

## II. Rechtsprechung im Lichte des Grundgesetzes

In Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die Rechtsprechung neben der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt als Bestandteil der Staatsgewalt benannt. Sie ist damit als dritte Gewalt Teil der Staatsgewalt. Staatsgewalt umfasst alle vom Staat wahrgenommenen Aufgaben und Befugnisse.<sup>283</sup> Mit dem Prinzip der Gewaltenteilung geht der Gedanke einer wechselseitigen Hemmung, Balancierung und Kontrolle und damit der Mäßigung der Staatsgewalt einher.<sup>284</sup> Das Balance- und Kontrollsystem »wird durch ein höchst diffiziles Geflecht von gegenseitigen Verschränkungen, Verzahnungen und Einwirkungen erreicht, die das gesamte organisatorische Verfassungsrecht durchziehen.«<sup>285</sup> Dieses Geflecht ist funktionsübergreifend, wenn beispielsweise die Exekutive Rechtsverordnungen erlässt oder der Gerichtsbarkeit – vor allem der Verfassungsgerichtsbarkeit – die Kontrolle über die staatliche Gewalt zukommt, unabhängig davon, ob sie sich als Gesetzgebung oder als vollziehende Gewalt äußert.<sup>286</sup> Die Funktionsträger sind ihrerseits weiter aufgegliedert. Bei der rechtsprechenden Gewalt zeigt sich dies an der Aufgliederung in Fachgerichtsbarkeiten, die jeweils zur Rechtsprechung in bestimmten Rechtsgebieten berufen sind.<sup>287</sup> Die Gewaltenteilung des GG entspricht keiner starren Ordnung, vielmehr beansprucht sie eine prinzipielle Geltung, die Ausnahmen zulässt, solange nicht der Wesensgehalt des Grundsatzes der Gewaltenteilung tangiert wird.<sup>288</sup> Der jeweilige Kernbereich einer Funktion ist vor den Übergriffen und Überlagerungen einer anderen geschützt.<sup>289</sup> »Es gibt keine absolute Trennung, sondern nur eine solche, die jedem Funktionsträger das Schwergewicht, die Substanz der die jeweilige materielle Funktion prägenden Tätigkeiten und Befugnisse belässt. Für jede materielle Funktion muß es einen ‚Hauptträger‘ geben, für den diese ‚eigentliches Lebensselement‘ ist. Die identitätsbegründenden und wesentypischen Bereiche müssen erhalten bleiben. In den Randbereichen kann es dagegen Abstriche und Überlappungen geben.«<sup>290</sup>

Die Institutionalisierung der Rechtsprechung wird durch den IX. Abschnitt des GG abgesichert. Art. 92 GG ist die verfassungsrechtliche Grundnorm für die

283 Vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 36 II 1, S. 522 unter Hinweis auf Art. 30 GG.

284 Vgl. BVerfGE 3, 225, 247; 7, 183, 188; 9, 268, 279 f.; 12, 180, 186; 22, 106, 111; st. Rspr.

285 *Stern*, Staatsrecht II, § 36 IV 4, S. 539 f.

286 Vgl. ebd. S. 540.

287 Vgl. ebd. S. 541.

288 Vgl. BVerfGE 30, 1, 27 f.

289 Vgl. BVerfGE 9, 268, 280; 34, 52, 59.

290 Vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 36 IV 5, S. 541 f.

Rechtsprechung.<sup>291</sup> Sie konkretisiert die Funktionenordnung des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG im Hinblick auf die rechtsprechende Staatsgewalt.<sup>292</sup> Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut und wird durch das BVerfG, durch die im GG vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.<sup>293</sup> Der im ersten Halbs. in Art. 92 GG niedergelegte Richtervorbehalt verlangt, dass die rechtsprechende Gewalt durch staatliche Gerichte betätigt wird.<sup>294</sup> Ein staatliches Gericht liegt vor, wenn seine Bildung auf staatlichem Gesetz beruht, es der Erfüllung staatlicher Aufgaben dient und auch in personeller Hinsicht eine Bindung an den Staat gewährleistet ist. Dies ist gegeben, wenn der Staat bei der Berufung der Richter mitwirkt.<sup>295</sup> Nach dem Gebot in Art. 20 Abs. 2 GG muss die Rechtsprechung zudem durch besondere von den Organen der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt verschiedene Organe des Staates ausgeübt werden. D. h. die Gerichte müssen organisatorisch von den Verwaltungsbehörden losgelöst sein. Insbesondere eine zu enge personelle Verzahnung zwischen den Organen der rechtsprechenden und der vollziehenden Gewalt ist verfassungswidrig.<sup>296</sup> Der Richtervorbehalt untersagt jede rechtsprechende Tätigkeit durch die Verwaltungsbehörden und von nichtrichterlichen Amtsträgern der Gerichte.<sup>297</sup> Der Richter hat »nicht nur, wie nach Art. 19 Abs. 4 GG, das letzte, sondern das erste und einzige Wort.«<sup>298</sup>

291 Vgl. *Classen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 92, Rdnr. 1; *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 4, S. 893 und *Wolff*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 92, Rdnr. 4.

