

PHILIPP LASSAHN

Rechtsprechung und Parlamentsgesetz

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

33

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 33



Philipp Lassahn

Rechtsprechung und Parlamentsgesetz

Überlegungen zu Anliegen und Reichweite
eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes

Mohr Siebeck

Philipp Lassahn, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg und Berkeley; Mitarbeiter am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.; 2015 Master of Laws (Harvard); 2016 Promotion (Freiburg i. Br.); seit 2016 Referendar am Kammergericht Berlin und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts der Humboldt-Universität zu Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-155385-1

ISBN 978-3-16-155384-4

ISSN 1867-8912 (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die hier vorliegende Arbeit sucht ihre Hauptfrage – was wäre der Richter ohne das Gesetz? – in Gestalt eines konkreten verfassungsdogmatischen Problems greifbar zu machen. Sie verfolgt dabei zugleich, und vielleicht sogar in erster Linie, ein methodologisches Herzensanliegen. Es geht darum, eine Tendenz in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft aufzuzeigen, allzu schnell mit sehr speziellen, teils sehr komplexen und voraussetzungs-vollen gesellschaftspolitischen Theorien bei der Hand zu sein, wenn es um die Auslegung des Grundgesetzes geht. Dem versucht diese Arbeit einen Ansatz entgegenzubringen, der sich um einen stärker *juristischen* Umgang mit unserer Verfassung bemüht. Es wird versucht, den Text des Grundgesetzes „historisch sensibel“, d.h. so weit wie möglich ausgehend von seinen Ursprüngen und Anliegen zu interpretieren (den *Kontext* zu berücksichtigen). Es ist meine Überzeugung, dass dieser Ansatz bewusster machen kann, dass und weshalb es gute Gründe für die Fortentwicklung und Anwendung einer genuin juristischen Methodik gibt. Dabei geht es nicht um Standeswahrung oder bloße Ästhetik, sondern um Rationalität, Rechtssicherheit und vor allem: um die Bindung von Macht. Meine Hoffnung ist, dass dieser Ansatz in der Arbeit deutlich wird.

Der Text entstand in den Jahren 2013 bis 2016 und wurde im Wintersemester 2016/17 von der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. als Dissertationsschrift angenommen. Das Thema geht auf eine Anregung von Herrn *Professor Dr. Christian Bumke* zurück, dem ich an dieser Stelle großen Dank aussprechen möchte.

Für die hervorragende Betreuung und rasche Begutachtung der Arbeit ebenso wie für die darüber hinausgehende wissenschaftliche Unterstützung und Förderung danke ich Herrn *Professor Dr. Ralf Poscher* sehr herzlich. Herrn *Professor Dr. Ulrich Haltern* habe ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens zu danken.

Die Landesgraduiertenförderung Baden-Württemberg hat die Erstellung der Arbeit durch ein Promotionsstipendium, das Bundesministerium des Innern ihre Veröffentlichung durch einen Druckkostenzuschuss unterstützt.

Großen Dank für zahllose Gesprächsmöglichkeiten, Denkanstöße, Hinweise und Kritik möchte ich *Daniel Benrath*, *Johannes Buchheim*, *Wenzel Pross* und allen weiteren Freiburger Freunden und Kollegen aussprechen. Für die überaus aufmerksamen und weiterführenden Korrekturen danke ich erneut

Johannes Buchheim, ebenso wie *Philipp Butler*, *Jens Gerlach*, *Anna Härle*, *Lukas Köhler*, *Andreas Lange*, *Larissa Schobert* und *Daniel Wisehart*. Besonderer Dank für entscheidende letzte Hinweise und Unterstützung gebührt *Rosana Plaza*.

Schließlich bedanke ich mich bei den Mitarbeitern des Verlags Mohr Siebeck für die Aufnahme in die Schriftenreihe *Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht* sowie für die freundliche Unterstützung bei der Veröffentlichung.

Alle der Genannten haben bedeutend zum Abschluss (und hoffentlich zum Gelingen) der Arbeit beigetragen.

Berlin, März 2017

Philipp Lassahn

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
1. Teil: Einführung.....	1
I. Problemaufriss und Hintergrund.....	1
II. Entwicklung und Stand des Forschungsgesprächs.....	3
III. Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit – Gegenstand der Arbeit.....	7
IV. Legitimität und Rechtmäßigkeit – Charakter der Arbeit.....	8
V. Methodisches Vorverständnis.....	9
VI. Terminologische Vorfragen.....	14
VII. Gang der Untersuchung.....	16
2. Teil: Historische Hinführung – Die Evolution des Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetz.....	18
I. Kodifikation als Normalfall?.....	18
II. Klarstellung: Richterrecht als historischer Normalfall.....	20
3. Teil: Der Vorbehalt des Gesetzes.....	33
I. Terminologische Präzisierungen.....	34
II. Die drei Dimensionen der Kompetenzverteilung.....	38
III. Historische Entwicklung.....	42
IV. Das vorherrschende Modell: Die Wesentlichkeitslehre und ihre Ratio.....	77
V. Eigener Ansatz: Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument zum Schutz des Parlaments.....	139

4. Teil: Die Logik der Rechtsprechung	182
I. <i>Was wäre wenn? Konsequenzen eines Vorbehalts des Gesetzes für die dritte Gewalt</i>	183
II. <i>Richterliches Entscheiden unter dem Grundgesetz</i>	193
III. <i>Zusammenfassende Einschätzung richterlicher Entscheidungstätigkeit unter dem Grundgesetz</i>	239
5. Teil: Synthese	241
I. <i>Die Unanwendbarkeit des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes auf die Rechtsprechung</i>	241
II. <i>Zur Rolle eines rechtsstaatlichen Vorbehalts des Rechtssatzes: Das Bestimmtheitsgebot</i>	242
III. <i>Stichhaltigkeitsprobe</i>	247
IV. <i>Fazit und Ergebnis der Untersuchung</i>	262
6. Teil: Schluss	263
I. <i>Zusammenfassung des Gedankengangs</i>	263
II. <i>Ausblick</i>	265
Literaturverzeichnis	267
Sach- und Personenregister	289

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
1. Teil: Einführung.....	1
I. Problemaufriss und Hintergrund.....	1
II. Entwicklung und Stand des Forschungsgesprächs.....	3
III. Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit – Gegenstand der Arbeit.....	7
IV. Legitimität und Rechtmäßigkeit – Charakter der Arbeit.....	8
V. Methodisches Vorverständnis.....	9
1. Recht als Rekonstruktion eines stimmigen Systems.....	9
2. Die zentrale Rolle von Text und historischem Telos.....	10
3. Abgrenzung gegenüber rigidem Textualismus und Originalismus.....	10
4. Verwahrung gegen übertriebene Theoretisierungen.....	11
5. Maßstäbe für die Bewertung juristischer Systembildung.....	12
6. Zusammenfassung.....	13
VI. Terminologische Vorfragen.....	14
1. „Vorbehalt des Gesetzes“ vs. „Gesetzesvorbehalt“.....	14
2. „Rechtsprechung“.....	15
VII. Gang der Untersuchung.....	16
2. Teil: Historische Hinführung – Die Evolution des Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetz.....	18
I. Kodifikation als Normalfall?.....	18
II. Klarstellung: Richterrecht als historischer Normalfall.....	20

