Joachim Rückert
Der neue Richter: Weimar und die Folgen

Seit der Weimarer Republik ist der alte Richter, der treue Diener der positiven Gesetze, mehr und mehr verschwunden – lautet eine verbreitete Auffassung. An seine Stelle sei vermehrt richterliche Rechtschöpfung getreten, die die neuen, vage formulierten Gesetze interpretiert. Der These vom »neuen Richter« geht der Aufsatz kritisch nach. Er zeigt, daß richterliche Auslegung und Fortbildung des Rechts ein Phänomen ist, das es lange vor der Weimarer Republik gab. Neu für die Weimarer Reichsrichter war etwas anderes: der Verfassungsbezug ihrer Tätigkeit.

Die Red.

I. Ein großes Thema, drei kleine Fragen und drei falsche Geschichten

1. Ein großes Thema

Das ziemlich große Thema im Titel hängt von einem noch größeren ab. Es ist Teil des Versuchs, über »Das Recht im Zeichen der Judikative« sieben Antrittsvorlesungen zu halten.[1] Das Rahmenthema ist reichlich groß und unbestimmt ausgefallen, aber nicht nur deswegen, weil ein Thema mit mindestens sieben Seiten zu finden war. Über Judikative reden heute Jedermann und Jederfrau, sogar Justitia selbst, die über Pressesprecher(innen?) nachdenkt, um die »öffentliche Wirkung ihrer Urteile« zu verbessern (FAZ v. 6.7.95). Auch Justizreform wird wieder allgemeiner diskutiert.[2] Juristen reden vor allem über das sog. Richterrecht. Kann man sagen, unser Recht stehe im Zeitalter dieses Richterrechts?

Man sollte meinen, wir seien dazu im sicheren Besitz klarer Antworten, die man nur etwas zu garnieren und zu berichten bräuchte. Aber es fehlen nicht nur klärende Antworten, sondern schon aufklärende Fragen – also Platz für Wissenschaft. Vor gut 200 Jahren wurde Justitias alte Welt in Frankreich und dann Europa umgewälzt, und seitdem blieb auch nicht alles beim Neuen. Jedenfalls wird nicht mehr *la loi* als die Königin des Rechts verehrt, wie sie die Revolution ausrief, sondern eher wieder Justitia. Gehört also das Richterrecht zu den wesentlichen Tendenzen unseres juristischen Zeitalters, gibt es ihm sogar die Signatur, etwa so wie *Friedrich Schlegel*, 1799 für Savigny »unser Friedrich«, 1795 in Goethes »Meister«, Fichtes »Wissen-

1 So geschehen am 7. Juli 1995 in Frankfurt a. M. durch I. Ebsen, G. Frankenberg, U. Neumann, R. Ogorek, L. Osterloh, I. Pernice und mich. Der Text bietet meinen Anteil, etwas geglattet, mit den notigsten Belegen und einigen Erganzungen. Das unverandert offene Thema habe ich ausfuhrlicher ausgearbeitet mit allen Belegen, literarischen Bezugen und weiteren Argumenten unter dem Titel »Richterrecht seit Weimar?« in: Festschrift fur Sten Gagnér zum 75. Geburtstag, Ebelsbach 1996, hg. von M. Kriechbaum, 203–227.

2 Siehe nur G. Hofe, Die Krise der öffentlichen Haushalte: Chance fur eine Justizreform!, in: KJ 1997, 30–44.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schaftslehre« und der französischen Revolution die Signatur seines Zeitalters fand[3], also im Bildungs-Ich, im philosophischen Ich und im politischen Ich? Leben wir unter der Signatur des Richter-Ich? Der Historiker scheut solche Spekulationen ebenso, wie er sie braucht. Den Weg zu empiriehaltigen Antworten möchte ich mit drei kleineren Fragen bereiten.

2. *Drei kleinere Fragen*

(1) Ist Richterrecht hier *quantitativ* gemeint? Produzieren Richter also mehr Recht als Gesetzgeber oder/und Regierung oder die privaten Vertragsparteien? Wie sollte man das messen, um dazu empirisch Begründetes zu ermitteln? Urteilsflut oder Gesetzesflut wäre die Frage.
(2) Oder meint Richterrecht nur die *Meinungen* dazu, dafür und dagegen, also das rechtliche und politische normative Reden darüber? Dies ließe sich relativ leicht zusammenstellen. Man bräuchte nur in die Bibliotheken zu gehen und Gedrucktes zu sammeln, die Ausbeute wäre reichlich. Dürfte man aber dann aus diesem gesammelten Reden und Schreiben zu Richterrecht entnehmen, daß wir wirklich *im Zeichen der Judikative* leben? Gewiß nicht. Was brächte die Sammlung dann? Rechtssätze, Meinungen, Beliebiges, Realitätshinweise? Oder eben nur und immerhin eine Sammlung?
(3) Oder meint man mit Richterrecht, daß unser Recht im wesentlichen selbständig von Richtern *am Gesetz vorbei* produziert werde? Dann müßte man irgendwie dieses »vorbei«, also die Entfernung solchen Richterrechts vom Gesetz, messen, um es zu identifizieren. Wie sollte man das anstellen?
Drei kleinere, aber immer noch große und ganz offene Fragen. Als Rechtshistoriker erschrickt man darüber vielleicht etwas weniger. Quantitätenmessungen kennt man aus der Geschichtswissenschaft eher als aus der juristischen Dogmatik. Vom Reden über Normfragen weiß man zumal historisch, daß es oft nicht viel über die Normpraxis sagt. Und in der Rechtsgeschichte ist man wenigstens darin geübt, die drei Perspektiven, die ich angedeutet habe, zu unterscheiden.
Natürlich wäre es vermessen, jede der drei Fragen hier klären zu wollen. Ich möchte daher mit einer noch kleineren Frage beginnen, in der sich die größeren drei konkreter vermischen: der Vorstellung vom *neuen* Richter seit der Weimarer Zeit.
Fast allgemein gehen wir nämlich davon aus, gerade seit Weimar sei der *alte Richter*, also der treue Diener der positiven Gesetze, mehr und mehr verschwunden, mitsamt dem guten alten Gesetz, also der allgemeinen und gleichen Parlamentsnorm. An seine Stelle getreten sei mehr und mehr die richterliche Rechtschöpfung, ohne viel Rücksicht auf die Gesetze bzw. ohne viel Vorgabe durch die neuen vagen Gesetze. Je nach Wertung und Zusammenhang nennt man das dann Krise des Rechts oder »Auflösung der Positivität des Rechts« (Naucke[4]), so sogar zum Strafrecht, oder man räsonniert rundum über »Abschaffen des Strafens?« (Lüderssen[5]), beklagt die

3 Athenaum-Fragment 143, Abdruck z. B. in Fr. Schlegel, Kritische Schriften, hg. von W. Rasch, 2. Aufl., München 1964.
4 W. Naucke, Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, Kiel 1986: 6, 12 (Normerosion), 12 ff. (Auflösung), 19 u. 22 (Zuwachs an Richtermacht und Juristenmacht).
5 Frankfurt 1995.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

»Flucht des Gesetzgebers« (Diederichsen[6]) oder man stellt trocken eine Art »Sklerose des geschriebenen Rechts« (Linder[7]) fest.

