



Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Volker Rieble*

Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG

I. Ein Beschluss wie ein Paukenschlag

Das vom *Familiensenat* des *BGH* konzipierte „neue“ Zweitehen-Unterhaltsrecht¹ ist verfassungswidrig, weil der *BGH* mit seiner Rechtsfortbildung den „klaren Wortlaut“² des geltenden § 1578 BGB überdehne: Dessen Bezug auf die „ehelichen Lebensverhältnisse“ lasse eine unterhaltsrechtliche Gesamtschau, mit der es die geschiedene Erstfrau, die aktuelle Zweitfrau und den unterhaltspflichtigen Mann zu einer „polygamen Unterhalts(berechnungs)gemeinschaft“ verbunden und dann mit einer „Dreiteilungsmethode“ auseinandergerechnet hatte, nicht zu. Das sei ein unzulässiger „Systemwechsel“³. Dabei ist für das *BVerfG* von Gewicht, dass der Gesetzgeber einerseits den Zweitfamilien punktuell bessere Rechte eingeräumt, aber den zentralen Unterhaltsparagrafen 1578 unverändert belassen hat, ja die „ehelichen Lebensverhältnisse“ im neuen § 1578 b BGB als Maßstab bekräftigt. Solange der Gesetzgeber nicht (erneut) tätig wird, dürfe diese Konstellation nicht auf der Unterhaltsbedarfsseite berücksichtigt werden.

In der mir möglichen begrenzten familienrechtlichen Beurteilung fällt auf, dass das *BVerfG* den ganzen Canon von Wortlaut, Systematik, (jüngster) Gesetzgebungsgeschichte und Normzweck aufbieten muss, um die komplizierte unterhaltsrechtliche Frage zu beleuchten und die Generalklausel der „ehelichen Lebensverhältnisse“ zeitstatisch so zu eng zu se-

hen, dass die vom *BGH* entwickelte Offenheit gegenüber nahehelichen Entwicklungen gegen diese verstößt. Als bloße Vertretbarkeitskontrolle in Respekt vor fachgerichtlicher Entscheidungsfindung ist das zumindest beherzt (vulgo: engherzig). Geriert sich das *BVerfG* damit als jene Superrevisionsinstanz zur Anwendung einfachen Rechts (Oberamtsgericht), die es nicht sein will? Ist die Entscheidung des *BGH* nur „unrichtig“ oder ist sie dergestalt „unvertretbar“, dass der *Familiensenat* hinreichend eindeutig seine Gesetzesbindung verletzt hat? In der abschließenden Konsolidierungsrechnung werden wir oberamtsgerichtlich dahin belehrt, dass die Beschwerdeführerin jeden Monat 273 Euro mehr bekommen müsse!

Die Intervention des *BVerfG* beendet die Fachdiskussion um die Rechtsprechung des *Familiensenats*. Nicht der Diskurs, sondern die Autorität hat entschieden. Aber: Das ist durchaus Aufgabe desjenigen Gerichts, das Art. 20 III GG zu überwachen und durchzusetzen hat. Es stellt fest, welchen Spiel-

* Der Autor ist Direktor des ZAAR und Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München. – Besprechung von *BVerfG*, Beschl. v. 25. 1. 2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, 836 (unter Nr. 3 in diesem Heft). S. aus familienrechtlicher Sicht den Beitrag von *Götz/Brudermüller*, NJW 2011, 801 (in diesem Heft).

1 Zentral: *BGHZ* 177, 356 = NJW 2008, 3213.

2 *BVerfG*, NJW 2011, 836 Rdnr. 69.

3 *BVerfG*, NJW 2011, 836 Rdnr. 55.

raum das Gesetz dem Richter lässt und verschafft dem (parlamentarischen) Gesetz eben jene autoritäre Durchsetzung, die dem Gesetzgeber geschuldet ist. Die zentrale Frage auf der Meta-Ebene lautet: Wie nun stelle ich (methodisch) fest, ob eine Frage von Gesetz entschieden ist und damit die Richterrechtsetzung hindert? Ist der Spielraum eher klein, weil dem Gesetz strenger Gehorsam geschuldet ist – oder ist er eher groß, weil die Richter als Pianisten schon wissen, wie sie das Notenblatt des Gesetzgebers zu lesen haben⁴?