1. Die Evolution des Rechts als Geschichte der Rationalisierung und Ausdifferenzierung	20
2. Quellenpluralität als reguläres Szenario	24
3. Zur Rolle von Gesetz und Kodifikation	27
4. Insbesondere: Der Vorrang des Gesetzes.....	29
5. Die Rolle des Grundgesetzes in der historischen Entwicklung	30
6. Zwischenfazit.....	32
3. Teil: Der Vorbehalt des Gesetzes.....	33
I. Terminologische Präzisierungen	34
1. „Erforderliche Regelungsdichte“ vs. „Entscheidungskonkurrenz“	34
2. Der Gesetzesbegriff	37
II. Die drei Dimensionen der Kompetenzverteilung	38
1. Erste Dimension: Suprematie	39
2. Zweite Dimension: Exklusive Kompetenzen	40
3. Dritte Dimension: Delegationsverbote	41
III. Historische Entwicklung	42
1. Der staatsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes	43
a. Ursprünge: Aufklärung und Französische Revolution (Kant, Rousseau, Locke, Montesquieu).....	45
b. Entstehung: Restauration und Frühkonstitutionalismus (Klüber, früher Mohl)	47
c. Konsolidierung: Vormärz (Maurenbrecher, Welcker).....	49
d. Ausdehnung und Verfestigung: Märzrevolution bis Reichsgründung	51
i) Der Vorbehalt als Selbstverständlichkeit: Um 1848/49 (Weiss, Stahl)	51
ii) Weitere politisch-theoretische Erfassung: Revidierte Verfassung bis 1870/71 (Bluntschli, Zoepfl, später Mohl)	52
iii) Zwischenfazit.....	53
e. Verschiebungen: „Staatsrechtlicher Positivismus“	53
i) Ausblendung politisch-historischer Hintergründe und Fokussierung auf den Rechts(satz)begriff (Gerber).....	54
ii) Der Gesetzes- und Rechts(satz)begriff im Mittelpunkt (Laband)	56
iii) Konsolidierung der Gerber-Laband'schen Lehren (Jellinek) ..	60
iv) Zwischenfazit und Folgeentwicklungen	61

f. Klarstellungsversuche: Spätes Kaiserreich	62
i) Der Zusammenhang von Parlament und Vorbehalt (Otto Mayer)	62
ii) Politisch-staatsrechtliche Einordnungsbemühungen (Thoma)	64
g. Verwirrung: Weimarer Republik	66
i) Die Wirkung der Laband'schen Lehren (Anschütz)	66
ii) Das Fehlen einer überzeugenden Vorbehaltstheorie	68
iii) Zur Frage der Delegation	69
h. Auflösung: Nationalsozialismus (Huber, Tatarin-Tarnheyden)	70
2. Parallele Entwicklungen: Straf- und budgetrechtlicher Vorbehalt	71
a. Strafrechtlicher Vorbehalt	71
b. Steuer- und budgetrechtlicher Vorbehalt	73
3. Zusammenfassung und Einschätzung der Genealogie	75
<i>IV. Das vorherrschende Modell: Die Wesentlichkeitslehre und ihre Ratio</i>	<i>77</i>
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Vom Vorbehalt des Gesetzes zur Wesentlichkeitslehre	78
a. Anfangszeit des Gerichts: Übernahme tradiertter Formeln aus der Vorkriegszeit	78
b. Entstehung der Wesentlichkeitslehre: Der Facharztbeschluss von 1972	79
i) Bedeutung des Facharztbeschlusses: Verankerung im Demokratieprinzip und Ausbau als Delegationsverbot	79
ii) Vorläufer der Wesentlichkeitslehre	80
(1) Befassung mit Delegationsfragen und Terminologie der Wesentlichkeit	80
(2) Ausprägung der Grundrechtsdogmatik und Aufbrechen des besonderen Gewaltverhältnisses	81
c. Konsolidierung	82
d. Relativierung und Spezifizierung	84
i) Wandel in einen Legitimationsdiskurs	84
ii) Die unklare Bedeutung prozeduraler Aspekte	86
iii) Bisheriger Höhepunkt der Relativierung: Die Osho-/Glykol-Entscheidungen von 2002	87
e. Verfestigung und Schärfung: Auswirkungen der Steuerungstheorie	88
f. Aktuelle Fragen: Auswirkungen der Wesentlichkeitslehre auf die Grundrechtsdogmatik und Bedeutung für die dritte Gewalt	89
i) Umgehung komplizierter Grundrechtsprobleme	90
ii) Anwendung auf die Rechtsprechung?	91

g. Zusammenfassende und übergreifende Beobachtungen	93
2. Dogmatische Rekonstruktion und Kritik der herrschenden	
Auffassung	95
a. Weitgehende normative Irrelevanz von Spezialvorbehalten für die	
Wesentlichkeitslehre	95
b. Erste Säule der Wesentlichkeitslehre: Das Demokratieprinzip als	
Gebot eines hinreichenden Legitimationsniveaus	95
i) Annahmen und Folgerungen der Lehre vom	
Legitimationsniveau.....	97
ii) (Vermeintliche) Vorteile: Normative Potenz, „Überwindung“	
des Eingriffsdenkens und hohe Flexibilität.....	100
iii) Bedeutung für die Rechtsprechung?	101
(1) Inkonsistenz und Inkonsequenz: Unzureichende	
demokratische Legitimation der Rechtsprechung.....	101
(2) Keine Kompensation durch „funktionell-institutionelle“	
demokratische Legitimation	102
(3) Keine Kompensation defizitärer demokratischer	
Legitimation aus anderen Quellen	103
(4) Die richterliche Entscheidungspflicht als Ausweg?	104
(a) Gedankenexperiment: Die hypothetische Abschaf-	
fung des BGB	104
(b) Zur Historie der richterlichen Entscheidungspflicht ..	105
(c) Der unklare Gehalt der richterlichen	
Entscheidungspflicht im Grundgesetz.....	108
(d) Die richterliche Entscheidungspflicht als	
Minimalpflicht.....	108
(5) Zwischenfazit	110
iv) Exkurs: Inkonsistenzen in der Auseinandersetzung mit	
der Lehre vom „Totalvorbehalt“	110
v) Zwischenfazit.....	112
vi) Theoretische Unzulänglichkeiten der Lehre vom	
Legitimationsniveau.....	113
(1) Auslegung von Art. 20 GG	113
(a) Wortlaut	113
(b) Historie und Genese	114
(c) Systematik.....	114
(d) Teleologie und theoretische Durchdringung	115
(2) Legitimation als außerrechtliches Konzept	116
(3) Demokratietheoretische Implausibilitäten.....	117
(4) Pathologisierung der zweiten und dritten Gewalt.....	119
(5) Unterbestimmtheit und dogmatische Gehaltlosigkeit	
des Maßstabs	120
(6) Missbrauchs- und Missverstehenspotential	121