292 Vgl. *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 46.

293 Zum Begriff des Gerichts und des Richters s. *Kissel/Mayer*, in: GVG, § 1, Rdnr. 27 ff.

294 Vgl. BVerfGE 18, 241, 253 f.; 26, 186, 194 f.; *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 262 und *Stern*, Staatsrecht II, § 33 I 2, S. 378.

295 Vgl. BVerfGE 26, 186, 195.

296 Vgl. BVerfGE 14, 56, 67 f.; 18, 241, 254. § 4 DRiG ist die grundlegende Norm aus Sicht des Richteramts, indem sie bestimmt, welche Tätigkeiten ein Richter in anderen Staatsgewalten wahrnehmen darf (vgl. *Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 4, Rdnr. 2 f.). Neben den Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt (§ 4 Abs. 1 DRiG) ist es einem Richter gemäß § 4 Abs. 2 DRiG nur gestattet, Aufgaben der Gerichtsverwaltung (Nr. 1), andere Aufgaben, die auf Grund eines Gesetzes Gerichten oder Richtern zugewiesen sind (Nr. 2), Aufgaben der Forschung und Lehre an einer wissenschaftlichen Hochschule, öffentlichen Unterrichtsanstalt oder amtlichen Unterrichtseinrichtung (Nr. 3), Prüfungsangelegenheiten (Nr. 4) und den Vorsitz in Einigungsstellen und entsprechenden unabhängigen Stellen im Sinne des § 104 Satz 2 des Bundespersonalvertretungsgesetzes (Nr. 5) wahrzunehmen. Die Ausnahmen in Abs. 2 sind abschließend (*Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 4, Rdnr. 28).

297 Das GG kennt jedoch selbst zwei Durchbrechungen. Nach Art. 84 Abs. 4 Satz 1 GG beschließt der Bundesrat, ob das gerügte Land das Recht verletzt hat. *Bettermann* wertet diese Entscheidung als Rechtsprechungsakt, weil der Bundesrat im Streit zwischen der Bundesregierung und dem Land ersichtlich als Unparteiischer fungiere. Dementsprechend ist auch die Wahlprüfung gemäß Art. 41 Abs. 1 GG durch das gewählte Parlament kein Rechtsprechungsakt, da dieses in eigener Sache entscheidet. Die zweite Durchbre-

## 1. Rechtsprechungs-begriff

Was genau ist aber gemeint, wenn das GG von der rechtsprechenden Gewalt bzw. der Rechtsprechung spricht?<sup>299</sup> Der Verfassungsgeber selbst hält keine Begriffsbestimmungen bereit.

### a) Begriffsbestimmung durch das BVerfG

Nach Art. 103 der Weimarer Reichsverfassung<sup>300</sup> wurde die ordentliche Gerichtsbarkeit durch das Reichsgericht und die Gerichte der Länder ausgeübt. Der in Art. 103 der Weimarer Reichsverfassung enthaltene Begriff »Gerichtsbarkeit« wurde überwiegend in einem formellen Sinne verstanden, wonach sich der Umfang der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch die gesetzliche Zuweisung von Aufgaben ergebe und die Verfassung selbst keine bestimmten Aufgaben der Justiz zuweise.<sup>301</sup> Entsprechend ließe sich der Rechtsprechungs-begriff des GG formal danach bestimmen, was die Verfassung und die einfachen Gesetze den Richtern in Form von Richtervorbehalten oder Rechtsweggarantien zuweisen. Damit wäre alles, was ein Richter in legitimer Weise tut, auch als Rechtssprechung anzusehen.<sup>302</sup> Allerdings hätte Art. 92 GG dann keinen spezifischen Gehalt. Es stünde vielmehr im gesetzgeberischen Ermessen, welche Staatstätigkeit zur Rechtsprechung gehören soll, obwohl die Verfassung mit Art. 92 GG gerade den Gesetzgeber daran hindern will, rechtsprechende Tätigkeit zu entziehen oder vorzuenthalten.<sup>303</sup> Die Verfassungsnorm würde einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt un-

chung findet sich in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG, wonach die Rechtskontrolle »an die Stelle des Rechtsweges« tritt (vgl. *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 6).