3. *Drei falsche Geschichten*

Die Geschichte vom neuen Richter ist ein tragendes Stück in diesen Klagen. In ihr stecken m. E. drei falsche Geschichten und wenigstens eine entsprechend schiefe Folgerung:
(1) Erstens gab es diesen alten, strikt *gesetzespositivistischen* Richter so nie, nicht einmal in der Theorie – also auch keinen in diesem Punkt so *neuen* Richter.
(2) Zweitens gab es in Weimar *keine* Wende vom Gesetzesknecht zum Richterkönig oder vom gesetzestreuen zum freirechtlichen Richter – also auch keinen gerade *seit Weimar* neuen Richter.
(3) Drittens gab es eine bestimmte Wende, aber eine ganz *andere*.
(4) Und schließlich ist die Folgerung zu bezweifeln, Richterrecht sei – stets? – ein Symptom von *Rechtskrise*.
Es ist klar, daß damit fast das ganze historisch-politische Arsenal unserer Klagelieder über Richterrecht zur Debatte gestellt wird. In der Tat soll einmal eine nicht immer schon krisengeschüttelte und krisenfindende Sicht von Geschichte und Gegenwart des Richterrechts erprobt werden, auch gegen unseren Geschmack an Krisenbetroffenheit – zuletzt am Reformpotential der Haushaltskrise (Hofe[8]). Erproben läßt sich dies am besten anhand der dritten, oben erwähnten ›kleineren‹ Frage. Gab es also das Richterrecht des Richterkönigs, der *am Gesetz vorbei* richtet? Wenn ja, seit wann? Gab und gibt es das, womöglich in zunehmendem Maße – und nicht nur im banalen Fall des Fehlurteils?

II. Durchführung

Zurück zunächst vom »unmöglichen Zustand des Strafrechts« (Frankfurt 1995[9]) auf den festen Boden des Privatrechts:

1. *Ein Urteil aus dem Jahre 1963*

Ein Urteil aus dem Jahre 1963 zeigt, worum es gehen kann:

Ein Schiffsführer kaufte von einem Schrotthändler viermal hintereinander Ballastmaterial für Leerfahrten mit seinem Schlepper. Als Preis für den Ballast wurden DM 290,– je Tonne verlangt und vereinbart. Als die Rechnung über DM 2900,– für ca. 10 Tonnen kommt, hat der Schiffsführer inzwischen erfahren, der Tagesschrottpreis habe nur maximal DM 225,– betragen. Er verweigert daher jede weitergehende Zahlung.
Das OLG Bremen gab ihm recht und wies den Schrotthändler ab.[10]

6 So schon vor der heutigen Krisenstimmung U. Diederichsen, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974.
7 So auf der Basis einer selten versuchten empirischen Begründung W. Linder, Überrollt uns eine Gesetzesflut?, in: Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1985, 417–444.
8 Mit dem bez. Titel: Die Krise der öffentlichen Haushalte: Chance für eine Justizreform! (wie Fn. 2).
9 Hg. vom Institut für Kriminalwissenschaften
10 OLG Bremen v. 14. 3. 1963, NJW 63, 1455–58.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Der BGB-Anfänger wird sich fragen: Der Vertrag über DM 290,– je Tonne war doch wirksam vereinbart; vom niedrigeren Tagesschrottpreis wußte der Käufer nichts, also kein Irrtum, nicht einmal im Motiv; außerdem wäre dies nur ein Preisirrtum, der nicht zur Anfechtung berechtigt. Der Käufer war eben unvorsichtig, wenn er sich so uninformiert auf DM 290,– einließ. Der Fortgeschrittene fügt vielleicht hinzu, *laesio enormis* kenne eben das BGB bewußt nicht.
Das OLG sah das ganz anders und half dem Käufer. War das ein Fall von Weimar und seinen Folgen? Richterkönigtum und Freirechtlerei noch 1963?

2. *Weimarer Vorbilder?*

In der Tat hatte das Reichsgericht zu Beginn der Weimarer Zeit unter großer Anteilnahme der Interessengruppen in der Öffentlichkeit ebenfalls Verträge korrigiert, und zwar in drei Bereichen und dann vielen Entscheidungen.[11] Die Korrekturen begannen 1920 im sog. 2. Dampflieferfall (RGZ 100, 129), sie führten 1922 zum berühmten Pachtinventar-Beschluß (RG JW 1922, 910 f.) und kulminierten Ende 1923 im 1. Hypothekenaufwertungsurteil (RGZ 107, 78).
Die Preise für Dampflieferungen an Dampfkesselbetriebe, damals noch häufig, waren seit 1910 um ca. 600–700% gestiegen – das war Inflation konkret. Die Lieferanten verweigerten daher Erfüllung aus ihren Langzeitverträgen zu den alten Preisen oder sie verlangten die neuen Preise von 1920. 1920 gab ihnen das RG nach und korrigierte die Verträge.[12]
Ähnlich geschah es zugunsten der Verpächter. Wenn die oft langfristigen Pachtverträge, damals ebenfalls sehr häufig, bes. über landwirtschaftliche Anwesen, abliefen, hatten die Verpächter gemäß BGB §§ 587, 589 III das Pachtinventar zurückzuübernehmen, aber zum nun riesig gestiegenen aktuellen Schätzpreis von 1920 statt zum z. B. 1910 vorausgesehenen »normalen« Wert.[13]
Schließlich hat das RG auch Forderungen aus Hypothekenverträgen entsprechend aufgewertet bis hin zu einer umfassenden sog. Aufwertungsrechtsprechung.[14]

3. *Korrektur kraft Richterkönigtum?*

Alle diese Verträge wurden korrigiert. Taten diese Gerichte also das gleiche wie das OLG Bremen 1963? Judizierten sie allesamt richterköniglich vorbei am geschriebenen Vertragsrecht und dem Satz pacta sunt servanda? Gibt es hier eine Richterrechtskontinuität? Darauf kommt es an, und dazu muß man die Kontexte und Begründungen untersuchen, vor allem mit den Ergebnissen, Sachverhalten und juristisch tragenden Gründen.
1920 erklärt das RG im 2. Dampflieferfall recht herausfordernd:

11 Ich stütze mich im folgenden auf meine Studie, Richtertum als Organ des Rechtsgeistes: Die Weimarer Erfullung einer alten Versuchung, in: Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalokonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jh., hg. von K. W. Norr, D. Schefold und F. Tenbruck, Wiesbaden 1994, 267–313, dort 282 ff. zu den Urteilen, und die von mir angeregte und dankbar benutzte eindringende Untersuchung von M. Klemmer, Gesetzesbindung und Richterfreiheit in den Entscheidungen des RG in Zivilsachen wahrend Weimarer Republik und Kaiserreich (Fundamenta Juridica 30), Baden-Baden 1996. Die alteren Analysen uberprufen durchweg nicht systematisch und vergleichend.
12 RG v. 21. 9. 1920, naher Ruckert (Fn. 11) 282 f.
13 RG v. 26. 5. 1922, naher ebd. 284–86.
14 RG v. 28. 11. 1923, naher ebd. 287 f.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

