

Bernd Rütters

Die heimliche
Revolution
vom Rechtsstaat
zum Richterstaat

2. Auflage



Mohr Siebeck

Bernd Rütters
Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat
zum Richterstaat



Bernd Rütters

Die heimliche Revolution
vom Rechtsstaat zum
Richterstaat

Verfassung und Methoden

Ein Essay

2., um ein Nachwort ergänzte
Auflage

Mohr Siebeck

Bernd Rütters, Promotion 1958; 1961–1963 Direktionsassistent im Zentralen Personalwesen eines Großkonzerns; 1967 Habilitation in Münster für Bürgerliches, Arbeits- und Wirtschaftsrecht; o. Prof. für Zivilrecht und Rechtstheorie in Berlin (FU) und in Konstanz; 1976–1989 Richter am OLG; mehrere Rufe, Ehrendoktorate, Honorar- und Gastprofessuren; 1991–1996 Rektor der Universität Konstanz. 1996–2014 Vorstand der Stiftung Demoskopie Allensbach.

ISBN 978-3-16-154518-4

eISBN 978-3-16-163853-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

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

1. Auflage 2014

© 2016 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 Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbindelei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort zur 2. Auflage

Die erste Auflage dieses Taschenbuches war schnell vergriffen. „*Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*“ hat ein lebhaftes, internationales und interdisziplinäres Echo gefunden. Der erwartete, lange verdrängte verfassungsrechtliche und methodische Diskurs ist in meinem Nachwort aufgegriffen worden. Es geht um eine Kernfrage des demokratischen Rechtsstaates, nämlich um die Verteilung Normsetzungsmacht zwischen Gesetzgebung und Justiz.

Der Text wurde für die 2. Auflage überarbeitet und ergänzt. Meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter Manuel Fallmann danke ich herzlich für die Hilfe bei den Korrekturen sowie für zahlreiche kritische Anregungen und Ergänzungen beim Nachwort. Eine Übersetzung des Buches ins Italienische ist in Arbeit. Für kritische Hinweise bin ich weiterhin dankbar.

Konstanz, im Dezember 2015

Bernd, Rüthers

bernd.ruethers@uni-konstanz.de

Vorwort

Die Bundesrepublik hat sich vom demokratischen Rechtsstaat zum „Richterstaat“ gewandelt. Große Bereiche aller Teilrechtsgebiete sind nicht mehr überwiegend durch Gesetze, sondern durch „Richterrecht“ geregelt. In diesen Bereichen gilt die weithin unbestrittene Tatsache: Recht ist das, was die zuständigen obersten Gerichtsinstanzen rechtskräftig für geltendes Recht erklären, – bis zur nächsten Änderung dieser Rechtsprechung. Das gilt auch für das Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht ist zur obersten nationalen *Rechtsquelle* geworden. In gängigen Lehrbüchern liest man: „*Es* [lies: das BVerfG] *bestimmt letztlich, was das Grundgesetz sagt*“ (H. Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., München 2010, S. 627). Der Satz beschreibt die Regelungsmacht der letzten Instanzen, besonders im Verfassungsrecht. Er gilt nicht nur für das nationale Recht. Die Judikate des EuGH und des EMRG prägen in ähnlicher Weise die Rechtsbereiche, für welche diese Gerichte Zuständigkeit beanspruchen.

Die *Inhalte* des Grundgesetzes hängen demnach maßgeblich von den wechselnden juristischen *Methoden* ab, die das BVerfG bei der Auslegung und Fortbildung des Grundgesetzes verwendet. Das bedeutet: *Methodenfragen sind Verfassungsfragen*.

Der Satz gilt nicht nur für das Verfassungsrecht. Diese Einsicht ist in Deutschland und Österreich aus verständlichen Gründen lange verdrängt worden. Sie zwingt näm-

lich die Akteure in Wissenschaft und Justiz, die jüngere Methodengeschichte ihrer Institutionen in die wissenschaftliche Analyse der Rechtsanwendung einzubeziehen.

Die Normsetzungsmacht der letzten Instanzen führt zu der Frage nach den Normsetzungen sowohl im einfachen wie im Verfassungsrecht: *Wer kontrolliert wie die letzten Instanzen?*

Wo liegen die verfassungsrechtlichen Grenzen des wuchernden Richterrechts? Das ist ein Kernthema der folgenden Seiten. Sie enthalten *Hypothesen*, Denkanstöße, die zum Widerspruch und Diskurs herausfordern sollen.

Meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, den Herren Ref. Maximilian Heufelder und stud. iur. Manuel Fallmann danke ich herzlich für die Hilfe bei der Materialsammlung, für wertvolle kritische Anregungen und Ergänzungen. Für wichtige Hinweise, Klarstellungen, Vertiefungen und kritische Gespräche bin ich dem befreundeten Kollegen Günter Herrmann dankbar verbunden. Die notwendigen Vorarbeiten wurden von der Universitätsgesellschaft Konstanz großzügig unterstützt. Auch dafür danke ich herzlich.