298 *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 5.

299 Der Begriff »rechtsprechenden Gewalt« taucht neben Art. 92 an keiner weiteren Stelle im GG auf. Er findet sich in einfachgesetzlichen Normen wieder, wie beispielsweise in den §§ 1 und 4 DRiG. Der damit verwandte und deckungsgleiche Begriff der »Rechtsprechung« hingegen wird mehrfach erwähnt, so in den Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, 20a und in der Überschrift des IX. Abschnitts GG.

300 RGBl. 1919, S. 1383.

301 Vgl. RGZ 107, 320, 323 f.; *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 103 WRV, Anm. 1.

302 Vgl. *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92 Rdnr. 66 und *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 70.

303 Vgl. BVerfGE 22, 49, 75; *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 66; *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 18; *Classen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 92, Rdnr. 6 und *Smid*, Rechtsprechung, S. 97.

terworfen, der dem GG nicht zu entnehmen ist,<sup>304</sup> und Art. 92 GG erhalte auf diese Weise einen tautologischen Inhalt, indem alle Aufgaben, die den Richtern durch die Gesetze zugewiesen werden, ihnen auch anvertraut wären.<sup>305</sup> Auch eine Beschränkung auf die verfassungsrechtlichen Zuweisungen ist nicht befriedigend, da das GG das Zivilrecht und viele Bereiche des Strafrechts, die zu den herkömmlich dem Richter zugewiesenen Aufgaben gehören, nicht eigens hervorhebt.<sup>306</sup>

Die Zuweisung der Rechtsprechung an Richter und der damit einhergehende Ausschluss aller anderen Staatsorgane von der Staatsfunktion der Rechtsprechung setzen vielmehr einen materiellen Begriff der Rechtsprechung voraus. In seiner Entscheidung vom 6. Juni 1967 hat das BVerfG Art. 92 GG ein materielles Verständnis zugrunde gelegt, weil nur ein solches dem Sinn des Art. 92 GG gerecht würde:<sup>307</sup> »Die Sorgfalt, die das Grundgesetz der Hervorhebung der rechtsprechenden Gewalt als Institution und als Kontrollorgan der übrigen Gewalten widmet, wäre schwer verständlich, sollte ihr Umfang schlechthin dem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegen. Die Schöpfer des Grundgesetzes haben der rechtsprechenden Gewalt diese besondere Sorgfalt gewidmet, weil sie sich bewußt waren, wie die Rechtsprechung unter dem nationalsozialistischen Regime ausgehöhlt und pervertiert worden war. Die Konstituierung einer eigenständigen und unabhängigen rechtsprechenden Gewalt gehörte danach zu den besonderen Zielen des Verfassungsgebers.«<sup>308</sup>

Das BVerfG hat zwar offen gelassen, ob sich eindeutige Kriterien für die Bestimmung des Rechtsprechungsbegriffs finden lassen,<sup>309</sup> ob jedoch eine Aufgabe als Rechtsprechung zu qualifizieren ist, hängt von der verfassungsrechtlichen, traditionellen oder einer durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierung ab.<sup>310</sup> Das BVerfG betont, dass mit Art. 92 GG bereits eine Zuweisung bestimmter Aufgaben an die rechtsprechende Gewalt, die die Verfassung selbst an anderer Stelle den Gerichten übertrage, erfolgt. Dazu gehört die Aufzählung der Zu-

304 Vgl. *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 66; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 70 und *Wilke*, in: HStR V, § 112, Rdnr. 57.

305 Vgl. *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 66; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 70 und *Stern*, Staatsrecht I, § 20, IV 5, S. 844 f.

306 Vgl. *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rdnr. 40 und *Hopf*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/ders.*, GG, Art. 92, Rdnr. 3 f. A. A. noch *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 1978, Art. 92, Rdnr. 35 ff. und 42 ff.

