

SCHRIFTENREIHE  
DES  
DEUTSCHEN SOZIALGERICHTSVERBANDES  
BAND X

Rechtsfortbildung  
durch die  
sozialgerichtliche Rechtsprechung

VERHANDLUNGEN DES  
DEUTSCHEN SOZIALGERICHTSVERBANDES

1. DEUTSCHER SOZIALGERICHTSTAG  
KASSEL

30. und 31. Mai 1972



ASGARD-VERLAG DR. WERNER HIPPE KG  
BONN - BAD GODESBERG 1973

# INHALTSVERZEICHNIS

	Seite	
30./31. Mai 1972		
ERÖFFNUNG		
Eröffnungsansprache des Bundessozialgerichtspräsidenten Professor Dr. <i>Georg Wannagat</i> , Kassel, Vorsitzender des Vorstandes des Deutschen Sozialgerichtsverbandes . . . . .	9	
Grußworte von Oberbürgermeister Dr. <i>Karl Branner</i> , Kassel . . . . .	13	
Grußworte von Staatssekretär <i>Philippi</i> , Wiesbaden . . . . .	15	
RECHTSFORTBILDUNG DURCH DIE SOZIALGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG		
Referat von Bundessozialgerichtspräsident Prof. Dr. <i>Georg Wannagat</i> , Kassel . . . . .	17	
GRENZEN UND MÖGLICHKEITEN DES RICHTERRECHTS — VERFASSUNGSRECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN —		
Referat von Prof. Dr. <i>Peter Badura</i> , München . . . . .	40	
EINFÜHRUNGSREFERAT DER ABT. I „RENTENVERSICHERUNG“		
DIE RECHTSFORTBILDUNG DURCH DIE SOZIALGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG IM BEREICH DER RENTENVERSICHERUNG		
Referat von Ltd. Verwaltungsdirektor Dr. <i>Karl-Heinz Tannen</i> , Berlin . . . . .	58	
ZUSAMMENFASSUNG DES DISKUSSIONS- ERGEBNISSES DER ABTEILUNG I „RENTENVERSICHERUNG“ . . . . .		69
EINFÜHRUNGSREFERAT DER ABT. II „UNFALLVERSICHERUNG“		
DIE RECHTSFORTBILDUNG DURCH DIE SOZIALGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG IM BEREICH DER GESETZLICHEN UNFALLVERSICHERUNG		
Referat von Bundesrichter Dr. <i>Otto Ernst Krasney</i> , Kassel . . . . .	71	
ZUSAMMENFASSUNG DER DISKUSSIONS- ERGEBNISSE IN DER ABTEILUNG II „UNFALLVERSICHERUNG“ . . . . .		79

	Seite
EINFÜHRUNGSREFERAT DER ABT. III „KRANKENVERSICHERUNG“ DIE SOZIALGERICHTLICHE RECHTSFORTBILDUNG IN DER KRANKENVERSICHERUNG Referat von LSG-Rat Dr. <i>Volkemann</i> , Mainz . . . . .	81
ZUSAMMENFASSUNG DER DISKUSSIONS- ERGEBNISSE DER ABTEILUNG III „KRANKENVERSICHERUNG“ . . . . .	96
EINFÜHRUNGSREFERAT DER ABT. IV „ARBEITSFÖRDERUNG — ARBEITSLOSENVERSICHERUNG“ DIE RECHTSFORTBILDUNG DURCH DIE SOZIALGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG IM BEREICH DES ARBEITSFÖRDERUNGSGESETZES (AFG) Referat von LSG-Rat <i>Hoffrichter</i> , Essen . . . . .	98
ZUSAMMENFASSUNG DER DISKUSSIONS- ERGEBNISSE DER ABTEILUNG IV „ARBEITSFÖRDERUNG — ARBEITSLOSENVERSICHERUNG“	112
EINFÜHRUNGSREFERAT DER ABT. V „KRIEGSOPFERVERSORGUNG“ DIE RECHTSFORTBILDUNG DURCH DIE SOZIALGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG IM BEREICH DER KRIEGSOPFERVERSORGUNG Referat von Ministerialrat <i>Wessel</i> , BMA, Bonn . . . . .	113
ZUSAMMENFASSUNG DER DISKUSSIONS- ERGEBNISSE DER ABTEILUNG V „KRIEGSOPFERVERSORGUNG“ . . . . .	134
ANSPRACHE DES BUNDESMINISTERS FÜR ARBEIT <i>Walter Arendt</i> . . . . .	136
DIE ORGANISATIONEN DES RECHTSSCHUTZES IM SOZIALRECHTLICHEN BEREICH Gutachten von o. Univ.-Professor Dr. <i>Gerhard Schnorr</i> , Innsbruck . . . . .	141
PODIUMSGESPRÄCH . . . . .	162

# GRENZEN UND MÖGLICHKEITEN DES RICHTERRECHTS — VERFASSUNGSRECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN —

Referat von Prof. Dr. Peter *Badura*, München

1. Den Theoretiker der Jurisprudenz befällt eine gewisse Beklemmung, wenn er vor Richter hintritt, um ihnen etwas darüber zu sagen, was sie tun, was sie tun sollen und was sie nicht tun dürfen. Diese Beklemmung steigert sich fast zur Verlegenheit, wenn er über „Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts“ sprechen soll, über einen Gegenstand also, der den über die Streitentscheidung hinaus wirkenden Beitrag des Richters zum Inhalt und zur Lebenskraft des Rechts betrifft. Weniger Nachsicht kann der Theoretiker für die seinem eigenen Felde zugehörige Schwierigkeit erwarten, daß selbst über die Existenz des „Richterrechts“ so wenig Einmütigkeit besteht, daß vorsichtige Fachgenossen das Wort in Anführungszeichen zu setzen pflegen. Daß diese Anführungszeichen in dem mir von dem sehr verehrten Herrn Vorsitzenden des Deutschen Sozialgerichtsverbandes gestellten Thema fehlen, hat mich zu umso größerem Nachdenken angespornt.

Der mir naheliegende und nahegelegte *verfassungsrechtliche Blickwinkel* ist nur eine geringe Erleichterung und auch kaum eine substantielle Einschränkung der vielgestaltigen Weite der durch das Thema aufgeworfenen Fragestellungen. Hier wie auch in vielen anderen Grundfragen des Rechts ist die aus der Verfassung mit juristisch gesicherten Schritten zu gewinnende Weisung weder eindeutig noch sehr weitreichend. Bereits die Verfassung in ihrem Wortlaut setzt dem durch § 1 GVG und Art. 102 WeimRVerf vorgeformten und anscheinend eindeutigen Satz „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen“ (Art. 97 Abs. 1 GG) an anderer Stelle und in prinzipiellerem Zusammenhang die Formel entgegen, daß die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden sei (Art. 20 Abs. 3 GG). Seit der Freirechtsbewegung, den Schulen der soziologischen Jurisprudenz und der früheren neunaturrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bis zu heutigen Aufrufen zu „politisch bewußten“ Richtern, zu durch Richterspruch zu erreichendem „lebensgerechten Recht“<sup>1</sup> und zu einer spezifisch sozialgestaltenden Funktion der Rechtsprechung ist klar, daß der Satz von der an das Gesetz gebundenen richterlichen Rechtsfindung weniger eine Antwort als eine Frage ist. Die verfassungsrechtliche Betrachtung muß, will sie „Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts“ beurteilen, die Einsichten der *Rechtstheorie* und der *juristischen Methodenlehre* berücksichtigen. Die Bezugnahme auf die Verfassung führt, mit anderen Worten, nur auf der Grundlage einer Theorie des Rechts und rechtstheoretischer Annahmen über die Eigenart der Rechtsprechung und das Amt des Richters zu überzeugungs-

---

<sup>1</sup> W. Maihofer, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. III GG), Ann. Univers. Sarav. VIII Fasc. 1/2, 1960, S. 5.

kräftigen Behauptungen über das „Richterrecht“. Zu diesem Programm möchte ich, in der durch den zeitlichen Rahmen und meine fachliche Kompetenz gegebenen Begrenzung, einige Überlegungen beitragen.

