: *Zeitschr. f. Schweizerisches Recht* NF XLVI (1927) 183–231, auch in: *ders.*, *Methodische Grundfragen* (Basel 1946) 23–53 (bes. 44 f.).

⁷¹ Zu dieser Unterscheidung zwischen Finden und Darstellen der Entscheidung schon *Hermann Isay*, *Rechtsnorm und Entscheidung* (Berlin 1929) 56, 77 f., 163 f., 177, 210. Für die neuere Diskussion grundlegend *Niklas Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung* (Berlin 1966) 51 ff., bes. Anm. 3. Krit. zu dieser Version *Hans-Joachim Koch, Helmut Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre* (München 1982) 116 ff., mit der wichtigen Klarstellung, daß die erforderliche, mögliche und kontrollierbare Deduktion der Urteilsgründe nicht einfach gleichbedeutend ist mit Gesetzesbindung.

⁷² So nach *Charles-Albert Morand*, *La contractualisation du droit dans l'État Providence*, in: *Normes juridiques et régulation sociale*, hrsg. v. *François Chazel, Jacques Commaille* (Paris 1991) 139–158. Dazu aber auch schon *Hofmann*, *Legitimität und Rechtsgeltung* (wie Anm. 3) 89 f., mit weiteren Nachweisen.

werden. Auch steht die Anwendung der verfassungsrechtlichen Kompetenz- und Verfahrensvorschriften über die Gesetzgebung in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen politischen Ziel der Parlamentsmehrheit. Für dessen Artikulation und Durchsetzung ist selbst die Frage materieller Verfassungsmäßigkeit bloße Vorfrage der Gesetzgebung, nicht deren Gegenstand. Gegenstand ist auch nicht die Bewahrung, Festigung, Wiederherstellung oder kontinuierliche Entwicklung des geltenden Rechts, sondern dessen Änderung, der explizite Bruch. Selbst die bloße gesetzgeberische Klarstellung setzt altes Recht förmlich außer Kraft. Parlamentarische Gesetzgebung ist die verfassungsmäßige Form produktiver Rechtsbrüche. Zwar kann das Gesetz dann als Verwirklichung geltenden Rechts verstanden werden, wenn damit Staatszielbestimmungen der Verfassung, wie die der Sozialstaatlichkeit oder des Umweltschutzes, gefördert werden sollen. Aber selbst solche Vorhaben stehen unter dem Vorbehalt politischer Opportunität. Jene Ziele können jeweils mehr oder weniger weit, umfangreich und intensiv verfolgt werden.

Das bringt uns auf einen besonders wichtigen Punkt: den Unterschied der Entscheidungshorizonte. Ihn mit den Stichworten „Vergangenheit“ und „Zukunft“ zu bezeichnen, wäre zu einfach und auch nur teilweise treffend. Denn wenn die Gesetze grundsätzlich auch zukunftsgerichtet sind⁷³, enthalten sie doch viel legislative Flickschusterei ohne große Zukunftsperspektive. Andererseits schaut der Richter nicht nur auf das Vorgefallene, den „Fall“, zurück, schreibt die richterliche Rechtsgewinnung nicht nur Festlegungen der Vergangenheit fort, sondern greift mit der bei allen Güterabwägungen unvermeidlichen Kalkulation von Entscheidungsfolgen⁷⁴ auch in die Zukunft, öffnet mit Grundsatzentscheidungen nach Prinzipien mitunter sogar neue Perspektiven der Rechtsentwicklung⁷⁵. Doch macht es einen großen Unterschied, ob der Richter naheliegende Entscheidungsfolgen bedenkt und wertet oder ob der Gesetzgeber in einem mehr oder weniger umfassenden „Erkenntnisverfahren“⁷⁶ bei der Verfolgung seiner Zwecke Eignung und Effekte seiner Regelungsmodelle zu ermitteln sucht. Auf's Ganze gesehen hält sich die richterliche Rechtsproduktion im Horizont des faktisch und normativ Gegebenen, einschließlich der darin angelegten Entwicklungen. In diesem Rahmen muß sie sich letztlich nach dem Gerechtigkeitsprinzip der Gleichheit durch Kohärenz ausweisen⁷⁷. Die von den politischen Kräften getragene willent-

⁷³ Dazu *Hofmann*, Allgemeinheit des Gesetzes (wie Anm. 37) 283 ff. (285).

⁷⁴ Dazu die Kritik von *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen (wie Anm. 30) 12–24, 113 ff., an der These notwendiger Folgenindifferenz der Rechtsprechung bei *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Stuttgart 1974) 7, 25 ff., 35 ff.; siehe jetzt aber auch *ders.*, Recht der Gesellschaft (wie Anm. 28) 309, 378 f. Kritik an *Lübbe-Wolff* bei *Stefan Smid*, Richterliche Rechtskenntnis (Berlin 1989) 26–28 u. 44–50; wie hier auch *Roland Dubischar*, Einführung in die Rechtstheorie (Darmstadt 1983) 75 ff.