307 Vgl. BVerfGE 22, 49, 73; in BVerfGE 8, 197, 207 noch offen gelassen.

308 BVerfGE 22, 49, 73.

309 Vgl. BVerfGE 21, 139, 144; 8, 197, 207; s. a. BVerfGE 22, 49, 77.

310 Vgl. BVerfGE 22, 49, 76 ff.; 64, 175, 179; 76, 100, 106; 103, 111, 136 f.

ständigkeiten des BVerfG<sup>311</sup> und die ausnahmslose Rechtskontrolle bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt nach Art. 19 Abs. 4 GG. Daneben bestehen die alleinige gerichtliche Zuständigkeit zur Anordnung von Freiheitsentziehungen nach Art. 104 Abs. 2 und 3 GG und weitere Einzelzuweisungen<sup>312</sup>. »Damit ist nahezu der ganze Katalog der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, fast die gesamte Tätigkeit der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichte (repressive Rechtskontrolle nach Art. 19 Abs. 4), die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Nachprüfung von Bußgeldbescheiden der Verwaltung (ebenfalls Art. 19 Abs. 4), der bedeutsamere, zu Freiheitsstrafen oder Ersatzfreiheitsstrafen führende Teil der Strafgewalt (Art. 104), jede sonstige Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2) und ein Teil der den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten, nämlich Enteignungs- und Amtshaftungssachen, als ausschließlich den Gerichten vorbehalten und als Rechtsprechung im materiellen Sinn charakterisiert.«<sup>313</sup> Unerheblich ist dabei, ob die Zuweisung an das Gericht oder an den Richter erfolgt oder ob von Rechtsweg gesprochen wird.<sup>314</sup>

Unberührt von der Tatsache, dass sie im GG nicht besonders aufgeführt sind, gehören nach der Rechtsprechung des BVerfG auch die traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung, d. h. die bürgerliche Rechtspflege und Strafgerichtsbarkeit, zur rechtsprechenden Gewalt.<sup>315</sup> Diese traditionellen Rechtsprechungsmaterien können aber einem Wandel unterliegen. So kann der Gesetzgeber beispielsweise die Materie Strafrecht dadurch reduzieren, dass er einen Straftatbestand in eine bloße Ordnungswidrigkeit umwandelt.<sup>316</sup>

Neben der verfassungsrechtlichen und der traditionellen Qualifizierung kann auch der Gesetzgeber eine Tätigkeit als Rechtsprechungsaufgabe qualifizieren,

311 Vgl. Art. 93, 99, 100 sowie 18, 21 Abs. 2, 41 Satz 2, 61, 84 Abs. 4, 98, 126 GG.

312 So in Art. 13 Abs. 2 (Durchsuchungen), 14 Abs. 3 Satz 4 (Enteignungsentschädigung), 15 Satz 2 (Entschädigung für Sozialisierung), 34 Satz 3 (Amtshaftung), 95 (Oberstes Bundesgericht) und 132 Abs. 3 (vorläufige Aufhebung von Beamtenrechten) GG.

313 BVerfGE 22, 49, 78.

314 Vgl. *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 128; *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 65 Fn. 3. Die konkreten verfassungsrechtlichen Zuweisungen lassen sich in die Richtervorbehalte im engen Sinne (Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2; 18 Satz 2, 21 Abs. 2 Satz 2, 61 Abs. 2, 97 Abs. 2 Satz 1, 98 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 5, 100 Abs. 1, 104 Abs. 2, 126 GG) und in die sonstigen Richtervorbehalte, d. h. Rechtswegzuweisungen (Art. 14 Abs. 3 Satz 4, 15 Satz 2, 19 Abs. 4 Satz 1, 34 Satz 3, 41 Abs. 2, 84 Abs. 4 Satz 2, 93 Abs. 1 GG) unterteilen (vgl. *Wolff*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 92, Rdnr. 12).

315 BVerfGE 22, 49, 77; für die Strafgerichtsbarkeit schon BVerfGE 8, 197, 207 und 12, 264, 274; für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Vermögenssachen schon BVerfGE 14, 56, 66.

316 Vgl. BVerfGE 22, 49, 78; 22, 125, 133.

indem er Richter damit betraut. Die Qualifizierung einer Tätigkeit als Rechtsprechung durch den Gesetzgeber wird nur angenommen, wenn die Aufgabe ausdrücklich durch das Gesetz dem Richter oder den Gerichten zugewiesen wird.<sup>317</sup> Durch die Zuweisung von weiteren Aufgaben durch den Gesetzgeber dürfen die eigentlichen Rechtsprechungsaufgaben nicht in Mitleidenschaft gezogen werden.<sup>318</sup> Je enger dabei ein Zusammenhang zur eigentlichen Rechtsprechungstätigkeit gegeben ist, desto unbedenklicher ist die Übertragung solcher Aufgaben.<sup>319</sup> Grundsätzlich kann der Gesetzgeber Richtern auch durch Gesetz Aufgaben zuweisen, die nicht<sup>320</sup> oder nicht ohne weiteres<sup>321</sup> als zu den typischen Aufgaben der Gerichte zugehörig gelten, sofern das GG deren Wahrnehmung nicht einer anderen Gewalt vorbehält.<sup>322</sup>