2. Das über den jeweils entschiedenen Einzelfall hinaus wirksame „Richterrecht“ wird durch die *rechtsfortbildende Tätigkeit* der Gerichte geschaffen. Von dieser Mitwirkung am Rechtsprozeß ist kein Gericht ausgeschlossen, wengleich naturgemäß die Revisionsgerichte an ihm hervorragend beteiligt sind, deren Großen Senaten § 137 GVG und die anderen Verfahrensgesetze<sup>2</sup> die „Fortbildung des Rechts“ ausdrücklich zuweisen. Die richterliche Rechtsfortbildung wird besonders durch die Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe des Gesetzesrechts angeregt, sie erschöpft sich darin aber keineswegs. Vor allem die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht zeigt den Richter nahezu in der Rolle des Ersatz-Gesetzgebers. Die Bedeutung des „Richterrechts“ hat angesichts der raschen gesellschaftlichen Entwicklung und infolge der immer detaillierter werdenden Gesetze mangels einer kodifikatorischen Festlegung des Zusammenhangs der Rechtsordnung zugenommen. Daß die Fülle der Gesetze die richterrechtlichen Tendenzen verstärkt, ist nicht paradox. Der Stil heutiger Gesetzgebung, vornehmlich der instrumentale und okkasionelle Charakter der wirtschafts- und sozialpolitischen Maßnahmegesetzgebung, drängt dem Richter die Wahrung der Einheit des Rechts und die beharrliche Entwicklung und Behauptung der Rechtsgrundsätze und Rechtsinstitute nahezu auf. Die dem Gesetzgeber, vielleicht aus inneren Gründen der parlamentarischen Demokratie, entglittene kodifikatorische Festlegung des Zusammenhangs der Rechtsordnung wird von der gerichtlichen Praxis in beträchtlichem Maße mit Hilfe der Verfassung substituiert. Die Verfassung und die in ihr aufgespürte „Wertordnung“ dienen als Ermunterung und Leitlinie der richterrechtlichen Fortbildung des Gesetzesrechts. Die Verfassungsinterpretation und das diese Interpretation stabilisierende Bundesverfassungsgericht werden so in eine strategische Position des Rechtsprozesses versetzt, ein Vorgang, der mit Grund zu den umstrittensten Komplexen der Staatsrechtslehre und der Verfassungslehre gehört.

3. Die mit dem Ausdruck „Richterrecht“ als verfassungsrechtliches und rechtstheoretisches Problem bezeichnete Erscheinung besteht im Kernpunkt darin, daß die Rechtsbildung nicht bei einem Organ der Rechtsgemeinschaft, für unsere Verfassungsordnung beim *parlamentarischen Gesetzgeber*, konzentriert ist. Diese Behauptung muß sogar dahin verschärft werden, daß die Rechtsbildung wegen der Eigenart des Rechts und wegen der Funktion der Rechtsprechung im Rechtsprozeß nicht ausschließlich in der parlamentarischen Gesetzgebung konzentriert werden kann.

---

<sup>2</sup> § 45 Abs. 2 ArbGG; § 43 SGG; § 11 Abs. 4 VwGO; § 11 Abs. 4 FGO.

<sup>3</sup> F. Werner, Bemerkungen zur Funktion der Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie, JJb 1, 1960, S. 68/73 f.

Zu diesem Kernpunkt ist folgendes zu bedenken. Was Gesetzgebung und Gesetz, Rechtsetzung und Rechtssätze sind, wird durch die Verfassungsordnung und Rechtspraxis einer konkreten Rechtsgemeinschaft bestimmt. Es sind das staatsrechtliche, nicht rechtstheoretische Fragen. Recht und Gerechtigkeit hingegen können zwar nur in einer konkreten Rechtsgemeinschaft Wirklichkeit werden, überschreiten aber nach Grund und Kriterien die Positivität einer gegebenen Rechtsordnung und einer gegebenen politischen Praxis. Diese Unterscheidung führt zu zwei Reihen von Folgerungen.

Was unter Gesetzgebung und Rechtsprechung zu verstehen ist, was die Aufgabe des gesetzgebenden Parlaments und was das Amt des Richters ist, ist aus der Verfassung zu entnehmen. Nach dem Grundgesetz, das die öffentliche Gewalt einer gewaltenteilenden Ordnung unterworfen hat, sind *Gesetzgebung* und *Rechtsprechung*, die beide auf der Autorität des Staates beruhen<sup>4</sup>, verschiedene und verschiedenartige Gestaltungsformen staatlichen Wirkens<sup>5</sup>. Das parlamentarische Gesetz, wiewohl auf die Rechtsidee verpflichtet und an die Verfassung gebunden, entspringt einer politisch bestimmten Entscheidung über Ziele und Mittel und bewirkt eine allgemeinverbindliche Ordnung und Gestaltung der gesellschaftlichen Beziehungen und der staatlichen Tätigkeit. Demgegenüber findet der Richterspruch in dem Legalitätszusammenhang des positiven Rechts und in den juristischen Grundsätzen des Argumentierens und Begründens seine Rechtfertigung und seine Grenze. Gesetz und Richterspruch wirken, je nach ihrer Eigenart, an der Rechtsbildung mit. Aber die Art und Weise der richterlichen Rechtsfortbildung wird eher verdunkelt als erklärt, wenn sie als richterrechtliche „Rechtsetzung“<sup>6</sup> in das Schema normativer Rechtserzeugung eingefügt wird. Der besondere Beitrag des Richters zum Rechtsprozeß gerät aus den Augen, wenn man ihn dem Muster der normativen Rechtserzeugung und der daran gebundenen Kategorie der „Rechtsquelle“<sup>7</sup> unterwirft.

Welche genaue Tragweite andererseits die positiven Festlegungen der gewaltenteilenden Verfassungsordnung haben, was es praktisch und theoretisch bedeutet, daß der Richter an Gesetz und Recht gebunden Rechtsprechung ausüben soll, kann vom Verfassungsrecht nur unter Zuhilfenahme prinzipieller Vorstellungen über *Recht und Gerechtigkeit* beantwortet werden. Das Gesetz, an das die Verfassung den Richter bindet, will Recht sein und ordnet damit die in einem sprachlichen Gebilde ausgedrückte politische Entscheidung in einen umgreifenden Zusammenhang ein. Diesen umgreifenden Zusammenhang des Rechts und der Gerechtigkeit kann nicht das Gesetz selbst, wohl aber der Richterspruch umfassend für den Streitfall zur Geltung

<sup>4</sup> Es ist nicht trivial, dies mit O. A. Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 1965, S. 272, hervorzuheben.

<sup>5</sup> A. Arndt, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, NJW 63, 1273/1279; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1969, S. 224.

<sup>6</sup> K. Redeker, *Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung*, NJW 72, 409.

<sup>7</sup> H. W. Kruse, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, 1971.

bringen. Dieser in der positiven Beschränktheit des Gesetzes und im Amt des zur Rechtsfindung berufenen Richters begründete Umstand kann die Unterworfenheit des Richters unter das Gesetz im Einzelfall in eine Abhängigkeit der Regelungswirkung des Gesetzes vom Richterspruch umkehren.

4. Will man den Ort, die Grenzen und Möglichkeiten des „Richterrechts“ bestimmen, kann man weder das eine — die Fundierung der Rechtsprechung durch das Gesetz — noch das andere — die Rechtsverwirklichung im Einzelfall durch den Richter — zum einseitigen Ausgangspunkt von Verallgemeinerungen machen. Die Verteidigung der Aufwertungsrechtsprechung durch den Richterverein beim Reichsgericht unter Berufung auf „den großen Gedanken von Treu und Glauben“, der „außerhalb des einzelnen Gesetzes, außerhalb einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung“ steht<sup>8</sup>, nimmt in einem Grenzfall eine definierte Kompetenz des Richters im Prozeß der Rechtsbildung in Anspruch. Über diese Position eines richterlichen Prüfungsrechts gegenüber dem Gesetz gehen ältere und neuere Vorstellungen eines judiziellen „Realismus“ weit hinaus, die den eigentlichen Vorgang der Rechtsbildung in den Gerichtssaal verlegen. Diese Vereinfachung drückt sich etwa in der Formulierung aus, die Richter sorgten dafür, daß das Gesetz, das „zunächst nur eine Empfehlung, ein Angebot ist, lebendes Recht wird“<sup>9</sup>. Sie überanstrengt das Amt des Richters und unterschätzt die friedentiftende, ordnende und gestaltende Wirkung des parlamentarischen Gesetzes, die von der Verfassung gewollt ist und die Prämisse des verfassungsstaatlichen Amtes des Richters ist. Wenn sich auch die Rechtsbildung nicht in der *normativen Rechtsetzung* erschöpft, was spezifisch in der richterrechtlichen Rechtsfortbildung zu Tage tritt, so ist doch die normative Rechtsetzung innerhalb wie außerhalb des Rechtsstreits in weiten Bereichen der Rechtsordnung das wesentliche Regulativ des Rechtslebens. Sie ist auch das notwendige und charakteristische Vehikel der Sozialgestaltung durch Recht, der „neuschaffenden“ Gerechtigkeit, der man ein „reformatorisches Gesetzesdenken“ zugeordnet hat<sup>10</sup>. Der verfassungsrechtlich wie politisch ausschlaggebende Vorgang der normativen Rechtsetzung ist im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes die *parlamentarische Gesetzgebung*. Sie ist die einzige Form der Rechtsetzung, die ohne besondere Ermächtigung, wenn auch gebunden an die Verfassung, die aus dem politischen Prozeß hervorgehenden Entscheidungen mit normativer Geltung ausstatten kann. In der maßgeblichen Funktion der parlamentarischen Gesetzgebung und in dem Geltungsvorrang des Gesetzes zeigen sich die Verwirklichung der Volkssouveränität, die Legitimation und Kontrolle des Legislativprozesses auf der Grundlage eines öffentlichen und rechtlich festgelegten Vorganges der politischen Meinungs- und Willensbildung sowie die Einheit der Rechtsgemeinschaft und Rechtsordnung<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> JW 24, 90.

