

SCHRIFTEN DER GESELLSCHAFT ZUR FÖRDERUNG DER  
WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU MÜNSTER

32

HARRY WESTERMANN

WESEN UND  
GRENZEN DER RICHTERLICHEN  
STREITENTSCHEIDUNG  
IM ZIVILRECHT



VERLAG ASCHENDORFF  
MÜNSTER WESTF. 1955

## *1. Einleitung*

1. Die Feier der Rektoratsübergabe ist ein Höhepunkt im akademischen Jahr. Höhepunkte sind Anlaß zur Rückschau und Ausschau. Rechtswissenschaftliche Rektoratsreden sind daher vorzüglich geeignet, den kritischen Blick auf Entwicklungstendenzen im Rechtsleben als der Ordnung des sozialen Lebens zu lenken. Gegenstand der heutigen Betrachtung soll dementsprechend die neuere Entwicklung der *richterlichen Tätigkeit nach Wesen und Umfang* sein. Eine derartige Betrachtung liegt heute um so näher, als der Richter und die Gerichtsbarkeit in ganz besonderem Maße in der geschriebenen Verfassung und im realen Verfassungsleben in den Vordergrund gerückt sind. In diesem Zusammenhang ist die Tätigkeit des Verfassungsgerichtshofes zu nennen; daneben treten die Wiederbelebung und der Ausbau der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, der Arbeits- und Sozialgerichte und der Wunsch, Recht und Gerichtsbarkeit in allen Zweigen des öffentlichen und gesellschaftlichen Lebens wieder als ordnende Kräfte wirken zu lassen. Die Frage nach den Grenzen der richterlichen Tätigkeit im Sinne einer richtigen Funktionsverteilung ist daher wichtig. Sie ist für das besonders ins Auge springende Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit schon mehrfach gestellt, zumal es sich dabei um eine geradezu brennend wichtige Frage der Abgrenzung richtender Erkenntnis

und politischer Willensbildung und Gewalt handelt<sup>1</sup>. Jedoch ist dieser Fragenkreis hier nicht zu untersuchen. Meiner Fachrichtung entsprechend muß ich das Schwergewicht auf das Zivil- und Zivilprozeßrecht legen. Von Bedeutung ist dabei, daß die enge Verzahnung von materiellem Recht und Verfahrensrecht auch unsere Fragestellung beeinflusst: bei aller Betonung der begrifflichen und funktionellen Einheitlichkeit des Verfahrensrechts ist doch die Farbe der Einzellösung und insbesondere die Grenzbestimmung der richterlichen Funktion erheblich von dem besonderen Wesensgehalt des jeweiligen materiellen Rechtsgebiets abhängig<sup>2</sup>.

Die Frage nach dem Wesen und den Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht hat sicherlich nicht die große politische und in die Augen springende Bedeutung wie die gleichliegende Frage im Verfassungsrecht. Gleichwohl ist sie wichtig. Das Zivilrecht und das zu ihm gehörige Verfahrensrecht erfassen jeden Einzelnen in der Fülle seiner täglichen Lebensbeziehungen und -äußerungen. Wenn das Verfassungsrecht das Staatsleben bestimmt, so bildet das Zivilrecht den Rahmen und die Ordnung jedes Einzellebens und der

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu *J. Kaufmann* und *M. Draht*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, H. 9, Berlin 1952.

<sup>2</sup> Auf das Strafrecht abgestellte Untersuchungen bei *Bockelmann*, Richter und Gesetz, Festgabe für *R. Smend*, 1952, S. 3 ff.; und *H. Schröder*, Gesetz und Richter im Strafrecht, Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft, Neue Folge, Heft 4; allgemeine Fragestellung mit besonderer Berücksichtigung des Strafrechts bei *Eb. Schmidt*, Gesetz und Richter, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1, Karlsruhe 1952.

kleineren und größeren Gemeinschaften innerhalb des Staates. Es bestimmt daher in besonders hohem Maße die Rechtskultur der Zeit und damit zu einem Teil das Leben der Zeitgenossen.

2. Hier ist es mir nicht in erster Linie um eine Registrierung der Erscheinungen zu tun. Es geht vielmehr darum, einen *Ausgangspunkt für die Wesensbestimmung* der richterlichen Entscheidung zu finden und die neuere Entwicklung kritisch zu überprüfen. Es handelt sich mit anderen Worten um eine Untersuchung, wie die Aufgaben unter den verschiedenen Staatsorganen richtig zu verteilen sind. Aus der Antwort auf die Frage nach den Wesenszügen der richterlichen Tätigkeit ergibt sich folgerweise eine Bestimmung ihrer Grenzen.

3. Das Thema ist auf die Untersuchung der *richterlichen Streitentscheidung* beschränkt. Für den Fachmann ist damit thesenartig die richterliche Tätigkeit in zwei funktionell unterschiedliche Gebiete getrennt, d. h. die Gerichtsbarkeit wird von mir hier nicht in streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit, sondern in streitentscheidende und andere gegliedert. Der streitentscheidenden Gerichtsbarkeit gegenüber steht die andere Tätigkeit des Richters, wie sie mit Führung des Grundbuchs, der Fürsorge für den Pflegebefohlenen im Vormundschaftsrecht und ähnlichem beispielhaft angeführt sein mag. Schon hier sei gesagt, daß es mir dann nicht darauf ankommt, ob die Streitentscheidung selbst sich in den Formen der ZPO oder des FGG abspielt<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Daß es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Streitentscheidungen gibt, ist allgemein anerkannt; vgl. dazu *Nikisch*, Zivilprozeßrecht,

## II. Die Besonderheit der streitentscheidenden Tätigkeit

1. Der Streit ist immer *Entscheidung eines Einzelfalles* auf Grund der durch das Gesetz bindend vorgeschriebenen Interessenbewertung. Das gilt auch für die sogenannten Präjudizien der oberen Gerichte<sup>4</sup>, an die sich allerdings ein ständiger Gerichtsgebrauch anknüpfen kann, der zu gleichberechtigt neben dem gesetzten Recht stehenden Rechtssätzen führen kann.

Im Einzelfall kann der Streit fehlen; der Richter wird dann angerufen, weil das Urteil aus anderen Gründen als der Streitentscheidung praktisch notwendig ist, so z. B. weil das Urteil als Vollstreckungstitel erforderlich ist (so das Anerkenntnisurteil) oder weil nur das Urteil die erstrebte Gestaltungswirkung hat, so z. B. die Urteile in Personenstandssachen. Immer aber sind die Zuständigkeit und die Verfahrensart dadurch bestimmt, daß ein echter Parteienstreit möglich ist. Daß ein tatsäch-

---

2. Aufl. 1952, § 11; *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 5. Aufl. 1951, § 13; *Sauer*, Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951, § 4 II 2 c; *Schlegelberger*, Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Bd. 6. Aufl. 1952, Vorbem. II vor § 1; *Bosch*, ArchivPr 149, 32, 72; *Monich*, ZZP, 33, 63; *Peters*, MDR, 52, 137; *Schneider*, ZZP, 29, 96; *Unger*, ZZP, 34, 275.

<sup>4</sup> Eine Ausnahme macht nur die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsgemäßheit eines Gesetzes. Sie hat gemäß § 31 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Gesetzeskraft. Das entspricht der Sonderstellung dieses Gerichts. Im englischen Recht sind die Entscheidungen des High Court bindend, die der übrigen Gerichte haben nur unter dem Gesichtspunkt des ständigen Gerichtsgebrauchs rechtsetzende Bedeutung, vgl. *E. Wolff*, Festschrift für *Kiesselbach*. Hamburg 1947, S. 254.

licher Streit im Einzelfall nicht zwingende Voraussetzung der Zuständigkeit des Streitrichters ist, ist unterschiedlich begründet: Beim Anerkenntnisurteil sind es vorzüglich praktische Gründe des Sachzusammenhanges; hinzuweisen ist auch darauf, daß an Stelle des Urteils dem Ergebnis nach die vollstreckbare Urkunde, damit an Stelle des Richters der Urkundsbeamte treten kann. Die Aufgabe des Richters in Personenstandssachen ist neben der Streitentscheidung die Wahrung des staatlichen Interesses an dem Personenstand. Damit bestimmt eine zusätzliche Funktion die Wesensart der Tätigkeit: daß gleichwohl der Streitrichter zuständig ist, beruht auf einer Reihe von verfahrensrechtlichen Gründen<sup>5</sup>.

Der Streit kann sich darum drehen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen der *Norm vorliegen* (häufigster Fall), oder welche Rechtsfolgen gegeben sind. Immer ist der Streit durch das Gegenüberstehen gegensätzlicher Rechtsbehauptungen gekennzeichnet.