II. Zwei Lesarten ...

Die Entscheidung ist streng und lässt zwei Lesarten zu, die zu ganz unterschiedlichen Einschätzungen der Entscheidung und ihrer Folgewirkungen führen müssen.

1. Lesart: Strenge Observanz der Gesetzesbindung

Später Triumph für *Bernd Rütters*, der seit geraumer Zeit und immer wieder vor den Richteroligarchen warnt⁵, die kreationistisch nach eigenem „Gutdünken“ Recht setzen und ändern?

So scheint es auf den ersten Blick. Das *BVerfG* betont die „Grenzen vertretbarer Auslegung und Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung“⁶ und ebenso, dass es um eine Kernfrage unseres Gemeinwesens geht: die Gewaltenteilung, die es der dritten Gewalt untersagt, rechtmäßige Gesetze als unzweckmäßig abzuqualifizieren und als Gesetzeszensor und Wissensanmaßer besser zu wissen als das Parlament, was dem Volke regulatorisch frommt⁷. Damit knüpft das *BVerfG* an die legendäre Sozialplanentscheidung aus 1983 an⁸, die ein vom *BAG* freirechtlich geschaffenes Konkursvorrecht kassierte.

Ein zweiter Zusammenhang verdient es, immer wieder betont zu werden: Richter dürfen die richterliche Unabhängigkeit gegenüber den Norm- und Spruchunterworfenen nur deswegen beanspruchen, weil und soweit sie die Gesetzesbindung und damit den Souverän achten, in dessen Namen sie Recht sprechen⁹. Sobald Spruchkörper dessen Macht ergreifen, sich gar zur Rechtsetzung *contra legem* ermächtigen, sind sie keine Gerichte mehr, sondern üben eine andere Art der Staatsgewalt aus, sei es eine Sondergesetzgebung, sei es aber auch die sozialpolitische Intervention der Exekutive, die den Einzelfall gesetzwidrig, aber nach eigenem Gerechtigkeitsgefühl mit einer quasibehördlichen Intervention „befriedet“. Das Familienrecht ist insoweit wie das Arbeitsrecht besonders und gleich doppelt gefährdet, weil das Rechtsgefühl des Entscheiders die abstrakte Gesetzesbindung als „ungerecht“ und „prinzipiell“ empfindet, so dass das Mitgefühl für eine Person letztlich Gnade vor Recht entscheiden lässt.

Anders gewendet: Der Richter hat keine eigene originäre Autorität, sondern leitet diese von den Rechtsregeln ab, die er entscheidendkonkretisierend auf Lebenssachverhalte zur Anwendung bringt: Die Rechtsnorm selbst (oder das Normensystem) definiert mit Regelungskern und Regelungshof in ihrer typischen Unschärfe – bei Generalklauseln mit besonderer Weite – den Handlungsspielraum des Richters. Ignoriert dieser seinen Handlungsauftrag, so handelt er *ultra vires*, überschreitet seine Vollmacht, schwingt sich vom Gutswalter zum Gutsherren auf und veruntreut das ihm anvertraute Recht. Die Gesetzesbindung ist Kompetenz- und Gerechtigkeitsfrage.

All das ist bekannt. Und es ist zu begrüßen, wenn das *BVerfG* der ausufernden Praxis gesetzesübersteigender Richterrechtsbildung ernsthaft begegnen möchte. Die vielbeschworene „Materialisierung“ der Rechtsordnung führt mitunter zu mit-

fühlender, indes gesetzwidriger Rechtsanwendung. So will der *BGH* eine Vertragsstrafe unter Kaufleuten herabsetzen; er sieht, dass das Ermäßigungsrecht des § 343 BGB wegen des eindeutigen § 348 HGB eigentlich ausgeschlossen ist, will aber über § 242 BGB eine Quasi-Ermäßigung vornehmen – zum doppelten Betrag, der nach § 343 BGB fällig wäre¹⁰. Nichtanwendbarkeit heißt also: Anwendung mit Faktor zwei.