<sup>9</sup> R. Wassermann, Politisierung der Rechtsprechung? DRiZ 70, 79.

<sup>10</sup> A. Arndt aaO, S. 1278.

<sup>11</sup> Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1972, Tz. 71.



Die sozialstaatliche Vermehrung und Veränderung der Staatsaufgaben hat die Bedeutung des parlamentarischen Gesetzes für die Rechtsbildung ebensowenig zerstört wie die methodisch gefestigtere Einsicht über die Wirkungsweise richterrechtlicher Rechtsfortbildung. Zerstört wurde lediglich der positivistische Glauben an die Allmacht des Gesetzgebers, an die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung und an den subsumierend den legislativen Befehl vollziehenden Richter. Daß damit der Gesetzesbegriff des bürgerlichen Rechtsstaates seine frühere Überzeugungskraft einbüßte und daß mit dem sozialen Rechtsstaat ein neuer weniger kodifikatorisch geprägter Gesetzesbegriff aufgetreten ist, durch den auch Arbeit und Amt des Richters gewandelt wurden, ist ein vielerörterter und hier im einzelnen nicht zu belegender Fragenkreis. Eine daraus abgeleitete Folgerung ist, daß Gesetzgeber und Gesetz an Autorität verloren hätten und der Richter als haltende Gegenkraft sukzediert sei<sup>12</sup>. Kann der „Richterstaat“<sup>13</sup> die vermeintliche Schwäche des Gesetzgebungsstaates ausgleichen? Soweit die der Rechtsprechung zur Verfügung stehenden Mittel juristischer Argumentation und Begründung reichen, ist die richterliche Rechtsverwirklichung berufen und in der Lage, die Mängel, Unvollständigkeit und Überholtheit des Gesetzes aufzuheben. Doch besagt die richterstaatliche These mehr. Gerade umgekehrt wie die aktivistische, „politische“ Pointierung der richterrechtlichen Rechtsfortbildung konstruiert sie ein Reduit juristischer Sachlichkeit und Neutralität gegen den bloß noch zweckhaft und ephemere handelnden Gesetzgeber. Die vom Gesetzgeber vernachlässigte Rechtsidee soll richterstaatlich bewahrt werden<sup>14</sup>. Es scheint mir zweifelhaft, ob eine derartige defensive Vonselbständigkeit des Richtertums und der Rechtsprechung eine dauerhafte Wahrung des Rechts ermöglicht. Gesetz und Richterspruch sind im Rechtsbildungsprozeß gegenseitig aufeinander angewiesen. Das „Richterrecht“ kann wohl im Einzelfall, nicht aber im Prinzip gegen das Gesetz ausgespielt werden.

5. Möglichkeit und Grenze des „Richterrechts“ sind aus dem von der Verfassung vorausgesetzten und rechtstheoretisch begründbaren Anteil zu entwickeln, der Richter und Rechtsprechung im *Prozeß der Rechtsbildung* zukommt. Darauf soll nun näher eingegangen werden, nachdem im Vorangegangenen einige Grundfragen des Zusammenwirkens von parlamentarischem Gesetz und „Richterrecht“ skizziert worden sind. Eine exemplarische Einführung in die Vielgestaltigkeit des *richterlichen Beitrags* zur Rechtsbildung soll den allgemeinen rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Erwägungen über die richterliche Rechtsverwirklichung vorangestellt werden.

<sup>12</sup> P. Bockelmann, Richter und Gesetz, in: Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 23/33; O. Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, S. 25 ff.

<sup>13</sup> F. Werner, Das Problem des Richterstaates, 1960; ders., Bemerkungen aaO, S. 72.

<sup>14</sup> E. Schmidt, Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus, 1952, S. 8 ff.

Ein Vorgang richterlicher Rechtsbildung ist bereits die *Auslegung* des Gesetzes im Rahmen der Entscheidung eines Einzelfalles. Da es dabei stets auf den gesamten Regelungszusammenhang und den mit der Regelung verfolgten Zweck ankommt, besteht juristisch kein Unterschied zwischen einer mehr oder weniger großen Offenkundigkeit der Interpretation<sup>15</sup>. Eine selbständige Betrachtung des isolierten Wortlautes einer Gesetzesklausel genügt in der Regel nicht. Celsus sagt im 26. Buch seiner *Digesten*: „Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem“<sup>16</sup>. Ein treffliches Beispiel einer Auslegung im Wege der teleologischen Reduktion<sup>17</sup> ist der Beschluß des Großen Senats des Bundessozialgerichts vom 9. Juni 1961, wonach die Frist des § 58 Abs. 1 BVG a. F. dann nicht gilt, wenn die Voraussetzungen des verspätet angemeldeten Anspruchs zweifelsfrei gegeben sind<sup>18</sup>. Der richterrechtliche Charakter einer derartigen Auslegung, nämlich die rechtsbildende Verwirklichung des Rechts mit Hilfe juristischer Argumentation und Begründung, ist unabhängig davon, ob sie in einer einzigen Entscheidung entwickelt oder durch einen längeren Gerichtsgebrauch bekräftigt ist. Denn „Richterrecht“ ist keine gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung<sup>19</sup>. Bereits die Mißachtung der in einer höchstrichterlichen Erkenntnis gefundenen Rechtsanwendung kann für die Exekutive eine Amtspflichtverletzung begründen<sup>20</sup>. Auch ein längerer Gerichtsgebrauch bleibt aber von der normativen Rechtsetzung deutlich verschieden. Er gewinnt, wie es der Bundesgerichtshof genannt hat, „faktische Rechtsgeltung“<sup>21</sup> und eine Änderung der Rechtsprechung ist bei unveränderter Gesetzeslage nicht die Schaffung neuen Rechts, sondern nach wie vor ein Vorgang richterrechtlicher Rechtsfindung, ungeachtet einer möglichen Analogie mit den Grundsätzen über rückwirkende Gesetze<sup>22</sup>.

6. Daß keine Wesensverschiedenheit zwischen der richterlichen Rechtsbildung durch Auslegung (oder „verdeckte“ Rechtsfortbildung) und der

<sup>15</sup> BVerwGE 13, 28/31.

<sup>16</sup> D. 1, 3, 17.

<sup>17</sup> Larenz Methodenlehre aaO, S. 369 ff.

<sup>18</sup> BSGE 14, 246. Die Fristbestimmung habe hier hauptsächlich die Funktion, Versorgungsansprüche auszuschließen, wenn wegen des Ablaufs der Frist die Feststellung des Sachverhalts nach allgemeiner Erfahrung entweder überhaupt nicht mehr oder nur noch unter unzumutbaren Mühen möglich sei. Seien aber die Voraussetzungen des „verspätet angemeldeten“ Anspruchs zweifelsfrei gegeben, so widerspreche eine Anwendung der Fristenvorschrift ihrer Funktion und führe zu einem sozial unangemessenen und nicht gewollten Ergebnis; diese Fälle sollten von der Vorschrift nicht getroffen werden. — Anders BVerwGE 13, 209 für die Antragsfrist im Wiedergutmachungsverfahren und BVerwGE 17, 199 für die Fristvorschriften des Lastenausgleichsrechts; vgl. auch BVerwGE 24, 154/156.

<sup>19</sup> J. Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 95; R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 7 ff.

<sup>20</sup> OLG Hamburg DVBl. 58, 328 betr. Nichtbeachtung der Rechtsprechung des BVerwG über die Verfassungswidrigkeit einer Bedürfnisprüfung im Gaststättenrecht.

<sup>21</sup> BGHZ 23, 184/189.