Nun können gegensätzliche Rechtsbehauptungen auch bei nicht streitentscheidender Richtertätigkeit auftauchen, z. B. bei sich widersprechenden Anträgen zweier Erbprätendenten im Erbscheinsverfahren. Gleichwohl ist die Tätigkeit des Richters in den beiden Fällen wesensverschieden. Vor allem ist die Streitentscheidung im ersten

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Lent*, Zivilprozeßrecht, 1947, § 2 Anm. II § 93; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1952, § 139, 14; *Schönke*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. 1951, § 94, § 95 Anm. III, § 96 Anm. III; *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 5. Aufl. 1951, § 161 Anm. I 4, § 162 Anm. I 2; *Boehmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, 1950, S. 116 ff.; *Bosch*, ArchivPr 44, 32 ff.; *Volkmar*, ZADR 1937, 634, 636, ZADR 1944, 32 ff.

Fall Zweck des Verfahrens, sonst Nebenfolge; nur im ersten Fall ist sie mit Rechtsfolgen ausgestattet, die im Regelfall die Wiederholung des Streites ausschließen. Insofern kann die materielle Rechtskraft als funktionell notwendige Begleiterscheinung der richterlichen Streitentscheidung aufgefaßt werden<sup>6</sup>. Die inhaltliche Abhängigkeit des Verfahrensrechts von der Notwendigkeit, einen Streit zu entscheiden, zeigt sich auch sonst. Angefangen vom Zweiparteiengrundsatz bis in die Einzelheiten des Verfahrens hinein ist der Streit der Parteien und seine Entscheidung für die Ausgestaltung des Verfahrens entscheidend gewesen.

Zur näheren Klärung ist darauf hinzuweisen, daß der Parteienstreit, nicht die gesetzgeberische Wahl des streitigen Verfahrens, das maßgebende Unterscheidungsmerkmal ist. Echte richterliche Streitentscheidungen gibt es vielmehr auch bei den sogenannten Streitsachen im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es spricht aber für die behauptete Ableitung entscheidender Verfahrensgrundsätze aus dem Wesen der richterlichen Streitentscheidung, daß auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung die maßgeblichen Vorschriften der streitigen

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Keidel*, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 5. Aufl. 1952, § 31 Anm. 8 (bejahend für echte Streitentscheidungen); *Lent*, Freiwillige Gerichtsbarkeit 1951, § 18 (verneinend); *Schlegelberger*, Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Bd., 6. Aufl. 1952, § 16 Anm. 8 (verneinend); *Brauns*, ZZP 44, 215 (bejahend); *Schneider*, ZZP, 29, 96, 153 (bejahend für echte Streitentscheidungen); *Schultzenstein*, VerwArch. 11, 384, 7, 270 (bejahend); *Siebert*, ZZP, 54, 435 (bejahend für echte Streitentscheidungen); *Kamm*, ZZP, 44, 84 (bejahend).



Gerichtbarkeit auf die echten Streitsachen innerhalb der freiwilligen Gerichtbarkeit angewandt werden<sup>7</sup>. Durch die freiwillige Gerichtbarkeit in ihrer heutigen Ausdehnung geht also ein Trennungsstrich, was ihr Wesen angeht.

### *III. Die Ableitung der Streitentscheidung aus der Norm*

1. Die Streitentscheidung kommt durch *Ableitung des Urteils aus der Norm* zustande, die für den vom Richter festgestellten Sachverhalt gilt, d. h. der Inhalt der Norm bestimmt den Inhalt der Entscheidung. Die Einzelheiten der richterlichen Überzeugungsbildung mit ihren mannigfaltig gestuften Feststellungen und Denkvorgängen<sup>8</sup>, insbesondere den umstrittenen Deutungen der psychologischen Abläufe können hier nicht untersucht werden; nur eines sei gesagt: die Auffassung ISAYs (Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929) von der Ableitung der Entscheidung aus dem Rechtsgefühl des Richters mit einer von ISAY als materiell bedeutungs-

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Bosch*, ArchZivPr 149, 32, 73 (bejahend); *Blomeyer*, Festschrift für Hedemann 1938, S. 202 (verneinend); *Josef*, ArchZivPr 110, 416, 418 (verneinend); *Müller*, DNotZ, 1953, 189 (bejahend); *Peters*, MDR, 1952, 137 (bejahend); *Keidel*, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit, 5. Aufl. 1952, Vorbem. 1 vor §§ 8—18 (bejahend); *Schlegelberger*, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit, 1. Bd., 6. Aufl. 1952, Vorbem. 3 vor § 1 (verneinend); *Volkmar*, ZADR, 1937, 634 (bejahend).

<sup>8</sup> Vgl. dazu statt aller *Bohne*, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948, und *W. Sauer*, Juristische Elementarlehre, 1944, S. 22 ff., der die Urteilsfindung in einen insgesamt fünfgliedrigen Vorgang zerlegt.

los hingestellten Kontrolle an der Norm wird abgelehnt, ohne daß damit eine bloß erkennende und subsumierende Denktätigkeit behauptet werden soll. Der Denkvorgang enthält vielmehr, wie wir seit BÜLOWs Rektoratsrede, Gesetz und Richteramt, aus dem Jahre 1885 in zunehmendem Maße erkennen, voluntaristische Bestandteile; diese unterscheiden, wie SAUER<sup>9</sup> mit Recht hervorhebt, die richterliche Tätigkeit von der beschreibenden und erklärenden des Historikers, des Biologen und auch des Soziologen usw. Das Willensmoment liegt in dem ordnenden Werten und wertenden Ordnen durch das Urteil; aber diese Willensentscheidung ist doch an die generelle Wertung des Gesetzes gebunden<sup>10</sup>, nicht dem richterlichen Ermessen überlassen.

<sup>9</sup> Juristische Elementarlehre, 1944, S. 17.

<sup>10</sup> Vgl. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, S. 141 ff. und Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950, S. 247; aus dem übrigen sehr umfangreichen Schrifttum sei ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit hingewiesen auf Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, in Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften 1941/42; Bohne, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948; Scheuerle, Rechtsanwendung, 1952. Grundsätzlich anders sieht Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, das Verhältnis von Norm und Entscheidung. Er behauptet: Die Entscheidung ist aus dem Rechtsgefühl abgeleitet. Dieses Rechtsgefühl ergibt sich aus der Synthese vom Individualgefühl, d. h. dem Bewußtsein, Einzelträger von Werten zu sein und dem Gemeingefühl, das der Gemeinschaft diese Eigenschaft beimißt (S. 98 ff.). Maßgebend ist das Rechtsgefühl des Richters. Die Identität vom Rechtsgefühl der Masse und des Richters ist für die Gesundheit eines Rechts entscheidend (S. 116). Das Rechtsgefühl bestimmt aber nur die Grundfragen (S. 120), im übrigen wird entschieden nach der praktischen Vernunft, die im Gegensatz zum emotionalen Rechtsgefühl verstandesmäßig arbeitet.

Zur näheren Erläuterung dieses Vorganges ist eine kurze Schilderung der Norm erforderlich. Das Wesentliche sehe ich darin, daß die Norm dreistufig aufgebaut ist, wobei die einzelne Stufe jeweils eine unterschiedliche Stufe des Rechtlichen darstellt.

2. Am deutlichsten sichtbar ist zunächst die *Rechtsfolgeanordnung*, die, auf den konkreten Fall angewandt, den Urteilsinhalt ergibt, z. B.: für den Streit zwischen dem ursprünglichen Eigentümer einer Sache und dem Gut-

---

Die Norm wird durch Ableitung aus einer Mehrzahl von Entscheidungen gewonnen. Sie ist insofern von Bedeutung, als an ihr die Entscheidung überprüft und vor allem mit ihr begründet wird. Kritisch gegen *Isay* ist zu sagen: Die richtige Auffassung der Norm als bindende Wertung bedeutet, die Norm als Quelle der Entscheidung anzusehen. *Isay* hat Schwierigkeiten, die automatische Wirkung der Norm vor der Entscheidung zu erklären (z. B. Verzug). Die Unrichtigkeit der *Isay*'schen Auffassung zeigt sich bei einer plötzlichen Änderung des Gesetzes, der ein Wandel im Rechtsgefühl des Richters durchaus nicht zu entsprechen braucht: Wie anders als mit der Ableitung des Urteils aus der Norm soll z. B. die hundertprozentige Wandlung in Mietprozessen bei einer Aufhebung des Mieterschutzes erklärt werden? Die von *Isay* für seine Ansicht angeführten Zeugnisse bedeutender Juristen sprechen nicht unbedingt für ihn: Längere Zeit in der Rechtspflege tätige gute Juristen identifizieren ihr Bewußtsein unwillkürlich mit der Wertung des Gesetzes. Sie vermögen die Ableitung des entscheidenden Werturteils aus der Norm infolge dieser Selbsterziehung sofort zu erkennen oder zu erfüllen. Im übrigen ist auch die verstandesmäßige Unterordnung der Ansprüche unter das Werturteil der Normen in den schwierigen Fällen — und um die handelt es sich ja bei *Isay* — so verwickelt, daß dieser verstandesmäßige Weg schwer aufhellbar ist. Was wir im einzelnen auch über den Vorgang verstandesmäßiger Denkvorgänge wissen, läßt diese Selbstzeugnisse von der intuitiven Erfassung durchaus mit der Theorie der Ableitung des Werturteils aus der Norm in Übereinstimmung bringen. *Isay* stellt die „Kontrolle der Entscheidung an Hand der

gläubigen, der die Sache von einem Dritten erwirbt, ordnet § 932 BGB an, daß der Gutgläubige Eigentum erwirbt; oder: aus § 306 BGB ist die Rechtsfolgeanordnung zu lesen, daß der Versprechende zur Leistung verpflichtet ist, auch wenn er schon z. Z. des Versprechens nicht leisten kann, ohne daß es auf sein Verschulden ankommt.