(7) Demokratische Ambivalenz von Delegationsverboten	122
vii) Untauglicher Rettungsversuch: Das sog. Kontrollmodell demokratischer Legitimation.....	123
viii) Ausblick auf eine Alternative: Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG als Gebot eines Mindestzurechnungs- zusammenhangs	124
ix) Zwischenergebnis	125
c. Zweite Säule der Wesentlichkeitslehre: Das Rechtsstaatsprinzip ..	126
i) Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit	126
ii) Publizität.....	129
iii) Normenbeständigkeit und Vertrauensschutz	130
(1) Trägheit von Normen als Wert?	131
(2) Die ambivalente Rolle des Vertrauensschutzes	131
(3) Höheres Bedürfnis für Beständigkeit bei „wesentlichen“ Entscheidungen?.....	132
(4) Prozedurale Ursachen der Trägheit: Jenseits des Rechtsstaatsprinzips	132
iv) Gewaltenteilung	133
v) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	134
vi) Materielle Gerechtigkeit im Einzelfall?.....	135
vii) Gebot effektiven Rechtsschutzes?	135
viii) Zwischenergebnis	138
d. Fazit	138

V. <i>Eigener Ansatz: Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument zum Schutz des Parlaments</i>	139
1. Textlich-normatives Umfeld: Die Anordnung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes in grundgesetzlichen Spezialvorbehalten ...	140
a. Die entscheidende, aber ungenügende Rolle der Grundrechte.....	140
i) Dimensionen und Entwicklungslinien: Die Grundrechte zwischen substantieller und kompetenzieller Dimension.....	140
ii) Mehrdimensionalität unter dem Grundgesetz: Abwehrrecht, Gesetzesvorbehalt und (allgemeiner) Vorbehalt des Gesetzes.....	142
iii) Kompetenzrechtliche Verwertbarkeit der Grundrechte: Voraussetzung und Anordnung, aber keine Erklärung des Vorbehalts des Gesetzes.....	144
iv) Keine Relevanz der Grundrechte für Delegationsbeschränkungen.....	146
v) Zwischenergebnis: Grundrechte als Geltungsgrund, nicht aber als Erklärung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes.....	147

b. Geschriebene Spezialvorbehalte: Kompetenzrechtliche Ähnlichkeit zu den Grundrechtsvorbehalten.....	147
c. Insbesondere: Der rein formale Gehalt von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	148
d. Zwischenergebnis: Bedarf für eine erklärende Theorie zum Vorbehalt des Gesetzes	150
2. Historisch-genetische Prämissen und Herausforderungen	151
3. Synthese und Theoriebildung: Das Anliegen des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes	153
a. Politische Konkurrenz zwischen erster und zweiter Gewalt: Die Logik der Politik	153
b. Schutzwürdigkeit des Parlaments: Die Logik der Legislative	155
i) Parlament als Zentrum des demokratischen Systems.....	155
ii) Besonderheiten des Gesetzgebungsverfahrens	156
(1) Formalisierte und deliberative Entscheidungsfindung.....	157
(2) Beteiligung des Bundespräsidenten	157
(3) Föderalismus	157
(4) Die Bedeutung der Opposition.....	158
(5) Kontrolle durch Medien und Öffentlichkeit	159
iii) Zwischenfazit: Legislative als konsolidierende und zügeln Institution.....	160
c. Schutzbedürftigkeit des Parlaments	160
i) Schutz vor der Exekutive: Der „klassische“ Vorbehalt des Gesetzes.....	161
ii) Schutz vor den Gefahren des politischen Systems: Delegationsschranken und die zutreffende Stoßrichtung der Wesentlichkeitsdoktrin.....	163
(1) Neue Gefahrenlage: Strukturelle politische Homoge- nität von Regierung und Parlament.....	163
(2) Verfassungsdogmatische Verwertbarkeit	166
d. Ergebnis	167
4. Operationalisierbarkeit: Das Wesentlichkeitskriterium.....	168
a. Grundsätzliche Berechtigung.....	168
b. Zur Ermittlung der Wesentlichkeit	168
c. Exkurs: Politische Umstrittenheit als Indiz?	170
d. Fazit	171
5. Konsequenzen und Leistungsfähigkeit	172
a. Institutionelle Vorbehalte	172
b. Satzungen und Selbstverwaltung	173
i) Kommunale Selbstverwaltung.....	173
ii) Funktionale Selbstverwaltung	174
c. Vorbehalt des Gesetzes und Vorbehalt des Parlaments	175

d. Zum Verhältnis zwischen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG	177
e. Vorbehalte der Exekutive?.....	177
f. Rechtshistorische Erklärungsmacht.....	178
g. Rechtsvergleichende Umschau (Schweiz, USA, Frankreich)	179
h. Fazit	180
6. Bedeutung für das Verhältnis zur Rechtsprechung	180
4. Teil: Die Logik der Rechtsprechung	182
I. <i>Was wäre wenn? Konsequenzen eines Vorbehalts des Gesetzes für die dritte Gewalt</i>	183
1. Anwendungsbereich: „Wesentliche“ Entscheidungen durch Rechtsfortbildung praeter legem	183
a. Arbeitskampfrecht	184
b. Staatshaftungsrecht.....	185
c. Ungeschriebene Spruchverfahren im Aktienrecht	187
2. Konsequenzen: Die Bedeutung der prozessualen Konstellation.....	188
3. Untauglichkeit vermeintlicher Auswege.....	189
a. Verfassungsprozessrechtliche Auswege?	189
b. Generalklauseln als Ausweg?	190
4. Erinnerung: Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit dem Problem	191
5. Zwischenfazit.....	193
II. <i>Richterliches Entscheiden unter dem Grundgesetz</i>	193
1. Die Logik rechtlicher Entscheidungen	193
a. Die Auslegung als Ausgangspunkt	195
i) Zur grundsätzlichen Berechtigung und Rationalität von Interpretation	196
ii) Die klassische Auslegungslehre: Objektive Teleologie?.....	197
iii) Subjektive Interpretation als Kern und Ausgangspunkt	198
(a) Hintergrund: Die retrospektive Rechtfertigungs- struktur juristischer Entscheidungen	199
(b) Mögliche Einwände und ihre Bewältigung	201
(i) Probleme des Autors?.....	201
(ii) Instrumentelle Kritik	202
(c) Grenzen.....	203
iv) Klarstellung: Auslegung jedenfalls als spezifisch juristische Rekonstruktion.....	204
b. Jenseits der Auslegung	206