»Die Verhältnisse fordern unbedingt ein Eingreifen des Richters in bestehende Vertragsverhältnisse dann, wenn anders nicht ein[,] *Treu und Glauben und jedem Gebot von Gerechtigkeit und Billigkeit* hohnsprechender, einfach nicht zu ertragender Zustand geschaffen werden soll.«[15]

1922 heißt es im Pachtinventar-Beschluß ähnlich:

»Wenn überhaupt kein Wille der Parteien vorhanden war, tritt der Richter ein, die *Machtvollkommenheit des Richters*. Wenn das Gesetz versagt, tritt der Richter an die *Stelle* des Gesetzgebers für den einzelnen Fall. ... Betrachtet man von diesem Gesichtspunkt aus den vorliegenden Fall, so ist der Senat der Überzeugung, daß das Vertragsrecht und in einem gewissen Grade auch das gesetzliche Recht hier versagen.«[16]

1923 fehlen solche starken Worte; allerdings bedeutet das Aufwertungsergebnis, also der Bruch des Satzes »Mark gleich Mark« bei den Vertragspreisen, nach den eigenen, wenig später fallenden Worten des Gerichts einen »Wendepunkt für den Umschwung in der allgemeinen Rechtsauffassung«.[17]
Der Richterkönig scheint dreimal klar präsent, teils explizit, teils in der Sache. Aber so einfach ist es nicht. Alle Entscheidungen gehen nämlich ausdrücklich aus von Gesetzes-Versagen und Vertrags-Versagen. Noch einmal den Text von 1922:

»*Wenn* überhaupt kein Wille der Parteien vorhanden war, tritt der Richter ein, die *Machtvollkommenheit des Richters. Wenn* das Gesetz versagt, tritt der Richter an die Stelle des Gesetzgebers für den einzelnen Fall. ... Betrachtet man von diesem Gesichtspunkt aus den vorliegenden Fall, so ist der Senat der Überzeugung, daß das Vertragsrecht und in gewissem Grade auch das gesetzliche Recht *hier* versagen.«[18]

»Wenn« ... und bei »Versagen« und nur »hier«. Das Gesetz, d. h. das BGB und das Währungsrecht, sah die in der Tat umfassende Krise seit 1918 nicht voraus und gab daher keine Regeln für diese Fallgruppen, die Vertragsschließenden von 1910 ebenfalls nicht. Die Richter sprechen gerade das deutlich an. 1920 heißt es in RGZ 100, 129 (132): Die gegenteilige Vorentscheidung sei

»durch die Erfahrungen überholt, die der Senat im weiteren Verlaufe des Krieges und insbesondere durch dessen ungeahnten Ausgang und die daran sich anschließende, ebenfalls ungeahnte Umwälzung aller wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht hat«.

1922 sagen sie: »Die gesetzgebenden Faktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben keine Ahnung von der Entwicklung der jetzigen *Verhältnisse* gehabt.«[19] Damit hatten die Richter recht. Das bedeutet aber auch: Sie judizierten nicht einfach am geschriebenen Gesetz oder Vertrag vorbei, da für die ihnen vorliegenden Fälle keine Regeln geschrieben oder vereinbart waren. Sie betrieben Lückenfüllung bzw. Krisenmanagement in kaum bestreitbaren Lückenfällen und ersichtlicher Krisenlage. Sie schufen also nicht richterköniglich neues Recht, sondern reagierten auf neue, gesetzlich und vertraglich nicht geregelte Sachverhalte. Das taten sie so, wie immer schon Richter reagierten und reagieren durften, seit ihnen Rechtsverweigerung verboten wurde, wie es besonders deutlich der Code civil 1804 im titre preliminaire, art. 7 getan hatte: durch Lückenfüllung in Anlehnung an das Gesetz, hier an § 242 BGB vor allem. Sie judizierten also nicht am Gesetz oder Vertrag vorbei, sondern betrieben Krisenmanagement in eindeutigen, konsentierten Krisenfällen.
Man hat bisher auch nicht darauf geachtet, die Fälle nach krisen*bedingt* und krisen*unabhängig* zu unterscheiden. Für die Frage, ob ›am Gesetz vorbei‹ judiziert wurde, kommt es jedoch darauf an, da Krisenfälle und krisenunabhängige Fälle offensicht-

15 RGZ 100, 129, 132. Hervorhebung von mir.
16 RG JW 1922, 910f. Hervorhebung i. O.
17 So rückblickend in RG JW 1928, 102.
18 RG JW 1922, 910f. Hervorhebung zu »Machtvollkommenheit« im Original, sonst von mir.
19 RG JW 1922, 910. Konkret heißt das nicht Stichtag 1900, sondern: die Kommissionen seit 1874 bis 1896 zum Reichstag.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

lich nicht gleichermaßen in Gesetz und Vertrag ›vorgesehen‹ sind. Etwas Neues liegt bei krisen*bedingten* Fallkonstellationen nicht in einer Diskontinuität »der« Richterrolle, sondern in der vorübergehenden Herausforderung durch spezifische Fälle.[20]

Nicht erheblich sind für diese Sicht der Judikatur die bekannten Lückentheorien und juristischen Erkenntnis- oder Entscheidungstheorien u. ä. Ansätze, die prinzipiell und nicht zu Unrecht letztlich überall Lücken und Rechtschöpfung erkennen. Denn die abstrakten, erkenntnistheoretischen Gemeinsamkeiten alles Judizierens bedeuten nicht, daß alle Judikatur ununterscheidbar an positiven Gesetzes- und Vertragstexten vorbei ginge. Daß es immer volitive Elemente gibt, heißt noch nicht, daß alle Entscheidungen gleich gesetzesnah und -fern abliefen. Im Grau-in-Grau, das solche scheinphilosophischen Ansichten verbreiten, gäbe es in der Tat nur noch Richterkönige bzw. -zaunkönige.

4. *Krisenmanagement statt Richterkönigtum*

Vier Gegenproben bestätigen die These vom Krisenmanagement als eigener Richterrolle, die in unseren Kontinuitätsrechnungen gesondert zu beachten ist:

(1) Mit dem Verschwinden der Inflationsfälle verschwinden auch die korrigierenden Krisenurteile.