Der Autor ist für Anregungen, Kritik und Hinweise auf Irrtümer dankbar. (Email: bernd.ruethers@uni-konstanz.de)

Ich widme das Buch meiner Tochter Monica zum 50. Geburtstag.

Bottighofen im Januar 2014

Bernd Rüthers

Inhalt

Vorwort zur 2. Auflage	V
Vorwort	VII
<i>I. Das Grundgesetz: Vom Provisorium zum Jahrhundertwerk?</i>	1
<i>II. Verfassungswechsel als Rechts- und Juristenkrisen</i>	8
1. Verfassungswechsel als Umbrüche der Staats- und Rechtsordnung	8
2. Verfassungswechsel verursachen Methodenwechsel	12
a) Weimarer Republik	13
b) Nationalsozialismus	15
c) Die Umbildung des Rechts in der DDR	17
<i>III. Erfahrungen aus der historischen Rückschau</i>	20
1. Die irreführende Fiktion eines „richtigen Rechts“ ..	20
2. Interdisziplinäre Schweigespiralen nach Verfassungswechseln	23
2. Methodische Kontinuitäten	26
<i>IV. Die Verfassung als oberste nationale Rechtsquelle und Prägefaktor der Methodenlehre</i>	29
1. Die Änderung der Rechtsquellenlehre: Das BVerfG als Rechtsquelle	29
2. Wer kontrolliert das Bundesverfassungsgericht? ...	38
3. Die „Dogmatik“ als Disziplinierung des Richterrechts?	47
4. Die juristische Methodenlehre als Bremse für unzulässiges Richterrecht?	54

V. <i>Der juristische „Positivismus“ als Sündenbock für das Unrecht der beiden deutschen Diktaturen?</i>	58
1. Die Werkzeuge der Umdeutung überkommener Gesetze	58
2. Die Wiederkehr des Naturrechts	59
3. Die Entlastungsfunktion der Radbruch-These ...	60
4. Folgen für das heutige Methodenbewußtsein? ...	68
VI. <i>Methodische Vorgaben des Grundgesetzes für die Rechtsanwendung?</i>	73
VII. <i>Die Bedeutung des Richterrechts – Der Richter als Gesetzgeber</i>	77
1. „Das Richterrecht als Rechtsquelle.“	77
2. Der unaufhaltsame Trend zum „Richterstaat“ ...	79
VIII. <i>Die Gesetzesbindung der Gerichte und das Tabu der deutschen Methodengeschichte</i>	86
1. Juristische Lehren aus der Geschichte?	86
2. Zur „Wissenschaftlichkeit“ der objektiven Methode	89
IX. <i>Die Trendwende im Bundesverfassungsgericht</i>	95
X. <i>Grundsätze für die Auslegung der Verfassung</i>	103
1. Das BVerfG als Hüter der Verfassung	104
2. Die Grenzen zwischen richterlichen Fortbildungen und Änderungen der Verfassung ..	107
3. Beispiele richterrechtlicher Verfassungsänderungen	109
4. Der „besondere Schutz“ von Ehe und Familie im Grundgesetz	115
XI. <i>Der Rollenwechsel des BVerfG und das Problem der Richterwahlen</i>	139

<i>XII. Die wachsende Veränderungsgeschwindigkeit moderner Gesellschaften als Rechts- und Methodenproblem</i>	145
<i>XIII. Die Regelungslücke als „Normalfall“ des Verfassungsrechts?</i>	148
<i>XIV. Vielfalt oder Einheit der Methoden der Rechtsanwendung?</i>	151
<i>XV. Fehlerhafte Rechtsanwendungen als Verfassungsverstoß?</i>	155
<i>XVI. Fazit</i>	163
1. Auf dem Weg zu einer neuen Rechtskultur?	163
2. Verfassung und Methoden	164
<i>Nachwort zur 2. Auflage: Der Richterstaat als Realität und Herausforderung</i>	
1. Das Richterrecht ist unser Schicksal	171
a) Die Unvermeidbarkeit des Richterrechts	172
b) Mehr Lücken als Gesetze?	173
2. Das neue Machtbewußtsein der obersten Gerichte als Verfassungswandel?	175
3. Zur Bedeutung der richterlichen Methodenwahl .	177
4. Wer schafft Recht, auch neues Verfassungsrecht? .	180
5. Auslegung oder Einlegung?	182
6. Die unverzichtbare Frage nach der Entstehungsgeschichte	183
7. Wer bestimmt den Inhalt der Rechtsordnung? ...	186
8. Methodische Schranken der Richtermacht?	189
9. Methodenfragen als Verfassungsfragen	194
10. Brauchen wir ein Methodengesetz?	196
 Namensverzeichnis	 201

I. Das Grundgesetz: Vom Provisorium zum Jahrhundertwerk?

Das Thema ist buchstäblich ein „*Jahrhundert-Thema*“, schon weil es Verfassungen gibt, die Jahrhunderte überdauern haben und immer noch gelten.¹ Solche Beständigkeiten kennt Deutschland als Nationalstaat nicht.² Gleich-

¹ Die älteste noch geltende republikanische Verfassung ist nicht, wie oftmals angenommen wird, die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, vom 4. März 1789, sondern die der Republik San Marino, welche am 8. Oktober 1600 in Kraft trat.