3. Hinter der Rechtsfolgeanordnung steht die gesetzliche *Bewertung der im Streitfall gegensätzlichen Interessen*. Unter Interesse verstehe ich dabei ausschließlich die Begehrensvorstellungen, die die Beteiligten verfolgen müssen, wenn sie die ihnen günstige Rechtslage anstreben. Das sind idR Wünsche auf materielle Vorteile (auf Erwerb des Eigentums, auf den Anspruch gegen den Schuldner, auf Freiwerden von einer Pflicht), können aber auch ideelle Bestrebungen sein (z. B. im Familienrecht).

Im Falle des § 932 stehen sich z. B. das Beharrungsinteresse des Eigentümers und das Erwerbsinteresse des

---

Norm“ nur sehr am Rande dar. Bei genauer Beleuchtung ergibt sich aber, daß diese „Kontrolle“ die Entscheidung wirklich ergibt: Muß der Richter die gefühlsmäßig gefundene Entscheidung ändern, wenn sie mit der Norm nicht übereinstimmt, so ist die „aus dem Rechtsgefühl abgeleitete Entscheidung“ nur vorläufig; sie gilt nur, wenn sie der aus der Norm abgeleiteten entspricht, sonst gilt die Entscheidung der Norm. Gewissermaßen als Ausgleich erkennt *Isay* dann wieder ein Recht des Richters an, die Norm an seinem Rechtsgefühl zu überprüfen und in Fällen eines „schweren Verstoßes der Norm gegen das Rechtsgefühl“ nicht anzuwenden, vgl. *Isay a. a. O.* S. 224. Gegen *Isay: Ph. Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 116 ff.; vgl. ferner: *AZP* 134, 259 ff.—288. Gegen die Grundhaltung *Isay's* auch *Geiler*, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 24, 545.

Gutgläubigen gegenüber<sup>11</sup>; beim ursprünglichen Unvermögen (§ 306) will der Gläubiger den Schuldner am gegebenen Leistungsversprechen festhalten, der Schuldner nicht für die Folgen eines — vielleicht von ihm nicht verschuldeten und nicht zu erkennenden — Leistungshindernisses eintreten müssen.

Die Begehrensvorstellungen werden idR nicht genügend von den Maßstäben getrennt, mittels deren die Interessen vom Gesetz bewertet werden. So sind im Fall des § 932 Rechtsschein und Veranlassung, Verkehrsschutz und Eigentumssicherung Bewertungsmaßstäbe, nicht Interessen. Die terminologische und wesensgemäße Trennung ist notwendig, um das Wesen der Norm und ihre Anwendung auf den Einzelfall richtig zu verstehen.

Die Rechtsnorm kann das eine Interesse über das andere stellen (so z. B., wenn § 932 dem ursprünglichen Eigentümer das Eigentum nimmt und dem Gutgläubigen überträgt) oder einen Ausgleich der Interessen herstellen (so wenn der Verarbeiter fremden Materials Eigentum erwirbt, aber einen Geldausgleich zu zahlen hat, §§ 950, 951) oder schließlich auch die Beteiligten zu einer Interessengemeinschaft zusammenschließen, z. B. bei der Gemeinschaft und im Vereinsrecht<sup>12</sup>.

Die Interessenbewertung liegt nicht immer dem ersten Blick auf das Gesetz offen. Sie hinter der abstrakten Rechtsfolgenanordnung zu erkennen, ist Aufgabe der

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Westermann*, Sachenrecht, Karlsruhe, 1953, S. 218.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Müller-Erbach*, Das Private Recht der Mitgliedschaft, Weimar 1940, S. 1 ff. u. passim.

rechtswissenschaftlichen Durchdringung des Gesetzes. Oft ist in der Praxis ein erhebliches Einfühlungsvermögen in die sozialen Vorgänge notwendig, die sich in dem Sachverhalt niederschlagen, den der Richter feststellt.

4. a) So wesentlich die Interessenbewertung ist — aus ihr leitet sich der Name einer der wesentlichsten Schulen der Rechtswissenschaft ab, nämlich die sogenannte Interessenjurisprudenz — so ist ihr weder für die Auslegung noch für den rechtskulturellen Wert der Norm das entscheidende Gewicht beizumessen. Die bloße Interessenbewertung vermag zwar den Einzelstreit zu entscheiden und im großen Feld des sozialen Lebens gestaltend zu wirken, isoliert gesehen bleibt sie aber bloßer *Machtspruch*, der den Menschen nicht innerlich zu lösen oder zu binden vermag. Wenn Richten nicht mehr ist, als einem abstrakt gefaßten Machtspruch praktische Wirksamkeit zu verleihen, indem man ihn im Einzelfall befehlend anwendet, bleibt die hohe Würde unerklärt und unerklärlich, die die Verfassung und unser Rechtsgefühl dieser Funktion verleihen: Dazu bedarf es vielmehr der Gründung auf eine tiefere Schicht, die die Norm vom nackten Machtspruch abhebt; das ist die *Bezugnahme auf die Gerechtigkeitsidee*, die, — so sehr sie sich auch einer nur formellen Begriffsbestimmung und einer materiellen Beschreibung entzieht — als eine der höchsten Werte menschlichen Seins seit je gegolten hat.

b) In der Tat enthält jede streitentscheidende Norm <sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Die streitentscheidende Norm ist dadurch gekennzeichnet, daß die Entscheidung widerstrebender Interessen ihr Zweck ist. Der

die stillschweigende Behauptung, die in ihr enthaltene *Interessenbewertung sei gerecht*. Die Norm bedeutet damit eine situationsgebundene Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee; und zwar ist das objektiver und bindender Inhalt der Norm, der allerdings ebenso wie die Interessenbewertung nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, aber durch Auslegung aus der Norm herauszulesen ist<sup>14</sup>. Von hier aus gewinnt die Begrenzung des Interessenbegriffs auf die Begehrensvorstellung der Beteiligten erst die richtige Bedeutung: alle Umstände, unter denen das Gesetz die widerstreitenden Interessen wertet, sind Folgerungen aus der Gerechtigkeitsidee. Z. B.: Der Verlust des Eigentums und der Erwerb des Gutgläubigen auf Grund des § 932 sind dadurch gerechtfertigt, daß der Eigentümer den Rechtsschein veranlaßt hat (daher die Ausnahme des § 935), auf den der Rechtsverkehr sich stützen soll; oder: der grundsätzliche Ausschluß der Anfechtung wegen eines Motivirrtums in §§ 119 ff. ist begründet in der Notwendigkeit, den Rechtsverkehr zu sichern und in gewissen — hier nicht im einzelnen darzustellenden — Zügen des Veranlassungsgedankens; die andersartigen Entscheidungen in §§ 32 ff. Ehegesetz und § 2078 BGB gehen auf die Vor-

---

Unterschied zu Vorschriften, die nur Regelung *eines* Interesses zum Gegenstand haben, ist insofern flüchtig, als diese jederzeit mittelbar Grundlage der Entscheidung eines echten Interessenstreites werden können.

<sup>14</sup> Ähnlich, aber mit der Verweisung auf das „angeborene und geschulte Rechtsgefühl“ als Bewertungsgrundlage *Max Kaser, Wege und Ziele der deutschen Zivilrechtswissenschaft, in Studi in memoria di P. Koschakzy* (bisher nur in einem Sonderdruck veröffentlicht). Vgl. auch *Riezler, Das Rechtsgefühl*, II. Aufl. 1946, S. 170 ff.

stellung zurück, daß es gerecht sei, den Irrtum bei der Eheschließung unter dem sozialen Gesichtspunkt zu sehen, während beim Testament „als dem Triumph des Willens über den Tod hinaus“ jeder Anspruch auf Verkehrsschutz gelehnet und alles allein auf den subjektiven Willen des Erblassers abgestellt wird.

Die möglichen Bewertungsfaktoren können hier nicht einmal andeutungsweise aufgezählt oder gruppiert werden. In erster Linie gehören hierhin die Notwendigkeiten, die Privatinteressen in der geistesgeschichtlich, sozial und wirtschaftlich bedingten Form den Gemeinschaftsinteressen anzupassen; die ideelle Wertung, die dahinter durchaus nicht zurückzutreten braucht, zeigt die unlösliche Verknüpfung jeder Rechtsetzung und damit mittelbar der Rechtsfindung mit dem sittlichen und kulturellen Grundgehalt der Zeit. Sie ist die eindringlichste Bestätigung der Identität von Rechts- und Gesamtkultur einer Epoche<sup>15</sup>.