(2) Die Anführungen des § 242 BGB im führenden Rechtsprechungsbericht der Zeit (Neumanns »Jahrbuch des deutschen Rechts«) erreichen für den Berichtszeitraum 1926 ihren quantitativen Höhepunkt und fallen seitdem wieder kontinuierlich.[21]

(3) Auch vor 1914 haben die Reichsrichter in kleineren, aber noch vergleichbaren Krisenfällen entsprechend rechtsfortbildend judiziert, z. B. in den sog. Mühlenbrand-Fällen.[22] Die Lieferpflichten der Mühlen nannte man nicht direkt »unmöglich« (ganz gemäß BGB), Lieferung konnte aber »billigerweise niemand zugemutet werden« bzw. war sie zwar nicht »dauernd« unmöglich, aber doch unzumutbar als »ruinös« u. ä.[23] Diese Korrekturen des BGB-Leistungsstörungsrechts waren 1920 also nichts Neues.[24] Eine gewissermaßen ›ewige‹ Billigkeitskontrolle der Richter zeigt sich darin, kein neuer Richter im Sinne der Ausgangsthese. Derartige Regelbildung für extreme Fälle war also nichts Neues.

(4) Andererseits haben die Gesetzesdiener nicht nur in solchen Extremfällen, sondern auch in krisen*unabhängigen* Fallgestaltungen vor wie nach 1914 das Gesetz und die Vertragsauslegung ›fortgebildet‹, nur etwas lautloser. Vor 1914 geschah dies z. B. zur culpa in contrahendo, zur positiven Vertragsverletzung, zur Unterlassungsklage, zur Verkehrssicherungspflicht, zur wirtschaftlichen Unmöglichkeit, zum Rechtsmißbrauch, zur Erfüllungsverweigerung, zum Entlastungsbeweis, zum Rechtsgut Gewerbebetrieb, zum UWG-Bereich ohnehin.[25]

Also liegt in Weimar Doppeltes vor: zum einen krisenspezifisches Richterverhalten für die bekannten Krisenfälle, aber nicht allgemeines Richterkönigtum. Daneben findet sich die traditionelle, sozusagen normale, punktuelle Rechtsneubildung und

20 In diesem Sinne geht zu Recht und mit Geschick vor die Arbeit von Klemmer (Fn. 11).

21 Dazu genauer mit Tabelle (Fn. 1) 212.

22 Abschluß mit RGZ 57, 116–120 v. 23. 2. 1904, dazu näher Klemmer (Fn. 11) 328 ff., und, aber mit anderem Interesse, schon B. Ruthers, Die unbegrenzte Auslegung, Tubingen 1968, 15 ff.

23 Dazu näher Klemmer (Fn. 11) 328 ff., 336, 343, 345, 350 f., zusammenfassend 367 ff. u. 437 ff.

24 Weitere Belege bei Klemmer (Fn 11), 328 ff.

25 Dazu näher und mit einem Quantifizierungsversuch (Fn. 1), 213 f.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Billigkeitskorrektur, krisenunabhängig, abseits der Krisenfälle. Die Vorstellung von einem neuen, allgemeinen Richterkönigtum kommt gar nicht erst zu diesem wesentlichen Befund. Sie nimmt die Sätze der krisenbedingten Urteile zu Unrecht als pars pro toto.

5. *Fünf Einwände*

Man sieht das alles aber meist ganz anders. Ich gehe die fünf wichtigsten Belege und Argumente für die Deutung »allgemeine neue Richterrolle« und »Diskontinuität« kritisch durch:

(1) Schon zeitgenössisch verkündet der Freirechts-Propagandist Ernst Fuchs zu den erwähnten Krisen-Urteilen ebensoviele Siegesmeldungen seiner Richtung. Man beruft sich heute noch darauf, offenbar unbesehen. Aber Fuchs' hitzige Kommentare mißachten Eigenart und Kontext der Urteile. Sie taugen etwa so viel wie seine Charakteristik des BGB.[26]

> »Gut ist das BGB nur an einer einzigen Stelle, nämlich da, wo es mit seiner abstrakten Kasuistik Halt macht und lediglich einen Wegweiser hinstellt. Er trägt die Aufschrift: ›Eingang zum freien Rechtsmeer der Verkehrsbedürfnisse‹. Es ist der § 242. Dieser ›königliche‹ Paragraph ... erwies sich in der Folge als der archimedische Punkt, von dem aus die alte juristische Welt aus den Angeln gehoben wurde.«[27]

(2) Der Vorstand des Richter-Vereins am RG drohte im Januar 1924 in einer bis heute überall angeführten Erklärung dem Gesetzgeber Ungehorsam an, falls er nicht generelle und merkliche Aufwertungsgesetze erlasse. Aber dieser Ungehorsam fand nie statt, obwohl die dann erlassenen Verordnungen, nicht Gesetze, weit hinter den Forderungen zurückblieben. Denn der Vorstand hatte ohne Vollversammlung agiert, der Verein hatte keine Mehrheit am RG, und die Erklärung wurde vom RG-Präsidenten und späteren ›gehorsamen‹ Entscheidungen offen desavouiert. Vor allem hatte der Verein gar nicht judiziert, etwa am klaren Recht vorbei, sondern eine politische Erklärung abgegeben.

Was bedeutete dies rechtlich? War das Richter-*Recht*? Gewiß nicht; für die Urteile selbst wurde bereits geklärt, in welchem Sinn sie Richter-Recht waren und in welchem nicht.

(3) Natürlich zeigte diese politische Erklärung des Richter-Vereins bestimmte, parlamentskritische Haltungen. Solche Haltungen findet man auch beim damaligen Richter-Bund und in seinem Organ *Deutsche Richterzeitung* vielmals veröffentlicht. Sie scheinen das Richtermilieu zu beherrschen.[28] Auch wenn das so war – diese Quellen zeigen allgemeine Vorstellungen, Theorien, Polemiken kleinerer oder in der Tat größerer Gruppen – jedenfalls keine Urteile. Eine *juristische* Richterrolle war darin nicht betätigt. Aus der Richtersoziologie weiß man heute, daß der soziale und politische Hintergrund allein noch kein verläßlicher Indikator ist für die professionellen Einstellungen und Handlungen.

26 In: Die Justiz I, 1925, 349; naher (Fn. 1), 214 f. Schon im Vergleich mit den Berichten in Neumanns Jahrbuch (bei Fn. 21) sieht man, wie verkurzend, apodiktisch und sachlich-strittig Fuchs operiert.

27 Zu wenig beachtet wird, daß § 242, s. den Wortlaut »mit Rücksicht auf die Verkehrssitte«, gerade nicht so gemeint war; dazu und zu den Folgen *Ruckert*, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988, 45 ff.; zur »Generalklausel«, ein viel späterer Ausdruck, hat man ihn erst gemacht; zur weiteren Verwendung des § 242 jetzt viel Material bei Klemmer (Fn. 11), 347 ff.