² Die erste überregionale deutsche Verfassung ist die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867. Diese wurde bereits vier Jahre später von der beinahe inhaltsgleichen Verfassung des deutschen Reiches abgelöst. Deren Geltungsdauer betrug immerhin 48 Jahre und wurde 1919 durch die Weimarer Reichsverfassung beendet. Formell wurde die Weimarer Reichsverfassung zwar erst durch die Übernahme der Staatsgewalt durch den Alliierten Kontrollrat im Juli 1945 abgelöst, materiell wurde sie jedoch schon kurz nach der Machtübernahme der NSDAP durch die sog. „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28. Februar 1933 sowie das sog. „Ermächtigungsgesetz“ vom 24. März 1933 ausgehöhlt. Faktisch galt die Weimarer Reichsverfassung damit nur knappe 14 Jahre. Das seit 1949 und damit seit bald 64 Jahren geltende Grundgesetz zeichnet sich insoweit durch eine für die deutsche Verfassungsgeschichte bemerkenswerte Beständigkeit aus.

wohl gilt: Verfassungen werden regelmäßig im Hinblick auf lange Epochen konzipiert.

Das Grundgesetz war eine Ausnahme. Es sollte nach seinen Schöpfern erklärter Maßen nur als ein „Provisorium“ bis zur Wiedervereinigung des geteilten Deutschland dienen.³ Die gemeinsame Überzeugung im „Parlamentarischen Rat“ war:

„Wir haben zu jedem Zeitpunkt der politischen Arbeit der Bundesrepublik gefragt: Nutzt oder schadet das, was wir vorhaben, der Wiedervereinigung in Frieden und Freiheit? Unsere Absicht war, die Bundesrepublik Deutschland zu einem lebendigen, gesunden Staatswesen zu machen, das in der Lage ist, die terrorisierte, ausgeblutete Sowjetzone am Tage der Wiedervereinigung zu tragen und zu stützen.“ (Bundeskanzler Adenauer, Regierungserklärung am 15. Dezember 1954)

Die Gründung des westdeutschen Staates sollte die Teilung Deutschlands als eine Folge der Besatzungspolitik nicht zementieren. Spätestens nach dem Mauerbau 1961 wurde jedoch klar, daß sich die Hoffnung auf Wiedervereinigung auf absehbare Zeit nicht erfüllen würde.

Inzwischen hat das Grundgesetz alle neuzeitlichen deutschen Verfassungen in der Geltungsdauer überholt.⁴ Die damals schon umstrittene „Wiedervereinigung“⁵ hat

³ Konrad Adenauer hat als Vorsitzender des Parlamentarischen Rates die Mitglieder des Rates, als diese am 8. Mai 1949 über das Grundgesetz abstimmten, ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie nicht über die zehn Gebote beschließen müßten, sondern lediglich über „ein Gesetz, das nur für eine Übergangszeit gelten sollte“.

⁴ S. Fn. 2.

⁵ Willy Brandt (Ehrenvorsitzender der SPD) nannte 1984 und 1988 die Hoffnung auf Wiedervereinigung eine Lebenslüge

1990 zu einer kurzen, aber lebhaft geführten verfassungsrechtlichen Debatte über die Frage geführt, ob die Wiederherstellung der deutschen Einheit in der Form des Beitritts der DDR nach Art. 23 GG oder über den früheren Art. 146 GG durch die Erarbeitung einer neuen gesamtdeutschen Verfassung vollzogen werden sollte.⁶

Die Umformulierungen der Präambel⁷ und des Art. 146 des Grundgesetzes im Vollzug der Wiedervereinigung stellen inzwischen klar, daß das Grundgesetz seit dem 3. Oktober 1990 nicht mehr als Provisorium, sondern als

der zweiten deutschen Republik („Frankfurter Rundschau vom 15.9.1988); Klaus Bölling, von 1974 bis 1982 Sprecher der Koalitionsregierung unter Helmut Schmidt, forderte in der ZEIT vom 2. Juni 1989 die Streichung des Wiedervereinigungsgebots, das seit dem 23. Mai 1949 das Grundgesetz einleitet. Er bezeichnete die Präambel als „nicht mehr zeitgemäß“. Gerhard Zwerenz meinte am 7.12.2007 in: Die Verteidigung Sachsens und warum Karl May die Indianer liebte, in: Sächsische Autobiographie, 2007, Folge 15: „Die Wiedervereinigung ist eine nationalistische Floskel, die im Grundgesetz gar nicht vorkommt. Der modische Verweis auf die Präambel des GG verlängert lediglich die Täuschung der Väter des GG zur Lebenslüge der Bundesrepublik.“