Die für die gesetzliche Entscheidung maßgebenden Wertungen der streitentscheidenden Norm muß jede Zeit und jedes Volk für sich neu entwickeln. Dabei ist bei der Rechtsetzung ein Kampf der Ansichten unausbleiblich; nicht nur daß dieser Kampfwille diktiert wird von dem begreiflichen Wunsch, die eigenen materiellen Interessen durchzusetzen, sondern jeder Rechtsgenosse und jede Gruppe ist mit Recht bestrebt, ihre zunächst sub-

---

<sup>15</sup> Der Kausalität der Wertvorstellungen für die maßgebende Interessenbewertung wegen läßt sich diese Methode — *Müller-Erzbach* a. a. O. folgend — auch als „kausales“ Rechtsdenken bezeichnen, wenn mir auch *Müller-Erzbach* die Begehrensvorstellungen und die Bewertungsfaktoren nicht scharf genug zu trennen scheint, so



jektiven Wertvorstellungen in Form des Gesetzes zur allgemein verbindlichen Norm zu erheben. Rechtsetzen wird dabei in einem gehobenen Sinne zum „Kampf ums Recht“<sup>16</sup>.

Die Wertskala kann in der verschiedensten Weise bestimmt werden: sehr selten wird sie rein rationalistisch gestaltet; die Gründungen auf göttliche Offenbarung, auf die Natur, auf allgemeine Notwendigkeit oder auch nur auf innere Widerspruchslosigkeit zeigen das bunte Bild und die entscheidende Verwurzelung der Frage in den letzten Grundlagen des Selbstverständnisses des Menschen und der menschlichen Gesellschaft. Die große innere Kraft des Positivismus des 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts beruht auf der Überzeugung, daß das gesetzte Recht darum Recht sei, weil es aus dem apriorischen Rechtsbegriff abgeleitet sei<sup>17</sup>. Von da erklärt sich auch der Schluß auf die Möglichkeit, alle Lücken durch die Fortentwicklung der Rechtsbegriffe zu füllen.

---

z. B. wenn er die „Macht“, sofern sie nicht Regelungsgegenstand ist, als selbständige Komponente neben das „Interesse“ stellt, statt sie als idR. besonders wichtigen Bewertungsfaktor zu behandeln.

<sup>16</sup> Je enger die Wertvorstellungen der Mehrzahl der Rechtsgenossen mit der bindenden Wertskala des geschriebenen Rechts übereinstimmen, um so gesünder ist das Recht. In der Demokratie entscheidet das Staatsvolk die Fragen der Grundsatzwertungen; die Demokratie ist damit durch das Streben nach möglichst weitgehender Identität vom Wertbewußtsein der Rechtsgenossen und geschriebenem Recht gekennzeichnet.

<sup>17</sup> Vgl. *Eb. Schmidt*, Montequieus „Esprit des lois“ und die „Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz“, in: *Kiesselbach-Festschrift* S. 197.

Sich auch nur am Rande mit diesen Fragen auseinanderzusetzen, ist hier weder notwendig noch möglich: es kommt nur darauf an, daß die Norm die Behauptung enthält, die von ihr getroffene Entscheidung sei eine Konkretisierung der zunächst abstrakten und generellen Gerechtigkeitsidee. Damit soll nicht gesagt werden, daß die Norm „gerecht“ sei; das behaupten, würde ein neuer unzulässiger Versuch der begrifflichen Gleichstellung von gesetztem Recht und Gerechtigkeit bedeuten.

Ein Bewertungsfaktor besonderer Art ist die *Zweckmäßigkeit der Entscheidung*. Unter „Zweckmäßigkeit der Entscheidung“ verstehe ich dabei, daß durch sie zum Vorteil der Beteiligten und noch mehr der Allgemeinheit die Nutzung des Streitgegenstandes<sup>18</sup> und seine Erhaltung möglichst gesichert werden. In weiterem Sinne kann die Norm auch eine erzieherische oder abschreckende Wirkung anstreben, um die Beteiligten und Dritte an einem den Rechtsfrieden gefährdenden Verhalten zu hindern. Diesen weiteren Begriff meine ich hier nicht. Das Zweckmäßigkeitsstreben im engeren Sinne ist ausschließlich auf Nützlichkeit abgestellt und unterscheidet sich dadurch von der Vorstellung von der Gerechtigkeit. Dieses Zweckmäßigkeitsstreben ist ein Bewertungsfaktor unter vielen und nicht einmal der wichtigste. Grundsätzlich ist es vielmehr so, daß der Gesetzgeber unter im übrigen gleich oder doch in etwa

---

<sup>18</sup> Hier nicht rechtstechnisch i. S. der ZPO gemeint, sondern als Streitgegenstand wird die Sache oder das Recht verstanden, um deren völliges oder teilweises Haben oder Benutzung die Parteien streiten.

gleich zu bewertenden Lösungsmöglichkeiten die zweckmäßigste vorziehen wird. Der typisierenden Methode des abstrakten Gesetzes entspricht es nun, daß Frage und Antwort bezüglich der Zweckmäßigkeit generell ausgerichtet sind. Wie der Richter an die generelle Gerechtigkeitsvorstellung gebunden ist, so ist er auch an die generelle Entscheidung über die Zweckmäßigkeit gebunden. Die Frage nach der im Einzelfall zweckmäßigsten Lösung ist grundsätzlich nicht vom Urteil zu lösen. Stärker wird der Zweckgedanke da betont, wo der Gesetzgeber den Gegenstand der Entscheidung seiner sozialen Funktion wegen für allgemein wichtig hält; so z. B. im BGB schon vereinzelt in § 998 und im Notwegrecht<sup>19</sup>.

c) Dem Richter tritt die konkretisierte Gerechtigkeitsidee als fertiges Ergebnis in der Norm entgegen; *Bindung des Richters* an das Gesetz bedeutet letztlich Bindung an die in der Norm konkretisierte Gerechtigkeitsidee. Die Rechtsprechung ist also dem Wesen nach Anwendung der gesetzlichen Wertungen, im Gegensatz zur selbständigen Bewertung.

d) *Die Ermittlung* der für die einzelne Norm maßgebenden Bewertungsfaktoren ist außerordentlich schwierig. Die in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Ansichten der an der Gesetzgebung beteiligten Personen sind m. E. nur sehr bedingt entscheidend<sup>20</sup>. Es kommt darauf an, die möglichen Bewertungsfaktoren analysierend herauszuschälen. Das kann geschehen durch Ver-

---

<sup>19</sup> Zur neueren Entwicklung vgl. unten S. 36 ff.

<sup>20</sup> A. M. die wohl herrschende subjektive Theorie, vgl. die neueste Übersicht bei Zinner, NJW 1952, 959; wie hier aber BVG vom 21. 5. 1952, NJW 1952, S. 737; BFH vom 31. 11. 1952 (Auszug in NJW 1953, S. 729).

gleich mit ähnlichen Institutionen, durch Analyse der historischen Entwicklung und der objektiven Situation z. Z. des Gesetzeserlasses und durch ähnliche Mittel. Das Ziel ist immer, den objektiven Gehalt einer Norm in ihrer systematischen Stellung klarzustellen.

e) Aus der allseitigen Abstellung des Gesetzes auf den Typ des zu entscheidenden Interessenstreits in Verbindung mit der Bindung des Richters folgt, daß zumindest *der Idee* nach nur eine *Entscheidung* möglich ist; sie ist daher auch, soweit der Sachverhalt feststeht, voraussehbar<sup>21</sup>.

Das bedeutet also den theoretischen Ausschluß einer echten Wahl durch den Richter. Die Unzulänglichkeit des menschlichen Erkenntnisvermögens, die Zufälligkeiten der Beweisergebnisse in Verbindung mit den nicht ausschaltbaren subjektiven Wertvorstellungen der Menschen bedingen die allbekannte tatsächliche Unsicherheit des Ausgangs schwieriger Rechtsstreitigkeiten und die Gegensätze in der Rechtsprechung. Festzuhalten ist aber, daß der Idee nach bei der regelmäßig gestalteten Norm nur eine Entscheidung zutreffend ist.

f) Das gilt idR. auch für die Fälle der sogenannten *unbestimmten Rechtsbegriffe*, die die moderne Rechtsentwicklung kennzeichnen.