i)	Was ist Rechtsfortbildung?	207
ii)	Zum Charakter der Rechtsfortbildung	207
(1)	Strukturelle Ähnlichkeit von Auslegung und Rechtsfortbildung	208
(2)	Zur Relevanz des subjektiven Interpretationsmodells	209
(3)	Die Rolle der Rechtsdogmatik	210
(4)	Zwischenfazit	211
c.	Einwände.....	212
i)	Rechtsrealistische Ansätze	212
(1)	Rechtliche Darstellung, politische Herstellung?.....	215
(2)	Entgegnung	216
(a)	Bindungen auch in Wertungsfragen.....	216
(b)	Die Bedeutung des institutionellen Rahmens: Pfadabhängigkeiten und Trägheit	218
ii)	Zur jüngeren empirischen Rechtsforschung	220
iii)	Kelsenianischer Einwand: Strukturgleichheit der Gewalten?	221
d.	Zwischenfazit	224
2.	Verfahren und institutionelle Stellung: Grundgesetzliche Parameter gerichtlichen Entscheidens.....	225
a.	Gerichtliches Verfahren.....	225
i)	Initiativverbot (Verfahrensbeginn).....	226
ii)	Konkretheit (Verfahrensgegenstand).....	227
iii)	Diskursiver Charakter (Verfahrensablauf).....	228
iv)	Öffentlichkeit (Verfahrensablauf)	228
v)	Entscheidungspflicht (Verfahrensende).....	229
vi)	Einzelfallbezogenheit (Verfahrensergebnis).....	230
b.	Rolle und Stellung des Richters.....	232
i)	Neutralität (Rolle im Verfahren)	232
ii)	Unabhängigkeit (institutionelle Stellung).....	233
iii)	Fragmentierung der Richterschaft (institutioneller Rahmen)	234
iv)	Bestimmtheit des gesetzlichen Richters (Stellung gegenüber den Parteien).....	235
v)	Professionalisierung der Richter (Stellung im gesellschaftlichen System).....	235
c.	Zwischenfazit	235
3.	Die einzelnen Gerichtsbarkeiten.....	236
a.	Zivilgerichte	236
b.	Strafgerichte	237
c.	Verwaltungsgerichte.....	238
4.	Klarstellung: Rekonstruktion und Staatsgewalt	239

III. Zusammenfassende Einschätzung richterlicher Entscheidungstätigkeit unter dem Grundgesetz	239
5. Teil: Synthese	241
I. Die Unanwendbarkeit des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes auf die Rechtsprechung	241
II. Zur Rolle eines rechtsstaatlichen Vorbehalts des Rechtssatzes: Das Bestimmtheitsgebot	242
1. Geltungsgrund: Rechtsstaatlichkeit und Spezialvorbehalte	242
2. Anliegen: Vorhersehbarkeit staatlicher Eingriffe	243
3. Anwendbarkeit auf die Rechtsprechung?	243
a. Kein eigeninitiatives Handeln der Rechtsprechung	244
b. Der besondere Aufgabenmonismus der Rechtsprechung	245
c. Kein rechtsstaatlicher Gewinn bei Anwendung eines rechtsstaatlichen Vorbehalts auf die Rechtsprechung	245
4. Klarstellung: Besonderheiten im Verwaltungs- und Strafrecht	246
5. Ergebnis	247
III. Stichhaltigkeitsprobe	247
1. Verfassungssystematische und dogmatische Stimmigkeit	247
a. Grundrechtsnormen	248
b. Art. 103 Abs. 2 GG	248
c. Bestimmtheitsgebot	250
d. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	250
e. Sonstige Normen des Grundgesetzes	251
2. Theoretische Stichhaltigkeit	252
a. Schwabes Zufälligkeitsargument	252
b. Rolle der Rechtsmethodik	254
c. Die analoge Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht	255
d. Besondere Problematik des Staatshaftungsrechts?	256
3. Historische Plausibilität	257
4. Funktionale Überzeugungskraft	258
a. Gesellschaftliche Funktion und institutionelle Autonomie der Rechtsprechung	259
b. Verharmlosung der Rechtsprechung?	260
5. Unzulänglichkeit alternativer Begründungen	261
IV. Fazit und Ergebnis der Untersuchung	262

6. Teil: Schluss	263
I. Zusammenfassung des Gedankengangs	263
II. Ausblick	265
Literaturverzeichnis.....	267
Sach- und Personenregister.....	289

1. Teil: Einführung

I. Problemaufriss und Hintergrund

Was wäre der Richter ohne das Gesetz? Das in dieser Frage angesprochene Verhältnis von erster und dritter Gewalt stellt Rechtstheorie und Staatsrecht seit längerer Zeit vor erhebliche Probleme. Aus dem weiten Feld greift diese Arbeit die eher konkrete, verfassungsdogmatische Teilfrage heraus, ob unter dem Grundgesetz ein allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes für die Rechtsprechung gilt, ob also Gerichte für ihre Entscheidungen stets eine gesetzliche Grundlage benötigen.

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass es jedenfalls im Verhältnis des Parlaments zur Verwaltung einen allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes gibt. Es hat ihn zur so genannten Wesentlichkeitsdoktrin ausgeformt. Demnach dürfen alle „wesentlichen“ Fragen nur vom Parlament entschieden werden.¹ Wendete man den Grundsatz auf die dritte Gewalt an, wäre es den Gerichten verwehrt, „wesentliche“ Fragen selbst zu entscheiden. Ohne eine Vorentscheidung des Parlaments wären ihnen die Hände gebunden, sobald sie sich mit einer wesentlichen Frage konfrontiert sähen. Es stellten sich dann zahlreiche Folgefragen – etwa wie sich Gerichte in solchen Szenarien zu verhalten hätten und welche Konsequenzen sich für bislang beinahe ausschließlich durch Richterrecht geprägte Bereiche wie das Arbeitskampfrecht und das Staatshaftungsrecht ergäben.

Die hinter diesen konkreten verfassungsrechtlichen Fragen stehenden allgemeinen Probleme des Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetzgebung waren lange Zeit fast ausnahmslos rechtsmethodischen und -theoretischen Diskursen vorbehalten. Erst in jüngerer Zeit werden sie vermehrt als verfassungsrechtliche Fragen, als Probleme des Verhältnisses von „Richterrecht und Verfassung“ diskutiert.² Man kann diesen Wandel von der rein rechtstheoretischen zur auch verfassungsrechtlichen Perspektive in einen größeren Zusammenhang setzen und den zunehmend kritischen Blick auf die dritte Gewalt in die Geschichte der allgemeinen Entzauberung von Institutionen

¹ S. vor allem BVerfGE 33, 125 (159); 40, 237 (249 f.).