<sup>22</sup> BGH NJW 70, 141.

richterlichen Rechtsbildung durch Rechtsfortbildung im engeren Sinne (oder „offene“ Rechtsfortbildung) besteht<sup>23</sup>, zeigt besonders eindrucksvoll die richterliche Konkretisierung von *Generalklauseln* und *unbestimmten Gesetzesbegriffen*<sup>24</sup>. Die Analyse der Gerichtspraxis zu den großen Generalklauseln des bürgerlichen Rechts hat einen sehr wirksamen Anstoß zu der näheren methodischen Befassung mit dem Problem des „Richterrechts“ gegeben. In jüngster Zeit dargestellte Beispiele aus dem Verwaltungsrecht sind die rechtsfortbildenden Konkretisierungen der disziplinarrechtlichen Generalklauseln und der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht des Dienstherrn<sup>25</sup>.

Gesetze, die auf sozialen Ausgleich oder Sozialgestaltung abzielen, verwenden die Generalklausel weniger als regelnden Grundsatz für bestimmte Lebensverhältnisse denn als Richtlinie für die Exekutive und den Richter. Die Kündigungsbestimmungen im Mietrecht und im Arbeitsrecht sind nur ein Beispiel unter vielen. Die richterrechtliche Konkretisierung dieser vielfach nur die wahrzunehmende Gestaltungsaufgabe angehenden Generalklauseln geht deutlich über die interpretatorische Entfaltung einer gegebenen Rechtslage hinaus<sup>26</sup>. In der Formulierung, daß der Richter hier „soziale Verwaltung“ in den Formen der Rechtspflege ausübe, kommt dessen bei dieser Rechtsprechungsaufgabe betonte Rolle als „Mittler eines sozialen Ausgleichs“ zu einem prononcierten Ausdruck<sup>27</sup>. Doch verläßt damit der Richter weder den Boden der Jurisprudenz noch die Grenzen seines Amtes, wie es die Verfassung voraussetzt. Die Verfassung bestimmt die soziale Gerechtigkeit als Aufgabe des Staates und Maxime des Rechts. Diese Rechtsidee muß notgedrungen auch in der richterlichen Rechtsverwirklichung zu Tage treten, wenn auch mit unterschiedlichem Gewicht, je nach dem einschlägigen Gesetz. Da jedes Gesetz auf bestimmten Vorstellungen über die vernünftige Gestaltung der Gesellschaft beruht, ist nicht diese richterliche Aufgabe neuartig, sondern nur ihre sozialpolitische Tendenz. Diese Tendenz wird allerdings durch die vergleichsweise schwache Regelungswirkung des Gesetzes besonders spürbar. Aus diesen Gründen ist es eine voreilige Vereinfachung, in diesem Zusammenhang von einer „sozialen Gestaltungsaufgabe“ zu sprechen, „die die Rechtsprechung als Teil der politischen Praxis qualifiziert“<sup>28</sup>. Es wird vom Richter auch hier gerade verlangt, mit juristischen und nicht mit politischen Mitteln an der Rechtsbildung für ein Regelungsproblem mitzuwirken. Das unterscheidet seine Tätigkeit von der Ausübung administrativen Ermessens. Angesichts der Notwendigkeit der Gleichbehandlung wird die richterliche Konkretisierung sozial- und wirtschaftspolitischer Generalklauseln zur Entwicklung typischer und generalisierender Rechtsbildung gezwun-

<sup>23</sup> K. Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 65, 1.

<sup>24</sup> K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., 1971, S. 106 ff.

<sup>25</sup> H. Arndt/H. Heinrich/R. Weber-Lortsch, Richterliche Rechtsfortbildung, 1970.

<sup>26</sup> F. Baur, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 57, 193; F. Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 1958, S. 4; F. Werner, Bemerkungen aaO, S. 77; ders., Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966.

<sup>27</sup> Bauer aaO, S. 193, 195.

<sup>28</sup> Wassermann aaO, S. 80.

gen, wodurch die Wirkung des „Richterrechts“ neben dem Gesetzesrecht auffällig hervortritt<sup>29</sup>. Abschließend zu diesem Punkt ist noch zu erwähnen, daß die Generalklausel dort, wo sozialrechtliche Ansprüche gegen die öffentliche Hand Regelungsgegenstand sind, nicht die geläufige Technik der Gesetzgebung ist<sup>30</sup>.

Die richterrechtliche Rechtsfortbildung auf der Grundlage von Generalklauseln wird oft in einer Linie gesehen mit der richterlichen Heranziehung von Klauseln des *Verfassungsrechts*, besonders der Grundrechte und des Sozialstaatsatzes, um eine bestimmte Rechtsanwendung zu begründen<sup>31</sup>. Die bestehende Parallele ist die relative Unbestimmtheit des Verfassungsrechts. Andererseits wirft der unmittelbare Rückgriff auf die Verfassung dann besondere Fragen des Verhältnisses des Richters zum Gesetz auf, wenn die Verfassung nicht nur zur Verdeutlichung der gesetzgeberischen Entscheidung, sondern zu deren Korrektur oder Ergänzung verwendet wird. Der Unterschied zeigt sich etwa bei der Berücksichtigung des Sozialstaatsatzes als Auslegungsrichtlinie auf der einen Seite und seiner Heranziehung als Grundlage gesetzlich nicht begründeter Rechte und Pflichten auf der anderen Seite. Das zweite wird gerade im Hinblick auf die richterliche Zuerkennung sozialrechtlicher Ansprüche als grundsätzlich ausgeschlossen erachtet<sup>32</sup>. Auf diese Frage der Bedeutung der Verfassung für die richterrechtliche Rechtsbildung ist in anderem Zusammenhang noch genauer zurückzukommen.

7. Eine dritte Gruppe von Erscheinungen richterrechtlicher Praxis nach der interpretatorischen Rechtsverwirklichung und der Konkretisierung von Generalklauseln ist die in steter Wechselwirkung mit der Rechtswissenschaft erfolgende Erfassung und Entwicklung von *Rechtsgrundsätzen* und *Rechtsinstituten*. Diese Sphäre doktrineller Rechtsbildung in Gestalt eines „Juristenrechts“ im eigentlichen Sinne ist der Hauptschauplatz der theoretischen Auseinandersetzung um Eigenart und Methode der Rechtsfortbildung<sup>33</sup>. Es ist offenkundig, daß sich diese Erscheinungsweise richter-

<sup>29</sup> R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung 1971, S. 24 f.

<sup>30</sup> Werner Verhältnis aaO, S. 14 f.

<sup>31</sup> H. Heinrich, in H. Arndt/H. Heinrich/R. Weber-Lortsch, Richterliche Rechtsfortbildung, 1970, S. 31 ff.

<sup>32</sup> G. Wannagat, Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat, in: Sozialrecht und Sozialpolitik. Festschrift für Kurt Jantz, 1968, S. 55.

<sup>33</sup> J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956; F. Wieacker, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 57, 701; K. Larenz, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 275; F. Wieacker, Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, 1958; J. Meyer-Ladewig, Justizstaat und Richterrecht. Zur Bindungswirkung richterrechtlicher Institute, AcP 161, 1962, S. 97; O. A. Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 1965; K. Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 65, 1; ders., Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965; J. Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 95, bes. S. 115; D. Chr. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1969, S. 341 ff.; K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., 1971, S. 134 ff.

rechtlicher Rechtsbildung zwar methodisch als eine distinkte Größe konstruieren läßt, daß sie aber in der Rechtspraxis mit der Gesetzesinterpretation und der Konkretisierung von Generalklauseln verbunden ist. Die hier wirksame „Vermittlung des Gesetzes mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein“<sup>34</sup> ist nicht nur eine verfassungsrechtlich erlaubte<sup>35</sup>, sondern eine für die Wirklichkeit des Rechts lebensnotwendige Aufgabe der Rechtsprechung.