Richtiger Ansicht nach binden auch sie den Richter, was die Wertung angeht, z. B. die Begriffe „Treu und Glau-

---

<sup>21</sup> Diese Voraussehbarkeit der Entscheidung ist typisch für die moderne Zeit: sie entspricht ihrem Streben nach Rationalisierung des Rechts als Teilerscheinung der Rationalisierung des Lebens; wie überall, gilt es dabei, die Gefahr der Mechanisierung zu bannen.

ben, angemessen, gute Sitten“ usw. Sie verweisen auf eine zunächst außerrechtliche Wertung, die dadurch zum Inhalt der Norm wird. Die Wertung wird dabei als zumindest so bestimmbar angesehen, daß der Idee nach nur eine Entscheidung möglich ist<sup>22</sup>. Die „Leerstelle“ ist danach dem Ergebnis nach eindeutig ausfüllbar; die besondere Art der bindenden Wertbestimmung ist nur darin begründet, daß eine weitergehende Anpassung an den Einzelfall gewollt ist. Die nicht zu leugnende „Schwankungsbreite“ der Entscheidung ist danach tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur.

Das gilt für den unbestimmten Rechtsbegriff in seiner regelmäßigen Gestalt; daß er u. U. zum Mittel werden kann, die verantwortliche generelle Entscheidung vom Gesetzgeber auf den Richter abzuwälzen, ist unten zu behandeln.

#### *5. Die typisierende Wertung durch die Norm und die Entscheidung des Einzelfalles.*

a) Das Gesetz entscheidet abstrakt und generell, d. h. es stellt nur auf bestimmte Tatbestandsmerkmale ab<sup>23</sup>. Die den Einzelfall als Sonderlage individualisierenden zusätzlichen Tatbestandsmerkmale bleiben unberücksichtigt; das gilt insbesondere für alle persönlichen Umstände der Beteiligten. Da die Gerechtigkeits- und die Zweckmäßigkeitentscheidung nur auf die typischen

---

<sup>22</sup> Das ist indessen heftig str.; z. T. wird echte Wahlfreiheit des Richters, d. h. entscheidende Wertung durch ihn angenommen. Vgl. dazu statt aller *Drost*, Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930; weitergehend noch *Rothe*, *ArchivPrax* 1951, 33 ff.

<sup>23</sup> Vgl. dazu vor allem *H. J. Wolff*, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, *Studium Generale*, 1952, 195 ff.

Merkmale bezogen sind, ist die Frage nach der im Einzelfall gerechtesten und zweckmäßigsten Entscheidung zunächst keine legitime Aufgabe der Rechtsprechung.

So geht das Eigentum nach § 932 z. B. auch dann über, wenn der Schaden durch den Verlust des nicht mehr zu beschaffenden Buches aus einer Reihe für den ursprünglichen Eigentümer ungleich höher ist als der Vorteil des Erwerbers, für den das Einzelexemplar nicht die Bedeutung hat.

Rechtsprechen bedeutet danach nicht, die generelle Wertung des Gesetzes zu der im Einzelfall richtigen Wertung zu konkretisieren, sondern grundsätzlich, den Einzelfall ohne Rücksicht auf die individualisierenden Tatbestandsteile mittels der bewußt generellen Wertung zu ordnen. Dieser bewußte Verzicht des Gesetzes auf die individuelle Gerechtigkeit ist notwendig einmal, weil es ausgeschlossen ist, daß das Gesetz alle Individualisierungsmerkmale auch nur annähernd erfaßt und zum anderen, weil anders die unverzichtbare Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit der Rechtsordnung<sup>24</sup> nicht möglich wären.

b) Den Weg zur „Einzelgerechtigkeit“ öffnen aber die unbestimmten Rechtsbegriffe, die es dem Richter ermöglichen, zusätzliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen und innerhalb der Grenzbestimmung des Gesetzes die im Einzelfall am besten passende Entscheidung zu suchen<sup>25</sup>. Die zunehmende Bedeutung der unbestimmten Rechts-

---

<sup>24</sup> So auch *H. Schröder*, Gesetz und Richter im Strafrecht, Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft, Neue Folge, Nr. 4, S. 8.

<sup>25</sup> Vgl. zu dem Begriff des im Einzelfall Gerechten oder Richtigen als „Billigkeit“ bei *Rümelin*, Die Billigkeit im Recht, S. 56.

begriffe läßt also die Gerechtigkeit im Einzelfall in den Mittelpunkt treten. Der Schwund an Voraussesbarkeit der Entscheidung und an Rechtssicherheit wird dabei mehr oder weniger bewußt in Kauf genommen.

Vorschriften, die im Einzelfall zweckmäßigste Entscheidung zu suchen, kennt das BGB grundsätzlich nicht; nur sehr zögernd werden in die Maßstäbe bei Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe Zweckmäßigkeitserwägungen bezüglich des Einzelfalles eingemischt.

*III. 1. Die Bindung des Richters an das Gesetz* bedeutet Bindung an die Wertung des Gesetzes; der Richter kann nicht seine eigene Wertung an die Stelle einer nach seiner Ansicht unrichtigen Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee setzen.

2. Gilt das uneingeschränkt oder kann der Richter die anzuwendende Norm an einem *übergeordneten Sittengesetz prüfen*? Das vielseitige Problem läßt sich hier nicht allseitig erörtern, führt es doch bis an die letzten Fragen vom Sinn und Wesen des Rechts und letztlich des Lebens überhaupt.

Solch ein Nachprüfungs- und Widerstandsrecht soll das letzte Bollwerk gegen Unrecht in Form des Rechts sein und — praktisch wichtiger noch — die Identität von Sittlichkeit und Recht sichern. Aber an welchen objektiven Maßstäben soll das Gesetz — sonst letzte und höchste soziale Autorität — gemessen werden? Brauchbar sind nur solche Grundsätze, die ihrem objektiven Gehalt nach so eindeutig bestimmbar sind, daß der Richter sie anwendend sich ihnen beugt. Er darf nicht etwa geneigt sein, seine eigene Meinung an die Stelle

der Norm zu setzen; das würde bedeuten, die Willkür des Gesetzgebers durch die subjektive Meinung des Richters zu ersetzen. Die Grundsätze müssen also vom Richter in rechtlich realisierbare Wertungen umgemünzt werden können.

Warnend ist auch auf die bis an die oder über die Grenze des Tragbaren gespannte Verantwortung des Richters hinzuweisen: Prüfungsrecht ist Prüfungspflicht, Anwendung der Norm bedeutet, falls ein Prüfungsrecht besteht, richterliche Bejahung der letztlichen Übereinstimmung der Norm mit dem Sittengesetz<sup>26</sup>.

Die Antwort auf die Grundfrage nach einer justiziablen überpositiven Wertskala haben alle Zeiten<sup>27</sup> und Kulturen<sup>28</sup> unterschiedlich gelöst; der gesetzliche und wissenschaftliche Positivismus des 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts<sup>29</sup> konnte sie im Vertrauen auf die Ruhe und Besonnenheit seines Gesetzgebers ver-

---

<sup>26</sup> Aus diesem Grunde scharf gegen ein solches Prüfungsrecht *Bockelmann*, Richter und Gesetz, Festschrift für *R. Smend*, 1952, S. 30 ff.

<sup>27</sup> Vgl. vor allem *Welzel*, Das Naturrecht und die materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1951; ferner *H. Schrey*, Wiedergeburt des Naturrechts, Theolog. Rundschau, 1951, S. 21 ff.; 154 ff., 193 ff.; vgl. auch *H. Schrey*, Die Bedeutung der biblischen Botschaft für die Welt des Rechts, Sammlung gemeinverständlicher Vorträge und Schriften aus dem Gebiet der Theologie und der Religionsgeschichte; *Jacques Ellul*, Die theolog. Begründung des Rechts, Beiträge zur evangelischen Theologie, München 1948; *H. Rommen*, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, München 1947.

<sup>28</sup> Gegen jede Prüfungsmöglichkeit die neue englische Praxis im Gegensatz zur Praxis der USA; vgl. dazu *E. Wolf*, in: Festschrift für *Kiesselbach*, Hamburg 1947, S. 257.

<sup>29</sup> Vgl. *E. Schmidt*, Gesetz und Richter, S. 7.



neinen. Die tiefgreifenden Änderungen<sup>30</sup>, die mit der „Fließbandproduktion“ der Gesetze als Folge der heutigen Art der Staatstätigkeit zusammenhängen, und mehr noch die erschütternden Untaten des NS-Staates haben die naturrechtliche Welle nach 1945 mächtig anschwellen lassen<sup>31</sup>; aber auch an gegensätzlichen Stimmen fehlt es nicht<sup>32</sup>.