28 Genauere Untersuchung der entscheidenden Zahlen (Organisationsgrad, Mitgliederstruktur) fehlt überraschenderweise, im Richterbund waren z. B. auch sehr viele Staatsanwälte, vgl. dazu wie in Fn. 1, 216. Strafrichtermilieu und anderes wäre zu unterscheiden wegen der bekanntlich sehr verschiedenen Rekrutierung, näher jetzt wie in Fn. 1, 217.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Und darauf kommt es an. Es ist, wie schon eingangs betont, eine Aufgabe für sich, richterliche Einstellungen, Leitbilder, Politikhaltungen zu erforschen, und eine andere Aufgabe, die Richterrolle im Verhältnis zum Gesetz in den Urteilen selbst zu erfassen. Erst letzteres zeigt Richter-Recht. Die Urteile zeigen aber kein allgemeines Richterkönigtum. Richterstrategien oder antiparlamentarische »Doppelstrategien« (Rinken)[29] müßten an den Urteilen erwiesen werden.

Diese Aufgabe ist nicht mit dem bekannten Grundsatzeinwand erledigt, was »Gesetz« sei, bestimme der Richter letztlich selbst, oder mit der oft hinzugefügten Folgerung, insofern schlage Richter-Politik stets durch und es genüge deren Kenntnis. Zunächst geht es genauer um konkrete Texte, nicht um »das« Gesetz. Dann kommt es historisch-empirisch nicht nur auf das Grundsatzproblem der »letztlichen« Bestimmung an. Derartige Strukturoptik darf nicht den Detailbeweis ersparen; Deutungsgesetze ersparen nicht Empiriebewährung. Für die Urteilsanalyse genügt die Möglichkeit, zeitgenössisch – wohlgemerkt zeitgenössisch – halbwegs tragfähig und konsentiert effektive Neubildungen *jenseits* der Texte einerseits und *relativ texttreue* Anwendungen andererseits zu unterscheiden, ohne jede juristische Besserwisserei ex post. Mehr bietet praktisch-juristische Rationalität nicht, und mehr braucht sie auch hier nicht zu bieten. Daß aber die fraglichen Entscheidungen in der Tat nur für besondere Krisensachverhalte eigene Regeln neubildend entwikkelten, sagen und zeigen sie deutlich genug; es war, wie gezeigt, damals wie heute ebenso klar erkennbar wie die relativ texttreue ›normale‹ Rechtsanwendung im übrigen; auch vergleichende Nachschau zeigt, daß man diese Aussagen nicht als Lippenbekenntnisse abtun darf.

(4) Für das *Strafrecht* geht man von einer spezifischen Parteilichkeit der Urteile nach rechts aus – mit Gumbels aufrüttelnden Statistiken seit 1922. Das indiziert ein ungleiches Judizieren am Gesetzestext vorbei (oder wenigstens, soweit es um offene Spielräume etwa der Strafzumessung ging, eine befangene Spielraumgestaltung). Das Strafrecht hätte hier also seine eigene Geschichte; das könnte mir genügen. Ich möchte selbst das bezweifeln, kann das aber nur andeuten. Es bedürfte viel genauerer Urteilsanalysen, auch unter dem Aspekt tragende Gründe – geschriebenes Recht.[30]

(5) Eine kapitale neue Richterrolle scheinen schließlich die damals wie heute vieldiskutierten Fälle zu zeigen, in denen das RG ein richterliches Prüfungsrecht betätigt, also die einschlägigen Rechtssätze auf ihre Gültigkeit überprüft. Viel diskutiert sind aber eigentlich nicht die Fälle, sondern die Kommentare dazu. Soweit ersichtlich, erwähnte das RG das Prüfungsrecht in rund 17 Fällen.[31] Elf davon betreffen Landesgesetze oder bloße Verordnungen. Dafür war aber das Prüfungsrecht verfassungsgemäß und *unbestritten* – also keinerlei Judizieren am geschriebenen Recht vorbei. Ein einziges Urteil, zum Reichs- und preußischen Gesetz über die Schutzpolizei der

29 So die gut konzentrierte Darstellung bei A. Rinken, Einfuhrung in das juristische Studium, 2. Aufl., München 1991, 150 ff., 156 f.

30 Dazu näher Ruckert (Fn. 1), 217 f. Die Sprache der Gumbelschen Zahlen ist leider keineswegs so klar fur das hier Relevante. E. Gumbel hat sie zuerst systematisch zusammengestellt in: Vier Jahre politischer Mord, Berlin 1922, dann in weiteren Schriften; zum Thema erstmals genauer empirisch Chr. Gusy, Weimar – die wehrlose Republik?, Tubingen 1991, 355 ff.: Man sieht Differenz fur vor und nach 1925, Einseitigkeit zu Hochverrat; Problem bleibt, daß Strafzumessungsvergleiche fur bestimmte Delikte (wie bei Gumbel) nicht o. w. generalisiert werden durfen, daß Verurteiltenziffern wenig aussagen, solange Gesamtzahlen fehlen, daß die StA vorsortiert hat; wichtig jetzt K. Fußer, Republikfeindliche Tendenzrechtsprechung in der Weimarer Republik? Zur Aussagekraft der Gumbel-Mordstatistik, in: Zs.f.R.soz. 12 (1991), 70–96: Bestatigt Gumbel i. E. fur die Strafgerichte (anders fur Sondergerichte und deren StA und für die Zumessung), aber auch bei bei weitem geringerer »Drastik« der Unterschiede und mit noch offenen Problemen beim Fallvergleich

31 Dazu genauer Ruckert (Fn. 1), 219; vgl. bisher bes. H. Rottleutbner, Rechtspositivismus und Nationalsozialismus, DuR 15 (1987), 378–82, 380 und jetzt am besten M. Klemmer 1996 (Fn. 11).

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Länder vom 17. 7. 1922, stellt sich formell prüfend ohne nähere Begründung gegen eine Rechtswegbeschränkung des Gesetzes.[32] In den übrigen fünf Fällen werden die Gesetze geprüft und aufrecht erhalten, vor allem zweimal das streitbeladene Aufwertungsgesetz von 1925.

Historisch bedeutsam daran erscheint nicht das materielle Prüfen von Reichs-Gesetzen als solches oder dessen verbale Inanspruchnahme. Vielmehr betreten die Weimarer Richter damit eine neue juristische Ebene, denn sie berufen sich auf den *Verfassungstext und -sinn* und vor allem auf die Grundrechte. Sie beginnen mehr als je zuvor, die Gesetze *daran* zu messen. Eine dafür ergiebige Reichsverfassung hatte bis dahin ebenso gefehlt wie Elemente von »check and balance« unter einer »rule of law«. Das war in der Tat neu, hier begann »judicial control« (mit Cappalletti 1971 u. ö.[33]), eine uns heute wohlvertraute Erscheinung, die auf die USA 1803 (Marbury vs. Madison unter Richter Marshall) zurückgeführt wird. Solches Messen der Gesetze an der Verfassung bedeutete aber nicht Freirechtlerei und Richterkönigtum gegen das geschriebene Recht. Denn der Verfassungsmaßstab war geschriebener Rechtsmaßstab, wenn auch offener und umstrittener. Er war nicht einfach Richterschöpfung und -meinung wie die Neubildungen zum BGB und auch nicht nur Krisensymptom. Er wurde auch nicht nur oder überwiegend *gegen* den Gesetzgeber genutzt, sondern zeigte bald, wie jede als allgemein verstandene Rechtsregel, janusköpfiges Eigengewicht. Auch für das Hauptbeispiel Eigentumsgrundrecht läßt sich dies gegen eine Interpretationsübung seit ca. 1930 gut belegen.[34]

Dies war die erste, die schwierigste und daher längste Geschichte: also keine Weimarer Wende, kein neuer Zivilrichter in den vielbeschworenen Weimarer Zivil-Urteilen; Krisenreaktionen, aber nicht Richter-Recht neuer Dimension.