Das Arbeitsrecht wird dem *BVerfG* ein weiträumiges Betätigungsfeld verschaffen, weil die Arbeitsgerichtsbarkeit 1926 mit dem Auftrag sozialen Einfühlungsvermögens gegen den zivilistischen Positivismus geschaffen wurde und bis heute freirechtlich agiert. Vor allem der *Tarifsenat* erfindet Tarifrechtssätze, die nicht nur im TVG nicht enthalten sind, sondern diesem zuwiderlaufen. Das Programm heißt: „Tarifbindung statt Gesetzesbindung“¹¹. Die erfüllte und nicht näher zu diagnostizierende „Störung der Tarifautonomie“ berechtigt zur Änderung des TVG: So verlangt die Tarifbindung nach § 3 I TVG eindeutig und ausdrücklich die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband zum Zeitpunkt des Tarifabschlusses. Verlässt nun ein Arbeitgeber blitzschnell und blitzgescheit vor Inkrafttreten eines Tarifvertrags seinen Arbeitgeberverband, so sei das schädlich (nach welchen Maßstäben auch immer) und wird vom *Tarifsenat* des *BAG* durch eine verordnete Verbindung an den Tarifvertrag kompensiert, der der beendeten Mitgliedschaft nachfolgt: ein greifbarer Bruch mit der Gesetzesbindung¹². Die im Vergleich mit anderen Fachgerichten „offensive“ und methodenfreie Richterrechtsetzung des *BAG* wird vielfach kritisiert¹³. Das Gericht erfindet, was es sozialpolitisch braucht, und usurpiert eine Richterrechtsetzungskompetenz nicht nur im von der (zudem) Gesetzgebung freigehaltenen Arbeitskammerrecht, sondern auch dort, wo es abschließende Kodifikationen gibt.

Die zentrale Frage aber lautet: Wird das *BVerfG* den harten und strengen Bindungs-Maßstab seines Beschlusses auch künftig praktizieren und auch in Arbeitssachen und anderen Angelegenheiten – zumal dies zwar keine „Flut“, aber doch eine erkleckliche Anzahl von Verfassungsbeschwerden auslösen und damit die empfundene Überlast eigenverantwortlich steigern wird? Hier darf man Zweifel haben.

2. Lesart: Familienpolitische Intervention des BVerfG

Man kann die Entscheidung anders werten: als eine von vielen ihrerseits politischen Interventionen des Karlsruher Gerichts¹⁴. Die Gesetzesbindung des Richters wäre nur eine beliebige Begründung, um ein gewünschtes Ergebnis zu erzie-

4 Aus der uferlosen Diskussion: *Hirsch*, Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung, 2003; *Steiner*, in: Festschr. f. Hirsch, 2008, S. 611; *Staudinger/Coing/Honsell*, BGB, Neubearb. 2004, Einl. z. BGB Rdnrn. 200 ff.; luzide *Schmitt*, Gesetz und Urteil, 2. Aufl. (1969), insb. S. 91 ff.; *Flume*, Richter und Recht, Schlussvortrag zum 46. DJT 1966 (1967), K 5; *Hirsch*, JR 1966, 334; *Roellecke*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVdStRL 34 (1975), 7 – Monographisch: *Neumer*, Die Rechtsfindung *contra legem*, 2. Aufl. (2005); *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975.

5 *Rütters*, JZ 2002, 365; *ders.*, JZ 2008, 446.

6 *BVerfG*, NJW 2011, 836 Rdnr. 50.

7 *BVerfG*, NJW 2011, 836 Rdnr. 53.

8 *BVerfGE* 65, 182 = NJW 1984, 475;

9 *Pawlowski*, in: Festschr. f. Roellecke, 1997, S. 191.

10 *BGH*, NJW 2009, 1882 – Kinderwärmekissen; dazu *Rieble*, GRUR 2009, 824.