Ob durch den Gesetzgeber zugewiesene Aufgaben dann auch der materiellen Rechtsprechung zuzuordnen und damit gemäß Art. 92 GG den Richtern vorbehalten sind,<sup>323</sup> ist fraglich. In Grenzfällen wurde bisher vom BVerfG offen gelassen, ob eine durch Gesetz den Richtern zugewiesene Aufgabe als Tätigkeit der Rechtsprechung im materiellen Sinne anzusehen sei. Im Hinblick auf die richterliche Tätigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit erhob das BVerfG beispielsweise Zweifel, ob diese ihrem sachlichen Gehalt nach der Rechtsprechung zugeordnet werden könnten und führte aus: Sollten die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht als Rechtsprechung angesehen werden, so fielen sie zwar nicht unter den Richtervorbehalt, dem Gesetzgeber sei es jedoch weder aufgrund des Art. 92 GG noch aufgrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes verwehrt, solche Aufgaben an die Gerichte zu geben.<sup>324</sup>

## b) Einzelne Begriffsmerkmale

In der Entscheidung aus dem Jahr 1967 stellte das BVerfG fest, dass die Begriffsbestimmung der Rechtsprechung in der Rechtslehre noch nicht abgeschlos-

317 Vgl. BVerfGE 14, 56, 65 ff.; 27, 18, 28; 18, 241, 251 f.; 76, 100, 105 f.

318 Vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 5, S. 900; *Wolff*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 92, Rdnr. 33 und *Bettermann*, in: *HStR* III, § 73, Rdnr. 8.

319 Vgl. BVerfGE 64, 175, 179; 76, 100, 106 sowie *Wolff*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 92, Rdnr. 33.

320 Vgl. BVerfGE 25, 336, 346.

321 Vgl. BVerfGE 21, 139, 144; 64, 175, 179; 76, 100, 106.

322 BVerfGE 21, 139 144; 64, 175, 179.

323 Vgl. BVerfGE 21, 139, 144; 64, 175, 179; 76, 100, 106.

324 Vgl. BVerfGE 21, 139, 145; s. a. BVerfGE 9, 89, 97 f. in Bezug auf das Haftbefehrsverfahren und BVerfGE 103, 111, 140 f. in Bezug auf die Wahlprüfung.

sen sei.<sup>325</sup> Dieser Feststellung kann heute noch genauso zugestimmt werden, weshalb im Folgenden einzelne Rechtsprechungsmerkmale diskutiert werden.

Um den Begriff der Rechtsprechung näher zu bestimmen, wird einzeln oder in Kombination vor allem auf die folgenden Kriterien zurückgegriffen: Danach stellt sich Rechtsprechung als ein besonderes Verfahren dar, in dem ein Rechtsstreit letztverbindlich durch einen unbeteiligten Dritten entschieden wird. Die größte Einigkeit besteht darin, dass es sich bei der Rechtsprechung um die Entscheidung eines Rechtsstreits durch einen unbeteiligten Dritten handelt.<sup>326</sup> Damit sind zunächst drei Merkmale angesprochen: Es geht erstens um einen Rechtsstreit, der zweitens durch eine Entscheidung beendet wird, wobei diese Entscheidung drittens durch einen unbeteiligten Dritten erfolgt.

Den Begriff des Rechtsstreits definiert *Ernst Friesenhahn*, wenn er ausführt, dieser sei ein Streit, in dem es um »geltend gemachtes und bestrittenes Recht« gehe.<sup>327</sup> Problematisch wird diese Definition bei nichtstreitigen Verfahren, da es in diesen Fällen »an der streitkonstituierenden Gegensätzlichkeit von Rechtsbehauptungen« fehlt.<sup>328</sup> Andererseits dient auch die freiwillige Gerichtsbarkeit oft der Streiterledigung beispielsweise bei Streitigkeiten geschiedener Eltern über den persönlichen Umgang mit den Kindern oder zwischen Nachlassbeteiligten im Verfahren auf Erteilung des Erbscheins.<sup>329</sup> Demgegenüber fehlt es ebenfalls außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit oft am »bestrittenen Recht« wenn der Kläger das Gericht zur Entscheidung gegen den Beklagten anruft und der Beklagte den Anspruch des Klägers sofort anerkennt oder ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lässt oder sich die Parteien außergerichtlich einigen.<sup>330</sup> Darüber hinaus ist zu fragen, ob der Rechtsprechungsbegriff nicht auch eine rechtsklärende Tätigkeit umfasst.<sup>331</sup>

325 Vgl. BVerfGE 22, 49, 73.

326 Vgl. *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 110; *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 136; *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 87; *Classen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 92, Rdnr. 12; *Friesenhahn*, in: FS Thoma, S. 21, 27 und *Starck*, in: VVDStRL 34, S. 43, 65 f.