In der Tat ist es m. E. sehr, sehr zweifelhaft, ob brauchbare justiziabele überpositive Wertungen bestehen; die Frage könnte, wenn überhaupt, dann nur mit der Beschränkung für eine bestimmte Zeit und für einen bestimmten Kulturkreis bejaht werden. Indessen ist das solange nicht praktisch, als die Grundrechte des BGG

---

<sup>30</sup> Vgl. den Beschluß des Richtervereins, Gesetze auf die Übereinstimmung mit dem Sittengesetz zu prüfen, JW 24, 90. Sehr weitgehend *Isay* a. a. O. S. 219 ff.: Überprüfung an Hand des Rechtsgefühls, bei „besonders schwerer Verletzung des Rechtsgefühls“ Verweigerung der Anwendung S. 224.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Radbruch*, SJZ 46, 105 gegen seine Rechtsphilosophie 1932, S. 83; *Mitteis*, Über das Naturrecht, Vorträge und Schriften der deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Heft 26, S. 36; vgl. auch *Mitteis*, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte; *H. Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Wiederbegründung des Naturrechts, Heidelberg 1947; *Rotberg*, Zu einem deutschen Richtergesetz, Tübingen 1950; *Peters*, Strafprozeß, 1953, S. 90 ff.; *H. Weinkauff*, Richtertum u. Rechtsprechung in Deutschland, Tübingen 1952, S. 30; *Süsterhenn*, Der Durchbruch des Naturrechts in der deutschen Verfassungsgesetzgebung nach 1945, in: Gegenwartsproblemen des Rechts, herausgegeben von *H. Conrad* und *H. Kipp*, 1950, S. 46.

<sup>32</sup> Vgl. vor allem *Bockelmann*, Richter und Gesetz, Festgabe für *R. Smend*, 1952, S. 29; *Beyer*, Rechtsphilosophische Besinnung, Karlsruhe, 1947; *E. Riezler*, Der totgesagte Positivismus, Festschrift für *Fritz Schulz* II, Weimar, S. 330 ff.; zurückhaltend auch *Eb. Schmidt*, Gesetz und Richter, Karlsruhe 1952.

bestehen: an ihnen kann jedes Gesetz auf seinen materialen Gerechtigkeitsgehalt gemessen werden<sup>33</sup>. Diese Grundrechte mit ihrer Abstellung auf den Menschen als obersten Wert geben den Grundgehalt eines für unsere Rechtskultur der Entscheidungsmacht des Gesetzgebers entrückten Rechtsbestandes wieder; so läßt sich sagen, sie sind „normiertes Naturrecht“<sup>34</sup>. Von da aus ist ihre Funktion als letzter Wertmaßstab von ihrer Zugehörigkeit zum Grundgesetz nicht abhängig<sup>35</sup>. Eine Aufhebung der Verfassung würde nur dann für die Grundrechte von Bedeutung sein, wenn sie zugleich eine verbindliche Wandlung der gesamten Rechtskultur wäre. Für diesen, heute zum Glück sehr theoretischen Fall, scheint mir ein überprüfender Rückgriff auf die zehn Gebote und ihre Inhaltsgestaltung im Neuen Testament möglich zu sein; wohlgemerkt, nicht auf die zehn Gebote als Rechtssatz, wohl aber auf sie als Ausdruck der Gehorsamspflicht des Menschen gegen Gott mit ihren folgewise Grundforderungen für das menschliche Zusammenleben.

### 3. Die Frage der Überprüfung des Gesetzes an Hand

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu *Holtkotten*, Bonner Kommentar, Art. 100 Anm. II A 5; *von Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 100 Anm. 3, S. 541/542; *Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, 1951; *Ipsen*, Deutsche Verw., 1949, 486 ff.; *Mallmann*, JZ, 1951, 245; BHG 6, 275; Bayr. Verf. Ger. H. Verw.-Rspr. II, S. 3.

<sup>34</sup> Vgl. dazu *von Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Vorbemerkung, Die Grundrechte, S. 35/36; und ArchöR 75, 275 ff.; *Leibholz*, Deutsche Verwaltung 2. Jahrg. S. 73; *Ule*, Deutsche Verwaltung 2. Jahrg. 333.

<sup>35</sup> Aus diesem Grunde sind sie z. B. auch gegenüber Besatzungsrecht wirksam.

eines „überpositiven Rechtssatzes“ bedeutet die Frage nach der Gültigkeit des Gesetzes, ist also objektiv orientiert. Daneben kann für den Richter die Frage auftauchen, ob das nach seiner Ansicht objektiv gültige Gesetz nicht seinem *Gewissen widerspricht*. Für einen solchen Fall des Widerspruchs des Gesetzes mit der Gewissensentscheidung des Richters wollen PETERS<sup>36</sup> und ROTBERG<sup>37</sup> dem Richter das Recht geben, die Anwendung des Gesetzes generell oder für den Einzelfall abzulehnen. Der Richter würde dann für diesen Fall ausscheiden. Eine solche „Selbstablehnung wegen Befangenheit gegenüber dem Gesetz“ entspräche dann gewissermaßen der Selbstablehnung des Richters wegen Befangenheit gegenüber einer Partei. Die Entscheidung der Frage ergibt sich aus der Ansicht darüber, wie weit der Richter seiner Persönlichkeit nach sich mit dem Urteil identifiziert. Wenn der Richter, wie PETERS annimmt, mit seiner Persönlichkeit soweit hinter dem Urteil steht, daß er die gefundene Entscheidung als gerecht im Sinne seiner eigenen Wertung bezeichnet oder, um mit PETERS zu reden, wenn „das Urteil ein Stück seiner Persönlichkeit“ ist, dann muß man folgerichtig die Freiheit der Persönlichkeit anerkennen und dem Richter ohne Folgen für seine richterliche Stellung ein solches Recht zur Ablehnung geben<sup>38</sup>. Indessen

---

<sup>36</sup> *Karl Peters*, Das Gewissen des Richters und das Gesetz, in: *Gegenwartsprobleme des Rechts*, herausgegeben von *H. Conrad* und *H. Kipp*, 1950, 23 ff. und *Strafprozeß*, 1952, S. 90 ff.

<sup>37</sup> *Zu einem Richtergesetz*, Beihefte zur Deutschen Rechtszeitschrift, 1950, S. 13 ff.

<sup>38</sup> Scharf gegen diese Ansicht *Eberhard Schmidt*, *Gesetz und Richter*, S. 17.

scheint mir die Verbindung von Richter und Urteil nicht so persönlichkeitsbetont zu sein. Das Verhältnis von Richter und Gesetz ist durch den Gehorsam des Richters, d. h. durch die Pflicht zur Anwendung der Werturteile des Gesetzes ohne Persönlichkeitsidentifizierung, bestimmt. Wenn der Richter das Gesetz für objektiv gültig hält, muß er es anwenden, selbst wenn er seinem Gewissen gemäß den Interessenstreit wesentlich anders bewertet. Persönlichkeitsentscheidung bedeutet das Urteil dann nur insofern, als der Richter als Persönlichkeit für die prozeßgemäße Feststellung des Sachverhalts und damit für dessen sinngemäße Wertung durch die im Gesetz konkretisierte Gerechtigkeitsidee verantwortlich ist.

#### *IV. Füllung von Rechtslücken*

1. Wenn der Richter die Entscheidung des Einzelfalles aus der durch die Norm konkretisierten Gerechtigkeitsidee ableitet, so ist *Auslegung und Analogie* nicht nur möglich, sondern notwendig<sup>39</sup>.

Diese Möglichkeiten öffnen die Wege zur fortwährenden Anpassung des Rechts an die wandelbare soziale Wirklichkeit<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Auslegung und Analogie sind begrifflich schwer abzugrenzen. Vom hier vertretenen Standpunkt aus mag die Auslegung verstanden werden als Erweiterung oder Einengung des gesetzlichen Tatbestandes; Analogie bedeutet dann, die Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee mit der Rechtsfolgeanordnung auf einen anderen Tatbestand übertragen, der dem gesetzlichen in den entscheidenden Bewertungsmerkmalen gleicht.

<sup>40</sup> Weitergehend *H. Schröder*, a. a. O. S. 13 ff.; er will nicht nur eine Fortentwicklung des Gesetzes in Anpassung an veränderte all-

In der Berufung zum Richter liegt auch die Delegation zur *Rechtsschöpfung*<sup>41</sup>. Wer das leugnet, muß die Pflicht des Richters zur Entscheidung des Streitigen bestreiten, wenn ein anwendbarer Rechtssatz fehlt. Verweigerung der richterlichen Entscheidung widerspricht aber dem allseitigen Rechtsschutz im Zivilrecht; die Befugnis zur richterlichen Rechtsschöpfung ist danach auch in dem allgemeinen Satz begründet, daß ein Staatsorgan die fehlende materielle Staatsgrundlage mit Gültigkeitsbeschränkung für den konkreten Fall schaffen kann, wenn es zum Handeln rechtlich verpflichtet ist. Leugnet man die Befugnis zur richterlichen Rechtsschöpfung, so muß man folgerichtig bei fehlender Rechtsnorm den Richter berechtigen bzw. verpflichten, die Entscheidung abzulehnen, denn er steht dann vor einem rechtlosen und rechtlich nicht ausfüllbaren Raum.