11 Eingehend *Franzen*, in: Festschr. f. Picker, 2010, S. 929, mit Beispielen.

12 Krit. *Rieble*, RdA 2009, 280

13 Etwa *Reuter*, RdA 1985, 321 m. w. Nachw. Die vergessene Polemik von *Meilicke*, Das BAG. Selbsternannter Sondergesetzgeber zu Lasten der Arbeitgeber. Rechtsfortbildung oder Rechtsbeugung?, 1981, nennt das „Rechtsmärchen“.

14 Statt vieler *Honsell*, ZIP 2009, 1689 m. w. Nachw.

len. Ernstnehmen müsste man dann eine solche Begründung nicht. Es handelte sich um eine weitere familienpolitische Intervention des *BVerfG*¹⁵ im Rahmen einer angemessenen Zweckmäßigkeitssaufsicht, die Mutmaßungen über die wahren Gründe provoziert, die außerhalb des Entscheidungstextes zu suchen wären.

Wie will man nun feststellen, ob es dem *BVerfG* mit der Gesetzesbindung ernst ist? Auch das *BVerfG* ist ein Gericht, das seinerseits die Gesetzesbindung achten muss – materiell an das Grundgesetz und formal an das Bundesverfassungsgerichtsgesetz als Prozessordnung. Wenn es dem *BVerfG* mit der Bindung des Richters an das Gesetz ernst ist, dann müsste sich das vor allem an seiner eigenen Rechtsprechung erkennen lassen. Man müsste also Entscheidungen finden, bei denen das Gericht ersichtlich unwillig einer als unzumutbar erkannten Verfassungsnorm folgt, weil es sich als Gericht nach Art. 20 III GG selbst für gebunden hält. Zumal das materielle Normprogramm des *BVerfG* mit dem Grundgesetz überschaubar ist. Um es kurz zu machen: Diese Suche bleibt für mich ergebnislos. Im Gegenteil nimmt das Gericht für sich selbst eine erstaunliche Freiheit von (grund)gesetzlichen Normen in Anspruch.

Leitfall ist die Entscheidung zur Dauer des Ersatzdienstes nach Art. 12 a II 2 GG: Dass der Zeitbegriff „Dauer“ ein qualitatives Belastungsmoment enthalte, weswegen der längere Ersatzdienst nicht länger dauert als der kürzere Wehrdienst, kann niemand nachvollziehen – so aber das *BVerfG* im Urteil vom 24. 4. 1985¹⁶; nur die abweichende Meinungen von *Mahrenholz* und *Böckenförde* sind hier klar¹⁷. Das wird auch nicht besser durch spätere Bestätigung, die als Verbalakrobatik das Prädikat „kafkaesk“ verdient: Aus der Zeitgleichheit wird ein „Gebot der Belastungsgleichheit“¹⁸.

Aus dem Familienrecht ist bezeichnend die durchgängige Weginterpretation des „besonderen“ im Schutzgebot des Art. 6 I GG. Am Anfang stand die Erkenntnis, dass die Beinahe-Gleichstellung der Lebenspartnerschaft nicht gegen ein aus diesem Wort abzuleitendes Abstandsgebot verstoße – schon weil Homosexuelle nicht die Ehe eingehen können¹⁹. Inzwischen müssen wir lernen, dass Transsexuelle belastet werden, wenn ihnen die Lebenspartnerschaft vorenthalten wird und sie „nur“ heiraten können²⁰. Was bitte ist am Ehe-schutz noch „besonders“ im Sinne des eindeutigen Wortlauts von Art. 6 I GG? Diese Einebnung eines Ungleichbehandlungsgebots wird perfektioniert durch ein Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 I GG, einmal mit Blick auf die VBL-Betriebsrenten²¹, ein andermal für die Erbschaftsteuer²². „Besonderer“ Schutz trägt nicht einmal die gewollte Ungleichbehandlung. Das lässt sich als mutige „kreationistische“ Verfassungsentwicklung einordnen – aber ebenso als klarer Verfassungsbruch durch das Verfassungsgericht, dem es nicht zukommt, die spießbürgerlichen Vorstellungen von „Herrenchiemsee“ zu ändern. Mit den strengen Maßstäben der hier besprochenen Entscheidung spricht alles für den Verfassungsbruch, also die ignorierte Bindung des Gerichts an das Grundgesetz.