Im Bereich des Öffentlichen Rechts zeigt sich dieser Beitrag richterrechtlicher Rechtsbildung in den Grundsätzen und Rechtsinstituten des *Allgemeinen Verwaltungsrechts*<sup>36</sup>. Auch die Grenzen dieser Art kasuistischer Rechtsbildung werden dort deutlich: sie sind in dem notwendig rechtsstaatlichen Charakter der öffentlichen Verwaltung begründet. Die in Rechtslehre und Rechtspraxis entwickelten und zum Teil in Verwaltungsgesetze aufgenommenen Rechtssätze und Grundsätze des Allgemeinen Verwaltungsrechts verbürgen den einheitsstiftenden Zusammenhang des gesamten Verwaltungsrechts und Verwaltungshandelns, verkörpern die an die Verwaltungstätigkeit zu stellenden Anforderungen der Gerechtigkeit, Billigkeit und Sachgemäßheit und vermitteln die Ausübung öffentlicher Verwaltung mit dem Verfassungsrecht. Da es dabei nicht allein darauf ankommt, die unablässige Produktion des Gesetzgebers systematisch evident zu halten und so für die Erfassung des Rechtsstoffes eine nützliche Hilfe bereitzustellen, sondern auch darauf, den Rechtsstoff nach Grundsätzen zu ordnen und den Zusammenhang mit den Prinzipien zu sichern, kann es auf die Dauer nicht genügen, wenn die Fortentwicklung der Grundsätze und Begriffe des Verwaltungsrechts und die Wahrung des dafür wesentlichen Einflusses des Verfassungsrechts in beträchtlichem Maße auf die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Kasuistik übergegangen ist. Die starke Abhängigkeit der verwaltungsrechtlichen Doktrin von der Gerichtspraxis, die ihrerseits einer sehr fallbezogenen Billigkeitsrechtsprechung zuneigt, hat zu einer unübersichtlichen, vielfach kasuistischen Zerfaserung der Grundsätze des Allgemeinen Verwaltungsrechts geführt. Dafür ist natürlich auch die starke Spezialisierung und Zersplitterung der Gesetzgebung verantwortlich. Dies, ebenso wie das Verbergen einer unklaren Entscheidung des Gesetzgebers in Generalklauseln und die verbreitete Bevorzugung von Formeln der „Zumutbarkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“, begünstigen die Neigung der Exekutive, sich in eine stärkere Abhängigkeit von der Verwaltungsgerichtsbarkeit und deren „Grundsatzentscheidungen“ zu begeben, als das ihrer eigenen Aufgabe zuträglich ist<sup>37</sup>. Die hier sichtbare Begrenztheit der ordnenden Funktion der

<sup>34</sup> Larenz Methodenlehre aaO, S. 222.

<sup>35</sup> BVerfGE 26, 327/337.

<sup>36</sup> M. Baring, Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts eine Rechtsquelle? JJB 6, 1965/66, S. 27; P. Badura, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, 1972, Abschnitt 6.

<sup>37</sup> Heinrich aaO, S. 44; Fischer aaO, S. 22 f. — Siehe auch F. Ossenbühl, Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, AöR 92, 1968, S. 478. Ossenbühl legt dar, daß die Verwaltung in ihren Entscheidungen prinzipiell nicht an die sog. höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist.

richterlichen Rechtsbildung weist nicht auf eine Usurpation des Richters, sondern auf ein Ungenügen der Gesetzgebung.

8. Der vierte und letzte Bereich richterrechtlichen Wirkens ist der am heftigsten umkämpfte. Es ist die rechtsfortbildende *Anpassung des Gesetzesrechts* an die Veränderungen der gesellschaftlichen Verhältnisse und der sozialen und politischen Anschauungen. Die „natürliche Alterung der Gesetzbücher“, die den Richter fortdauernd von dem ursprünglichen Ordnungs- und Bewertungsplan des Gesetzes entfernt, gestattet schließlich eine „trügerische Gesetzestreue“ nur um den Preis von „Erschleichungen und verabredeten Fiktionen“<sup>38</sup>, erschüttert also die Rechtssicherheit unter Umständen mehr als das Festhalten an einer als überholt erkannten gesetzlichen Wertung, wofür gerade die Rechtssicherheit ins Feld geführt wird<sup>39</sup>. Die rechtlich wesentlichen Wandlungen der *Ambiance* des Gesetzes von den Erscheinungen und Bestrebungen zu trennen, die nicht in den Inhalt des geltenden Rechts eingehen, ist die Bewährungsprobe methodisch geleiteter Juristenkunst. Die Vorstellung, daß der Richter ein präexistentes Recht nur „erkenne“ oder „finde“, wird hier brüchig, ebenso die damit verwandte Formel, der Richter dürfe nur sagen „ius est“, nicht aber „ius esto“. Denn der Richter und seine Rechtsprechung sind selbst ein Faktor jenes Rechtsbildungsvorganges, in dem aus dem „ius esto“ ein „ius est“ wird. Wenn der Richter nicht positivistisch als Empfänger und Transformator eines gesetzgeberischen Befehls verstanden wird, sondern ihm auch die Aufgabe der Vermittlung des Gesetzes mit dem gesamten Zusammenhang der Rechtsordnung, mit den allgemeinen Grundsätzen des Rechts und mit den rechtsethischen Grundprinzipien zugesprochen wird<sup>40</sup>, kann es nicht mehr allein auf die Unterscheidung gegebenen und erkannten Rechts ankommen. Wie bereits in der Berücksichtigung der Maßgeblichkeit eines objektiven Gesetzessinnes neben oder auch entgegen dem subjektiven „Willen“ des Gesetzgebers anerkannt, muß der die anpassende Rechtsfortbildung beurteilende Blickwinkel das Bestreben sein, die richterliche Praxis an einsehbare und überprüfbare *Methoden juristischer Argumentation und Begründung* zu binden<sup>41</sup>. Dem Richter kann also nicht gesagt werden, er dürfe nur das gegebene Recht erkennen und anwenden, sondern als seine Aufgabe muß eine definierte und methodisch gesicherte Mitwirkung am Prozeß der Rechtsbildung aufgedeckt und geklärt werden. Der gewissermaßen nichteuklidische Fall der anpassenden Rechtsfortbildung zwingt zu diesem Ausgangspunkt, während für die große Masse der Rechtsfälle, besonders wo es auf die Handhabung jungen Gesetzesrechts ankommt, die konventionelle Formel von der richterlichen Anwendung gegebenen Rechts als Leitlinie des Ver-

<sup>38</sup> Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, 1958, S. 4.

<sup>39</sup> W. Friedmann, *Recht und sozialer Wandel*, 1969, S. 40.

<sup>40</sup> H. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, S. 210 f.; Larenz *Methodenlehre* aaO, S. 222 ff.; Wieacker aaO (Anm. 38), S. 12 ff.

<sup>41</sup> Esser *Richterrecht* aaO (Anm. 19), S. 113 ff., bes. S. 115; Wieacker aaO (Anm. 38), S. 8 ff.; Fischer aaO (Anm. 29), S. 30 ff.; G. und D. Reinicke, *Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze*, MDR 57, 193.

ständnisses genügt, obwohl sie methodisch genau besehen nur ein das Problem vereinfachender, quantitativ bedeutender Spezialfall richterlicher Rechtsbildung ist.

In der *Gerichtspraxis* finden sich anschauliche Beispiele für das richterrechtliche Problem der anpassenden Rechtsfortbildung. Der Bundesgerichtshof erstreckte in dem Urteil vom 18. Mai 1955<sup>42</sup> den urheberrechtlichen Schutz entgegen dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 LitUrhG<sup>43</sup> auf die private Aufnahme von Musikwerken mit einem Tonbandgerät, einen Tatbestand, der außerhalb des Vorstellungskreises des historischen Gesetzgebers lag. Er brachte damit entgegen dem „sprachlich eindeutigen Wortlaut“ sowohl die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, als auch den für das „moderne Urheberrecht“ allseitig anerkannten Grundgedanken zur Geltung, daß die Nutzungsrechte des Urhebers nur die Ausstrahlungen seines durch den Schöpfungsakt begründeten geistigen Eigentums sind. Im Urteil vom 6. Oktober 1964<sup>44</sup> entschied der Bundesgerichtshof entgegen dem Wortlaut des § 50 Abs. 2 ZPO, eine Gewerkschaft, die sich mit der Unterlassungs- und Schadensersatzklage gegen die Propaganda einer rivalisierenden Gewerkschaft wende, um eine Beeinträchtigung ihres Bestandes und ihrer Betätigung abzuwehren, sei vor den Zivilgerichten insoweit aktiv parteifähig. „Angesichts der sozialen Wirklichkeit“ gehe es nicht an, die Versagung des zivilprozessualen Rechtsschutzes mit der Erwägung zu rechtfertigen, Gewerkschaften und politische Parteien müßten die Auswirkungen tragen, die sich aus dem Beharren auf der hergebrachten Organisationsform des nicht rechtsfähigen Idealvereins ergäben. Jedenfalls für die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Gewerkschaften könnte die dem nicht rechtsfähigen Verein auferlegte Beschränkung der Rechtsverfolgung nicht gelten, „die nur aus einer durch die Rechtsentwicklung überholten Auffassung über den nichtrechtsfähigen Verein und aus einer obrigkeitsstaatlichen Abwehrtendenz verständlich ist“. Im Urteil vom 24. November 1966<sup>45</sup> hat sich das Bundesverwaltungsgericht dem Gedanken versagt, für Verkaufsstellen auf Omnibus-Bahnhöfen müßten im Wege einer ausdehnenden Auslegung des § 8 LadenschlußG ebenso wie für Verkaufsstellen auf Bahnhöfen für den Eisenbahnverkehr

<sup>42</sup> BGHZ 17, 266 = NJW 55, 1276. — E. Stein, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 64, 1745/1748, begnügt sich dazu mit der formelhaften Kritik, daß diese Entscheidung nicht mehr „Rechtsfindung“, sondern dem Richter verwehrt „Rechtsschöpfung“ sei.