² So der Titel der Dissertation von *Jörn Ipsen* aus dem Jahr 1975.

einordnen.³ Richterliche Tätigkeit war in frühen Phasen der menschlichen Zivilisation eng mit dem Mystischen verknüpft, nicht selten mit dem Priestertum vermennt; Juristen rekrutierten sich zunächst vor allem aus dem Klerikerstand.⁴ Im Laufe der Zeit lässt sich eine immer weiter voranschreitende Rationalisierung, Spezialisierung, und Professionalisierung der Rechtsprechung beobachten. Ebenso wie die griechische Götterwelt vergeht auch der arkane Charakter der Justiz; sie bleibt nicht ausschließlich Quelle, sondern wird schließlich selbst Gegenstand von Recht und Regulierung. In dieser Erzählung spielt insbesondere das Verhältnis von Justiz und Gesetz seit jeher eine Rolle. Theoretische Aufarbeitungen des juristischen Umgangs mit dem Gesetz erreichen bereits mit *Friedrich Carl von Savigny* einen ersten Höhepunkt.⁵ Spätestens seit Ende des 19. Jahrhunderts und nicht zuletzt in der Weimarer Republik werden Rolle und Probleme des Richterrechts intensiv verhandelt.⁶ Die Diskussion erfährt eine neue Qualität, als mit dem Grundgesetz erstmals eine Verfassung auf den Plan tritt, die den juristischen Methodendiskurs umfassend und nachhaltig prägt. Das Grundgesetz erhebt den Anspruch, „alle Staatsgewalt“ zu regulieren.⁷ Das „Problem“ des Richterrechts wird damit endgültig (auch) zum Verfassungsproblem.

³ Zum Motiv der „Entzauberung der Welt“ s. *Weber*, *Wissenschaft als Beruf*, ¹¹2011 [1919], S. 17, 35.

⁴ S. *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Teilbd. 3, 2010 [1921/1922], S. 478, 488 ff., 497 ff., 511 f. Eine ähnliche Verquickung bestand zunächst zwischen Religion und Politik, s. etwa *Weber*, *Politik als Beruf*, ¹¹2010 [1919], S. 23 f., zur Rolle der „Kleriker“ in der Evolution des „Berufspolitikers“.

⁵ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 206 ff. Zum Niederschlag der Theorie in seinen Vorlesungen vgl. *Savigny*, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, 1993, S. 138 ff.

⁶ Zur Diskussion im Kaiserreich s. etwa *Bülow*, *Gesetz und Richteramt*, 1885, S. 28 ff., 33; *Zitelman*, *Lücken im Recht*, 1903, S. 5 ff. *Heck*, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912, S. 7, spricht bereits vom „Problem der Rechtsgewinnung durch Richterspruch“ (Herv. d. Verf.). S. auch *Elze*, *Lücken im Gesetz*, 1913, S. 21 ff.; *Spiegel*, *Zur Lückenlehre*, in: *Spiegel* (Hrsg.), *Gesetz und Recht*, 1913, S. 118 (118 ff.); *Reichel*, *Gesetz und Richterspruch*, 1915, Vorwort und S. 92 ff. Diese Entwicklung fällt mit dem mit Fortschreiten der Kodifizierung zusammen. Zu dieser Zeit wird die Aufmerksamkeit auf die so genannten „Lücken“ der Gesetze gerichtet, was zeigt, dass sich die Gesetzesauslegung zum Normalfall juristischen Entscheidens entwickelt hatte.

Zur Weimarer Diskussion s. etwa *Bieberstein*, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze*, 1927, S. 18 f., 31 ff.; *Isay*, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, S. 20, 161 ff., 334 ff.; *Kern*, *Rechtspflege: Grundsätzliches und Übersicht*, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, 1932, S. 475 (491 f.); *Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, ¹⁴1933, S. 474 ff. Vgl. auch *Schmitt*, *Gesetz und Urteil*, ²1969, S. 1 ff., 46 ff.; *ders.*, *Verfassungslehre*, ¹⁰2010, S. 273 ff.

⁷ Zwar bestimmte auch Art. 1 Abs. 2 WRV, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Eine ausdrückliche Bindung aller öffentlichen Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) und der Verwaltung und Rechtsprechung an die Gesetze (Art. 20 Abs. 3 GG)

An dieser Stelle kreuzt sich die Problematisierung richterlichen Entscheidens mit einem anderen Strang der allgemeinen Entzauberung institutioneller Macht: Aus dem politischen Konflikt zwischen Bürgertum und Krone im 19. Jahrhundert ist der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes hervorgegangen, nach dem bestimmte staatliche Entscheidungen nicht von der Exekutive getroffen werden dürfen, sondern dem Parlament vorbehalten sind. Die zuvor als selbstverständlich und aus sich heraus wirksam gedachte exekutive Gewalt wurde an die Kette genommen. Der Vorbehalt des Gesetzes wurde bald zum festen Bestandteil der ungeschriebenen Normen des deutschen Verfassungsrechts. Zwischenzeitlich wurde er vor allem als Vorbehalt des Rechtsatzes verstanden, wonach man lediglich verlangte, dass alles Verwaltungshandeln irgendeine Grundlage im geschriebenen Recht finden müsse. Unter Geltung des Grundgesetzes hat das Bundesverfassungsgericht ihn als Ausfluss vor allem des Demokratieprinzips konzipiert und zur genannten Wesentlichkeitsdoktrin ausgebaut: Verwaltungsmaßnahmen bedürfen nicht nur irgendeiner rechtlichen, sondern gerade einer *parlamentarischen* Grundlage. Unklar ist bislang, weshalb dieser ungeschriebene Satz und seine Dogmatik nicht auch für die Rechtsprechung gelten sollen. Genau dieser Frage geht die Arbeit nach.

II. Entwicklung und Stand des Forschungsgesprächs

Während der richterliche Umgang mit dem Gesetz in der deutschen Diskussion seit *Savigny* über *Karl Larenz* bis heute in erster Linie als *Methodenfrage* verhandelt wurde und wird,⁸ nimmt man das Verhältnis von Verwaltung und Gesetz primär als *Kompetenzfrage* wahr. Dementsprechend wird auch der zunächst für dieses Verhältnis entwickelte allgemeine Vorbehalt des Gesetzes als Instrument verfassungsrechtlicher Kompetenzverteilung verstanden. Die in dieser Arbeit untersuchte Frage, ob er auch für den richterlichen Umgang mit dem Gesetz relevant ist, liegt damit im Schnittpunkt von Kompetenz- und

fehlten allerdings ebenso wie die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG). Auch erreichte die Weimarer Reichsverfassung nie den gleichen gesellschaftlichen oder juristischen Stellenwert wie das Grundgesetz; zur gleichwohl intensiven staatsrechtlichen Rezeption s. etwa *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, 1999, S. 75 ff., 95 ff.

⁸ S. exemplarisch *Savigny*, *System 1* (Fn. 5), S. 206 ff.; *Heck*, *Problem* (Fn. 6), S. 1; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*,⁶ 1991, S. 1 ff., 243 ff., 366 ff. (vgl. aber dort auch S. 247, 414); *Bydinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*,² 1991, S. 393 ff., 428 ff., 472 ff.; *Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*,³ 1999, S. 207 ff. (vgl. aber dort auch S. 282 ff., 295 ff.). Explizit anders vor allem *Rüthers*, *Rechtstheorie* 2009, 253 (272): „Methodenfragen sind Verfassungsfragen“.