327 *Friesenhahn*, in: FS Thoma, S. 21, 36.

328 *Smid*, Rechtsprechung, S. 226 nimmt entsprechend die freiwillige Gerichtsbarkeit als »folgenorientiertes, administratives Gerichtshandeln« aus dem Rechtsprechungsbegriff aus. Vgl. auch *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 74 und *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 4, S. 896 f.

329 Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 11, Rdnr. 8 f.

330 Vgl. ebd., § 1, Rdnr. 4.

331 So betrachtet, ließe sich auch die abstrakte Normenkontrolle als rechtsprechende Aufgabe definieren (vgl. *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 46; s. a. *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 73, insb. Fn. 47). Hier ergäbe sich der Charakter der Streitentscheidung daraus, dass die Norm in ihrer Rechtmäßigkeit und/oder Gültigkeit bestritten würde (*Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 46). In diesem Sinne wäre im Hinblick

Die Rechtsprechung hat es somit nicht nur mit »geltend gemachtem und bestrittenem Recht« zu tun. Rechtsstreit lässt sich daher eher als rechtliche Streitigkeit im Gegensatz zu Streitigkeiten, die lediglich politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Angelegenheiten betreffen, definieren.<sup>332</sup> Damit könnte auch an die Ausführungen über die Verrechtlichung von Konflikten angeknüpft werden.<sup>333</sup> Die Frage ist dann allerdings, ob hiermit für die Begriffsbestimmung von Rechtsprechung überhaupt etwas gewonnen ist. Wie oben dargestellt werden konnte, setzt die Behandlung eines Konflikts durch das gerichtliche Verfahren seine Verrechtlichung voraus. Es wird somit bereits implizit angenommen, dass Richter es mit verrechtlichten Konflikten zu tun haben und dies ist im Begriff der Rechtsprechung selbst bereits enthalten.

Eng mit dem Kriterium des Rechtsstreits ist das Rechtsprechungskriterium des Entscheidens verbunden. Richten ist die Tätigkeit, in der zwischen zwei gegensätzlichen Behauptungen entschieden wird.<sup>334</sup> Auch das BVerfG hat in einem frühen Urteil festgestellt, dass zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung auf jeden Fall das Element der Entscheidung gehört, d. h. der Feststellung und des Ausspruchs dessen, was rechtens ist.<sup>335</sup> Allerdings kann es sein, »daß im Verfahren nicht mehr streitig verhandelt wird, sondern daß ein Vergleich oder ein Anerkenntnis bevorsteht«,<sup>336</sup> und der Richter nicht mehr unter Anwendung des Rechts entscheiden kann. Die maßgebliche Frage besteht somit darin, ob sich der Begriff der Rechtsprechung in der Streitentscheidung erschöpft oder ob ihm darüber hinaus Bedeutung zukommt.<sup>337</sup> Gerade im Hinblick auf die

auf zukünftige Konstellationen, in denen die im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle bestrittene Norm eine Relevanz hat, vor allem eine streitvermeidende Funktion der Rechtsprechung angesprochen.

332 Vgl. *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 39.

333 Vgl. o. B. III. 1.

334 *Friesenhahn*, in: FS Thoma, S. 21, 27; vgl. auch *Classen*, in: von *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 92, Rdnr. 11; *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, S. 52; ferner:

*Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 87; *Starck*, in: VVDStRL 34, S. 43, 65 f.; *Wassermann*, in: AK-GG, Art. 92, Rdnr. 30; *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 38; *Meyer*, in: *Kunig*, GG, Art. 92, Rdnr. 7; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 92, Rdnr. 26; kritisch: *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rdnr. 38 und 43 f.; ausführlich: *Leisner*, Das letzte Wort, S. 47 ff.; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 74, 78 und Fn. 78; *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 4, S. 896.

335 Vgl. BVerfGE 7, 183, 188.

336 *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 136.

337 Vgl. *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 43; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 74; *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, § 278, Rdnr. 9 in Bezug auf die Güteverhandlung; *Wrege*, DRiZ 2003, S. 130, 132; anders *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, S. 3243, 3244, die die Aufgabe des Richters, auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzel-

Betonung der gütlichen Streitbeilegung und der damit einhergehenden Schlichtungsfunktion des Richters durch die neue ZPO-Reform wird man das Vorliegen von Rechtsprechung immer dann annehmen können, »wenn die Entgegengesetztheit der Rechtsauffassungen typisch ist, mag sich im konkreten Einzelfall auch eine Annäherung der Standpunkte ergeben haben.«<sup>338</sup> Entscheidend ist dann, dass mit Klageerhebung der Konflikt »streitig gemacht« und damit potentiell einer richterlichen Entscheidung zugänglich gemacht wurde.