⁷⁵ Paradebeispiel: die Rspr. zum Allg. Persönlichkeitsrecht; dazu etwa *Peter Schwerdtner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. *Kurt Rebmann* u. a., Bd. 1 (München 31993) § 12 Rn. 155 ff.; *Larenz, Canaris*, Schuldrecht (wie Anm. 68) 489 ff.

⁷⁶ *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen (Heidelberg 21991) 261 ff.

⁷⁷ Dazu *Klaus Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristi-

liche Rechtserzeugung der Legislative feiert ihre Triumphe im endlosen demokratischen Prozeß dagegen – im weiten Rahmen der Verfassungsmäßigkeit wie dem engeren der politischen Möglichkeiten frei – unter dem Banner der Reform gerade im gewollten Widerspruch zum Gegebenen und steht dabei selbst in allen Kleinigkeiten unter dem komparativen Gesichtspunkt des zukünftig Besseren.

Damit sind wir endlich beim Kern: der unterschiedlichen Begründung und Rechtfertigung justizieller und legislativer Normerzeugung. Tatsächlich stellt sich das theoretische Problem jeweils mit entgegengesetzter Frontstellung. Bei der richterlichen Entscheidung wird weniger thematisiert, warum sie für die Beteiligten bindend ist. Maßgeblich ist die Frage, ob und nach welchen Kriterien sie richtig ist. Die Verbindlichkeit des (rechtskräftigen) Urteils scheint eher selbstverständlich: Staatliches Selbsthilfeverbot samt Justizgarantie und Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet die Streitenden, Recht von den staatlichen Gerichten zu nehmen. Als viel problematischer gilt die Frage, was das Urteil – über die Wahrnehmung einer gerichtsverfassungsrechtlich-prozessualen Kompetenz hinaus – inhaltlich als Rechtsspruch ausweist und vor Entscheidungen nach Ermessen, politischer Opportunität oder sozialem Nutzen auszeichnet. Und je höher die Instanz, um so größer sind die entsprechenden Anforderungen. Sie werden durch Begründungen erfüllt, die an rechtsgelehrte Juristen, vielleicht nur noch an Juristen der einschlägigen Fachrichtung adressiert sind⁷⁸. Umgekehrt schrumpft die Richtigkeitsfrage bei der Gesetzgebung auf ein Mehr oder Weniger im Hinblick auf selbstgesteckte Ziele. Die parlamentarischen Begründungen appellieren meist weniger an Juristen als entweder an die Staatsbürger, die alle in gleicher Weise als einsichts- und urteilsfähig vorgestellt werden, oder sie wenden sich an diejenigen, deren Interessen befriedigt werden sollen. Im übrigen bleibt die legislative Antwort auf die Richtigkeitsfrage wegen der Möglichkeit der Gesetzesänderung als vorläufig in der Schwebe⁷⁹.

Im Gegensatz dazu war und ist das Problem der Verbindlichkeit kollektiver rechtlicher Ordnungen eine herausragende Frage, seit es eine Theorie des allge-

schen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20 (1989) 162–190; *Robert Alexy*, Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, hrsg. v. *Okko Behrends* u. a. (Göttingen 1990) 95–107.

⁷⁸ In der durch Bülow's Rede über „Gesetz und Richteramt“ (wie Anm. 21) ausgelösten dauerhaften Kontroverse (dazu: *Gesetzesbindung und Richterfreiheit – Texte zur Methoden-debatte 1900–1914*, hrsg. v. *Andreas Gängel, Karl A. Mollnau* [Freiburg, Berlin 1992]) hat seinerzeit Carl Schmitt in seinem Erstling „Gesetz und Urteil“ (Berlin 1912, Neuaufl. München 1969) daraus das Richtigkeitskriterium ableiten wollen. Richtig sei „eine richterliche Entscheidung ... heute dann, ..., wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte.“ Wobei „ein anderer Richter“ „den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen (bedeute)“ (S. 71). Dazu *Hasso Hofmann*, Legitimität gegen Legalität – Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (Berlin ³1994) 32 ff.; *Stefan Koriath*, Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, in: *AöR* 117 (1992) 212–238 (217 ff.).

⁷⁹ Und gerade dies rechtfertigt im Prinzip die Mehrheitsentscheidung: *Hasso Hofmann, Horst Dreier*, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: *Hofmann*, Verfassungsrechtliche Perspektiven (wie Anm. 34) 161–196 (186–191).