Methodendiskussion.⁹ Die bisherige weitgehende Zweiteilung des Forschungsgesprächs erklärt, weshalb die Frage erst relativ spät ausdrücklich gestellt wurde.¹⁰

Die frühesten Spuren im juristischen Schrifttum lassen sich erst in der Zeit des Grundgesetzes finden.¹¹ Lange Zeit wurde das Problem nicht explizit als verfassungsdogmatisches behandelt, sondern tauchte lediglich im Dunstkreis allgemeinerer Diskurse um die Rolle der Rechtsprechung und ihre verfassungsrechtlichen Bindungen auf.¹² Der historische Zuschnitt des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes auf die Verwaltung sorgte dafür, dass seine Anwendung auf die Rechtsprechung erst relativ spät diskutiert wurde.¹³ Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1965 impliziert, dass Gerichtsurteile grundsätzlich den Vorbehalt des Gesetzes verletzen könnten.¹⁴ Es hat sich allerdings im Folgenden nicht eingehend mit dieser Frage auseinandergesetzt und behandelt „richterliche Rechtsfortbildung“ stets in erster Linie als Methoden-, nicht als Kompetenzproblem. Mit Beschluss des Ersten Senats vom 24.2.2015 wurde zwar eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs kassiert, weil sie keine „hinreichend deutlich[e] Grundlage im geschriebenen Recht“ fände; doch auch hier stützt sich das Bundesverfassungsgericht nicht aus-

⁹ Vgl. *Classen*, JZ 2003, 693 (697).

¹⁰ Zum Verhältnis der beiden Diskurse vgl. aber auch *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 3 m.N.

¹¹ Soweit ersichtlich erstmals bei *Ferid*, Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, in: Caemmerer/Nikisch/Zweigert (Hrsg.), Festschrift Dölle, 1963, S. 119 (138-141), der über das internationale Privatrecht auf das Problem stößt. Er fragt sich, ob ein Richter, der bei einem Eingriff in eine „vertraglich gesicherte Position“ (S. 138) ausländisches Recht anwendet, dem (unterstellten) Erfordernis einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung gerecht wird. Besonders deutlich wird das Problem, wenn man sich einen Eingriff auf Grund von über das internationale Privatrecht anzuwendendem *case law* vorstellt.

¹² S. *Flume*, Richter und Recht [1966], in: Jakobs u.a. (Hrsg.), Werner Flume. Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1988, S. 16 (18, 20 f.). *Martens*, Öffentlichrechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, in: Ipsen (Hrsg.), Festschrift Schack, 1966, S. 85 (90), schreibt, dass auch im Privatrecht eine Pflicht zur Duldung von Immissionen nur auf Grundlage eines positiven einfachen Gesetzes bestehen könnte. Er macht dies an der speziellen Vorschrift des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG fest und äußert sich nicht zur grundsätzlichen Anwendung des allgemeinen Vorbehalts im Bereich der Rechtsprechung.

Zuvor hatte *Achtmann*, Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung auf der Grundlage des Bonner Grundgesetzes, 1965, S. 123 ff., den Problemkomplex umkreist.

¹³ Die Herkunft des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes aus dem Verhältnis Exekutive-Legislative erklärt, weshalb auch Arbeiten, die sich eine umfassende Untersuchung des Vorbehalts zum Ziel setzen, bislang seine Relevanz für die Judikative nicht behandelt haben; s. stellvertretend *Hermes*, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, 1988, S. 14 ff.

¹⁴ BVerfGE 19, 166 (176 f.).

drücklich auf den Vorbehalt des Gesetzes.¹⁵ Zudem fanden sich immer wieder Stimmen in der Literatur, die für eine möglichst freie, starke Stellung des Richters plädierten und denen daher eine Bindung durch den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes fremd sein musste.¹⁶

Auftrieb erhielt der Gedanke erst durch eine zusätzliche Entwicklung. In Rechtsprechung und Lehre ist seit den 1970er Jahren der bis heute andauernde Trend zu beobachten, dass Art. 20 GG mit komplexen Demokratietheorien und parlamentszentrierten Legitimationsvorstellungen aufgeladen wird. In dieser Entwicklungslinie wurde der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes demokratietheoretisch durchformt und zur Wesentlichkeitsdoktrin ausgebaut, nach der alle wesentlichen staatlichen Entscheidungen im Parlament getroffen werden müssen.¹⁷ Der Vorbehalt des Gesetzes hat sich von einer ausschließlich *verwaltungsaversen* Kompetenzschränke in Richtung einer umfassend *parlamentsaffinen* Grundregel entwickelt. Aus dieser Perspektive ist nicht nur die Verwaltung, sondern alle Ausübung von Staatsgewalt jenseits des Parlaments grundsätzlich suspekt; der Vorbehalt des Gesetzes wird zum Träger dieser Skepsis. Erst nachdem sich diese Überzeugungen gebildet und gesetzt hatten, wurde eine Ausweitung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes auf die Rechtsprechung zunächst vorgedacht¹⁸ und jedenfalls ab den späten 1980er Jahren ausdrücklich formuliert.¹⁹

¹⁵ S. BVerfG JZ 2015, 620.

¹⁶ Insbesondere *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 243 ff., ist der etwa für *Flume* wesentlichen kompetenziellen Scheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung entgegengetreten, indem er den Gerichten eine eigene Rechtserzeugungskompetenz zugeschrieben hat. Die damit einhergehende Einschätzung, dass die Legislative lediglich über eine „Rechtssetzungsprärogative“ verfüge (S. 196, 311), rückt eine Übertragung des Vorbehalts in die Ferne.

Auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, S. 457 ff., beschreibt die Rechtschaffung durch den Richter. *Rüthers* geht ausdrücklich auf das Verhältnis zur Gesetzgebung ein (S. 469 ff.) und davon aus, dass dem Richter auch „*rechtspolitische* Akte der Normsetzung zugewiesen“ sind (S. 474, Herv. im Original). Der Gedanke, den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes auf die dritte Gewalt zu übertragen, kommt bei ihm nicht vor.

¹⁷ S.o. Fn. 1.

