

MICHAEL REINHARDT

# Konsistente Jurisdiktion

*Jus Publicum*

24

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum öffentlichen Recht

Band 24





# Konsistente Jurisdiktion

Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie  
der rechtsgestaltenden Rechtsprechung

von

Michael Reinhardt

Mohr Siebeck

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Reinhardt, Michael:*

Konsistente Jurisdiktion : Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtssprechung / von Michael Reinhardt. –

Tübingen : Mohr Siebeck, 1977

(Jus publicum ; Bd. 24)

ISBN 3-16-146791-4

978-3-16-158111-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1997 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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 Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Sabon belichtet, von der Druckerei Gulde in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 1995/96 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität als Habilitationsschrift angenommen worden.

Die veröffentlichte Fassung folgt, von Marginalien abgesehen, dem im Verfahren vorgelegten Manuskript. Spätere Nachweise sind nur noch vereinzelt aufgenommen worden, soweit dies sachlich hilfreich erschien. Vornehmlich aber sollte mit dieser Vorgehensweise vermieden werden, den Gang der Gedankenführung mit der mitunter stark emotional geführten Debatte zu belasten, die in der Folge des sogenannten Kruzifix-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes vom Mai 1995 (BVerfGE 93, 1) eingesetzt hat und nun auf die gesamte Rechtsprechung überzugreifen im Begriffe scheint. Ebenso soll auf die im Laufe des Habilitationsverfahrens erschienene Schrift von *Curt Wolfgang Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, Tübingen 1995, lediglich an dieser Stelle hingewiesen werden, um der dort vorgenommenen prozeßrechtlichen Annäherung an die Dogmatik richterlicher Rechtsgestaltung den hier unternommene Ansatz gleichsam als verfassungsrechtliches Pendant gegenüberzustellen. Eine intensive Einarbeitung hätte dem gegenüber wegen der zahlreichen Überschneidungsbereiche den ursprünglichen Duktus der Darstellung mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.

Mein aufrichtiger Dank gilt in erster Linie meinem verehrten akademischen Lehrer Professor Dr. *Jürgen Salzwedel*, der mir als seinem Wissenschaftlichen Assistenten während der Anfertigungszeit der Arbeit jede erdenkliche Unterstützung hat zukommen lassen und trotz seiner Emeritierung in vorbildhafter Weise die Betreuung im Habilitationsverfahren und die Erstattung des Erstberichtes übernommen hat. Besonders verbunden bin ich sodann Herrn Professor Dr. *Fritz Ossenbühl*, der nicht nur die Last des Zweitberichtes auf sich genommen hat, sondern mich über dies weit über das übliche Maß zu fördern wußte. Schließlich, doch keinesfalls zuletzt bin ich glücklich über den steten liebevollen

Rückhalt, den ich in meiner Familie finden durfte und ohne den die Arbeit nicht hätte fertig gestellt werden können. Mein Vater hat den Abschluß meines Habilitationsverfahrens nicht mehr erleben dürfen. Seinem Andenken ist die Schrift gewidmet.

Bonn und Trier, im Sommer 1996

Michael Reinhardt

# Inhaltsverzeichnis

## § 1

Einführung .....	1
------------------	---

## § 2

### Die Verankerung der Rechtsprechung in der Gewaltenteilung

A. Der Grundsatz der Gewaltenteilung .....	7
I. Die verfassungsrechtliche Ausgangsposition:	
Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG .....	7
1. Gewaltenteilung und Grundgesetz .....	7
2. Der Normgehalt des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG .....	10
3. Der systematische Zusammenhang des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG .....	13
a. Die gesetzgebende, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt in der verfassungs- rechtlichen Begrifflichkeit .....	13
b. Die verfassungsrechtlichen Aufgaben der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt .....	16
c. Die verfassungsrechtlichen Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt .....	19
4. Zur Asymmetrie der grundgesetzlichen Gewaltenbalancierung und Gewaltenverschränkung .....	20
II. Das Dogma der Gewaltenteilung .....	22
1. An den Ursprüngen der Gewaltenteilungslehre .....	22
2. Von der Beschreibung zur Dogmatisierung einer Teilung der Gewalten .....	24
a. England .....	24
b. Frankreich .....	29
c. Zur historischen Idee der Gewaltenteilung .....	35

3. Zum heutigen verfassungsrechtlichen Verständnis von der Gewaltenteilung .....	40
a. Auf dem Wege zu Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG .....	40
b. Die Gewaltenteilung im Wandel .....	41
c. Die Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes .....	44
d. Die Gewaltenteilung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum .....	50
aa. Die traditionell orientierten Lehrmeinungen .....	50
bb. Abweichende Konzeptionen .....	57
<b>B. Gewaltenteilung und Rechtsprechung .....</b>	<b>64</b>
<b>I. Die Gewaltenteilung:</b> Tragendes Organisationsprinzip oder Relikt überholter Zielsetzungen? .....	64
1. Zur Perspektivlosigkeit der gegenwärtigen Gewaltenteilungsdiskussion .....	64
2. Das Paradoxon des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG .....	65
3. Die Verwirklichung der historischen Idee der Gewaltenteilung unter dem Bonner Grundgesetz .....	69
4. Zur verbliebenen Funktion der Gewaltenteilung im Grundgesetz .....	73
<b>II. Die Rechtsprechung: In gewisser Weise nicht vorhanden     oder in gewisser Weise nicht in der Gewaltenteilung     vorhanden? .....</b>	<b>77</b>
1. Die Sonderstellung der Rechtsprechung im gewaltenteilenden Staat des Grundgesetzes .....	77
2. Zur Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit im System der Gewaltenteilung .....	81
3. Der rechtsetzende Richter .....	84

### § 3

## Die grundgesetzliche Ausgestaltung der Rechtsprechung

<b>A. Der konstitutionelle Rahmen rechtsprechender Tätigkeit ..</b>	<b>91</b>
<b>I. Die verfassungsrechtliche Ausgangsposition: Art. 92 GG ..</b>	<b>91</b>
1. Rechtsprechung und Grundgesetz: Ein Neubeginn .....	91
2. Zum Begriff der Rechtsprechung .....	94
<b>II. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Ausübung     richterlicher Tätigkeit. ....</b>	<b>98</b>

1. Die verfassungsrechtliche Stellung der Richter	
nach Art. 97 GG . . . . .	98
a. Die richterliche Unabhängigkeit . . . . .	98
aa. Zur Entstehung der richterlichen	
Unabhängigkeit . . . . .	98
bb. Die sachliche und die persönliche	
Unabhängigkeit der Richter . . . . .	103
α. Die richterliche Unabhängigkeit gegenüber	
der Exekutive . . . . .	104
β. Die richterliche Unabhängigkeit gegenüber	
der Legislative . . . . .	107
γ. Die richterliche Unabhängigkeit	
im Bereich der Judikative selbst . . . . .	112
δ. Die richterliche Unabhängigkeit gegenüber	
nichtstaatlichen Stellen . . . . .	118
b. Die Bindung an das Gesetz . . . . .	129
aa. Der Sinngehalt der Gesetzesbindung	
nach Art. 97 Abs. 1 GG . . . . .	129
bb. Der Gesetzesbegriff des Art. 97 Abs. 1 GG . . . . .	134
α. Gerichtliche Bindung und allgemeine	
Verbindlichkeit . . . . .	134
β. Die klassischen geschriebenen Rechtsquellen:	
Formelles Gesetz, Rechtsverordnung und Satzung . . . . .	137
γ. Die klassischen ungeschriebenen Rechtsquellen:	
Gewohnheitsrecht und die allgemeinen	
Rechtsgrundsätze . . . . .	142
δ. Die neueren Rechtsquellen:	
Richterrecht und Verwaltungsvorschriften . . . . .	147
2. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung . . . . .	154
a. Die positive Regelung des	
Art. 95 Abs. 3 Satz 1 GG . . . . .	154
b. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung	
als materielles Verfassungsgebot? . . . . .	162
B. Freiheit und Einheitlichkeit der rechtsprechenden	
Gewalt . . . . .	166
I. Die Freiheit der Richter: Uneingeschränkt	
unverzichtbare Verfassungsposition oder	
Relikt liberalistischer Rechtsanschauung? . . . . .	166
1. Zur Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit	
für Erscheinung und Entwicklung	
der Rechtsprechung . . . . .	166
2. Verfassungsrechtliche Ansätze einer	
Rechtfertigung der Gesetzesbindung . . . . .	175