meinen Gesetzes gibt. Von Hobbes bis Kant folgt die neuzeitliche politische Theorie des methodologischen Individualismus dem Gedanken, daß jede gesetzliche Ordnung ihre Verbindlichkeit aus dem Willen der ihr Unterworfenen bezieht – sei es durch Autorisierung des Gesetzgebers oder die Vereinigung der Individualwillen im Gesetz. So oder so wird das für alle geltende Gesetz als kollektivierte Selbstbestimmung begriffen. Weil aber niemand gegen sich selbst Unrecht tun könne, hat Rousseau die Frage nach der Gerechtigkeit der Gesetze ganz konsequent für gegenstandslos erklärt⁸⁰. Maßstab ist statt dessen, wie man aus Rousseaus Formulierung des Gesellschaftsvertrages⁸¹ so gut wie aus Kants Definition des Rechts⁸² weiß, die für alle gleiche und in diesem Sinne allgemeine Sicherung der individuellen Freiheit. Es ist sodann seit Hobbes viel Scharfsinn auf den Nachweis verwandt worden, daß demgemäß selbst noch ein Verbrecher die ihn nach dem allgemeinen, von ihm mitgewollten Gesetz treffende Strafe will, das Verbindlichkeitskriterium des Gesetzesrechts *volenti non fit iniuria* also auch hier erfüllt sei. Daß dies auch für denjenigen gilt, der im Zivilprozeß mit seiner weder schwachsinnigen noch böswilligen, sondern gut begründeten Rechtsauffassung der Rechtsmeinung eines anderen unterliegt, ist so freilich noch weniger plausibel zu machen. Man müßte dann schon jedes zuständige staatliche Gericht als mittels der gewollten Organisations- und Verfahrensgesetze frei verabredete Schiedsinstanz begreifen, um dessen streitiges Urteil als einen Akt gemeinsamer Selbstbestimmung der Parteien verstehen zu können. Oder es wäre das Prozeßrecht als Vereinbarung vorzustellen, jeden danach unanfechtbar gefällten Richterspruch auch gegen die eigenen Interessen als Recht anzuerkennen – was allerdings die Rolle des materiellen Rechts im Prozeß höchst fragwürdig machte.

Kurzum: Die demokratische Idee der Selbstbestimmung durch Gesetzesgehorsam trägt nicht über die Vorstellung hinaus, daß das Volk – aktuell wie bei Rousseau oder repräsentativ-virtuell wie bei Kant – mit dem allgemeinen, d.h. alle in gleicher Weise betreffenden Gesetz über sich selbst entscheide und Rechtsprechung nichts als automatischer Gesetzesvollzug sei. Kant hat das im Zweiten Teil seiner Rechtslehre expliziert. „... nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen“, heißt es da⁸³, könne „gesetzgebend sein“. Der Grund: „Wenn jemand etwas gegen einen anderen verfügt“, sei es „immer möglich, daß er ihm dadurch unrecht

⁸⁰ Jean-Jacques Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag II 6, zit. nach der in Anm. 37 genannten Übers., dort 299.

⁸¹ Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag I 6; in der in Anm. 37 genannten Ausg. S. 280: „Wie findet man eine Form des Zusammenschlusses, welche die Person um die Habe jedes Mitglieds mit der ganzen gemeinschaftlichen Stärke verteidigt, und durch die gleichwohl jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und ebenso frei bleibt, wie er war?“. Dies ist das grundlegende Problem, das durch den Gesellschaftsvertrag gelöst wird.“

⁸² Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten (wie Anm. 38), Einleitung in die Rechtslehre § B (34 f.): „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

⁸³ Kant, Metaphysik der Sitten (wie Anm. 38) 136 (§ 46).

tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn *volenti non fit iniuria*)“. Auf diese Weise kann und muß nach Kant jene Möglichkeit des Unrechttuns definitiv („schlechterdings“ sagt er) ausgeschlossen werden, weil von der Gesetzgebung ja „alles Recht ausgehen soll“. Will die Gesetzgebung m.a.W. alleinige Rechtsquelle sein, muß sie also ausschließen, daß jemand über andere verbindlich verfügt. Vermag sie das nicht, räumt sie paradoxerweise die rechtliche Erlaubnis von Unrechtsentscheidungen ein. Alternativ dazu wäre anzunehmen, daß es noch eine andere, nicht in gleicher Weise rein voluntative Rechtsquelle im Sinne eines obersten, zentralen Willens gibt. Dies ist um so plausibler, als die Gesetzgebung des modernen Staates mit jenem Idealbild des allgemeinen Gesetzes längst nur noch wenig zu tun hat⁸⁴.

Der Rekurs auf eine Begründung von Recht aus Recht, d. h. aus dem Sinngehalt der Rechtsordnung gemäß einer weit zurückreichenden „nicht-etatistischen Rechtsquellenauffassung“⁸⁵, geht davon aus, daß das Recht nicht nur als Produkt willentlich darauf gerichteter Rechtsakte, nicht nur als Gebot oder als paktierte Ordnung (respektive als darauf gegründeter Mehrheitsbeschluß) erscheint, sondern daneben auch auf eine eher unpersönliche Weise in Gestalt herkömmlicher Grundsätze oder Standards⁸⁶.

⁸⁴ Dazu *Hofmann*, Allgemeinheit des Gesetzes (wie Anm. 37) 261–263, 289, 292–296.

⁸⁵ *Esser*, Vorverständnis (wie Anm. 54) 192.

⁸⁶ Dazu *Hasso Hofmann*, Gebot, Vertrag, Sitte – Die Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit (Baden-Baden 1993).