Wichtiges und drittes Kriterium der Rechtsprechung ist das des unbeteiligten Dritten.<sup>339</sup> Während die Verwaltung in eigener Sache und als Beteiligte am Rechtsverhältnis entscheidet, um ihre gesetzlich vorgegebenen Zwecke zu erreichen, entscheidet der Richter in fremder Angelegenheit. Für das BVerfG ist für jede richterliche Tätigkeit wesentlich, »daß sie von einem nichtbeteiligten Dritten ausgeübt wird; denn diese Vorstellung ist mit dem Begriff von ‚Richter‘ und ‚Gericht‘ untrennbar verknüpft, ist diesen Begriffen immanent.«<sup>340</sup> Auch wenn der Richter selbst Staatsorgan ist, bleibt er Dritter zwischen den streitenden Parteien. Richter der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheiden keineswegs »in eigener Sache«, nur weil der Staat oder eine seiner Behörden am Verfahren beteiligt ist.<sup>341</sup>

Neben den Kriterien der Entscheidung eines Rechtsstreits durch einen unbeteiligten Dritten wird in der Literatur auch das Gerichtsverfahren als durch das Verfassungsrecht und das Prozessrecht besonders ausgestaltetes Verfahren als ein weiteres Kriterium herangezogen, um den Rechtsprechungsbegriff zu be-

ner Streitpunkte bedacht zu sein, als Annex zur streitentscheidenden Tätigkeit ansehen und eine Qualifizierung als Rechtsprechung ausdrücklich ablehnen.

338 Achterberg, in: FS Menger, S. 125, 136.

339 Vgl. BVerfGE 3, 377, 381; 4, 331, 346; 14, 56, 69; 18, 241, 255; 21, 139, 146; *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 34; *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 87; *Achterberg*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), BK, Art. 92, Rdnr. 110; *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 136 ff.; *Classen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 92, Rdnr. 12; *Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 1, Rdnr. 4; *Starck*, in: VVDStRL 34, S. 43, 65 f.; *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 4, S. 897; *Smid*, Rechtsprechung, S. 49, 240, 261; *Meyer*, in: *Kunig*, GG, Art. 92, Rdnr. 7; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 92, Rdnr. 26; a. A.: *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rdnr. 43 f. und *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 79 f.

340 BVerfGE 4, 331, 346.

341 Vgl. *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 136 und *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 34. Zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Richters s. u. C. II. 2. d).

stimmen.<sup>342</sup> Die besondere Ausgestaltung des Verfahrens, durch das die richterliche Entscheidung herbeigeführt wird, hebt auch das BVerfG hervor, wenn es ausführt: »Nach Art. 92 GG ist es Aufgabe der Gerichte, Rechtsachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör besteht. Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren.«<sup>343</sup>

In diesem Zitat wird auch das fünfte Kriterium genannt, und zwar das Kriterium der Letztverbindlichkeit.<sup>344</sup> Angesprochen ist damit die Rechtskraft von Richtersprüchen.<sup>345</sup> Während die Verwaltung Richtersprüche respektieren muss, unterliegen Verwaltungsakte als eine typische Form behördlichen Handelns grundsätzlich der richterlichen Kontrolle und Korrektur, ausgenommen so genannter »justizfreier Räume« wie die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers oder der Beurteilungsspielraum der Verwaltung.<sup>346</sup> Zwar könne auch ein Verwaltungsakt in Bestandskraft erwachsen, so dass er eine mit dem Richterspruch vergleichbare Verbindlichkeit erhält, aber er könne leichter kassiert oder korrigiert werden<sup>347</sup> als ein rechtskräftiger Richterspruch.<sup>348</sup> Im Gegensatz zu einem Verwaltungsakt könne ein Richterspruch auch niemals nichtig sein,<sup>349</sup> sondern nur mit Hilfe der Nichtigkeitsklage vernichtbar.<sup>350</sup>

342 Vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 4, S. 898; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 92, Rdnr. 26; *Smid*, Rechtsprechung, S. 251 ff.; *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 94 ff., 104 ff.; kritisch: *Leisner*, Das letzte Wort, S. 43 ff.

343 BVerfGE 103, 111, 137. Zum Anspruch auf rechtliches Gehör s. u. C. II. 2. b) und III 5. a).

344 Vgl. *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 4, S. 897; vgl. auch *Katz*, Staatsrecht, § 23 II, Rdnr. 511.