III. Kontinuität 1963?

Woher nimmt dann das Bremer Urteil von 1963 seinen Mut? Wenn nicht aus berechtigter Kontinuität, dann vielleicht aus eingebildeter? In der Tat zeigt die Begründung eine spezifische Richtung, wenn es da heißt:

»Wenn die Klägerin sich auf die freie Marktwirtschaft beruft und daraus das Recht herleitet, sie könne ihre Preise jeweils nach Belieben gestalten ..., so geht sie von falschen Vorstellungen aus.« (Es gelte vielmehr) »nicht der Grundsatz der freien, sondern der sozialen Marktwirtschaft ... und (es gelte) daß die Klägerin als *Mitglied der Gemeinschaft*, die es ihr ermöglicht, ihr Handelsgewerbe unbehelligt in Sicherheit und mit Erfolg auszuüben, eben dieser Gemeinschaft und damit deren Mitgliedern entsprechende Rücksicht schuldet, und zwar auch bei der Preisgestaltung«. Dieser »*Gemeinschaftsgedanke*« liege dem § 242 zugrunde, ergebe eine Aufklärungspflicht über die Preise und verpflichte zu Schadensersatz bzw. erfordere er Vertragsanpassung.

Es ist klar, wo diese Worte wurzeln. Gemeinschaft und Volksgemeinschaft sind ihr Nährboden. Verbrämt wird das mit Grundgesetz und sozialer Marktwirtschaft. Hier, mit der Volksgemeinschaft von 1933, beginnt ein neuer Zivilrichter. Entscheidend begrenzte Weimarer Rechts-Vorgänge werden entscheidend entgrenzt, so sehr Weimar Elemente bereitstellte, kollektive, ideologische, juristische. Dieser Richter nach 1933 judizierte nun unmittelbar und offen gegen das geschriebene Recht und

32 Die wesentlichen sozialhistorischen Fragen zu dieser Judikatur sind noch gar nicht gestellt. Vgl. dazu Ruckert (Fn. 1), 221, dort mit weiteren Testbeispielen.

33 M. Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford 1989, hier 115 ff.

34 Sogar dieses Hauptbeispiel zum RG hält nicht, was es verspricht, dazu näher Ruckert (Fn. 1), 220–224.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

gegen verabredete Verträge, freilich weniger aus Richtermacht denn aus Richter-Schwäche und verordneter Weltanschauung. So geurteilt wurde auch nicht, um zeitweilig auf eine Krise zu reagieren, sondern um die Rechtsbegriffe mit umzudenken und eine andere Rechtswelt zu installieren. Dies hatte offenbar Folgen bis 1963 und in manch neuem Gewande.

Hier, und erst hier, wird eine langanhaltende Wende kenntlich. Diesen Wendepunkt darf man nicht mit dem Bade der ganz richtig wiederentdeckten Kontinuitäten zu vor 1933 ausschütten. Das war die zweite Geschichte – sie wird weniger falsch erzählt als nicht selten einfach vergessen. Das führt dann auf ganz falsche Kontinuitäten.

IV. Auf der Suche nach dem »alten« Richter

Zuletzt zur dritten Geschichte: Irgendwann im bekanntlich so positivistisch-begriffsjuristischen 19. Jahrhundert muß es doch den alten positivistischen Gesetzesdiener gegeben haben. Natürlich weiß man spätestens seit den Forschungen von Regina Ogorek zur »Justiztheorie im 19. Jahrhundert« (so der Untertitel)[35], daß es ihn so jedenfalls in der *Theoriediskussion* kaum gab. Selbst ein Thibaut, der 1801 schreiben konnte, man müsse durch eine immer nur »seelenlose wörtliche Interpretation ... die Gesetzgebung zwingen, zu verbessern und zu ergänzen, was wirklich unvollkommen in den Gesetzen ist«[36], stellt dann doch die viel freiere sog. »logische Auslegung« in den Mittelpunkt.[37]

Die Richterrollen in den Urteilen selbst, besonders in ihrem oben betonten juristischen Verhältnis zu den Normtexten, sind dagegen wenig erforscht. Das kann hier nicht ersetzt werden. So begnügt man sich meist mit einem Blick in den berühmten Savigny, d. h. einen Band von seinem *System des heutigen römischen Rechts* von 1840 und in seine knappen Sätze über die *canones*, also die vier Auslegungselemente[38], die bis heute oft die praktische Methodenlehre ausmachen. Hier hat das dritte Märchen seinen Sitz. Es scheint zu passen, daß der – wie man meint – streng konservative Mann den Richter auf die sog. »Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens« (I 213) begrenzt oder deutlicher sagt, eine »Verbesserung« des Gedankens sei dem Richter nicht erlaubt (240). Das sei nicht Auslegung (240), sondern Umbildung des Gesetzestextes (211); der Richter greife dann unerlaubt hinüber in das Gebiet der Gesetzgebung (225). Aber das Geschichtsbild stimmt nicht, denn Savigny fährt fort (240): Verbesserung des Gesetzesgedankens sei freilich nicht Auslegung, aber sie »kann als Fortbildung des Rechts heilsam seyn« (240). Er geht sogar – wie im übrigen fast stets und bewußt im System – die »neueren Gesetzgebungen« dazu *rechtspolitisch* prüfend durch, also vor allem Allgemeines Landrecht 1794, Code civil 1804 und Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 1811, und empfiehlt dann eine institutionelle Lösung (329 f.): Da nämlich

35 Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Frankfurt 1986.

36 In: Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts, Bd. 2 (zuerst 1801, hier uvä. 1817) 173, vgl. dazu Rückert, Autonomie (Fn. 27), 62 ff.

37 Ausführlich zuletzt Ogorek (Fn. 35), 126–144, vgl. auch Rückert (Fn. 27), 63 ff.; sehr klar schon M. Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, 22 ff., 27 f., 38.