<sup>43</sup> Der eigentliche Charakter der hier erfolgten Rechtsfortbildung wird mit ihrer beiläufigen Bezeichnung als „einschränkende Auslegung“ nicht einleuchtend gekennzeichnet. Die ausführliche und sorgfältige Interessenabwägung des Senats orientiert sich an der methodischen Maxime, daß dann, wenn neue Tatbestandsgruppen, die bei Erlass des Gesetzes noch nicht bekannt waren, dem Gesetz eingeordnet werden sollen, zu prüfen sei, ob eine Gesetzesbestimmung (sc. § 15 Abs. 2 LitUrhG), die ihrem buchstäblichen Sinn nach diesen neuen Sachverhalt erfasse, auf ihn auch nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgedanken angewendet werden könne. Auszugehen sei dabei von dem Interessenkonflikt, den die fragliche Rechtsnorm vorfand, und dem Interessenausgleich, den sie herbeiführen wollte.

<sup>44</sup> BGHZ 40, 210.

<sup>45</sup> BVerwGE 25, 277.

besondere Ladenschlußzeiten gelten, weil die Situation beider Verkaufsstellen angesichts der neueren Entwicklung gleichartig sei. Das sei eine Frage, über die die Gesetzgebung zu befinden habe, und die nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes geklärt werden könne.

9. Mit diesen drei Fällen zur Frage der anpassenden Rechtsfortbildung soll der exemplarische Überblick über die Bereiche und Wege der richterrechtlichen Rechtsbildung abgeschlossen werden. Bevor zu einer zusammenfassenden Würdigung der Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts übergegangen wird, ist noch folgende Klarstellung und Abgrenzung angebracht. Die Bedeutung und Tragweite des Richterrechts sind in den verschiedenen Gerichtszweigen wegen der jeweiligen Eigenart des Gesetzesrechts und der nicht überall gleichartigen Besetzung der Richterbank unterschiedlich. Die daraus folgende, und auch auf Entwicklungsgeschichte und Tradition beruhende unterschiedliche *Individualität der Gerichtsbarkeiten*<sup>46</sup> muß sich auch der jeweiligen richterrechtlichen Praxis aufprägen. Dieser bisher noch wenig durchleuchtete und der Methodendiskussion zugeführte Gedanke soll nur mit dem Hinweis darauf unterstrichen werden, daß die Grundsatzgesetzgebung des Bundesarbeitsgerichts nur aus dem Aggregatzustand des Arbeitsrechts<sup>47</sup> und der auch in der Zusammensetzung der Spruchkörper wirksamen kollektiven Verfassung des Arbeitslebens<sup>48</sup> ganz verständlich wird. Außerhalb der Gerichtszweige nimmt schließlich das *Bundesverfassungsgericht* als Gericht und Verfassungsorgan eine Sonderstellung gerade für das Problem des Richterrechts ein. Vor allem durch die authentische Entscheidung über die Geltung von Gesetzen, bei der es wie eine judizielle „Gesetzgebungskommission“ wirkt<sup>49</sup>, wirkt es als ein Spruchkörper, dessen spezifische Methoden der Verfassungsinterpretation nicht allein mit den allgemeinen Kategorien der richterrechtlichen Rechtsbildung erfaßt werden können. Dieser in eine Theorie der Verfassung einzubettende Fragenkreis soll hier nicht weiter verfolgt werden.

10. Die theoretischen Überlegungen über das „Richterrecht“ können von ihrem Ursprung nicht abgelöst werden, nämlich der Aufgabe der Rechtsprechung, einen Streitfall zu entscheiden. Die dem Richter aufgebene *Gerechtigkeit der konkreten Entscheidung*<sup>50</sup> ist der Grund und die Rechtfertigung der richterrechtlichen Rechtsbildung. Da die richterliche Rechts-

---

<sup>46</sup> W. Weber, Die Einheit der rechtsprechenden Gewalt (1957), in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 101/116 ff.

<sup>47</sup> K. Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969; U. Scheuner, Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zur Fortbildung des Arbeitskampfrechts im Beschluß des Großen Senats vom 21. April 1971, RdA 71, 327.

<sup>48</sup> W. Weber aaO, S. 10, spricht mit kritischem Akzent von „einer Art kondominialer Gerichtsbarkeit“, zu deren Ausübung sich der Staat und die Sozialpartner vereinigt hätten.

<sup>49</sup> W. Flume, Richter und Recht, 46. DJT, 1967, II K S. 26 ff.

<sup>50</sup> F. Wieacker, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 57, 701/705.



verwirklichung die richterrechtliche Rechtsbildung umschließt, wird diese durch das Amt des Richters und die Aufgabe der Rechtsprechung verfassungsrechtlich und rechtstheoretisch begründet und begrenzt. Der normativ gefärbte Ausdruck „Richterrecht“ gibt zugleich einen Fingerzeig dafür, daß die richterliche Rechtsbildung etwas anderes ist, als kasuistische Kadijustiz von Fall zu Fall und nach der persönlichen Subjektivität des Richters. Denn die Entscheidung muß durch einen juristischen Begründungszusammenhang aus einer zugrunde liegenden und methodisch greifbar werdenden Norm abgeleitet werden<sup>51</sup>, sei diese Norm das angewendete Gesetz oder aber eine richterrechtlich konstituierte außergesetzliche Rechtsregel.

Die richterliche Rechtsverwirklichung fügt zum Zwecke der Entscheidung des Einzelfalles das einschlägige Gesetz in die größere Einheit der Rechtsordnung ein<sup>52</sup> und erscheint bei dieser auch auf das „*außergesetzliche Recht*“ (Wieacker) angewiesenen Rechtsfindung als richterrechtliche Rechtsbildung. Das „*außergesetzliche Recht*“ ist nicht ein präexistenter Bestand an Normen, sondern ein vielgestaltiges Ensemble von rechtsethischen Gedanken, Rechts- und Verfassungsprinzipien, Kunst- und Faustregeln der Jurisprudenz, präjudiziellen Rechtsgedanken und dogmatischen Figuren, das durch den Richter im Wege der juristischen Argumentation und Begründung in die Rechtsbildung eingebracht und in produktiver Verarbeitung konkretisiert wird<sup>53</sup>. Der Richter schöpft damit aus dem „Vorrat unseres jurizziellen und dogmatischen Vorausdenkens“, auf den auch der Gesetzgeber trotz der „*Buntheit politischer Gesetzgebungseinfälle*“ angewiesen ist und den das einzelne Gesetz und selbst eine umfassende Kodifikation voraussetzt<sup>54</sup>. Das „*Material außergesetzlicher Regeln guter Richterkunst*“<sup>55</sup>, dessen methodische Verarbeitung durch die richterrechtliche Rechtsbildung ebenso wie durch die Rechtswissenschaft zu leisten ist, ist nicht nur die Basis der „*Vermittlung des Gesetzes mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein*“ (Larenz), sondern zugleich auch die Grundlage für objektivierbare Maßstäbe der Rechtsbildung<sup>56</sup>. Nur sind es eben nicht einfach bereitliegende Handlungsanweisungen für die Rechtspraxis, die den Richter in demselben Maß wie das Gesetz von seiner Verantwortung entlasten könnten.

<sup>51</sup> Esser Richterrecht aaO (Anm. 19), S. 120.

<sup>52</sup> In der Deutung dieses Vorganges durch Flume (aaO, S. 19 f., 22 ff.), die die lex in das ius einfügt, ist „*ius*“ das gesamte positive Recht, d. h. die gesetzten Rechtssätze und diejenigen Elemente der Rechtsordnung, die nicht im Gesetz festgelegt sind, nämlich der gesamte Rechtsstoff in Lehre und Rechtsprechung und die überlieferte Methode, in welcher das Recht gehandhabt wird. Auf Grund dieser Vereinfachung ist Rechtsfortbildung auch nur Anwendung des positiven Rechts, Erschließen der Fülle des geltenden Rechts aus dem geltenden Recht. Durch diesen diffusen, Heterogenen in eins fassenden Begriff des positiven Rechts wird die methodische Eigenart der richterlichen Rechtsfortbildung verdeckt.

<sup>53</sup> Wieacker Gesetzesrecht aaO, S. 704; ders., Gesetz und Richterkunst aaO, S. 8 ff.

<sup>54</sup> Esser Grundsatz und Norm aaO, S. 286; ders., Richterrecht aaO, S. 118.

<sup>55</sup> Wieacker Gesetz und Richterkunst aaO, S. 12.