a. Zur Funktion der Gesetzesbindung im Prozeß der Rechtsgewinnung .....	175
b. Das Demokratieprinzip .....	176
c. Das Rechtsstaatsprinzip .....	185
d. Der allgemeine Gleichheitssatz .....	196
3. Richterliche Unabhängigkeit und Freiheit der Richter .....	205
II. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung: Systemwidriger Import anglo-amerikanischer Rechtskultur oder rechtsstaatliche Notwendigkeit? .....	211
1. Zum verfassungsrechtlichen Bedürfnis nach Rechtsprechungseinheit .....	211
2. Rechtsprechungseinheit im kontinental- europäischen Rechtskreis .....	217

## § 4

### Auf dem Wege zu einem methodischen ius commune europaeum

A. Die Grundstrukturen der englischen Rechtsordnung im Wandel .....	225
I. Die traditionellen Quellen des englischen Rechtes .....	225
1. Die historische Dimension .....	225
2. Das case law .....	228
a. Common law .....	228
b. Equity .....	232
3. Das statute law .....	239
II. Grundzüge der Methodik des englischen Rechtes .....	245
1. Die Bindung an die Präjudizien .....	245
a. An den Ursprüngen der Präjudizienbindung .....	245
b. Der Grundsatz des stare decisis .....	249
aa. Die Bindungswirkung richterlicher Entscheidungen .....	251
bb. Die Grenzen präjudizieller Bindungskraft .....	254
2. Die Rechtsprechung und das statute law .....	259
III. Das Recht der Europäischen Union in England .....	263
B. Fallrecht und kodifiziertes Recht zwischen Tradition und Wirklichkeit .....	271

I. Zur Geringfügigkeit des Unterschiedes zwischen Fallrecht und kodifiziertem Recht . . . . .	271
1. Konsistenz und Flexibilität der fallrechtlichen Ordnung . . . . .	271
2. Die Konvergenz der europäischen Rechtsordnungen . . . . .	279
a. Zur grundsätzlichen Autorität des Bestehenden . . . . .	279
b. Die historische Annäherung der europäischen Rechtsordnungen . . . . .	282
c. Zur methodischen Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Jurisdiktion . . . . .	287
aa. Die Einheitlichkeit der gemeinschaftlichen Rechtsordnung . . . . .	287
bb. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes . . . . .	291
cc. Das Verhältnis von Europäischem Gerichtshof und mitgliedstaatlicher Gerichtsbarkeit . . . . .	294
dd. Präjudizienbindung im Gemeinschaftsrecht . . . . .	299
II. Die Verbindlichkeit der Präjudizien als Instrument staatlicher Kompetenzverteilung . . . . .	303
1. Gewalteninterne Kompetenzverteilung . . . . .	304
2. Gewaltenübergreifende Kompetenzverteilung . . . . .	308

## § 5

### Das Zusammenwirken der Staatsgewalten bei der Rechtsgewinnung

A. Abschied vom Normsetzungsmonopol des parlamentarischen Gesetzgebers . . . . .	311
I. Die Konzeption der Rechtssetzung unter dem Grundgesetz . . . . .	311
1. Rekurs: Der rechtsetzende Richter im gewaltenteilenden Staat als Ausgangsposition . . . . .	311
2. Die Konzentration der Rechtssetzungsverantwortung bei der Legislative . . . . .	314
3. Die exzeptionellen Rechtssetzungsbefugnisse der Exekutive . . . . .	318
a. Übertragene Rechtssetzungsbefugnisse . . . . .	318
b. Autonome Rechtssetzungsbefugnisse . . . . .	324
c. Das Ausmaß richterlicher Kontrolldichte als Kompetenzrahmen richterlicher Rechtssetzung . . . . .	329

4. Die apokryphe Rechtsgestaltungsbefugnis der Judikative . . . . .	337
a. Negative Rechtssetzung durch Normenkontrolle . . . . .	337
b. Positive Rechtssetzung durch Richterrecht . . . . .	339
aa. Richterrecht unter dem Grundgesetz . . . . .	339
bb. Zur Legitimation richterlicher Rechtssetzung . . . . .	342
cc. Richterrecht, Richtermacht und Konsistenz . . . . .	349
II. Vom Gesetzesrecht zum Fallrecht . . . . .	351
1. Rechtsstaat und Regelung . . . . .	351
2. Der relative Rückzug des parlamentarischen Gesetzgebers . . . . .	355
a. Die objektive Überforderung der gesetzgebenden Körperschaften . . . . .	355
b. Der gezielte Verzicht auf die gesetzliche Regelung . . . . .	359
c. Die Politisierung des Gesetzes . . . . .	360
d. Das Gesetz als Experiment . . . . .	362
3. Der Richter als Gesetzgeber . . . . .	366
B. Grundstrukturen der mehrphasigen Maßstabsetzung . . . . .	370
I. Die Entstehung materieller Maßstäbe . . . . .	370
1. Zum Begriff des materiellen Maßstabes . . . . .	370
a. Rechtssatz und Rechtsakt . . . . .	370
b. Der materielle Maßstab . . . . .	375
2. Die Notwendigkeit der Annäherung an den materiellen Maßstab . . . . .	378
II. Die Phasen der Maßstabapproximation . . . . .	384
1. Legis initium . . . . .	384
a. Der Ausgangspunkt der Approximation . . . . .	384
b. Von der Linearität zur Zirkularität der materiellen Maßstabsetzung . . . . .	389
2. Legis concretio . . . . .	392
a. Auf dem Wege zur Einzelfallentscheidung . . . . .	392
b. Recht, Realität und Richter . . . . .	396
3. Legis evolutio . . . . .	398
a. Das Recht in Bewegung . . . . .	398
b. Trial and error . . . . .	401