38 F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, §§ 32–51, S. 206–330 zu Auslegung des Gesetzes – offenbar verwendet man nur ein winziges Stück davon. Seitenzahlen i.f. im Text. Zu den historischen und systematischen Problemen damit jetzt mein Beitrag »Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861)«, in dem von mir hgg. Band: Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, Baden-Baden 1997, 23–69.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

»im Einzelnen die Gränze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifelhaft sein kann, so ist es wünschenswerth, daß irgendeine hoch stehende Gewalt vorhanden sey, in welcher beyde Befugnisse vereinigt angetroffen werden, und deren Thätigkeit daher durch die Zweifel über jene Gränze nicht gehemmt sein möge.«

Als Vorbild nennt er den Pariser Kassationshof – eine Revolutionseinrichtung. Ein solcher Gerichtshof werde dann für

»die Rechtspflege ähnliche Vortheile bieten wie im alten Rom der Prätor und die Juristen, so daß ihm diejenige ausdehnende und einschränkende Auslegung besonders verliehen wäre, welche oben als ein dem reinen Richteramt nicht zukommendes Verfahren aus dem Gebiet wahrer Auslegung verwiesen werden mußte.« (330)

Savigny anerkennt also keineswegs nur den streng auslegenden Richter. Seine *canones* dienen ohnehin nur der vollen Entfaltung eines an sich verständlichen Normtextes; das Fortbildungsproblem stellt er dabei gar nicht, sondern anders und ganz produktiv mit modernem verfassungspolitischen Bewußtsein. Das ist hier nicht zu vertiefen.

Das Bild vom positivistischen Gesetzesdiener als dem »alten Richter« erweist sich jedenfalls zum guten Teil als bloßer Reflex des Bildes vom neuen Richter. Beide Geschichten gehören zusammen. Zusammen fallen sie, wie sie zusammen stehen. Nicht einmal das ›begriffsjuristische‹ Paradebeispiel der reichsgerichtlichen Eisenbahndefinition hält, was man damit durchweg verspricht. Die Definition dient nämlich einer unternehmerkritischen Anwendung der Haftung aus § 1 Reichshaftpflichtgesetz auch auf Privatbahnen.[39] Man setzt dabei zudem ganz verfehlt Wortlautbeachtung gleich mit Begriffsjurisprudenz und Gesetzespositivismus.

V. Der alte und der neue und der wirklich neue Richter

Fügt man die richtigeren Geschichten am Ende neu zusammen, so ergeben sich ganz andere Geschichten. RG und BGH haben eine in Savignys Sinn vereinigte Auslegung und Fortbildung stets auch ohne spezifische Zuweisung wahrgenommen. Einen solchen Gerichtshof gab es für Savignys Deutschland nicht – für die Territorien sind die Obergerichte kaum untersucht, aber kaum weit entfernt von dieser Stellung. Offenbar haben RG und BGH eine solche »vereinigte« Rolle von Auslegung und Fortbildung nicht nur wahrgenommen, sondern auch klar »verliehen« bekommen, zum einen durch die Gerichtsverfassung von 1877/79, dann durch die Anlage und Absicht der Kodifikationen des Kaiserreichs von 1871 wie StGB 1871 und BGB 1900, dann erst recht durch die neuen Gerichte für Arbeits- und Verfassungsrecht seit 1926 und 1919 (Staatsgerichtshof beim RG) und zumal seit 1950.

Es erscheint dann auch auffallend und konsequent, daß letztere personell neuartig gebildet und legitimiert sind mit *Laienrichtern*. Man darf das nicht nur als Abweichung vom reinen Pfad des Richtertums rubrizieren, sondern kann darin eine neue *Tendenz des Zeitalters* finden. Neue Koordinaten gewinnen darin Wirkung. Denn diese etwas andere, funktionell erweiterte Justiz ist für etwas vagere Texte und neue Aufgaben konzipiert. Sie wurde im erstmals parlamentarisch-demokratischen Kontext nach 1919 allmählich geschaffen. Sie steht als eigene Rechts-Gewalt neben dem gewählten Souverän, kraft und gemäß Verfassung, nicht mehr nur unter ihm oder bloß konstitutionalistisch sichernd hinter ihm; sie wird nicht von den Fürsten rekru-

39 RGZ 1, 247–252 vom 17. 3. 1879 zu § 1 RHaftpflG vom 7. 6. 1871.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tiert und diszipliniert, sondern von parlamentsverantwortlichen Regierungen; sie wird für spezifische Problemlagen wie Arbeitsrecht und Verfassungsrecht neu erkämpft, nicht nur ausnahmsweise toleriert. Die Koordinaten haben sich geändert. Zumal die Trennung von Recht und Politik wird damit eine andere, teils weniger strenge. Sie entfällt aber nicht, sondern wird komplexer. Wissenschaft, Apologie und Kritik haben diese neuen Bedingungen zu beachten und produktiv zu präzisieren. Es kommt offenbar weder auf Formalisierungs- noch Materialisierungstendenzen als solche an, sondern auf deren richtige Vermittlung. Genau dies nämlich ist in bestimmter Weise gewollt und legalisiert im Verfassungsstaat der Neuzeit. Aber was an Form ist bei welchem Inhalt unverzichtbar? Hier liegt auch der rechtswissenschaftlich interessante Ort des Richter-Rechts, nicht in immer neuen Klageliedern. Denn gerade im Richter-Recht gestaltet die Justiz die Form Gesetz und schafft Inhalte zugleich. Nicht für alle Bereiche kann das gleich beurteilt werden.

Zum anderen Extrem sieht man inzwischen klarer. Nach 1933 wurde die Justiz zurückgesetzt unter den Primat der Politik; nach 1945 machte man sie in der DDR teils zum Büttel, teils zum Erzieher unter dem institutionell perfekt umgesetzten Primat der »Parteilichkeit« mit deprofessionalisierten Volksrichtern auf Abwahl und Zeit; ebenfalls nach 1945 etablierte man sie unter dem Grundgesetz neu als eigene Rechts-Gewalt – mit allen Rollenproblemen im neuen Kontext.

Ohne Savigny-Fan für die Gegenwart zu sein, kann man also im Rückblick die Souveränität und Sprachkraft anerkennen, mit der er die Zusammenhänge aufstellt bis hin zum »Verleihen« der Funktionen, also bis zur *verfassungspolitischen* Dimension des Richteramts.

Richterliche Auslegung wie Fortbildung des Rechts scheinen also einerseits in großer Kontinuität stattzufinden. Auch die Weimarer Richter waren hier nicht neue Richter. Daß sie kräftig für die Krisenfälle in die Versagens-Lücken traten, ändert daran nichts – das war die *besondere Richterrolle* eines Krisenmanagements. Dies ergibt keine Kontinuitäten *seit Weimar*. Daraus läßt sich außerhalb der Krise weder pro noch contra etwas gewinnen.

Wirklich neu erfassen die Weimarer Reichsrichter etwas anderes: den *Verfassungsbezug* jeder richterlichen Tätigkeit, seit es Verfassungsmaßstäbe gibt. Hier hat auch das meiste vom heutigen Richterrecht seinen juristisch uneinholbaren Halt. Hierauf wurden nicht zufällig wichtige Rechtsfortbildungen nach 1945 wie z. B. der Schadensersatz aus allgemeinem Persönlichkeitsrecht gestützt. Mit diesem Anker an der Verfassung hat die Höchst-Justiz tendenziell die Macht der selffulfilling-prophecy gewonnen. Positiver gesagt: Sie wurde damit juristisch selbständige Institution im Verfassungsstaat.