¹⁸ *Oettl*, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971, S. 27 f., behandelt den Gedanken noch lediglich implizit, indem er allein Exekutive und Legislative einer demokratischen Verantwortlichkeit unterwirft und die richterliche Unabhängigkeit in einen unüberwindbaren Gegensatz dazu stellt. Er behandelt sowohl die demokratische Legitimation des Richters (S. 21 ff.) als auch die Frage des Vorbehalts (S. 48 ff.), ohne dass er die Themenfelder zusammenführt. *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 99 ff., geht von der Einsicht aus, dass es vom Zufall abhängen kann, ob eine Rechtsbeeinträchtigung auf Richterrecht oder auf Verwaltungshandeln beruht, und regt an, „das Verhältnis des .. Gesetzesvorbehalts zum Richterrecht zu überdenken“ (S. 104). Er deutet an, dass er den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes – wenn auch womöglich in modifizierter Form – auf die Rechtsprechung anwenden möchte (S. 101 ff.). *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 204, untersucht das „Richterrecht“ aus grundgesetzlicher

In der überschaubaren Diskussion, die sich im weiteren Verlauf entwickelt hat, verweisen Befürworter²⁰ einer Ausweitung regelmäßig auf demokratische Argumente, Gegner²¹ zumeist auf die Eigenheiten der Rechtsprechung und den historischen Hintergrund der Vorbehaltsdogmatik. Eher selten wird die Überzeugungskraft der demokratiethoretischen Aufladung des Vorbehalts grundsätzlicher hinterfragt.²² Aktuell ergibt sich jedenfalls eine verfassungsrechtliche Schiefelage. Denn das Bundesverfassungsgericht wendet den Vorbehalt des Gesetzes nicht explizit und umfassend auf die Rechtsprechung an, obwohl es ihn zugleich als unverzichtbares Instrument demokratischer Legitimation ansieht, die für alle Staatsgewalt gleichermaßen erforderlich sein soll. Die dem Problem gewidmete Aufmerksamkeit ist dennoch nach wie vor

Perspektive. In der Frage, ob der Vorbehalt des Gesetzes für die Rechtsprechung gilt, bleibt er aber vage (s. dort auch S. 80 ff., 189 f., 197 f., 214 ff.). *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 215, 222, zeichnet in der Sache, nicht aber ganz explizit, eine umfassende Anwendung der Wesentlichkeitslehre auf die Rechtsprechung vor (vgl. dort auch S. 75, 86, 88 ff.). *Roellecke*, NJW 1978, 1776 (1776), benennt bereits den „[auf-fälligen] Widerspruch“ zwischen richterlicher Rechtsfortbildung und Wesentlichkeitsdoktrin.

¹⁹ *Kloepfer*, NJW 1985, 2497; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR 3, ¹1988, § 62 Rn. 48. Auch bei *Müller*, 'Richterrecht', 1986, S. 37, 96 ff., 109 f., wird eine Anwendung der Wortlautgrenze und des Vorbehalts des Gesetzes auf die Rechtsprechung favorisiert; allerdings fehlt eine ausführlichere Begründung.

²⁰ Deutlich *Weber-Grellet*, DStR 1991, 438 (442); *Hillgruber*, JZ 1996, 118 (123 f.). S. hierzu auch *Bleckmann*, JuS 1994, 177 (179). *Gusy*, DÖV 1992, 461 (464), postuliert ein „allgemeines Verbot analoger Rechtsanwendung im Eingriffsbereich“. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 123 f., will den Vorbehalt des Gesetzes im Bereich der Rechtsprechung umfänglich, aber außerhalb von Staat-Bürger-Konstellationen in abgeschwächerter Form anwenden. *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504 (509), stimmen zwar der Geltung des Vorbehalts für den Richter auch im Zivilverfahren zu, sehen das Problem aber anscheinend durch die richterliche Entscheidungspflicht entschärft; zu derartigen Ansätzen noch unten 3. Teil IV.2.b.iii)(4). *Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49 (64 ff., 69), ist der Ansicht, dass „richterliche Rechtsfortbildung“ zumindest irgendeiner „(verfassungs-, gesetzes- oder unionsrechtlichen) Ermächtigung“ bedürfe.

²¹ *Herzog*, Gesetzgeber und Gerichte, in: Brandt/Gollwitzer/Henschel (Hrsg.), Festschrift Simon, 1987, S. 103 (106 ff.); *Söllner*, ZG 1995, 1 (2 f.); *Bumke*, BDVR-Rundschreiben 2004, 76 (80 f.); *ders.*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: Bumke, Richterrecht (Fn. 20), S. 33 (44 ff.); *Poscher*, Rechtsprechung und Verfassungsrecht, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2003, S. 127 (129 f., 141 ff., 150). Vgl. auch *Neuner*, Rechtsfindung (Fn. 10), S. 52 ff., 67 ff.; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 205 f.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 323 f. *Classen*, JZ 2003, 693 (700 f.). Unklar *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 119 ff.

²² S. aber *Haltern/Mayer/Möllers*, DV 1997, 51 (61 ff.). Dort wird der Wert der Wesentlichkeitsrechtsprechung insgesamt in Frage gestellt.

gering. Das liegt vielleicht auch daran, dass die Verortung im größeren Themenfeld „Richter und Gesetz“ noch nicht ganz klar ist.²³ Auch insofern soll diese Arbeit einen einordnenden Beitrag leisten und kompetenzielle und methodische Aspekte ins Verhältnis setzen.

III. Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit – Gegenstand der Arbeit

Die Frage, ob der Vorbehalt des Gesetzes für die Rechtsprechung gilt, zielt auf die Fachgerichtsbarkeit. Zwar kann auch das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Parlament problematisiert werden – insbesondere aus demokratietheoretischer Perspektive.²⁴ Im Problembereich „Vorbehalt des Gesetzes“ aber wird der kategorische Unterschied von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit besonders relevant. Die Qualität des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan überlagert seine Ausgestaltung als Gericht.²⁵ Sein Prüfungsmaßstab ist allein das Verfassungsrecht, so dass sich die Frage nach

²³ So kann *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119 (137), festhalten, dass nach wie vor die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ganz überwiegend als methodisches Problem gesehen werden und man die kompetenzielle Dimension weitgehend verkennt. Er konstatiert zugleich eine „funktionswidrige Dominanz der Rechtsprechung“ (131) und plädiert dafür, den Vorbehalt des Gesetzes umfassend auf diese anzuwenden (138 f., 142 f.). Auch *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 (VI) Rn. 88 ff., konstatiert, dass nach wie vor Klärungsbedarf besteht, wie zuvor bereits von *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt (Fn. 21), S. 206, angemerkt wurde. *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 5, widmet dem Problem zwar nur wenige Zeilen, stellt aber klar, dass es sich um eine genuin verfassungsrechtliche Fragestellung handelt.

Die dem Titel nach vielversprechende Habilitationsschrift von *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, konzentriert sich im Wesentlichen auf das hermeneutische Problem der Gesetzesbindung (S. 183 ff., 190 ff., 224 ff.). Auch *Säcker*, ZRP 4 (1971), 145 (145 ff.), hat bereits die demokratische Legitimation sowie die Gesetzesbindung des Richters beleuchtet, ohne explizit auf den Vorbehalt des Gesetzes einzugehen.

²⁴ Dieses Verhältnis steht regelmäßig im Zentrum der US-amerikanischen Debatten zum *judicial review*; vgl. hierzu etwa *Tushnet*, *Against Judicial Review*, 2009 (<http://ssrn.com/abstract=1368857>) (geprüft am 16.10.2015); *ders.*, *Constitutional Commentary* 27 (2010), 581 (581 ff.).