⁶ R. Scholz, Grundgesetz zwischen Reform und Bewährung, Berlin-New York 1993; Dokumente zur Deutschlandpolitik – Deutsche Einheit 1989/90, Aus den Akten des Bundeskanzleramtes, hrsg. von H.J. Küsters und D. Hofmann, München 1998; R. Eppelmann/B. Faulenbach/U. Mähler, Bilanz und Perspektiven der DDR-Forschung, Paderborn 2003; E. G. Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München 1991, S. 28 ff.

⁷ In der bis 1990 gültigen Fassung der Präambel wurde noch der zeitliche Übergangscharakter des Grundgesetzes betont: „um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“.

„Vollverfassung“ der vereinten Bundesrepublik anzusehen ist. Die Beibehaltung der Bezeichnung „Grundgesetz“ ist nicht nur historisch bedingt. Die große Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger in der DDR wollte das Grundgesetz. Inhaltlich war dieses allerdings von vornherein wie eine „Vollverfassung“ konzipiert und ausgestaltet.⁸

Das Thema „Verfassung und Methoden“ betrifft nicht allein die Staatsrechtler, sondern alle Teildisziplinen der Rechtsordnung, auch das Zivilrecht. Das hat drei Gründe:

(1) Das Zivilrecht und seine Anwendung sind mit den Vorgaben der Verfassung (Grundsätze des demokratischen Rechtsstaates und mittelbare Wirkung der Grundrechte) unlösbar verbunden.

(2) Die Grundlehren der Rechtsanwendung („Juristische Methodenlehre“) sind – historisch gesehen – überwiegend in den Kernmaterien des römischen Rechts und durch dessen Rezeption in den meisten europäischen Zivilrechtsordnungen entwickelt worden, in einer Zeit also, als das öffentliche Recht, zumal das Verfassungsrecht, von seiner heutigen Bedeutung noch weit entfernt war. Die aus dieser Zeit vorhandenen, klassischen Grundwerke sind im öffentlichen Recht weitgehend vergessen.

⁸ „Wir begreifen dieses Wort ‚provisorisch‘ natürlich vor allem im geographischen Sinne, da wir uns unserer Teilsituation völlig bewußt sind, geographisch und volkspolitisch. Aber strukturell wollen wir etwas machen, was nicht provisorisch ist ... Wir müssen vielmehr strukturell schon etwas Stabileres fertigzubringen versuchen ...“ (Carlo Schmid, 3. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 9. September 1948, S. 41; zitiert nach H. Weis, AÖR 116 (1991), S. 7; E. G. Mahrenholz, *Die Verfassung und das Volk*, Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München 1991, S. 31 f.

(3) Die Grundlagenfächer – Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Methodenlehre – sind mit dem Thema „Verfassung und Methoden“ eng verknüpft. Dieser Bezug wird deutlich, wenn man sich erinnert, daß Deutschland zwischen 1919 und 1989 *sechs* (!) total verschiedene politische Systeme und Verfassungen durchlebt hat: Kaiserreich, Weimarer Republik, NS-Staat, Besatzungsregime, Bundesrepublik alt, DDR, Bundesrepublik neu mit Beitritt der DDR und Anpassung an die supranationale Rechtsordnung der EU. Das wird im Folgenden näher zu zeigen sein.

Die enge Verknüpfung des Themas mit den Grundlagenfächern ist nach 1945/49 zunehmend aus dem Bewußtsein vieler deutscher Juristen verschwunden. Nach 1945 hörten Lehrveranstaltungen zur neueren Rechtsgeschichte und Methodenlehre, wenn es sie überhaupt gab, regelmäßig mit der Weimarer Republik auf.⁹ Die Zeit danach blieb im Nebel der Geschichte, gehörte in der „Wendegeneration“ zum „Unberührbaren“, nicht nur bei den Juristen.

Hier deutet sich ein Thema an, das in Deutschland erst viel später in das Allgemeinbewußtsein der Wissenschaftstheorie einging: Wissenschaft ist immer mit der *Zeitgeschichte verbunden*. Fast alle Disziplinen unterliegen einer unentrinnbaren, meistens unbewußten oder bewußt verdrängten Wechselwirkung. Für die Jurisprudenz und die Justiz ist das nach den häufigen System- und Verfas-

⁹ Zu den Gründen für diese Schweigespirale vgl. unten unter V. und B. Rütters, *Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien, Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Tübingen 2001; ders., *Recht oder Gesetz?*, JZ 17/2013, 822–829.

sungswechseln im 19. und 20. Jahrhunderts eine banale, wenn auch oft zögernd und widerwillig aufgenommene Feststellung.