## § 6

## Die Präjudizienbindung für das deutsche Recht

A. Das Bedürfnis nach verbindlicher richterlicher Rechtssetzung und seine Befriedigung im geltenden Recht . . . . .	409
I. Rekurs: Die Indikatoren der Wünschbarkeit, Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit präjudizieller Verbindlichkeit . . . . .	409
1. Die Gerichtsbarkeit in der Gewaltenteilung . . . . .	410
2. Die Gerichtsbarkeit als Organ der rechtsprechenden Gewalt . . . . .	414
3. Die Gerichtsbarkeit im Prozeß der europäischen Rechtsharmonisierung . . . . .	417
4. Die Gerichtsbarkeit als Rechtsgestalterin . . . . .	422
II. Art und Ausmaß präjudizieller Verbindlichkeiten in Recht und Rechtswissenschaft . . . . .	425
1. Positivrechtliche Regelungen . . . . .	425
a. Die verfassungsrechtliche Ebene . . . . .	425
b. Die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG . . . . .	427
2. Zur rechtswissenschaftlichen Einordnung der Präjudizien . . . . .	435
a. Die bloß faktische Bedeutung der Präjudizien . . . . .	435
b. Die präsumtive Verbindlichkeit der Präjudizien . . . . .	442
c. Die Selbstbindung der Judikative . . . . .	450
d. Die Theorie der Fallnorm . . . . .	454
B. Die institutional-approximative Präjudizienbindung . . . . .	461
I. Die Bindung an ein Präjudiz . . . . .	461
1. Das Präjudiz als allgemein bindendes Recht . . . . .	461
2. Die grundgesetzlichen Implikationen einer rechtlichen Präjudizienbindung . . . . .	467
a. Demokratie und Präjudiz . . . . .	467
b. Rechtsstaat und Präjudiz . . . . .	473
aa. Das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtsprechung . . . . .	474
bb. Die Effektivität staatlicher Justizgewährleistung . . . . .	480
c. Gleichheitssatz und Präjudiz . . . . .	499
II. Die Abweichung von einem Präjudiz . . . . .	494
1. Die Abweichung aus tatsächlichen Gründen . . . . .	494

2. Die Abweichung aus rechtlichen Gründen .....	496
a. Die institutionalisierte Richtigkeit .....	496
b. Die approximative Gestaltungsfreiheit .....	511

## § 7

Schlußbemerkung .....	517
Literaturverzeichnis .....	525
Personenregister .....	573
Sachregister .....	575

## § 1

### Einführung

„Wie fang’ ich nach der Regel an?“ fragt *Walther von Stolzing* in *Richard Wagners* komischer Oper „Die Meistersinger von Nürnberg“, um mit regelrechtem Sang Meisterehre zu erringen und des Goldschmieds Tochter zur Braut zu gewinnen. Die Antwort *Hans Sachsens*, „Ihr stellt sie selbst und folgt ihr dann“, weist ihn an, die strengen, doch als unzureichend empfundenen Vorgaben der jahrhundealten Tabulatur aufzubrechen, ohne aber jenseits dessen in eine fatale Orientierungslosigkeit zu geraten und so auf der Festwiese erneut und damit endgültig versungen und vertan zu haben. Der hiermit skizzierte Konflikt zwischen den statischen Regeln der geschriebenen *leges tabulaturae* des Meistergesanges im ausgehenden deutschen Mittelalter und dem begründeten Bedürfnis ihrer Modifikation, Reform oder gar gänzlicher Aufgabe, steht in literarischer Stellvertretung für all jene Ordnungen, die allgemeine materielle Sollenssätze niederschreiben und entweder aus becmesserischer Uneinsichtigkeit oder aber aus anderen, durchaus auch honorablen oder unabweichlichen Gründen oder Zwängen in irgend einer Weise unzulänglich sind oder unzulänglich geworden sind. Die ständige Überprüfung von Vorfindlichem am Maßstab des aktuell Notwendigen und ein hierauf gestütztes Verlassen der bereits gelegten Gleise beschreibt eine Materialisierung des Fortschrittes, die auch und gerade für das Recht besondere Bedeutsamkeit besitzt. Folgerichtig mag die in der Oper angelegene Lösung zum generalisierbaren, wenn auch höchst abstrakten Exempel dienen, die Freiheit von Geschriebenem nicht als wohlfeile Libertinage zu mißdeuten, sondern diese mit einer eigenen Regelhaftigkeit auszufüllen, die dort Konsistenz stiftet, wo der feste Buchstabe allein nicht mehr gepflegt werden kann und Bestehendes nicht mehr nur gedeutet<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> So das Leitmotiv bei *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts

Mit der Überwindung der Vorstellung, die rechtliche Ordnung im Staat umfassend und abschließend auf kodifikatorischen Wege regeln zu können, mit der Gewißheit um die inhärente Unvollkommenheit des gesetzten Rechtes<sup>2</sup>, avanciert notwendig die Rechtsprechung zu einem staatlichen Funktionsträger, der die Worte des Gesetzes nicht mehr nur ausspricht (*Montesquieu*), sondern zunehmend selbst rechtsgestaltende Aufgaben übernimmt resp. übernehmen muß. Nur so ist der Staat in der Lage, die verfassungsrechtliche Justizgewährleistungspflicht vollständig einzulösen. Vom rechtsunterworfenen Bürger angerufen, kann sich der gesetzliche Richter in den seltensten Fällen unter Berufung auf eine ungenügende Regelungssituation des parlamentarischen Gesetzes einer Entscheidung der vorgetragenen Rechtsfrage enthalten. Nicht das geschriebene Recht nämlich determiniert den Kreis entscheidbarer Sachverhalte, die *in praxi* auftretenden Streitfälle evozieren den Bedarf einschlägiger materieller Maßstäbe zu ihrer Beilegung mit den Mitteln des Rechtes. Der Richter entscheidet demnach regelmäßig auch dort, wo der Gesetzgeber keine oder keine hinreichenden Direktiven bereit gestellt hat. Das hieraus folgende Faktum erheblicher dezisionistischer Einwirkung der Gerichtsbarkeit auf das materielle Recht hat bis heute ein Ausmaß erreicht, das die rechtswissenschaftliche Befassung mit dem Richter zu erstaunlich wortgewaltigen Lamentationen veranlaßt hat, deren Deutlichkeit an der tendenziell argwöhnischen Beurteilung judikativer Macht im Staat kaum mehr Zweifel zuläßt<sup>3</sup>. Hinzu tritt die verfassungsrechtlich

---

der Bundesrepublik Deutschland, Band I, „Grundlagen von Staat und Verfassung“, Heidelberg 1987, S. VII.

<sup>2</sup> *Josef Esser*, Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, in: *Recht und Staat*, Heft 470, 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, Tübingen 1977, S. 13 ff.; *Ulrich Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, München 1989, S. 297 ff.; *Friedrich Kübler*, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, S. 645 ff.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983), Berlin 1986, S. 88 ff.; *Franz Wieacker*, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn 1954, S. 34 ff.