<sup>56</sup> Wieacker Gesetz und Richterkunst aaO, S. 12 ff.; Larenz Wegweiser aaO (Anm. 33); Larenz Methodenlehre aaO, S. 222 ff., bes. S. 225; W. Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, 1968.

In der richterlichen Entscheidung bilden die Heranziehung und Beachtung des Gesetzes und die richterrechtliche Rechtsbildung einen *einheitlichen Vorgang der Rechtsbildung*, den nur die rechtstheoretische Analyse in seine Bestandteile zerlegt<sup>57</sup>. Das „Richterrecht“ schafft deswegen kein gesetztes Recht und ist deswegen keine Rechtsquelle im Sinne der normativen Positivität<sup>58</sup>. Die Anerkennung der richterrechtlichen Rechtsbildung zwingt allerdings zu einer Verbesserung der Theorie der Rechtsquellen, insofern als die positivistische Vorrangstellung des normativen Rechtssatzes im Rechtsprozeß eine deutliche Abschwächung erfahren muß<sup>59</sup>.

11. Unter den „außergesetzlichen“ „inhaltlichen Bestimmungsgründen der Rechtsanwendung“ (Göldner) nehmen die im *Verfassungsrecht* verkörperten *Prinzipien* und *Normen* einen bevorzugten Rang ein. Die Staatszielbestimmungen und die als fundierende „Wertordnung“ gedeuteten Grundrechte treten in der richterlichen Rechtsverwirklichung nicht nur als Maßstäbe des Gesetzesrechts auf, sondern auch als das Gesetz determinierende oder modifizierende Leitlinien der Rechtsbildung. Dies führt schließlich zu der Vorstellung, daß Rechtsprechung eigentlich Verwirklichung der Verfassung sei, wodurch das mit der Autorität der Verfassung umkleidete „Richterrecht“ in Konkurrenz zu dem relativierten Gesetzesrecht tritt<sup>60</sup>. Aus der Annahme eines „umfassenden Grundsatzes der richterlichen Verfassungsunmittelbarkeit“ wird ein „allgemeiner Grundsatz verfassungskonformer Rechtsanwendung“ und „verfassungskonformer Rechtsfortbildung“<sup>61</sup> abgeleitet, in der eine „Harmonisierung von Verfassungsprinzip und Gesetzesnorm“ erfolgen

<sup>57</sup> Esser Grundsatz und Norm aaO, S. 283 f.; ders., Richterrecht aaO, S. 119; Friedmann aaO (Anm. 39), S. 70.

<sup>58</sup> Esser Grundsatz und Norm aaO, S. 283 f.; ders., Richterrecht aaO, S. 123; Flume aaO (Anm. 49), S. 22; Ossenbühl aaO (Anm. 37), S. 492; Adomeit aaO (Anm. 47), S. 45. — Auffassungen, die von einer „Bildung neuer Normen durch den Richter“ (Isay aaO, Anm. 40, S. 360 f.) sprechen oder das „Richterrecht“ als selbständige Rechtsquelle begreifen (H. W. Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971; K. Redeker, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, NJW 72, 409/411) beruhen in der Regel auf einer rechtstheoretischen und nicht auch verfassungsrechtlichen Bestimmung des Begriffs der Gesetzgebung. Dazu schon oben bei Anm. 5 bis 7. Welchen methodischen Gedanken BGHZ 11, Anh. 34\*/53\* f., verwendet, wonach auch in einem auf der Gewaltenteilung aufbauenden Rechtsstaat „das Richterrecht als legitime Rechtsquelle“ entstehen könne, ist nicht erkennbar.

<sup>59</sup> Wieacker *Richterkunst* aaO, S. 16.

<sup>60</sup> O. Bachof, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959, S. 15 ff.; Redeker aaO (Anm. 58), S. 414.

<sup>61</sup> Der in der Praxis des BVerfG entwickelte Gedanke der „verfassungskonformen Auslegung“ beschränkt sich demgegenüber darauf, aus mehreren an sich möglichen Auslegungen eines Gesetzes, deren Verfassungsmäßigkeit unterschiedlich zu beurteilen wäre, diejenige zu wählen, bei der das Gesetz mit der Verfassung im Einklang bleibt. Er hat also eine auf die Aufrechterhaltung des Gesetzes bedachte Tendenz.

und „rechtsproduktive Wertungssynthesen von Gesetz und Verfassungsprinzip“ stattfinden sollen<sup>62</sup>.

Die richterrechtliche Rechtsbildung erhält in dieser Theorie der richterlichen Verfassungskonkretisierung ein Übergewicht über die Wirkung des Gesetzes. Die Theorie ist, ohne daß das hier näher ausgeführt werden könnte, angreifbar darin, daß sie die normative Eigenart der Verfassung vernachlässigt, die den politischen Prozeß begrenzen und anregen soll, und deswegen gegenüber der politischen Funktion der Gesetzgebung und der rechtlichen Funktion der Rechtsprechung eine unterschiedliche Bedeutung gewinnt. In der Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts durch Art. 100 Abs. 1 GG kommt zum Ausdruck, daß die gesetzesändernde Rechtsfortbildung dem regulären Prozeß der richterlichen Rechtsbildung entzogen ist<sup>63</sup>. Als ein Beispiel für die hier gebotene richterliche Zurückhaltung darf auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. November 1967<sup>64</sup> hingewiesen werden, wonach sich ein allgemeiner Anspruch auf Rückenteignung oder auf anderweitige Wiederbeschaffung eines enteigneten Grundstückes für den Fall, daß dieses Grundstück nicht innerhalb angemessener Frist für den Enteignungszweck verwendet worden ist, mangels hinreichend eindeutiger und bestimmbarer Rechtsweisung aus Art. 14 GG nicht herleiten lasse. Zwar bestünde eine in der Eigentumsgewährleistung beschlossene Intention einer Rückenteignung, der gerecht zu werden dem Gesetzgeber aufgegeben sei, mangels einer faßbaren Ausgestaltung dieses „Grundsatzes“ in der Verfassung, wäre dessen richterliche Anerkennung aber ein die Kompetenz der Gerichte überschreitender Akt der Rechtsschöpfung.

12. Diese Erwägungen lenken erneut den Blick auf die *Grenzen richterrechtlicher Rechtsbildung*. Es sind dies die Grenzen, die sich aus dem Inhalt der richterlichen Tätigkeit, aus dem Amt des Richters und der Aufgabe der Rechtsprechung ergeben. Da die Tragweite des verfassungsrechtlichen Satzes, daß der Richter an das Gesetz gebunden sei (Art. 97 Abs. 1 GG), erst aus einer rechtstheoretischen Analyse der richterlichen Rechtsverwirklichung deutlich wird, kann hierfür eine allgemein maßstäbliche Formel nicht aufgestellt werden. Die gerichtliche Praxis<sup>65</sup> und ein Teil der rechtswissen-

<sup>62</sup> D. Chr. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem, 1969. — G., dessen Schrift eine gründliche und höchst interessante Untersuchung dieser vernachlässigten Problemstellung darstellt, spricht allerdings dem Gesetzgeber einen „Konkretisierungsprimat“ für die Verfassungsprinzipien zu und bekennt sich dementsprechend zu einem Grundsatz der „subsidiären richterlichen Verfassungskonkretisierung“. Von der Seite der Staatsrechtslehre sind diese Thesen besonders von M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, vorbereitet worden.

<sup>63</sup> Jedenfalls eine „verfassungskonforme Auslegung“ gegen eine eindeutige gesetzliche Regelung ist unzulässig, worauf auch Stein aaO (Anm. 42), S. 1750 hinweist. — Vgl. auch Bockelmann aaO (Anm. 12), S. 31 ff.; H. J. Hirsch, Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 66, 334/339.

<sup>64</sup> BVerwGE 28, 184.

<sup>65</sup> BGHZ 3, 308/315; 11, Anh. 34\*/52\*; 17, 266.

schaftlichen Doktrin<sup>66</sup> haben die Rechtfertigung der richterlichen Rechtsfortbildung in dem anderen Verfassungssatz gefunden, daß die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden sei (Art. 20 Abs. 3 GG). Diese Begründung hat, für sich allein genommen, nur geringe Überzeugungskraft. Denn diese Klausel, die auch für die vollziehende Gewalt gilt, sollte nach dem Willen des Parlamentarischen Rates „zur besseren Kennzeichnung der Rechtsstaatlichkeit als der Grundlage des Grundgesetzes“ dienen<sup>67</sup>. Sie verweist, mit antipositivistischer Spitze, auf den begrenzten Anspruch des Gesetzes, die Gerechtigkeit in sich aufzunehmen, überläßt aber die Beurteilung dieser Frage der juristischen Ausdeutung der Verfassungsordnung und der rechtstheoretischen Konstruktion des Rechtsprozesses.