Ihre Allgemeingültigkeit für nahezu alle Wissenschaftszweige wurde erneut besonders deutlich bei der Generalversammlung der „Görresgesellschaft zur Pflege der Wissenschaften“ in Tübingen im September 2013.¹⁰

Die thematisch verbundenen Themenstränge dieser Tagung in mehreren Disziplinen¹¹ geben anregende Denkanstöße. Jedes der genannten Themen ließe sich um historische Dimensionen erweitern.

Hier fällt eine Parallelität auf. Theologie und Jurisprudenz sind zu allen Zeiten zeitgeschichtlichen Einflüssen ausgesetzt. Konzile waren immer Antwortversuche auf Fragen, Probleme und Machtkämpfe der Zeit. Beide haben es mit *normativen* (gebotshaltigen) Texten zu tun, die Theologie mit der Bibel, die Jurisprudenz mit der Gesetzesordnung. Der wechselseitige Einfluß aller Textwissenschaften auf die fachspezifischen Interpretationslehren ist unverkennbar. Es würde den Rahmen dieses Essays

¹⁰ Es handelt sich bei diesem Zusammenschluß von katholischen Gelehrten aus dem Jahr 1876 um eine der ältesten deutschen Wissenschaftsgesellschaften.

¹¹ Beim Einführungsvortrag von A. Holzem ging es um „Die Tübinger Schule – Theologie als Zeitgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert“ Der Festvortrag von P. Hünermann behandelte „Urbi et Orbi. Das II. Vatikanische Konzil und seine Bedeutung heute“, also die Konzils- und Kirchengeschichte als Zeitgeschichte. Die Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft hatte das Thema „Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit“, anders formuliert: „Die Verfassungsrechtsprechung als Teil der Zeit- und Ideologegeschichte“.

sprengen, auf die nachhaltigen Einflüsse der in der evangelischen Theologie (Hermann Gunkel, Rudolf Bultmann, Karl Barth u. a.) entwickelten „formgeschichtlichen Methode“ der Bibelinterpretation näher einzugehen. Es mag der Hinweis genügen, daß diese die Methodenentwicklung in allen Geisteswissenschaften bis in die Literaturwissenschaft¹² nachhaltig beeinflußt hat. Die Herkunft aus der Theologie wird von den Übernehmern oft verkannt oder verschwiegen.

Justiz und Jurisprudenz bewegen sich, ähnlich wie die Theologie, aber wesentlich intensiver und unentrinnbarer, im Einflußbereich der jeweils um den Machtgewinn oder den Machterhalt ringenden Kräfte und Gruppen. Das alles gilt nicht nur für die hier erwähnten Wissenschaftszweige. Alle übrigen sind in verschiedener Weise ebenfalls in die Zeitgeschichte verwoben.

Diese offenbar unlösbare Verknüpfung nahezu aller Wissenschaften mit der jeweiligen Mentalitäts- und Ideologiegeschichte ist ein Hinweis auf die Brisanz und das Problempotential, das sich hinter dem Thema „Verfassung und Methoden“ verbirgt. Auch die Auslegung, Anwendung und Umdeutung von Verfassungen bleibt von den wechselnden Zeitgeistern und ideologischen Modeerscheinungen nicht unbeeinflußt.

¹² Etwa die Konstanzer Schule der Rezeptionsästhetik (W. Iser, H. R. Jauß, H. Weinrich), vgl. statt aller W. Iser: Die Appellstruktur der Texte, in: R. Warning (Hrsg.) *Rezeptionsästhetik*, München 1994, S. 228–252; H. R. Jauß: *Literaturgeschichte als Provokation der Literaturwissenschaft*, in: R. Warning (Hrsg.): *Rezeptionsästhetik*, München 1994, S. 126–162.

II. Verfassungswechsel als Rechts- und Juristenkrisen

1. Verfassungswechsel als Umbrüche der Staats- und Rechtsordnung

Hypothese 1:

Verfassungen werden regelmäßig in Krisen, in Zeiten von Umbrüchen, in „Wendezeiten“ geboren.¹³ Sie sollen eine neue Ordnung für eine neue Zukunft, oft ganz anders als bisher, gestalten. Wenn man ihren Sinn und Zweck erfassen und verstehen will, so ist diese Ausgangslage für jede „Auslegung“ der Verfassung ein unverzichtbarer, erster Orientierungspunkt.

Die erwähnten zahlreichen System- und Verfassungsumbrüche in Deutschland ließen jeweils große Teile der überkommenen Gesetze fortbestehen¹⁴. Sie galten formell

¹³ Das wußte schon Alexander Hamilton, *The Federalist*, General Introduction, 1787, 27.