Aber wie die Auslegung und die Analogie ist auch die *Rechtsschöpfung* letztlich auf erkennende Ableitung von Einzelwertmaßstäben aus gesetzlich normierten Wertungen beschränkt. Dabei sind vorrechtliche Wertungen zunächst in rechtlich fixierte Maßstäbe zu übertragen, wobei die m. E. flüssige Grenze<sup>42</sup> zwischen Analogie und Rechtsschöpfung in der Fortbildung vorhandener Rechtsinstitutionen bei der Analogie im Gegensatz zur

---

gemeine Situationen, sondern den Richter gewissermaßen zum ergänzenden oder abändernden Gesetzgeber für den Einzelfall machen.

<sup>41</sup> Vgl. dazu *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951; dazu *Esser*, *Rabels Zeitschrift* 18 (153), 170; praktische Belege bei *Boehmer*, *Grundlagen* II, 2, S. 6—72; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, S. 306 ff.; *G. u. D. Reinicke*, *NJW* 1954, 1217.

<sup>42</sup> Vgl. *Boehmer*, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung* II, 2, S. 2.

Bildung neuer Rechtseinrichtungen bei der Rechtsfortbildung besteht<sup>48</sup>.

Die richterliche Rechtsschöpfung wird in erster Linie geeignet sein, einen rechtsfreien Raum zu füllen. In beschränktem Maße ist Rechtsschöpfung dagegen auch möglich gegen das Gesetz, und zwar m. E. vorzüglich dort, wo es gilt, einen Widerspruch zwischen der Rechtsfolgeanordnung und der konkretisierten Gerechtigkeitsidee zu vermeiden.

Die richterliche Rechtsschöpfung ist aber dadurch von der gesetzgeberischen Rechtsschöpfung deutlich unterschieden, daß sie letztlich Erkenntnis bedeutet und dementsprechend begrenzt ist.

Der Richter ist auf Anwendung vorhandener Wertungen in neuen Formen oder auf neue Fälle beschränkt. Die Entscheidung aus bloßen rechtspolitischen Erwägungen ist ihm versagt. Auch bei aller Anerkennung des Willensgehalts der Entscheidung ist sie *Erkenntnis*, was den Grundgehalt angeht; die gesetzgeberische Tätigkeit aber ist primär Entschluß mit dem Ziel, eine bestimmte soziale Ordnung zu schaffen. Der Gesetzgeber wählt aus der Fülle möglicher Bewertungsfaktoren die aus, die er für die Gesamtsituation als passend ansieht, der Richter wendet die im Rechtssystem verkörperten Wertungen an.  
2. Wo dem Richter *die anwendbaren Wertungen* fehlen, klafft ein rechtloser Raum, den der Richter nicht mit den der richterlichen Tätigkeit wesensgemäßen Mitteln füllen kann.

---

<sup>48</sup> *Esser*, Interpretation und Neubildung im Familienrecht, SJZ 53, 522; vgl. auch *G. u. D. Reinicke*, NJW 1954, 1217.

Solche Lücken sind nicht so sehr selten; sie sind insbesondere Folge von unbestimmten Rechtsbegriffen, die, statt die mit einer Schwankungsbreite konkretisierten Gerechtigkeitsidee dem Einzelfall anzupassen, das Verhältnis widerstreitender Bewertungsfaktoren generell unentschieden lassen, bei denen also ein rechtspolitischer, wertender Willensentschluß des Gesetzgebers fehlt<sup>44</sup>. Ein solcher Fall ist m. E. z. B. der § 48 II 2 des Ehegesetzes. Die Formulierung „der Widerspruch ist nicht beachtlich, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt erscheint“, läßt das Verhältnis zwischen den Scheidungs- und Eheerhaltungstendenzen unentschieden; ebenso wie das Gesetz keine Anhaltspunkte für das Wertverhältnis zwischen dem objektiven Wesen der Ehe und dem subjektiven Verhalten der Ehegatten gibt. Die Verweisung auf das „Wesen der Ehe“ ist inhaltlos, da der Widerstreit von Scheidungs- und Erhaltungstendenzen vom Wesen der Ehe her sehr unterschiedlich bewertet werden kann. Das war 1938, als das frühere Ehegesetz in Kraft trat, anders, da die Verweisung gedacht war als Übernahme der NS-Ideologie, die von der einseitigen bevölkerungspolitischen Wesensbestimmung der Ehe her eindeutig bestimmbare Maßstäbe abgab. Mit dem Zerschlagen dieser Wertvorstellung und der bewußten Abkehr des Gesetzgebers von ihr hätte

---

<sup>44</sup> Der Unterschied zur „Ermessensermächtigung“ besteht darin, daß beim unbestimmten Rechtsbegriff nur *eine* Entscheidung der Idee nach richtig ist. Offene Wahlfreiheit wäre nicht erträglich.

er angesichts der weitgehenden Unsicherheit selbst den Mut haben müssen, das Wertverhältnis zu bestimmen. Der OGH<sup>45</sup> hat sich, im Gegensatz zur Rechtsprechung der OLG<sup>46</sup> geweigert, die vom Gesetzgeber versäumte Entscheidung über die grundsätzliche Bewertung der Interessen zu treffen; die spätere Rechtsprechung des BGH sucht nur sehr zögernd und tastend nach grundsätzlichen Maßstäben<sup>47</sup>. Im Gegensatz zu Abs. 2 zeigt Abs. 3 des § 48 Ehegesetz ein eindeutiges gesetzliches Wertverhältnis.

Beispiele solcher unbestimmten Rechtsbegriffe mit unentschieden gelassenem Wertverhältnis gibt es mehrere, und zwar auch in der jüngsten Gesetzgebung; sie verwischen auf jeden Fall die Grenzen, die der Tätigkeit des Richters und des Gesetzgebers wesensgemäß gesetzt sind.

In einmaliger Art ist durch Art. 3 in Verbindung mit Art. 117 BGG in das bis dahin geschlossene Rechtssystem eine Bresche geschlagen, die nicht nur eine Gesetzeslücke, sondern gleichzeitig eine echte Wertungslücke geschaffen hat. Die Aufhebung allen Rechts, das der Gleichberechtigung von Mann und Frau widerspricht, ist nicht, wie das sonst der Fall zu sein pflegt, mit Setzung neuen Rechts gekoppelt worden. Art. 3 ist der rechtliche Ausdruck der Änderung der Lebensverhältnisse und der Wertungen: Die Lebensstellung der Frau hat sich seit

---

<sup>45</sup> OGH Z 1, 19 ff.

<sup>46</sup> Vgl. dazu OLG Hamburg SJZ 46, 93; Stuttgart SJZ 46, 93.

<sup>47</sup> Vgl. z. B. die Gegenüberstellung von „gänzlicher Fehlehe“ und „wenn auch nur zeitweise echter Lebensgemeinschaft“ in BGH 1, 91; 2, 71, 104, die zu *gegenseitiger Verantwortlichkeit* führt, BGH 8, 126.



Inkrafttreten des BGB entscheidend verändert. Dem entspricht, daß die Anschauungen darüber sich verschoben haben, welche Opfer der Frau an Gleichberechtigung und Persönlichkeitsentfaltung im Interesse der Gestaltung eines geschlossenen Familienlebens zuzumuten sind. Diese Frage ist aber für die Grundwertung in Art. 3 nicht endgültig entschieden, da neben Art. 3 noch Art. 6 BGG steht. Infolge des Versagens des Gesetzgebers steht jetzt der Richter vor einer doppelten Aufgabe. Er muß nämlich die Frage dieses Wertverhältnisses entscheiden und darüber hinaus den allgemein proklamierten Gleichbehandlungsgrundsatz in konkrete Maßstäbe umgestalten. Die Frage, ob Art. 3 daher geltendes Recht geworden ist, liegt nahe, sie ist aber heute wohl bejahend entschieden<sup>48</sup>. Die Gründe für die Gültigkeit des Art. 3 BGG können hier nur angedeutet werden: Die Rechtsprüche bleiben formal richterliche Entscheidungen; sie sind nicht Gesetze. Die Gewaltenteilungslehre verbietet nicht richterliche Entscheidungen, die materiell wie Gesetze wirken. Im übrigen ist auch der Grundsatz der Gewaltenteilung kein den sonstigen Verfassungssätzen übergeordneter Rechtssatz. Bei der Ausfüllung von Art. 3 zeigen sich aber wieder die Grenzen der richterlichen Rechtsschöpfung: Die Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee in Form neuer Rechtsinstitutionen ist dem Richter grundsätzlich versagt. So kann der Richter z. B. nicht die Zugewinnstgemeinschaft ohne gesetzliche Grundlage entwickeln.

---

<sup>48</sup> Verneinend OLG Frankfurt, NJW 1953, 746; bejahend BGH v. 14. 7. 1953, NJW 1953, 1342; BvG v. 18. 12. 1953, NJW 1954, 65.

Dazu bedarf es vielmehr einer gesetzgeberischen Entscheidung<sup>49</sup>.