Parlamentarisches Gesetz und Richterspruch sind in unterschiedlicher Funktion und auf Grund verschiedenartiger Legitimität an der Rechtsbildung beteiligt. Die *Bindung des Richters an das Gesetz* bedeutet, die verfassungsrechtlich vorgesehene Funktion des Gesetzes mit den Mitteln der juristischen Argumentation und Begründung bei der Findung einer gerechten Entscheidung zur Geltung zu bringen und so auch die richterrechtlich nicht ersetzbare Aufgabe und Verantwortung der Legislative zu respektieren<sup>68</sup>. Die normative Sozialgestaltung durch Recht ist in der parlamentarischen Demokratie dem politischen Prozeß, der im Gesetz zu allgemeinverbindlichen Entscheidungen gelangt, aufgegeben<sup>69</sup>. Das ist auch ein Gebot der Rechtsgleichheit<sup>70</sup>. Für den Bereich der öffentlichen Verwaltung ist es darüber hinaus eine Folge des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, daß Grundlage und Grenze administrativer Eingriffe gesetzlich definiert sind und bleiben<sup>71</sup>. Die das Amt des Richters prägende richterliche Unabhängigkeit ist das Korrelat der begrenzten Verantwortung des Richters für die Richtigkeit des Rechts<sup>72</sup>.

Die Stabilisierung des an juristische Argumentation und Begründung gebundenen richterrechtlichen Beitrags zur Rechtsbildung kann nur auf dem Boden der „Gültigkeit der Methode und der Pflichtgemäßheit der Über-

<sup>66</sup> W. König, Die Aufgabe des Richters, in: R. Reinhardt/W. König, Richter und Rechtsfindung, 1957, S. 31/40; Maihofer aaO (Anm. 1); Stein aaO (Anm. 42), S. 1748; Flume aaO (Anm. 49), S. 15. Sehr zurückhaltend E. Forsthoff, Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), DÖV 59, 41; ablehnend H. J. Hirsch aaO (Anm. 63), S. 339.

<sup>67</sup> JöR I, S. 200. — Vgl. auch Materialien aaO (Anm. 11), Tz. 108.

<sup>68</sup> E. Schmidt, Gesetz und Richter, 1952, S. 21; A. Arndt, Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 63, 1273/1280.

<sup>69</sup> W. Weber, Das Richtertum in der deutschen Verfassungsordnung (1953), in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 84/94; Flume aaO (Anm. 49), S. 11 f., 18 f.; Fischer aaO (Anm. 29), S. 32.

<sup>70</sup> Germann aaO (Anm. 33), S. 250 f.

<sup>71</sup> Heinrich aaO (Anm. 31), S. 22.

<sup>72</sup> Bockelmann aaO (Anm. 12), bes. S. 29, 33, 38; Stein aaO (Anm. 42), S. 1748.

zeugungsbildung“<sup>73</sup> erreicht werden. Das ist nicht nur eine Frage des „Taktgefühls des Richters“<sup>74</sup>. Es wird auch mit dem Postulat, daß der Richter keine „Sachziele“ zu verfolgen habe<sup>75</sup>, nur negativ angedeutet. Das gleiche gilt für den Satz des Bundesgerichtshofes, daß der Gewaltenteilungsgrundsatz verletzt wäre, wenn der Richter es unternähme oder wenn er angewiesen würde, kraft bloßer eigener Willensentschlüsse rein nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten allgemeinverbindliches Recht zu erzeugen<sup>76</sup>. Auf der anderen Seite wird diese methodische Bestimmung des „Richterrechts“, die ja immer objektivierbare und juristisch faßbar zu machende Regeln, Grundsätze, Standards etc. erfordert<sup>77</sup>, unterdrückt, wenn die richterliche Rechtsfortbildung wegen ihrer auch außergesetzlichen Bestimmungsgründe schlechthin als „Machtausübung“ oder „politische“ Tätigkeit und Gestaltung charakterisiert wird<sup>78</sup>.

Liegen aber die „Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis“<sup>79</sup> in einer wesentlichen Hinsicht in der Arbeitsweise dieser Entscheidungspraxis selbst, werden *Amt* und *Status des Richters* zu einer maßgeblichen Prämisse der richterrechtlichen Rechtsbildung und ihrer Beurteilung. Die Richter, von denen die Verfassung spricht, „sind nicht abstrakte und beliebig gestaltungsfähige Funktionäre, die man bloß als Richter etikettiert“<sup>80</sup>. Ebenso sind die *Rechtswissenschaft* und die *rechtswissenschaftliche Ausbildung* der Juristen ausschlaggebende und in der Theorie der richterlichen Rechtsbildung mitgedachte Bedingungen der Rechtsprechung. Die Jurisprudenz muß ohne ständige Besinnung auf die geschichtlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Grundlagen des Rechts „auf das Niveau des Handwerksmäßigen herabsinken“<sup>81</sup> und die von ihr geprägte Rechtskultur, von der das Richterrecht ein Teil ist, in Frage stellen.

<sup>73</sup> Esser Richterrecht aaO (Anm. 33); ders., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, bes. S. 189 ff. („Freiheit und Bindung des Richters im Rechtsfindungsprozess“). Die Frage der „Richtigkeit“ der richterlichen Entscheidung behandelt schon Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, 1912.

<sup>74</sup> H. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 225.

<sup>75</sup> Flume aaO (Anm. 49), S. 26.

<sup>76</sup> BGHZ 11, Anh. 34\*/35\*.

<sup>77</sup> BGHZ 11, Anh. 34\*/51\*; Larenz Kennzeichen aaO (Anm. 33), S. 9. Diese Standards müssen „konventionell“ und „positivierbar“ sein und können sich deswegen die partiellen Wertungen einzelner Gruppen auch dann nicht zur Richtschnur nehmen, wenn sie anspruchsvolle oder exponierte Moralpostulate vertreten (Wieacker Richterkunst aaO, Anm. 38, S. 12 f., 15). Vor allem in diesem Gesichtspunkt ist die Kritik an der früheren neunaturrechtlichen Rechtsprechung des BGH zu Recht begründet (F. Wieacker, Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 61, 337; F. K. Kübler, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 162, 1963, S. 104/126; Stein aaO, Anm. 42, S. 1749).

<sup>78</sup> R. Wassermann, Politisierung der Rechtsprechung? DRiZ 70, 79; Redeker aaO (Anm. 58), S. 413.

<sup>79</sup> So der Untertitel der Schrift von Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.

<sup>80</sup> Weber aaO (Anm. 69), S. 86.

<sup>81</sup> Isay aaO (Anm. 74), S. VII.

Lassen Sie mich schließen mit einem Satz Josef Essers, dem die wissenschaftliche Durchdringung des „Richterrechts“ so viel verdankt: „Ohne die Gestaltungskräfte des gesellschaftlichen Bewußtseins und seiner Traditionen, die sich im System einer Rechtsdoktrin oder in der Methode präjudiziell gebundener und argumentierend fortschreitender Entscheidungsreihen Ausdruck verschaffen, kann solche »Schöpfung« (sc. richterliche Schöpfung des Rechts aus »seinen« Prinzipien) nur zu arbiträren Äußerungen subjektiver Meinungen führen“<sup>82</sup>.

### Senatspräsident *Langkeit*

Ich möchte, Herr Professor Badura, an das Stichwort anknüpfen, das Sie eingangs Ihres Referates verwandten, als Sie von der Beklemmung des Staats- und Verfassungsrechtlers sprachen, der über ein solches Thema wie Rechtsfortbildung durch Richter vor einem Richterkreise spricht. Ich meine, daß das Wort von der Beklemmung auch und gerade für den Richter paßt, der vor diesem vielschichtigen Komplex des Richterrechts steht. Wer könnte übersehen, welche Gefahren auf dem Wege lauern, wenn ein Richter sich vielleicht allzu frisch-fröhlich oder womöglich überheblich an diese schönste und fruchtbarste Aufgabe seines richterlichen Wirkens heranwagt! So meine ich, daß Ihre Ausführungen, Herr Professor Badura, wohl dazu angetan waren, den Richtern das Gewissen dafür zu schärfen, daß sie, wenn sie sich an diese Aufgabe heranwagen, eine Gratwanderung beginnen, bei der sie mit Zittern und Furcht darauf achten müßten, nicht nach links und nicht nach rechts abzustürzen. Ich danke Ihnen sehr herzlich für Ihr Referat.

Meine Damen und Herren, damit ist die Vormittagssitzung beendet. Um 14.30 Uhr wird in den Arbeitsgemeinschaften weitergearbeitet.

---

<sup>82</sup> J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 85.