¹⁴ So trat etwa das BGB am 1. Januar 1900, also noch zur Kaiserzeit in Kraft, erlebte die Weimarer Republik, überlebte bis auf das Familien- und Erbrecht weitgehend unverändert den Nationalsozialismus, galt auch während der Besatzungszeit und daran anschließend sowohl in Westdeutschland als auch in der DDR weiter. In der DDR wurde es erst 1976 durch das Zivilgesetzbuch endgültig abgelöst, kam jedoch im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands 14 Jahre später wieder zurück.

fort, mußten aber im Sinne der jeweils neu etablierten Wertordnungen zum Teil radikal umgedeutet werden. Fundamental veränderte Wertvorstellungen erfordern aus der Sicht der jeweils neuen Träger der Staatsgewalt systemgemäße „Rechtserneuerungen“. Sie verlangen die sofortige Durchsetzung der neuen weltanschaulichen Grundwerte. Die Gesetzgebung kann das in der Regel nicht umfassend und schnell genug leisten. Die Rechtsumdeutung wird dann von der jeweiligen Justiz und Verwaltung vollzogen. Die Systematisierungsarbeit und die erforderlichen dogmatischen Pionierleistungen der ideologischen Neuorientierung werden von der Rechtswissenschaft erwartet. Diese drei Institutionen haben in eifertigem, oft voraus-eilendem Gehorsam diese Erwartungen in der Regel bald erfüllt, manchmal „übererfüllt“.¹⁵

Bei den mehrfachen Umdeutungen der überkommenen Gesetzesordnungen entwickelten sich spezifische Kooperationstechniken. Die Rechtswissenschaft übernahm die Aufgabe, jeweils eine neue „Rechtsidee“¹⁶, neue Begriffslehren¹⁷ und ein neues dogmatisches System zu konstruieren, das den veränderten Wertvorstellungen entsprach

¹⁵ B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, 7. Auflage, Tübingen 2012; ders., *Die Wendeexperten*, München 1995.

¹⁶ Vgl. zur NS-Zeit etwa K. Larenz, *Volksgeist und Recht*, *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, Bd. I, 1934/35, S. 40; Erik Wolf, *Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates*, *ARSP* 28 (1934/35), S. 348.

¹⁷ Zum Rechtsdenken in „konkreten Ordnungen“ (Carl Schmitt) und „konkret-allgemeinen Begriffen“ (Karl Larenz) vgl. B. Rütters, *Entartetes Recht*, 3. Aufl., dtv Taschenbuch, München 1994, S. 54–98.

und in das sich die Einzelfälle der einzelnen Rechtsgebiete möglichst widerspruchsfrei einordnen ließen.

Bei der Suche nach einem Erklärungsmuster für diese Vorgänge stieß ich – nach den genannten historischen Erfahrungen zur juristischen Auslegungskunst – auf eine provokative These von Odo Marquard:

„Hermeneutik ist die Kunst aus einem Text herauszukriegen was nicht drinsteht: wozu – wenn man doch den Text hat – brauchte man sie sonst?“¹⁸

Der Satz traf mich wie ein Blitz. Da die Juristen Rechtsnormen, nämlich Gesetze und höchstrichterliche Entscheidungen auslegen, lag es nahe, ihn auf unser Handwerk zu übertragen. Plötzlich verlor er seine Nähe zur Parodie oder Karikatur. Beschrieb er vielleicht die Praxis der Umdeutungen unserer Verfassungen und Rechtsordnungen nach den deutschen Systemwechseln von 1919, 1933, 1945/49 durch Justiz und Rechtswissenschaft? Wenn das zutrif, war die Frage nach den dabei praktizierten Methoden und Techniken unabweisbar, die es erlaubt

¹⁸ O. Marquard, *Abschied vom Prinzipiellen*, Reclam, Stuttgart 1981, S. 117–146. Der Essay hat mir für vieles die Augen geöffnet. Sein Autor war der Repräsentant einer Generation, die Helmut Schelsky zutreffend als „die skeptische“ eingeordnet hatte (H. Schelsky, *Die skeptische Generation*, Düsseldorf 1957, 7. Auflage 1975). Marquards Büchlein „Abschied vom Prinzipiellen“ enthält eine biographisch beeinflusste Absage an alle Wahrheitsmonopole. Für ihn, den Schüler einer „Nationalpolitischen Erziehungsanstalt“ (Napola; das waren Eliteschulen zur Heranbildung des nationalsozialistischen Führernachwuchses), war 1945 mit dem NS-Regime seine Glaubenswelt zusammengebrochen.

Namensverzeichnis

Sofern sich Namen in den Fußnoten finden, ist nach der Seitenzahl die betreffende Fußnote (*kursiv*) angegeben.