<sup>3</sup> Exemplarisch und ohne den Anspruch, die jeweilige Urheberschaft eindeutig angeben zu wollen, sind in diesem Zusammenhang etwa folgende Termini zu nennen: „Entfesselung der Dritten Gewalt“, *Paul van Husen*, Entfesselung der Dritten Gewalt, AöR 78 (1971), S. 49 ff.; „Richterstaat“, *René Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, *Recht als Maß der Macht*, Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, Wien 1957; ebenso *Konrad Redeker*, *Fritz Werner – Horst Sandler*, Vier Jahrzehnte des Nachdenkens über Recht und Gerechtigkeit, *Rechtsstaat und Richterstaat*, in: *Everhardt Franzen/Konrad Redeker/Otto Schlichter, Dieter Wilke* (Hrsg.), *Bürger – Richter – Staat*, *Festschrift für Horst Sandler*, München 1991, S. 1 ff.; „Justizstaat“, *Jens Meyer-Ladewig*, *Justizstaat und Richterrecht*, Zur Bindungswirkung richterrechtlicher Institute, *AcP* 161 (1962), S. 97 ff.; „auf dem abseitigen Wege zu einer intellektuellen Übergewalt“, *Fritz Ossenhühl*, *Richterrecht*

wie politisch überragende Stellung des Bundesverfassungsgerichtes, dessen weitreichende materielle Letztentscheidungskompetenzen im Gefüge der Gewaltenteilung nicht unmaßgeblich dazu beigetragen haben dürften, eine neuartige Sichtweise auch der Rechtsprechung im ganzen zu begründen, die letztlich in der für die Rechtsordnung folgenreichen Gleichsetzung von Verfassungsrichter und Richter ihre fehlschlüssige Kulmination findet<sup>4</sup>. Ohne an dieser Stelle den unsicheren Pfad einer Bewertung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihrer Bedeutung für Selbstverständnis und Spruchfähigkeit der Fachgerichtsbarkeit in der Grauzone zwischen Rechtswissenschaft, Politikwissenschaft und Feuilleton<sup>5</sup> wagen zu müssen, kann für den hier interessierenden Zusammenhang gleichwohl eine richterliche Freiheit konstatiert werden, deren Tragweite angesichts der angedeuteten Machtfülle der Judikative, gerade im rechtsgestaltenden Bereich, der näheren Überprüfung bedürftig ist.

Diesem Ausgangsbefund steht eine auffallende Reserviertheit des Verfassungsrechts wie auch der Staatsrechtslehre gegenüber, richterliche Kompetenz mit den hergebrachten Instrumenten der Begrenzung und der Kontrolle rechtsprechender Tätigkeit sinnfällig in die gewaltenteilende Staatsorganisation zu integrieren, aus der sie einst als rein rechtsanwendende, kontrollierende und sohin gleichgewichtschaffende Kraft hervorgegangen ist<sup>6</sup>. Zuvörderst die oftmals nachgerade leichtfertig in

---

im demokratischen Rechtsstaat, Bonn 1988, S. 6; „anbrechendes Zeitalter des Richterrechts“ und „judikativer Totalitarismus“, *Eduard Picker*, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?, *JZ* 1988, S. 1 und 10; „Herrschaft der Richter“, *Horst Säcker*, Herrschaft der Richter?, Zur Bedeutung der dritten Gewalt im Rechtsstaat, München 1978; instruktiv auch *Hermann von Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1. Auflage, Berlin 1953, S. 497 f. mit weiteren Nachweisen; für die europäische Ebene siehe etwa „Gouvernement des Juges“ *Jean-Pierre Colin*, Le Gouvernement des Juges dans les Communautés Européennes, Paris 1966.

<sup>4</sup> Mit Recht *Günter Dürig* in: *Theodor Maunz/G. Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, München, Stand: 31. Ergänzungslieferung 1994, Art. 3 Abs. 1, Anm. 397, Fußn. 2.

<sup>5</sup> Siehe beispielhaft aus jüngerer Zeit nur *Bernhard Großfeld*, Götterdämmerung?, Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts, *NJW* 1995, S. 1719 ff.; *Hans A. Hesse*, „Unkorrektes und unprofessionelles Verhalten von Richtern“, Eine Betrachtung anhand der durch Entscheidungspraxis und Entscheidungsstil des BVerfG ausgelösten Diskussion, *JZ* 1996, S. 449 ff.; *Rolf Lamprecht*, Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung, *NJW* 1994, S. 3272 ff.; *Ingo von Münch*, Autoritätsschwund in Karlsruhe, *NJW* 1993, S. 2286 f.; *H. Sandler*, Blüten richterlicher Unabhängigkeit und Verfassungsgerichtsschelte, *NJW* 1996, S. 825 ff.

<sup>6</sup> So auch *R. Lamprecht*, Wie transparent ist die Justiz?, Gedanken zum Demokratiegebot aus Art. 20 GG, *ZRP* 1993, S. 372; *Andreas Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993; *Gerhard Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, Staats-

die Diskussion geworfene Gewährleistung richterlicher Unabhängigkeit scheint hierbei zum omnipotenten Agens taugen zu wollen, die ungehinderte Extension richterlicher Kompetenzen auf höchster verfassungsrechtlicher Ebene<sup>7</sup> praktisch zu begünstigen und theoretisch zu rechtfertigen<sup>8</sup>. Eine auf der individuellen richterlichen Unabhängigkeit ruhende „konstitutionelle Uneinheitlichkeit der Rechtspflege“<sup>9</sup> wird so zum immanenten Spezifikum einer Jurisdiktion, deren faktische Funktion sich vom montesquieuschen Modell ungleich weiter entfernt hat als die der Legislative oder der Exekutive. Zwar hat das judikative Rechtsbildungsrecht in der Anerkennung des Richterrechtes Aufnahme in die Enumerationen der Rechtsquellenlehre gefunden, zwar wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung als rechtsstaatliches, zum Teil gesetzlich positiviertes Postulat akzeptiert<sup>10</sup>, doch wird der danach „eigentlich“<sup>11</sup> zwingende Schluß auf eine rechtlich relevante Beachtlichkeit solcher richterlichen Rechtssätze gemeinhin nicht gezogen. Stets dient Art. 97 Abs. 1 GG als letzte Sicherung einer konturenarmen subjektiven richterlichen Freiheit. Jeder Versuch, die Rechtsqualität des richterlich gebildeten materiellen Maßstabes im Sinne einer wie auch immer im einzelnen gearbeteten allgemeinen Befolgungspflicht aufzufassen, wird durch den pauschalen Verweis auf die unüberwindliche Verschiedenheit von anglo-amerikanischer Fallrechtsfamilie und kontinentaleuropäischer Kodexrechtsfamilie apriorisch stigmatisiert; entsprechende Ansätze sind daher vereinzelt geblieben<sup>12</sup> und haben sich nicht durchzusetzen vermocht. Die Konsistenz der Jurisdiktion, die die anglo-amerikanische Methodik durch die rechtliche Bindungskraft von Präjudizien herstellt, soll der kontinentaleuropäische Richter allein durch sein Bewußtsein von Stabi-

---

funktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche – Zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre, Berlin 1979, S. 212.

<sup>7</sup> Zur Teilhabe der richterlichen Unabhängigkeit an der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG siehe z.B. *Roman Herzog* in: *T. Maunz/G. Dürig*, GG, Art. 97, Anm. 3.

<sup>8</sup> Siehe aus der Perspektive der Grauzone zwischen Rechtswissenschaft und Journalismus *R. Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter, Baden-Baden 1995; dazu *H. Sendler*, Unabhängigkeit als Mythos?, NJW 1995, S. 2464 ff.

<sup>9</sup> So BVerfGE 87, 273, 278

<sup>10</sup> Auf eine „zu lax“ praktische Handhabung der Rechtsprechungseinheit weist *G. Dürig* in: *T. Maunz/G. Dürig*, GG, Art. 3 Abs. 1, Anm. 402, hin.

<sup>11</sup> So *Rudolf Wassermann* in: *ders.* (Gesamthrg. Reihe Alternativkommentare), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 2. Auflage, Neuwied 1989, Art. 97, Anm. 54.