In *diesem* neuen Sinne und *nur* in diesem Sinne kann man Richterrecht die Signatur unseres juristischen Zeitalters nennen. Unsere verbreiteten Klagen enthalten dann aber auch Klagen über das Verfassungszeitalter. Über die ›normale‹ richterliche Rechtsfortbildung aus Billigkeit und an unentschiedenen Normtexten zu klagen, sah schon Savigny keinen Anlaß, wenn sie nur den ›richtigen‹ Gerichten anvertraut war. Diese Hilfe gehört offenbar zur Signatur aller neueren Rechtszeitalter. Es ergeben sich auch dazu ganz andere Kontinuitätsbilder als gewohnt und ganz andere Anlässe zur Klage. Nicht alles erscheint noch als Krisensymptom, was man zu beklagen gewohnt ist.

Auch die Zivil-Justiz nimmt also offen an der demokratischen Legitimation der Rechts-Gewalten teil. Sie darf die Rechtsregeln richterrechtlich aus Billigkeit und gemäß der Verfassung mitkonstituieren, aber keineswegs ›am Gesetzestext vorbei‹. Der Gesetzgeber in unserem Verfassungsstaat beansprucht zwar Vorrang, auch gegenüber der lex contractus der Vertragsparteien, aber nicht mehr ein Monopol und

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

keinen unbegrenzten Vorrang. Die legale Grenzziehung zwischen relativ freier richterlicher Aktivität und relativ strenger Textbindung, zwischen Inhaltsgestaltung und Bindung an geformte Inhalte, ist damit neu koordiniert. In diesem Sinne steht heute »Das Recht im Zeichen der Judikative«. Mit Analysen dazu sind wir noch nicht überschwemmt.

Bernd-Dieter Meier

Alternativen zur Strafverfolgung, insbesondere im Bereich der organisierten Betäubungsmittelkriminalität

Vortrag, gehalten am 17. Oktober 1995 im Rahmen des Gesamtthemas „Recht und Rechtsvollzug – Anspruch und Wirklichkeit"

Diskussionen über die organisierte Betäubungsmittelkriminalität sind häufig von erheblichen Emotionen und dem Ruf nach radikalen Maßnahmen begleitet. In dem Beitrag, der auf einen Vortrag des Autors vor der Juristischen Studiengesellschaft Hannover zurückgeht, wird versucht, der Diskussion einen Teil ihrer Emotionalität und Schärfe zu nehmen. Ziel ist es, die Überlegungen zum Umgang mit der organisierten Betäubungsmittelkriminalität in einen allgemeineren kriminalpolitischen Reformzusammenhang zu stellen und eine stärkere Berücksichtigung des kriminologischen Erfahrungswissens einzufordern. Diskutiert werden unter anderem die Chancen und Gefahren einer partiellen Freigabe des Umgangs mit »weichen« Drogen sowie von »marktwirtschaftlichen« und »gesundheitspolitischen« Strategien zum Umgang mit der Drogenproblematik.
Der Autor ist Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover.

1996, 48 S., Rückendrahtheftung, 14,80 DM, 108,– öS, 14,– sFr,
ISBN 3-7890-4154-8
(Juristische Studiengesellschaft Hannover, Bd. 25)

NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Kommentare

Klaus Lüderssen
Das Elend der kritischen Kriminologie*

Eine Mono-Disziplin ...

Nach 25 Jahren mühevollen, geduldigen, von nicht endender Bereitschaft, immer wieder neu zu verstehen, auch die wechselnden Moden zu akzeptieren (»Sie müssen jetzt Philippe Robert lesen«, 10 Jahre davor mußte es noch unbedingt z. B. Wilson und davor Chambliss sein), getragenen Anstrengungen der Kooperation mit der mehr oder weniger locker unter der Chiffre »kritische Kriminologie« firmierenden Gruppe von Soziologen ergreift mich selbst die Hoffnungslosigkeit jener persönlich liebenswürdigen und intellektuell interessanten akademischen Kollegen, die nicht aufhören zu prüfen, ob nicht doch alles Konstruktion sei, und wenn die Provokation des Realen zu offensichtlich ist, Scherzfragen anzubieten: »Was sagt eigentlich der radikale Konstruktivist, wenn seine Geliebte ihn fragt, ob sie seiner Ehefrau die Wahrheit darüber sagen solle, wo er die letzte Nacht verbracht hat?«.[1] Gelegentlich flammt freilich so etwas wie eine ernste Sorge auf, man könne mit den permanenten Insich-Geschäften am Ende doch wohl Wesentliches verfehlen. Freilich ist es, soviel ich sehe, jeweils derselbe, der das tut, Sebastian Scheerer. Vor gut zehn Jahren apostrophierte er den Moralunternehmer, und neuerdings verlegt er sich auf die folgende Beschwörung: »Man nehme nur einmal irgendein Thema, das aktuell von allgemeinem Interesse ist, und frage sich, ob wir als kritische KriminologInnen dazu über seriöse Antworten verfügen. Zu solchen Themen wären etwa zu zählen: rechte Gewalt, organisierte und grenzüberschreitende Kriminalität, Entführungen und Erpressungen, Jugendgewalt, Ausländerkriminalität, Polizeiübergriffe, Drogenkriminalität, Vergewaltigung, sexueller Mißbrauch, Korruption, Menschenhandel, Serienkiller, Schutzgelderpressungen, Lauschangriffe, Gefängnisskandale – und vieles mehr. Unter einer seriösen Antwort wäre eine durchdachte, kohärente, ehrliche und hilfreiche Antwort zu verstehen. Wenn wir über solche Antworten verfügten, würde man sicher mehr von ihnen hören. Es sei denn, man wollte eine geschickte Zensur und/oder teuflische Verschwörung ausmachen, welche die wertvollen Beiträge der kritischen Kriminologie zur Reflexion dieser Kategorien und zur Erklärung der damit bezeichneten Phänomene unterdrückten. Doch die große Zeit der Verschwörungstheorien (die es unter kritischen KriminologInnen vor längerer Zeit auch schon mal gab), ist inzwischen vorbei. Und so bleibt nur noch die unangenehme Vermutung, daß die Realitätsfilter unserer Zunft inzwischen zu Gunsten betriebsinterner Geschäftigkeit und der Optimierung der Ressourcenverteilung so weit verstopft sind, daß die Auseinandersetzung mit diesen und vielen anderen relevanten Themen nicht mehr möglich, nicht mehr attraktiv oder förderlich zu sein scheint.«[2]

* Die ›Kritische Justiz« eröffnet mit diesem Artikel eine Diskussion zum Thema »Kritische Kriminologie«. Auf den Beitrag von Klaus Lüderssen werden in den nächsten Heften Monika Frommel, Henner Hess und Sebastian Scheerer antworten.

1 Sebastian Scheerer, Anhedonia Criminologika in: Kriminologisches Journal, 1997, S. 23 ff. (36).

2 Ebd., S. 34/35.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1997-4-429 - Generiert durch IP 216.73.217.73, am 14.06.2026, 20:44:59. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.