- Adenauer 2, 3
Adrian 166, 288
Albers 79, 155
Alexy 17, 35
Anschütz 14
Ascheid 175, 6
Austermann 110, 203
- Badura 151, 267
Bannas 140, 253
Bedau 64, 127
Benedict 114, 213; 115, 216
Binder 25, 50
Birk 174, 5
Böckenförde 88, 169; 114, 213; 138, 251
Bölke 113, 208
Bohley 134, 245
Bornemann 110, 203
Brandt 2, 5
Breithaupt 84, 162
Brohm 110, 203; 194, 50
Bryde 183, 18
Buchholz 84, 162
Bumke 43, 89; 47, 103
- Canaris 66, 132; 93, 180; 173, 2
Cicero 87, 167
Classen 191, 38
- Dahm 16
Di Fabio 95 f.; 186, 29; 194, 51
Diederichsen 35, 70
Donsbach 23, 46
H. Dreier 137, 250
R. Dreier 25, 50; 151, 267
Dürig 30, 59
Düwell 159, 281
Dulckei 25, 50
- Eckert 17, 35
Ehmann 113, 208
Ehmke 103, 198
Engisch 42, 88; 153, 270
Eppelmann 3, 6
Esser 25, 50; 44, 93; 45, 94, 95; 46, 98
- Faulenbach 3, 6
Fikentscher 69, 139
Findeisen 113, 208

- Fletscher 119, 222
 Foljanty 59, 119; 64, 128;
 65, 138
 Forsthoff 16; 30, 60; 42
 Freisler 42

 Gärditz 133, 240
 Gaier 177, 8; 186, 28; 187, 33;
 188, 34; 193, 46; 194, 48f.;
 196, 53, 56
 Gamillscheg 148, 261; 171, 1
 Gaßner 114, 213
 Gauch 82, 158
 W. Geiger 61, 125, 126
 Gerken 37, 79
 Göhring 84, 162
 Görner 84, 162
 Gounalakis 112, 208
 Graefrath 17, 35; 84, 162
 Graßhof 195, 52
 Grasnick 191, 39
 Grimm 138, 251; 144, 278
 Grundmann 71, 144
 Gysi 18, 38; 83, 161

 Haas 190, 38; 195, 51f.
 Häberle 143, 257
 Haferkamp 22, 43; 25, 50;
 27, 54; 28, 55; 35, 72; 44,
 91, 92; 45; 46; 59, 120; 165,
 287; 167, 289; 180, 14;
 Hager 113, 208; 166, 288
 Hamilton 8, 13
 F. Hartung 68, 136
 Hassemer 33, 66; 81, 156;
 89, 172; 91, 175; 56, 114;
 93, 178, 179; 110, 203; 111,
 204; 191, 39
 Hattenauer 149, 264
 Ph. Heck 28, 56; 41; 42, 86,
 88; 43, 90; 45, 97; 55; 160,
 282; 174, 4; 196, 54
 Heller 15, 31
 Henninger 166, 288
 Henschel 138, 251
 Herzog 37, 79
 K. Heuer 84, 162
 U.J. Heuer 18, 39; 84, 162;
 85, 164
 Hiebinger 84, 162
 Hillgruber 115, 216; 190, 83
 G. Hirsch 74, 148; 191, 39
 Höpfner 37, 78; 47, 101; 158,
 289; 159, 280; 166, 288
 Hoepner 113, 208
 D. Hofmann 3, 6
 R. Hofmann 106, 200
 Holmes 31, 62; 34; 79, 154
 Holstein 15, 31
 Honsell 110, 203
 E. Huber 48
 Hünemann 6, 11

 Iser 7, 12

 Jabloner 151, 266
 Janisch 124, 224
 Jauß 7, 12
 Jestaedt 110, 202; 115, 216;
 151, 266; 151, 267; 180, 13
 Joseph 84, 162

- Kaiser 88, 169, 174, 5
 Kantorovicz 173, 4
 A. Kaufmann 33, 66; 81, 157
 E. Kaufmann 13; 14, 24
 Kauhausen 27, 51; 40, 81;
 64, 127
 Kehrer 168
 Kelsen 14, 28
 Kerrl 16
 Kern 88, 168
 Kielmannsegg 133, 241
 Kiesel 112, 206
 Klenner 84, 162
 Kohler 27, 51
 Konzen 174, 5
 Kramer 28, 55; 77, 152
 Kranenpohl 139, 252
 Kriele 69, 139; 112, 206
 Krings 115, 216
 Kübler 113, 208
 G. Küchenhoff 42; 61
 Küsters 3, 6
 Kunz 84, 162