<sup>12</sup> Siehe vor allem *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, Dogmatischer Teil, Tübingen 1977; dazu unten § 6 A. II. 2. d.

lität kompensieren<sup>13</sup>. Methodische Sicherungsinstrumente werden dem gegenüber für im wesentlichen entbehrlich gehalten. Eine geeignete Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung steht derzeit noch aus<sup>14</sup>.

Drei Jahrhunderte nach der Formulierung der Gewaltenteilung durch *Charles de Montesquieu* befindet sich das Recht heute in wenigstens zweifacher Hinsicht an einem Scheidewege. Zum ersten usurpiert die rechtsgestaltend tätig werdende dritte Gewalt nicht etwa eine Rechtssetzungskompetenz, die ihr, anders als nach traditionellem anglo-amerikanischem Rechtsverständnis, *de constitutione lata* nicht zusteht, sie deckt vielmehr einen stetig wachsenden und sich zugleich auch inhaltlich wandelnden Bedarf der Gesamtrechtsordnung an materiellen Sollenssätzen, bewegt sich also insoweit notwendig im Rahmen verfassungsrechtlicher Rechtsstaatlichkeit. Quantitativ unterstützend greift die rechtsgestaltende Gerichtsbarkeit ein, wo das gesetzte Recht unzureichend bleibt und auf Auslegung, Konkretisierung oder Fortbildung angewiesen ist. In qualitativer Hinsicht hilft die Judikative von konkretem Fall zu konkretem Fall rechtsbildend aus, wo, wie beispielsweise im Umwelt- und Technikrecht, die abstrakt gehaltene geschriebene Rechtsnorm außerstande ist, im kaum auflösbaren Überschneidungsbereich normativer und tatsächlicher Wertungen geeignete, Recht und Realität vereinende materielle Maßstäbe zu erzeugen. Zum zweiten hat der Prozeß der Rechtsharmonisierung unter dem gemeinsamen Dache der Europäischen Union mittlerweile eine Integrationsstufe erreicht, die die Frage dringlich werden läßt, ob resp. wie lange noch die divergierenden Methodenlehren der fallrechtlich denkenden Mitgliedstaaten einerseits und der an der kodifizierten Norm orientierten Rechtsordnungen andererseits als inkompatible nationale Pekuliarbewegungen aufrecht erhalten werden können. Vielmehr legt das Zusammenwirken positiver und richterlicher Sollenssätze im deutschen, britischen wie auch im europäischen Recht nahe, Gemeinsamkeiten fallrechtlicher und kodexrechtlicher Rechtsgewinnung als Grundlage einer später anzustrebenden einheitlich anwendbaren europäischen Methodenlehre aufzufinden.

Die vorliegende Untersuchung nimmt diese hier nur anzudeutenden Beobachtungen zum Anlaß einer verfassungsrechtlichen und methodi-

---

<sup>13</sup> So Richter am Europäischen Gerichtshof *A. M. Donner*, zitiert nach *Marie Luise Hilger*, Überlegungen zum Richterrecht, in: *Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus-Wilhelm Canaris* (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz, München 1973, S. 109, 121 f.

<sup>14</sup> So auch das Resümee von *Alfred Söllner*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber, ZG 1995, S. 1, 15 f. auf der der richterlichen Rechtsgestaltung gewidmeten 14. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung im Mai 1994.

schen Auseinandersetzung mit der rechtsgestaltenden Rechtsprechung im deutschem Recht. Im Interesse eines Ausgleiches zwischen erforderlich gewordener Integration richterlicher Maßstabsetzung in den Prozeß der staatlichen Rechtserzeugung im Zusammenwirken aller Gewalten und der Gewährleistung der für die Rechtsprechung nach wie vor unverzichtbaren Freistellung von parteilicher Einflußnahme soll die nahezu verstummte Diskussion um eine über den jeweils judizierten Einzelfall hinaus reichende allgemeine Rechtsverbindlichkeit des richterlich gebildeten materiellen Maßstabes aufgegriffen und fortgeführt werden. Beabsichtigt wird dabei die Skizzierung eines dogmatischen Konzeptes konsistenter Jurisdiktion unter dem Bonner Grundgesetz. Hierfür ist als verfassungsrechtliche Grundlegung zunächst die Stellung der Judikative im modernen Konzept der Gewaltenteilung zu erörtern (unten § 2), um darauf aufbauend die theoretische Annäherung an die Auslegung der Art. 92 ff. GG zu ermöglichen (unten § 3). Das auf diese Weise gewonnene Bild der rechtsprechenden Gewalt wird sodann im Vergleich mit dem englischen Recht als Beispiel fallrechtlicher Rechtsgewinnung in den europäischen Kontext zu stellen sein (unten § 4). Die Erkenntnisse dieser Beschäftigung mit der fallrechtlichen Rechtsgewinnung und den methodischen Implikationen der europäischen Rechtsharmonisierung fließen ein in die Beschreibung eines Modelles des Zusammenwirkens der Staatsgewalten bei der Rechtsgewinnung unter besonderer Berücksichtigung des judikativen Beitrages (unten § 5), bevor abschließend der Entwurf einer rechtlichen Beachtlichkeit präjudizieller Rechtssätze vorgelegt werden soll (unten § 6).

## § 2

# Die Verankerung der Rechtsprechung in der Gewaltenteilung

## A. Der Grundsatz der Gewaltenteilung

### I. Die verfassungsrechtliche Ausgangsposition: Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG

#### 1. *Gewaltenteilung und Grundgesetz*

Eine Annäherung an die Beschreibung der verfassungsrechtlichen Funktion der rechtsprechenden Gewalt in der Normsetzung findet ihre dogmatische Ausgangsposition notwendig in der Auseinandersetzung mit den grundgesetzlich geregelten Aufgabenzuweisungen an die einzelnen Staatsorgane und damit zuvörderst in der Auseinandersetzung mit gemeinhin unter der Überschrift der Gewaltenteilung<sup>1</sup> behandelten Frage-

<sup>1</sup> Der Begriff der Gewaltenteilung wird freilich in der modernen Staatsrechtslehre nicht durchgängig verwendet. Statt seiner oder zur Präzisierung seiner besonderen Ausprägungen wird etwa von „Gewaltentrennung“, z.B. R. Herzog in: T. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 20, Anm. V. 15, „Gewaltenunterscheidung“, z.B. Carl Schmitt, Verfassungslehre, München 1928, unveränderter Neudruck Berlin 1957, S. 182 ff., 186, „Gewaltengliederung“, z.B. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Auflage, Berlin 1981, S. 13, „Funktionengliederung“, z.B. Alfred Katz, Staatsrecht, 10. Auflage, Heidelberg 1991, S. 83, „Funktionenteilung“, z.B. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980, S. 522, oder „Funktionentrennung“, z.B. Norbert Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, München 1970, S. 107 ff., gesprochen. Für die vorliegende Untersuchung sei daher im Sinne der durchaus als gegenwärtig vorherrschend zu bezeichnenden Diktion, darüber exemplarisch etwa: Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR I, S. 987, 1009 ff., am überkommenen Begriff der Gewaltenteilung festgehalten, soweit nicht sachliche Notwendigkeiten Abweichendes gebieten; siehe insoweit auch Rolf Wank, Gewaltenteilung, Jura 1991, S. 622, 623. Schließlich legt auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes diese Begrifflichkeit zu Grunde, z. B. grundlegend BVerfGE 2, 1, 13, aus neuerer Zeit etwa BVerfGE 80, 244, 252, 256; siehe darüber im einzelnen unten § 2 A. II. 3.