Der Umgang mit der Prozessordnung erweist sich an der rechtswidrigen Zulassung von Bild- und Tonaufnahmen aus den Verhandlungen vor dem *BVerfG* bis zum Erlass von § 17 a BVerfGG 1998 – in eindeutigen Widerspruch zu § 17 BVerfGG i. V. mit § 169 S. 2 GVG, zuerst freihändig und dann mit einer rechtswidrigen Selbstermächtigung in § 24 a I GOBVerfG schon 1995²³. Die Geschäftsordnung berief sich auf die Zulassung der Aufnahmen „gem. § 17 BVerfGG i. V. mit § 169 II GVG“, obzwar § 169 S. (!) 2 GVG ein eindeuti-

ges Verbot enthielt. Pikanterweise hat das Gericht die nach § 69 GOBVerfG gebotene Veröffentlichung der eigenen Geschäftsordnungsänderung unterlassen.

Sonderfall und Sonderproblem ist die Kammer-Spruchpraxis. Aktuelles Beispiel ist die Entscheidung der 3. Kammer des Ersten Senats vom 4. 11. 2010²⁴. Dort wird einem Österreicher, dem eine der Prüfungsrechtsprechung widerstrebende Behandlung in einem deutschen Habilitationsverfahren vorenthalten wird, auf seine Verfassungsbeschwerde hin geholfen. Das Problem: Art. 12 I GG, auf dem die Prüfungsrechtsprechung mit Blick auf den Berufszugang beruht, ist ein Deutschenrecht, für Österreicher heutzutage nicht anwendbar. Wie hilft das *BVerfG*? Schutz über die allgemeine Handlungsfreiheit, die mit Blick auf die Wissenschaftsfreiheit, vor allem aber nach Art. 3 I GG dasselbe Schutzniveau wie Art. 12 I GG gewährleisten soll. Das ist nicht bloß abenteuerlich. Der Unterschied zwischen Bürger- und Menschenrechten ist der Verfassung immanent und kann durch Art. 3 I GG nicht eingeebnet werden. Dem Österreicher hätte allenfalls durch ein europarechtliches Diskriminierungsverbot zur Inländergleichbehandlung verholten werden können, dafür ist das *BVerfG* indes nicht zuständig. Hinzu kommt ein Prozessordnungsverstoß: Die Kammern des *BVerfG* dürfen nach § 93 c I 1 BVerfGG der Verfassungsbeschwerde nur stattgeben, wenn die „maßgebliche verfassungsrechtliche Frage durch das *BVerfG* bereits entschieden“ ist. Hier hatte das *BVerfG* zwar entschieden, aber gerade umgekehrt, dass aus Art. 2 I GG kein vollwertiger Berufszugangsschutz für Ausländer möglich ist²⁵: „Jedoch kann auch die Selbstverständlichkeit, dass Ausländer Träger von Menschenrechten sind, nicht zu einer – wenn auch eingeschränkten – Anwendung des Art. 12 I GG auf diesen Personenkreis führen, soll die ausdrückliche Entscheidung des Grundgesetzes, die Berufsfreiheit nur deutschen Staatsbürgern zu gewähren, nicht unterlaufen werden.“ Gegen diesen Satz eines *Senats* verstößt die Kammerentscheidung greifbar. Ein vierfacher Rechtsbruch: Gegen das Bürgerrechtskonzept der Verfassung, gegen die eigene Senatsrechtsprechung und die Kammerkompetenz und damit gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters. Letztere nimmt das *BVerfG* bei anderen Gerichten bekanntlich recht ernst²⁶. Die vielfach gesetzwidrige Handhabung der Kammerzuständigkeit spießt *Sendler*²⁷ wunderbar auf. Der *BGH* hat daraus die Konsequenz gezogen und spricht zuständigkeitsüberschreitenden Kammerentscheidungen die Bindungswirkung nach § 31 I BVerfGG ab und betont den „Verstoß gegen den auch für das *BVerfG* geltenden (...) Grundsatz des gesetzlichen Richters“²⁸. Das *BVerfG* meint, dieses Problem bedürfe „keiner Erörterung“²⁹. Dabei leuchtet unmittelbar ein, dass jede rechtskraftübersteigende „normähnliche“ Bindungswirkung einer Entscheidung doch zumindest die Zuständigkeit des Spruchkörpers voraussetzt. Man könnte endlos fortfahren und insbesondere die „Gestal-

15 Eine Liste der „Erfolge“ der Berichterstatterin zeigt die Pressemitteilung 10/2011.

16 *BVerfGE* 69, 1 = NJW 1985, 1519.