 Landau/Kessal-Wulf 115,
 215; 134, 244
 H. Lange 16; 42; 70, 141
 Langenbacher 166, 288
 Larenz 9, 16; 16; 22, 44; 25,
 55; 42; 46, 99, 53, 109; 55,
 113; 61; 66, 132, 134; 70,
 141, 93, 180; 12, 229
 Lepsius 35, 74; 110, 202; 143,
 257
 Leser 69, 139
 Levits 193, 43; 194, 48
 Liwinska 18, 36

 H. Lübbe 106, 201; 145, 259;
 178, 10
 Lübbe-Wolf 86, 166
 H. Luther 84, 162

 Mahrenholz 3, 6; 4, 8
 Marcic 35, 71
 Marquard 10, 18
 Massing 139, 252
 Maunz 42
 Maurer 32, 63
 Meier-Hayoz 48, 103; 82,
 158; 94, 181; 148, 262
 Merten 124, 224
 Michaelis 25, 50; 42; 61, 124;
 65, 130
 Chr. Möllers 110, 202; 152,
 268
 M. Möllers 139, 252
 Müller 125, 225; 128, 232

 Nawiasky 14
 L. Nelson 13, 23
 Neumann 33, 66
 Nipperdey 30
 Noelle-Neumann 23, 46

 Oberhammer 25, 50
 Offenloch 114, 213
 Ohlinger 144, 257
 Osterloh 95f.; 186, 29; 194,
 51

 Papier 138, 251
 Peifer 113, 208
 Petersen 23, 46

- Picker 44, 92; 47, 102; 50,
108; 54, 110; 77, 153; 159,
280
- Polak 17, 35
- Popper 91, 179
- Prantl 124, 224; 132, 240
- Preis 175, 6
- Rabel 69
- Radbruch 14, 25, 29; 59, 121;
60, 122, 123; 69, 137; 70,
138; 73, 146; 81, 157; 117,
217
- Reimer 115, 216; 151, 267
- Reuter 151, 267
- Rieble 99, 190; 132, 239; 186,
26
- Riesenhuber 71, 144; 166, 288
- Rixecker 113, 208
- Rixen 119, 222
- Röhl/Röhl 75, 149; 151, 267;
153, 269, 271
- Roellecke 142, 256
- Rommen 59, 119
- Rückert 20, 40; 40, 81; 42, 86;
64, 127; 162, 285
- Rupp-v. Brünneck 138, 251
- Säcker 159, 280
- Schelsky 10, 18
- Schenke 152; 268; 180, 13;
187, 30; 188, 35; 189, 37;
193, 40, 42; 193, 44f.; 194,
47; 196, 56
- Schmerbach 16, 34
- Schmid 4, 8
- I. Schmidt 175, 6
- K. Schmidt, 173, 3
- Schmidt-Glaeser 103, 198;
112, 206
- Schmitt 9, 12; 16; 30, 60; 42;
61; 70, 141; 88, 169; 127,
228
- H.P. Schneider 110, 203;
182, 17
- P. Schneider 82, 158; 103,
198
- Schönberger 27, 64; 33, 65;
79, 155; 100, 194; 101, 196;
110, 202
- K.H. Schöneburg 84, 162
- V. Schöneburg 84, 162
- Schönfeld 16; 25, 50; 42; 61;
70, 141
- Scholz 3, 6
- Schorn 61, 124; 65, 130
- Schoppmeyer 16, 33; 42, 87;
45, 96
- J. Schröder 20, 40; 27, 53
- Schulze-Fielitz 135, 248
- Schweling 61, 124; 65, 130
- Schwinge 61, 124; 65, 130;
70, 141
- Seinecke 20, 40
- Seiter 174, 5
- Seitz 113, 208
- Siebert 70, 141
- D. Simon 82, 158; 191, 39
- H. Simon 138, 251
- Sodan 110, 203
- Starck 112, 206
- Stark 112, 206
- Steiner 110, 203
- H. Stoll 16; 42, 88

- Stolleis 36, 75; 86, 166; 88,
168
R. Stürner 112, 206; 113, 208;
151, 266
Teubner 143, 257
Thoma 14
Tipke 152, 268
Triepel 15, 31
Villiani 64, 126
v. Oyen
v. Savigny 34, 40, 43, 57
v. Stein 20, 41
v. Zeiller 169
Voßkuhle 95 f.; 110, 203;
135, 248; 140, 255; 186, 29;
194, 51
Wasmuth 118, 220
Watt 119, 222
M. Weber 54, 111
Weinkauff 61, 124, 125, 126;
65, 130
Welzel 61
Wendehorst 149, 264
Wieacker 66, 133, 134
R. Will 84, 162
Wittgenstein 189, 36
E. Wolf 9, 16; 16; 22, 45; 42;
58, 118; 61; 70, 141
W. Wolf 27, 51
Zeh 110, 203
Zimmermann 40, 82
Zünkler 113, 208
Zwerenz 3, 5;