stellungen. Trotz der kontinuierlichen Fülle der hierzu veröffentlichten Monographien und Abhandlungen<sup>2</sup> lassen sich in der verfassungsrechtlichen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland im wesentlichen zwei zeitliche Schwerpunkte der spezifischen Beschäftigung mit dem Gewaltenteilungsprinzip ausmachen. Das Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes<sup>3</sup> löste zunächst eine Periode der Erörterung der durch die neue Verfassung entstandenen positiven Rechtslage aus, die *Ernst von Hippel* bereits kurz zuvor trefflich mit der Charakterisierung „Gewaltenteilung im modernen Staat“<sup>4</sup> antizipiert hatte. *Hans Peters*<sup>5</sup>, *Hermann Jahrreiss*<sup>6</sup> oder *Werner Weber*<sup>7</sup> seien nur beispielhaft als Exponenten einer ausgreifenden Disputation<sup>8</sup> genannt, die gleichwohl die Überprüfung des Gewaltenteilungsprinzips als eine noch zu lösende Aufgabe<sup>9</sup> hinterließ. Die allmähliche Konsolidierung des Verfassungslebens in der Bundesrepublik gab sodann etwa ab dem Ende der sechziger Jahre Gelegenheit und Anlaß, das Gewaltenteilungsprinzip an der inzwischen auf verlässlicherer empirischer Basis greiflichen Verfassungswirklichkeit zu messen und auf dieser Grundlage neue dogmatische An-

---

<sup>2</sup> Das rechtswissenschaftliche Schrifttum zum Gewaltenteilungsprinzip hat inzwischen einen Umfang erreicht, der den Versuch einer auch nur annähernd vollständigen Enumeration an dieser Stelle *a priori* zum Scheitern verurteilt. Neben den nachfolgenden Nachweisen sei insoweit insbesondere auf die ausführlichen bibliographischen Zusammenstellungen bei *R. Herzog* in: *T. Maunz/G. Dürig*, GG, Literaturverzeichnis zu Art. 20, Abschnitt V; *E. Schmidt-Aßmann*, HStR I, S. 987, 1042 f.; *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 511 ff. verwiesen.

<sup>3</sup> Durch Gesetz vom 23. Mai 1949, BGBl. S. 1.

<sup>4</sup> So der Titel seiner Schrift nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft. Die Veröffentlichung (Koblenz) ist ohne Jahresangabe und wird mit 1948, so *R. Herzog* in: *T. Maunz/G. Dürig*, GG, Literaturverzeichnis zu Art. 20, Abschnitt V, oder 1949, so *Karl-Heinz Böckstiegel*, Neue Aspekte der Gewaltenteilung seit Inkrafttreten des Grundgesetzes, NJW 1970, S. 1712, angegeben.

<sup>5</sup> *Hans Peters*, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln 1954.

<sup>6</sup> *Hermann Jahrreiss*, Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung (1956), in: *H. Jahrreiss* (Hrsg.) Mensch und Staat, Rechtsphilosophische, staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit, Köln 1957, S. 173 ff.

<sup>7</sup> *Werner Weber*, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: *Hans Barion/Ernst Forsthoff/Werner Weber* (Hrsg.), Festschrift für C. Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 253 ff. mit weiteren Nachweisen S. 260, Fußn. 15.

<sup>8</sup> *Martin Drath*, Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht, in: Schriften des Instituts für politische Wissenschaft, Band 2, Faktoren der Machtbildung, Berlin 1952, S. 99, beobachtete insoweit eine „eigenartige Renaissance der Lehre von der Gewaltenteilung“ im damaligen Deutschland; siehe ferner den umfänglichen chronologischen Überblick über das Schrifttum bei *H. Jahrreiss*, Wesensverschiedenheit, S. 173, 175, Fußn. 1; darüber auch nachstehend § 2 A. II. 3.

<sup>9</sup> So *K.-H. Böckstiegel*, NJW 1970, S. 1712.

sätze vorzulegen. *Konrad Hesse*<sup>10</sup>, *Walter Leisner*<sup>11</sup> und *Norbert Achterberg*<sup>12</sup> leiteten eine Phase ein, die gegen Mitte der siebziger Jahre zunehmend einer Neigung zur punktuellen Beschäftigung mit Einzelfragen zum Verhältnis bestimmter Staatsgewalten zueinander bei der Erfüllung konkreter Staatsaufgaben<sup>13</sup> wich und nach dem Befund *Gerhard Zimmers*<sup>14</sup> noch immer von Unsicherheit und Verwirrung gekennzeichnet war<sup>15</sup>. Erst erheblich später nahm sich *Jürgen Becker*<sup>16</sup> der Thematik dann mit einer wieder grundsätzlich angelegten Arbeit über die Gewaltenteilung im Gruppenstaat an<sup>17</sup>. Gleichwohl ist das Prinzip der Gewaltenteilung bis heute Objekt lohnender Befassung geblieben, zumal die tiefgreifenden Veränderungen nach der Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands<sup>18</sup> mit der in deren Gefolge einsetzenden Verfassungsdebatte zum einen sowie die bemerkenswerten qualitativen Fortschritte der europäischen Einigung<sup>19</sup> zum anderen in den anbrechenden neunziger Jahren hinreichend neue Impulse auch für sein Erscheinungsbild evoziert haben. Die Feststellung *G. Zimmers*<sup>20</sup>, die staatspolitisch und verfassungsdogmatisch schlechthin grundlegende Frage nach der Verteilung der Befugnisse auf die Staatsorgane sei unge-

---

<sup>10</sup> *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Auflage, Karlsruhe 1967, S. 178 ff.

<sup>11</sup> *Walter Leisner*, Die quantitative Gewaltenteilung – Für ein neues Verständnis der Trennung der Gewalten, DÖV 1969, S. 405 ff.

<sup>12</sup> *N. Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre.

<sup>13</sup> Z. B. *Werner Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, Das Haushaltsrecht im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes, Baden-Baden 1989; *Peter-Michael Huber*, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, München 1988.

<sup>14</sup> *G. Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, 1979; die Arbeit wurde jedoch bereits im März 1977 abgeschlossen.

<sup>15</sup> So *G. Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, S. 22.

<sup>16</sup> *Jürgen Becker*, Gewaltenteilung im Gruppenstaat – Ein Beitrag zum Verfassungsrecht des Parteien- und Verbändestaates, Baden-Baden 1986; siehe ferner *Karl-Ulrich Meyn*, Kontrolle als Verfassungsprinzip, Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 1982.

<sup>17</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes siehe *Burkhard Sinemus*, Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, Frankfurt am Main 1982, und nachstehend § 2 A. II. 3. c.

<sup>18</sup> Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz – und der Vereinbarung vom 18. September 1990 vom 23. September 1990, BGBl. II, S. 885.

<sup>19</sup> Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, Bulletin der BReg vom 12. Februar 1992, Nr. 16, S. 113; dazu BVerfGE 89, 155 ff.

<sup>20</sup> *G. Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, S. 19.

löst, dürfte damit auch heute noch ohne nennenswerte Einschränkungen zutreffen.