²⁵ Diese Einschätzung gab es bereits zur Entstehungszeit des Grundgesetzes, s. *Zimm*, Protokoll der 5. Sitzung des Kombinierten Ausschusses vom 23.9.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat*, Bd. 13/1, 2002, S. 147: „[D]ie Verfassungsgerichtsbarkeit ist gar keine eigentliche dritte Gewalt, [...] sondern eine Institution, die einen Ausgleich zu schaffen hat, wenn Spannungen zwischen Exekutive und Gesetzgeber entstehen oder Verfassung und Gesetz oder Verfassung und Verwaltungsakte in Übereinstimmung zu bringen sind.“

einem *dem einfachen Gesetz* vorbehaltenen Bereich nicht stellt. Daher ist die Untersuchung auf die Fachgerichtsbarkeit beschränkt.²⁶

IV. Legitimität und Rechtmäßigkeit – Charakter der Arbeit

In der folgenden Untersuchung geht es nicht um Legitimität. Bei dieser handelt es sich um eine außerrechtliche Kategorie, die vor allem aus soziologischer Perspektive interessant ist.²⁷ Die Frage, ob der Vorbehalt des Gesetzes für die Rechtsprechung gilt, wird hier als das verhandelt, was sie ist: eine verfassungsdogmatische Frage. Es geht nicht darum, unter welchen Bedingungen richterliche Rechtsarbeit „legitimiert“ ist, sondern darum, ob und unter welchen Bedingungen eine Gerichtsentscheidung verfassungswidrig sein kann, weil und soweit sie ohne gesetzliche Grundlage getroffen wurde. Zwar wird sich ein Teil der Arbeit der Untersuchung von „Legitimationsketten“ und „Legitimationsniveaus“ widmen. Das ist aber darauf zurückzuführen, dass diese Begriffe im dogmatischen Diskurs zur Ausformung bestimmter Grundgesetznormen verwendet werden. Für die Untersuchung sind sie nicht über oder neben der verfassungsdogmatischen Erörterung, sondern ausschließlich in ihrer Eigenschaft als Rechts(wissenschafts)begriffe, mithin als Teil der Verfassungsdogmatik selbst, relevant. Im Übrigen ist die Arbeit von dem Verständnis getragen, dass im Rechtssystem jede Begründung für Machtausübung eine *rechtliche* Begründung ist und dass es *rechtlich* nicht nur „keine Legitimation außerhalb, neben oder über der Verfassung“²⁸ gibt, sondern dass Legitimation und Legitimität zunächst überhaupt keine rechtlichen Kategorien sind.

²⁶ Diese Beschränkung findet sich in den meisten Untersuchungen zu den verfassungsrechtlichen Bindungen der Rechtsprechung, s. etwa *Ipsen*, Richterrecht (Fn. 18), S. 21.

²⁷ Gleichwohl beschäftigt sie – zu Recht – auch Rechtswissenschaftler seit längerer Zeit, s. etwa *Schmitt*, Legalität und Legitimität, ²1968, 7 ff.; *Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, S. 47 ff.; *Gusy*, Legitimität im demokratischen Pluralismus, 1987, S. 9 ff.; *Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 9 ff. Die unter dem Grundgesetz bisweilen beobachtbare Verbindung von juristischer Dogmatik und Legitimitätsdenken (s. etwa *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 398 ff.) findet eine Entsprechung vor allem im Völkerrecht; zur dortigen Historie des „Legitimitätsprinzips“ vgl. *Gauland*, Das Legitimitätsprinzip in der Staatenpraxis seit dem Wiener Kongreß, 1971, S. 16-87.

Für eine Beschreibung der rechtssoziologischen Perspektive in Abgrenzung zur dogmatischen s. etwa *Raiser*, Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft, in: *Raiser* (Hrsg.), Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 133 (133 ff.).

²⁸ BVerfGE 62, 1 (82).

V. Methodisches Vorverständnis

Da die Arbeit eine verfassungsdogmatische Frage untersucht, ist der methodische Umgang mit der Verfassung vorentscheidend für Gang und Ergebnis der Untersuchung. Daher ist es an dieser Stelle angezeigt, das methodische Vorverständnis offenzulegen. Es geht – der Natur des juristischen Arbeitens entsprechend – weniger um die Beschreibung exakter Instrumente, als darum, Grundeinstellungen und -überzeugungen transparent zu machen.

1. *Recht als Rekonstruktion eines stimmigen Systems*

Nach dem der folgenden Untersuchung zu Grunde liegenden Verständnis besteht die Aufgabe des Juristen darin, die *Bedeutung* von Normen – verstanden als ihre Relevanz für konkrete Entscheidungen – zu rekonstruieren, indem aus den gegebenen rechtlichen Materialien ein möglichst stimmiges System, ein möglichst plausibles Modell, entwickelt wird. Mit Rekonstruktion ist dabei nicht gemeint, dass ein bereits bestehendes System lediglich aufgefunden oder nachgezeichnet wird. Juristisches Entscheiden ist eine durchaus kreative, schöpferische Tätigkeit. Der Begriff der Rekonstruktion soll lediglich verdeutlichen, dass der Jurist dabei vielfachen Bindungen unterworfen ist und seine Konstruktion am Ideal eines in den entscheidungserheblichen Materialien liegenden Konsistenzpotentials auszurichten hat. Insofern (und nur insofern) baut die Arbeit im Wesentlichen auf ein von *Ronald Dworkin* ausgearbeitetes Verständnis von juristischer Tätigkeit,²⁹ das in seinen Grundstrukturen gewisse Nähe zu Ideen *Savignys*³⁰ und *Rudolf Stammers*³¹ aufweist.

²⁹ Für *Dworkin* steht die Vorstellung von richterlicher Tätigkeit als Rekonstruktion eines möglichst konsistenten Ganzen im Vordergrund, s. *Dworkin*, *Harvard Law Review* 88 (1975), 1057 (1063-1065); *ders.*, *Texas Law Review* 60 (1982), 527 (546); ähnlich *Rawls*, *A Theory of Justice*, 2005 [1971], S. 21. Hilfreich ist für *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 225 ff., insofern die fiktive Vorstellung, alle vorhandenen Quellen stammten von einem „single author“. Dass wir in der Realität schon aus epistemischen Gründen oft genug an dem Anspruch scheitern, das stimmigste System zu rekonstruieren, illustriert *Dworkin*, indem er den fiktiven Richter „Herkules“ erfindet, dem allein es gelingen kann, stets das stimmigste System zu entwickeln und die beste Rekonstruktion zu erkennen, s. *Dworkin*, *Harvard Law Review* 88 (1975), 1057 (1083-1087).

³⁰ *Savigny*, *System I* (Fn. 5), S. 262: „Das regelmäßige Verfahren besteht in der Bildung eines Rechtssystems aus der Gesamtheit der Quellen.“

³¹ *S. Stammer*, *Theorie der Rechtswissenschaft*, ²1923, S. 405 ff., und *ders.*, *Der Richter*, 1924, S. 47; 49 ff., bei dem insgesamt der Gedanke der „Harmonie“ im Zentrum steht. Vgl. hierzu auch *Larenz*, *Methodenlehre*⁶ (Fn. 8), S. 89-92.