Richterliche Rechtsschöpfung durch die Art der Gesetze herauszufordern, scheint mir nur insoweit richtig zu sein, als sie das Mittel sein soll, fehlendes Erfahrungsmaterial für die gesetzgeberische Einzelregelung zu ersetzen. Auf gesetzlichem Neuland kann die vorsichtig vortastende Rechtsprechung wertvoll sein; ihre Ergebnisse können dann später einmal zur gesetzlichen Gesamtregelung verdichtet werden. Auf Gebieten alter Gesetzgebung sind sie Flucht des Gesetzgebers vor der Verantwortung. Aber auch auf dem eben erwähnten Neuland sollte die Grundsatzfrage des Widerstreits der Bewertungsfaktoren und Interessen nicht offen bleiben.

So ergibt sich als wesensgemäße Grenze der richterlichen Streitentscheidung, daß sie grundsätzlich Anwendung gesetzlicher Wertungen ist; eigene Grundsatzwertungen sollte die Rechtsprechung nur dann treffen müssen, wenn die nicht vermeidbare Unvollständigkeit gesetzlicher Regelung zur Lückenausfüllung und zur Rechtsfortbildung zwingt.

Diese Begrenzung ergibt sich daraus, daß die Gerechtigkeitsidee in einer gesetzlichen Wertung konkretisiert sein muß, um richterlich verwertbare Maßstäbe abzugeben.

#### *V. Richterliche Zweckmäßigkeitentscheidungen*

1. Die andere Grenze richterlicher Streitentscheidung ergibt sich daraus, daß alle richterliche Tätigkeit auf die

---

<sup>49</sup> Vgl. dazu *Esser*, Interpretation und Neubildung im Familienrecht, SJZ 1953, 522.

Gerechtigkeitsidee bezogen sein muß. Rechtsprechung ist damit als Wertung nach der Gerechtigkeitsidee in Gegensatz gestellt zum Suchen des zweckmäßigsten Ergebnisses. Indessen zeigen sich Bestrebungen, dem Richter die *Entscheidung reiner Zweckmäßigkeitsfragen* zu übertragen. Dahin gehören die Versuche, Streitigkeiten der Ehegatten bezüglich der Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft und besonders bezüglich der Kindererziehung durch den Richter entscheiden zu lassen. Wohlgermerkt, dabei soll der Richter selbst entscheiden, nicht nur Bestimmungen eines der Ehegatten auf Mißbrauch überprüfen. Das ist für den hier zu behandelnden Fragenkreis ein entscheidender Unterschied: Die Mißbrauchsfrage kann nur mittels einer Wertung des Verhaltens an der Gerechtigkeitsidee entschieden werden; über die Frage, ob ein Kind bei gleicher Veranlagung für die Berufe Schneider oder Beamter werden soll, sagt die Gerechtigkeitsidee nichts aus.

2. Im geltenden Recht ist hier die sogenannte *Ermessensermächtigung* zu erwähnen<sup>50</sup>. Ich verstehe darunter Normen, bei denen nicht eine Rechtsfolge als allein rechtmäßig bestimmt ist, sondern die dem Richter eine gewisse Wahl lassen: er kann entweder zwischen mehreren gleichermaßen rechtmäßigen die Entscheidung aussuchen, die er für die zweckmäßigste hält, oder er kann das Verhältnis der verschiedenen oder gar sich widersprechenden Bewertungsfaktoren bestimmen. Das

---

<sup>50</sup> Vgl. darüber ausführlicher mein Referat auf dem Zivilistenkongreß 1952, Die Entscheidung auf Grund richterlichen Ermessens als Einrichtung des Zivilrechts, Auszug in ArchZivPr 152. Bd. 1952/1953, S. 445.

Wesen der richterlichen Tätigkeit verschiebt sich bei diesen neuartigen Vorschriften erheblich: die Bindung ist viel lockerer, die Entscheidung ist sowohl bezüglich der Wertung vom Standpunkt der konkretisierten Gerechtigkeitsidee aus als auch bezüglich der Zweckmäßigkeit auf den Einzelfall abgestellt. In diese Gruppen gehören beispielsweise die Verteilung des Hausrats nach der HausratVO, die hilfsweise Entscheidung nach Ermessen nach § 43 II 2 WEG und die Zuweisung des Hofes an einen Erben nach Ziff. 17 der VO Nr. 84 für die britische Zone. In diesem Zusammenhang interessiert vor allem das Überwiegen des Wunsches, die zweckmäßigsten Ergebnisse im Einzelfall zu sichern.

Bei der Ermessensermächtigung ist die Würde der Entscheidung nur noch sehr bedingt in der Ableitung aus der Gerechtigkeitsidee begründet; die Entscheidung erhält ihren inneren Wert vielmehr hauptsächlich dadurch, daß sie besonders zweckmäßig ist. Die Gründe dieser Entwicklung sind sehr mannigfaltig. Wie bei dem zu weit gefaßten unbestimmten Rechtsbegriff mag es z. T. die Resignation des Gesetzgebers sein, in der Fülle der Möglichkeiten mit sicherem Griff die typenbildenden Wertfaktoren herauszugreifen. Und wer verstünde die Resignation eines Gesetzgebers nicht, dem wie in der modernen mechanischen Massenproduktion das Fließband Arbeitstempo und Abschluß vorschreibt? Wirksamer scheint mir aber der Wille zu der im Einzelfall zweckmäßigsten Entscheidung diktiert zu sein von dem Wunsch, die Funktionsfähigkeit des Streitgegenstandes zu sichern. Die Ermessensermächtigungen tauchen dem-

gemäß bei den sozial als besonders wichtig angesehenen Gegenständen auf. Von dieser nicht einfach zu beurteilenden Entwicklung — man sollte sich vor allem vor leichtfertiger Verurteilung hüten — interessiert hier die Frage, was zur Verschiebung der richterlichen Tätigkeit durch sie zu sagen ist.

Die Entscheidung ausschließlich nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten entspricht nicht dem unserem Rechtssystem zugrundeliegenden Bild vom Richter und vom Richten. Die hohe Autorität und die Würde des richterlichen Urteils beruhen in ihrer Bezugnahme auf die Gerechtigkeitsidee, wie sie im bindenden Gesetz konkretisiert ist. Die Abhängigkeit des Richters vom Gesetz, die die Verfassung vorschreibt, wird wesenlos, wenn das Gesetz in der inhaltlosen Weisung besteht, die im Einzelfall zweckmäßigste Lösung zu finden. Die Unabänderlichkeit des Urteils, die ebenfalls in seiner Bezugnahme auf die Gerechtigkeitsidee mitbegründet ist, wird fragwürdig.

Und schließlich ein praktischer Grund: Der Richter ist dazu ausgebildet und erzogen, über widerstreitende Interessen an Hand der übergeordneten Gerechtigkeitsidee zu entscheiden. Reine Zweckmäßigkeitsentscheidungen erfordern eine nicht am Recht und der Gerechtigkeit ausgerichtete Methode und Ausbildung, sondern eine von dem betreffenden Lebensgebiet gespeiste Erfahrung. Sie fordern den Sachverständigen, nicht den Richter<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Zu bedenken ist auch, daß hier die Frage für das Privatrecht gestellt ist, für das der Grundsatz gilt, daß die von den Parteien gewollte Folge idR. vernünftig ist, so daß richterliche Gestaltung überflüssig ist.

Sicher scheint mir zu sein, daß richterliche Entscheidungen ausschließlich nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten, wie sie Entwürfe zum neuen Familienrecht wollten, kein brauchbarer Weg sind; die Entscheidungen vorwiegend nach Zweckmäßigkeitserwägungen sind m. E. bedenklich; sie sind allenfalls als enge Ausnahmefälle zuzulassen.

3. Am Schluß bleibt mir eine kurze Zusammenfassung: Dem Richter obliegt es, die im allgemein wirkenden und bindenden Gesetz konkretisierte Gerechtigkeitsidee streitentscheidend auf den Einzelfall anzuwenden; die Frage nach der im Einzelfall zweckmäßigsten Lösung ist keine legitime Fragestellung innerhalb der Rechtsprechung; die grundsätzliche Wertung ist nicht Sache des Richters, sondern Aufgabe des Gesetzgebers. Sie ist damit in die Hände des Gesamtvolkes gelegt und so letztlich uns allen zum Recht und zur Pflicht gemacht. Das belastet jeden von uns mit einer ernstlichen Verantwortlichkeit gegenüber der Jetztzeit und der Zukunft. Am geistigen Kampf um diese Wertungen klärend und gestaltend mitzuwirken, ist aber auch und gerade Aufgabe der Wissenschaft; die besondere Verpflichtung und Möglichkeit zu dieser Hilfe gibt der Rechtswissenschaft ihre besondere Würde<sup>52</sup>, ist aber letztlich Aufgabe aller Arten der Wissenschaft, die auf diese Weise dem Gesamtvolk, das die Wissenschaft materiell und ideell trägt, einen Teil der Dankesschuld abzustatten vermag.

<sup>52</sup> Vgl. dazu *Eb. Schmidt*, Richtertum, Justiz und Staat, Referat auf dem südwestdeutschen Richtertag, 1953.