## 2. Der Normgehalt des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG

Nach dem an der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG teilhabenden Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die vom Volke ausgehende Staatsgewalt<sup>21</sup> durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt<sup>22</sup>. Diese immer wieder als positiver Standort der Gewaltenteilung<sup>23</sup> unter dem Grundgesetz bezeichnete Verfassungsnorm allein ist indessen auf Grund ihrer eher pauschalen und programmatischen Aussageintensität nur bedingt tauglich, das Verhältnis von Legislative, Exekutive und Judikative zueinander grundsätzlich oder gar abschließend darzustellen. Dennoch wird man die These *Konrad Hesses*, Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG allein enthalte kein ausdrückliches Gebot der Gewaltentrennung und sage nichts über die Gewaltenbalancierung<sup>24</sup>, nicht dahingehend auffassen dürfen, als habe die Vorschrift mit dem Prinzip der Gewaltenteilung im Grunde nichts zu tun, als ließen sich ihr nicht einmal konstitutionell beachtliche Vorgaben für die grundgesetzliche Verteilung der staatlichen Aufgaben entnehmen. In diese Richtung zielt freilich der Ansatz *Richard Bäumlins* und *Helmut Ridders*, das Prinzip der Gewaltenteilung als funktionslos werdendes oder gar querstehendes Requisit heute faktisch inexistent zu charakterisieren und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG schon als positiven Anknüpfungspunkt

<sup>21</sup> Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG.

<sup>22</sup> Die von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG zuerst genannte Möglichkeit der Ausübung der Staatsgewalt vom Volk in Wahlen und Abstimmungen betrifft zunächst nicht unmittelbar das für die vorliegende Untersuchung erhebliche Verhältnis der staatlichen Organe zueinander und mag daher an dieser Stelle außer Betracht bleiben; siehe hierzu näher z.B. *Ingwer Ebsen*, Abstimmungen des Bundesvolkes als Verfassungsproblem, AÖR 110 (1985), S. 2 ff.; *R. Herzog* in: *T. Maunz/G. Dürig*, GG, Art. 20, Anm. V. 9, 37 ff.; *Peter Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, HStR II, „Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes“, Heidelberg 1987, S. 313, 322 ff.

<sup>23</sup> So z.B. *Hans D. Jarass* in: *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3. Auflage, München 1995, Art. 20, Anm. 15; *R. Herzog* in: *T. Maunz/G. Dürig*, GG, Art. 20, Anm. V. 1, 37 ff.; *Friedrich E. Schnapp* in: *I. von Münch/Philip Kunig*, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München 1992, Art. 20, Anm. 34; ebenso *E. Schmidt-Aßmann*, HStR I, S. 987, 1010, der allerdings durch die distanzierende Formulierung „... als grundgesetzlicher Standort des Dogmas gilt Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ...“ (Hervorhebung durch den Verfasser) auf die Aussageunschärfe der Norm aufmerksam macht.

<sup>24</sup> *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995, S. 216.

## Personenregister

- Achterberg, N. 9, 96, 97  
Allen, C. K. 255, 272, 277  
Aristoteles 23
- Bacon, F. 235, 239  
Bäumlin, R. 10, 11  
Becker, J. 9  
Benda, E. 434  
Bentham, J. 239, 521  
Bettermann, K. A. 96  
Blackstone, W. 25, 28  
Blumenberg, H. 279  
Böckenförde, E.-W. 26  
Bydlinski, F. 410
- Coke, E. 235, 261  
Cross, R. 250, 254, 257
- Dicey, A. V. 241  
Dürig, G. 509
- Edward I. 241  
Engisch, K. 396  
Esser, J. 283
- Fikentscher, W. 261, 454, 455, 457,  
458, 459  
Forsthoff, E. 34  
Friedmann, W. 282
- Gerland, H. 283  
Goodhart, A. L. 253, 432  
Gusy, C. 451, 452, 460
- Habscheid, W. J. 303  
Hale, M. 239
- Harris, J. W. 250, 254, 257  
Henry II. 24, 229, 240  
Henry III. 24  
Herzog, R. 96, 111, 130  
Hesse, K. 9, 10, 16, 54, 55, 56, 64, 317  
Hippel, E. von 8  
Hoppe, W. 330
- Jahrreiss, H. 8, 60, 61  
James I. 235  
Jellinek, W. 15  
Justinian 241
- Kaufmann, A. 167  
Kelsen, H. 59  
Kirchhof, P. 375  
Kirchmann, J. von 168  
Kriele, M. 219, 442, 444, 445, 446, 447,  
448, 450, 460
- Laband, P. 319  
Larenz, K. 436, 438, 497  
Leisner, W. 9  
Locke, J. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30,  
32, 36, 38, 39, 50, 56, 70, 74, 81, 99  
Loewenstein, K. 41, 57, 58, 59
- Marquardt, O. 279  
Mayer, O. 15, 317, 318  
Montesquieu, C. de 5, 24, 27, 29, 30,  
31, 32, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 58,  
70, 75, 87, 99, 100  
More, T. 235
- Oppermann, B. H. 170, 171, 172  
Ossenbühl, F. 180, 213

- Peters, H. 8  
Platon 23  
Pole, R. 239  
Polybios 23
- Radbruch, G. 500  
Ridder, H. 10, 11  
Rousseau, J.-J. 34, 35, 36, 37
- Salzwedel, J. 323  
Schmidt-Aßmann, E. 15  
Schrödinger, E. 500  
Schulte, M. 163
- Sendler, H. 381  
Stammler, R. 500  
Stern, K. 25, 122
- Tacitus 29
- Vaughan 246
- Wagner, R. 1  
Weber, W. 8, 78, 80  
William the Conqueror 228
- Zimmer, G. 9

## Sachregister

- Allgemeine Rechtsgrundsätze 135,  
142 ff., 148, 177, 180, 289, 462  
Amtshaftung 192, 450, 518  
Arbeitgeberverbände 42
- Beamte 92, 115  
Befähigung zum Richteramt 126, 332,  
470  
Bill of Rights 1689 25, 28  
Bundesarbeitsgericht 189, 438  
Bundesgerichtshof 125, 146, 219, 429,  
438, 508  
Bundeskanzler 17, 18  
Bundesrat 17, 19, 181  
Bundesregierung 17, 43  
Bundessozialgericht 438  
Bundestag 17, 18, 19, 108, 243, 314,  
316, 324, 347  
Bundesverfassungsgericht 3, 19, 44 ff.,  
53, 63, 64, 66, 70, 78, 81, 92, 94,  
95, 101, 110, 112, 113, 115, 116,  
139, 140, 153, 154, 156, 159, 161,  
167, 188, 192, 194, 198, 199, 200,  
202, 203, 219, 322, 333, 337, 338,  
341, 342, 352, 359, 370, 383, 385,  
400, 403, 425, 426, 427, 428, 430,  
432, 433, 434, 435, 437, 447, 476,  
482  
Bundesverwaltungsgericht 116, 125,  
151, 324, 430, 507
- Checks and balances 38, 50, 54, 64,  
74, 106, 167, 312  
Common Law Courts 229, 232, 233,  
236, 237, 238  
Common Law Konflikt 235
- Conseil d'Etat 292  
Contrat social 37  
Court of Appeal 258, 275, 305  
Court of Chancery 233, 234, 235,  
236, 237, 238  
Court of Common Pleas 229, 246  
Court of Exchequer 229  
Court of King's Bench 229, 235
- Deutsche Bundesbank 43, 67  
Distinguishing 158, 255, 256, 276,  
277, 280, 286, 293, 301, 306, 495,  
496
- Einzelfallgesetz 18, 371, 395  
Environmental Protection Act 1990  
(UK) 244  
Europäischer Gerichtshof 152, 221,  
265, 266, 267, 268, 269, 290,  
291 ff., 294 ff., 299, 300, 301, 302,  
325, 420, 421  
European Communities Act 1972 (UK)  
263, 264, 268, 269
- Fidelio 39  
Frankfurter Dokumente 40
- Gemeinsamer Senat 154, 155, 157,  
159, 160, 162, 163, 164, 214  
Gerichtsverfassungsrecht 114, 124,  
125, 129, 508  
Gesetz im formellen Sinne 2, 14, 15,  
16 ff., 63, 76, 87, 88, 89, 96, 107 ff.,  
127, 129 ff., 134 ff., 137 ff., 175 ff.,  
208, 210, 219, 220, 284, 285, 309,  
314 ff., 319, 320, 321, 323, 326,