17 *BVerfGE* 69, 1 = NJW 1985, 1519 (1528).

18 *BVerfGE* 78, 364 = NJW 1988, 3010.

19 *BVerfGE* 105, 313 = NJW 2002, 2543.

20 *BVerfG*, Beschl. v. 11. 1. 2011 – 1 BvR 3295/07, BeckRS 2011, 46019.

21 *BVerfGE* 124, 199 = NJW 2010, 1439.

22 *BVerfG*, NJW 2010, 2783.

23 Dazu v. *Coelln*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, 33. Erg.-Lfg. (2010), § 17 a Rdnrn. 26 ff., 30 ff.

24 *BVerfG*, Beschl. v. 4. 11. 2010 – 1 BvR 3389/08, BeckRS 2010, 56333.

25 *BVerfGE* 78, 179 = NJW 1988, 2290.

26 Instruktion *Höpfner*, EuZA 2011, 97.

27 NJW 1995, 3291.

28 *BGH*, NJW 2006, 1529 Rdnr. 34.

29 *BVerfG*, NStZ 2006, 680.

tung“ der Tatbestände von Kammerentscheidungen ausführen, die maßgebliche Angriffe der Verfassungsbeschwerde verschweigen – um sie nicht abwehrend begründen zu müssen.

Erwähnung verdient abschließend die Großzügigkeit gegenüber dem *EuGH*, dem das *BVerfG* mundspitzend Grenzen ankündigt, aber doch den Mut zum Pfiff nicht findet. Die Honeywell-Entscheidung³⁰ billigt dem *EuGH* die „einfache“ Kompetenzüberschreitung ultra-vires zu und beschränkt seine Kontrollbefugnis auf die Fälle, in denen das „kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten führt“. Also: Der *EuGH* braucht seine Gesetzesbindung an den deutschen Delegationsakt nicht so ernst zu nehmen – aus europapolitischen Gründen. Obwohl es dort wie hier um die Zentralfrage der Reichweite richterlicher Spruchgewalt geht. Konsistenz ist anders.

III. Fazit

Das alles kann als bedenkliches Bild im Sinne der zweiten Lesart gedeutet werden: Nach oben (*EuGH*) werde gebu-

ckelt, nach unten (Fachgerichte) selektiv interventionistisch agiert und sich selbst bemesse das *BVerfG* umfassende Freiheit von der den demokratischen Rechtsstaat konstituierenden Gesetzesbindung des Richters zu, sehe sich nicht mehr als Hüter, sondern als Gutsherr der Verfassung. Hoffen wir, dass dies ein Trugbild ist und die (zu) harte Rechtsbindungskontrolle in der Entscheidung vom 25. 1. 2011 einen erkenntnisstiftenden Wendepunkt markiert: Auch das *BVerfG* darf den Fachgerichten nur jenes Maß an Gesetzesbindung auferlegen, welches es selbst zu achten bereit ist. Daran gemessen ist der Polygamie-Unterhalt des *BGH* zwar unsympathisch, aber nicht greifbar gesetzwidrig. Über die Gesetzesbindung der Fachgerichte ist gleichförmig und nicht selektiv zu entscheiden, weil diese Gesetzesbindung als elementare Voraussetzung des demokratischen Rechtsstaats nicht politischer Tageslaune anheimgegeben werden kann. Das löst das Paradox der Gesetzesbindung des Richters, der selbst über das Gesetz entscheiden muss³¹, zwar nicht auf. Aber es schafft Glaubwürdigkeit, wo Dekonstruktion droht. ■

30 *BVerfG*, NJW 2010, 3422.

31 *Simon*, Pianisten, myops 2007, 21.