345 Vgl. *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 38.

346 Vgl. *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 77 f.

347 Für die Verwaltung ergibt sich dies aus den §§ 48 und 49 VwVfG bzw. §§ 44 bis 48 SGB X.

348 Vgl. aber § 18 Abs. 1 Halbs. 1 FGG, wonach das Gericht berechtigt ist, eine von ihm erlassene Verfügung zu ändern, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt hält. *Bettermann* sieht gerade darin einen Beweis, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit keine Rechtsprechung übt (vgl. *Bettermann*, in: HStR III, § 73, Rdnr. 38, Fn. 91). Vgl. demgegenüber *Stern*, Staatsrecht II, § 43 I 5, S. 901 Fn. 79, der beispielsweise die Verteilung des Hausrats nach den §§ 1, 13 Abs. 1 HausratsVO oder Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern nach § 43 WEG zur materiellen Rechtsprechung zählt.

349 Vgl. § 44 VwVfG bzw. § 40 SGB X.

350 Vgl. § 579 ZPO, auf den § 179 SGG verweist. Urteile, die nicht (mehr) mit einem Rechtsmittel angefochten werden können, sind rechtskräftig, d. h. die Beteiligten müssen sich mit dem Richterspruch abfinden. Nur bei schwersten Mängeln (Nichtigkeitsklage) oder unrichtigen Urteilsgrundlagen (Wiederherstellungsklage) kann ein rechtskräftig be-

Abgesehen von den bereits dargestellten Problemen kann gegen einzelne Rechtsprechungskriterien vorgebracht werden, dass durch sie die spezifische Funktion der Rechtsprechung in Abgrenzung zu anderen Staatsaufgaben nicht immer klar erkennbar wird,<sup>351</sup> so dass sie zumindest für sich allein nicht die materielle Rechtsprechung definieren können. Dies gilt vor allem für das letztverbindliche Entscheiden, denn es trifft auf alle Arten von Hoheitsakten zu, dass sie verbindlich aussprechen, was rechtens ist.<sup>352</sup> Und es gelten auch für das Verwaltungsverfahren besondere Verfahrensregelungen wie das Anhörungsrecht.<sup>353</sup> Abgrenzendes Merkmal und damit für die Bestimmung des Rechtsprechungsbegriffs unverzichtbar ist allein das Kriterium des unbeteiligten Dritten. Dieses Kriterium erlaubt zudem, dass die nichtstaatliche, private Gerichtsbarkeit wie beispielsweise die Vereins- und Parteigerichtsbarkeit und die Schiedsgerichtsbarkeit in die Begriffsbestimmung einbezogen werden können.<sup>354</sup> In der Rechtsprechung geht es somit um Konflikte, die sich in rechtliche Kategorien einkleiden lassen.<sup>355</sup> Diese werden von einem unbeteiligten Dritten, dem Richter, in einem besonderen Verfahren behandelt und können zu einer Entscheidung führen.<sup>356</sup>

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Rechtsprechung

Die Regelung des gerichtlichen Verfahrens in den Prozessordnungen dient der Regenerierung einer Entscheidung. Zugleich sichert sie den Betroffenen be-

endetes sozialgerichtliches Verfahren wieder aufgenommen und das Urteil beseitigt werden (zum Wiederaufnahmeverfahren des SGG s. *Terdenge*, in: *Wenner/ders./Krauß*, Grundzüge der Sozialgerichtsbarkeit, Rdnr. 796).

351 Vgl. *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 132 f. und *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rdnr. 43.

352 Vgl. *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 135.

353 Vgl. § 28 VwVfG bzw. § 24 SGB X.

354 *Achterberg*, in: FS Menger, S. 125, 139 f.

355 Vgl. o. B. II. 1.

356 Nicht zu den Rechtsprechungstätigkeiten zählen die Geschäfte der Gerichtsverwaltung. Sie sind Verwaltungsangelegenheiten, die einen (wenn auch mittelbaren) sachlichen Zusammenhang zur rechtsprechenden Tätigkeit haben. Zu den Aufgaben der Gerichtsverwaltung zählen die Bereitstellung der für den Gerichtsbetrieb notwendigen sachlichen und personellen Mittel, die Organisation des Dienstbetriebs, ferner die Amtshilfe, das Haushalts- und Kassenwesen, die Ausbildung des juristischen Nachwuchses sowie der Vollzug des Dienstrechts und die Ausübung der Dienstaufsicht (vgl. *Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 4, Rdnr. 30 f.; vgl. zur Abgrenzung der Gerichtsverwaltung von der Justizverwaltung *Kissel/Mayer*, in: GVG, § 12, Rdnr. 85 f. und 105 ff.; *Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 4, Rdnr. 30).