- 332, 333, 335, 337 ff., 343, 346,  
347, 351 ff., 355 ff., 367, 368, 369,  
370, 371, 372, 376, 381, 384, 386,  
389, 393, 394, 399 ff., 420, 423,  
424, 428, 437, 456, 459, 461, 469,  
472, 473, 481, 504, 505, 513
- Gesetzlicher Richter 2, 99, 157, 163,  
197, 206, 357, 446
- Gewerkschaften 42
- Gewohnheitsrecht 127, 132, 135, 136,  
142 ff., 148, 177, 178, 179, 180,  
182, 289, 380, 428, 437, 449, 461,  
462
- Glorious Revolution 24, 29, 38
- Golden Rule 242, 261
- Großer Senat 156, 159, 161, 429
- Herrenchiemseer Verfassungskonvent  
40, 92, 131, 320
- House of Lords 250, 257, 258, 259,  
273, 275, 276, 277, 280, 293, 300,  
305, 435
- Hundred Courts 228
- Inamovibilität 99
- Ineligibilität 52
- Itinerant Judges 28, 229, 271
- Inkompatibilität 42, 52, 104
- Irrtums- und mißbrauchsfreies  
Staatshandeln 76, 77, 80, 84, 107,  
116, 210, 217, 307, 503
- Judicature Acts 1873–1875 (UK)  
237
- Kabinettsjustiz 99, 100, 104, 115
- Kirche 67, 121
- Königliche Unabhängigkeit 235
- Leitsätze 87, 286, 430, 431
- Literal Rule 242, 260, 264
- Magna Charta 1215 176, 230, 314
- Medien 42, 67, 121, 127
- Meistersinger von Nürnberg 1
- Mischief Rule 261, 262
- Nationalsozialismus 38, 47, 68, 91,  
101, 117, 132, 157, 165, 164, 320,  
461, 520
- Naturwissenschaften 14, 151, 168,  
169, 170, 171, 172, 325, 326, 331,  
354, 361, 362, 389, 514
- Obiter Dictum 158, 254, 433, 479
- Overruling 242, 256, 257, 258, 273,  
275, 276, 277, 280, 293, 301, 306
- Parlamentarischer Rat 41, 66, 92, 134,  
218, 426
- Parteien (politische) 42, 67, 72, 84,  
120, 122
- Paulskirchenverfassung 78, 99, 114,  
115
- Positivismus 100, 133, 134, 150, 179,  
216, 361, 461
- Practice Statement 250, 273, 276
- Präjudizien 4, 6, 118, 159, 160, 161,  
187, 190, 191, 201, 209, 217, 218,  
223, 227, 231, 232, 234, 236, 237,  
238, 245 ff., 260, 262, 266, 267,  
268, 269, 270, 271, 272, 273, 274,  
275, 276, 277, 278, 279, 280, 281,  
283, 284, 285, 294, 296, 298,  
299 ff., 303 ff., 368, 376, 409 ff.,  
517 ff.
- Präsidentenanklage 109
- Produkthaftungsrecht 219
- Prospective Overruling 480
- Provisions of Oxford 231, 233
- Ratio Decidendi 158, 251, 252, 253,  
254, 255, 256, 258, 267, 432, 433,  
479
- Rechtliches Gehör 166
- Rechtsbeugung 192, 204, 450, 518
- Rechtswissenschaft 377
- Rechtskraft 113, 116, 427, 503
- Rechtsschutzgarantie 19, 72, 74, 339,  
342, 396, 481, 482, 483, 484, 485
- Rechtsverordnung 19, 32, 127, 131,  
135, 136, 137 ff., 148, 151, 176,  
179, 181, 182, 183, 186, 194, 195,  
205, 220, 240, 318 ff., 325, 326,

- 331, 333, 337, 339, 349, 356, 362, 395, 407, 411, 428, 461, 471
- Richteranklage 108, 110, 204
- Richterliche Unabhängigkeit 4, 27, 33, 35, 36, 43, 47, 69, 81 ff., 95, 98 ff., 129, 130, 132, 133, 134, 153, 154, 158, 160, 161, 166 ff., 175, 184, 186, 188, 190, 197, 198, 199, 202, 205 ff., 211, 216, 226, 238, 274, 278, 281, 287, 306, 309, 313, 329, 331, 332, 336, 345, 350, 358, 360, 365, 376, 383, 393, 406, 409, 410, 414, 415, 416, 417, 420, 425, 427, 468, 489, 491, 496, 502, 506, 510, 516, 518, 520
- Richterrecht 4, 21, 62, 85, 86, 87, 89, 97, 135, 136, 137, 147 ff., 177, 187, 208, 210, 213, 214, 219, 222, 227, 238, 240, 244, 259, 282, 287, 289, 299, 309, 330, 336, 339 ff., 368, 376, 379, 382, 383, 385, 388, 391, 393, 405, 407, 410, 416, 419, 423, 439, 455, 456, 462, 463, 465, 466, 472, 473, 476, 478, 497, 499, 513
- Richtlinien 152, 221, 263
- Sachverständige 67, 121, 151, 329
- Satzung 135, 136, 137 ff., 176, 179, 183, 186, 195, 205, 356, 395
- Shire Courts 228
- Sovereignty of Parliament 28, 240, 241, 242, 244, 259, 264, 305
- Staatshaftungsrecht 219
- Stare decisis 249 ff., 268, 273, 519
- Syllogismus 133, 134
- Trial and error 363, 399, 400, 401 ff.
- Umwelt- und Technikrecht 5, 88, 127, 136, 151, 181, 219, 323, 324, 334, 335, 397, 514
- Umweltgesetzbuch 169
- Umwelthaftungsrecht 219
- Umweltrecht 221, 244, 245, 345
- US-Verfassung 1776 38
- Verwaltungsverfahrenrecht 16, 219
- Verwaltungsvorschriften 19, 127, 135, 136, 137, 147 ff., 180, 181, 182, 193, 195, 221, 324 ff., 329, 333, 334, 356, 395
- Volonté Générale 34, 35
- Vorabentscheidungsverfahren 268, 294 ff., 301, 302, 522
- Wambaugh's Test 253, 431
- Water Act 1989 (UK) 244
- Weimarer Reichsverfassung 92, 101, 114, 115, 131, 132, 319, 320
- Weimarer Republik 100, 109, 111, 138, 179, 349
- Wesentlichkeitslehre 323, 333, 359, 400
- Westminster Courts 229, 231, 233, 271
- Zeitgeist 121, 390

