ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Herget, Lukas; Pahlow, Louis

Working Paper

Erwartungs(un)sicherheit durch Gerichte Methoden und Chiffren der Justiz

Working Papers of the Priority Programme 1859 "Experience and Expectation. Historical Foundations of Economic Behaviour", No. 28

Provided in Cooperation with:
German Research Foundation's Priority Programme 1859 "Experience and Expectation. Historical Foundations of Economic Behaviour", Humboldt-Universität Berlin

Suggested Citation: Herget, Lukas; Pahlow, Louis (2020) : Erwartungs(un)sicherheit durch Gerichte Methoden und Chiffren der Justiz, Working Papers of the Priority Programme 1859 "Experience and Expectation. Historical Foundations of Economic Behaviour", No. 28, Humboldt University Berlin, Berlin,
https://doi.org/10.18452/22234

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/227584

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Working Papers of the Priority Programme 1859
Experience and Expectation.
Historical Foundations of Economic Behaviour
Edited by Alexander Nützenadel und Jochen Streb

No 28 (2020, December)

Herget, Lukas / Pahlow, Louis

Erwartungs(un)sicherheit durch Gerichte

Methoden und Chiffren der Justiz

Arbeitspapiere des Schwerpunktprogramms 1859 der Deutschen Forschungsgemeinschaft
„Erfahrung und Erwartung. Historische Grundlagen ökonomischen Handelns“ /
Working Papers of the German Research Foundation's Priority Programme 1859
"Experience and Expectation. Historical Foundations of Economic Behaviour"

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

Published in co-operation with the documentation and publication service of the Humboldt University, Berlin (https://edoc.hu-berlin.de).

ISSN: 2510-053X

Redaktion: Alexander Nützenadel, Jochen Streb, Ingo Köhler

V.i.S.d.P.: Alexander Nützenadel, Jochen Streb

SPP 1859 "Erfahrung und Erwartung. Historische Grundlagen ökonomischen Handelns"
Sitz der Geschäftsführung:
Humboldt-Universität
Friedrichstr. 191-193, 10117 Berlin
Tel: 0049-30-2093-70615, Fax: 0049-30-2093-70644
Web: https://www.experience-expectation.de
Koordinatoren: Alexander Nützenadel, Jochen Streb
Assistent der Koordinatoren: Ingo Köhler

Recommended citation:

Herget, Lukas / Pahlow, Louis (2020): *Erwartungs(un)sicherheit durch Gerichte. Methoden und Chiffren der Justiz.* Working Papers of the Priority Programme 1859 "Experience and Expectation. Historical Foundations of Economic Behaviour" No 28 (December), Berlin

© 2020 DFG-Schwerpunktprogramm 1859 „Erfahrung und Erwartung. Historische Grundlagen ökonomischen Handelns“

The opinions and conclusions set forth in the Working Papers of the Priority Programme 1859 *Experience and Expectation. Historical Foundations of Economic Behaviour* are those of the authors. Reprints and any other use for publication that goes beyond the usual quotations and references in academic research and teaching require the explicit approval of the editors and must state the authors and original source.

Erwartungs(un)sicherheit durch Gerichte
Methoden und Chiffren der Justiz

Lukas Herget[a]/Louis Pahlow[b], Frankfurt a. M.

Dezember 2020

Abstract
Nicht nur Politik und Gesetzgebung, sondern auch Gerichte greifen in die Spielregeln der Wirtschaft ein und definieren damit die Rahmenbedingungen der Marktakteure mit. Durch ihre Entscheidungen können sie die Erwartungen und damit das Handeln der Akteure signifikant beeinflussen und einerseits Handlungsräume eröffnen, andererseits aber auch gewohnte institutionelle settings in Frage stellen oder aufgeben. Diese Prozesse laufen auch unabhängig von Veränderungen des gesetzlichen Regelungsrahmens ab und sie sind keineswegs auf bestimmte Rechtsordnungen beschränkt. Gerichte können bestehendes Recht von tradierten Deutungen lösen und an sich ändernde ökonomische Rahmenbedingungen anpassen. Anhand dreier Fallstudien der deutschen und europäischen Zivilgerichtsbarkeit geht der Beitrag der Frage nach, wie Gerichte wirtschaftliche Erwartungs(un)sicherheit generiert und welche Methoden sie dafür genutzt haben.

The rules of the game are not only influenced by politics and legislation, but also by the courts, which help define the framework conditions for market players. Through their decisions, they can significantly influence the expectations and thus the actions of the actors and on the one hand open up scope for action, but on the other hand also question or abandon familiar institutional settings. These processes also occur independently of changes in the legal regulatory framework and are by no means restricted to specific legal systems. Courts can detach existing law from traditional interpretations and adapt it to changing economic conditions. On the basis of three case studies of German and European civil jurisdiction, this article examines how courts generate economic expectation (in)security and which methods they have used to do so.

JEL Classification: K1, K4, N4
Key Words: Judicial Law Making, Legal Uncertainty, Expectations

Adress
[a, b] Institut für Rechtsgeschichte, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt a.M., Th. W. Adorno-Pl. 4, 60629 Frankfurt a.M.
[b] Corresponding Author: pahlow@jur.uni-frankfurt.de

I. Einführung

Als der Europäische Gerichtshof (EuGH) dieses Frühjahr sog. Kaskadenverweise in den Kreditverträgen der Banken kurzerhand für unzulässig erklärte, wackelten über Nacht tausende Immobilienfinanzierungen, die sich bislang auf eine „ständige Rechtsprechung" des Bundesgerichtshofs (BGH) zu Kaskadenverweisen stützen konnten.[1] Und als ein Gericht im August 2018 in den USA einer Schadensersatzklage gegen Monsanto wegen des Unkrautvernichters „Glyphosat" in Höhe von $ 78 Mio. zusprach, brach der Börsenkurs der Konzernmutter Bayer massiv ein.[2] Bei allen Unterschieden haben beide Verfahren eines gemeinsam: Gerichtsentscheidungen können erhebliche Unsicherheiten nach sich ziehen, die weit über die beteiligten Parteien hinausreichen. Bayer kann im Grunde bis heute nicht absehen, inwieweit das Präjudiz in den USA Folgeprozesse nach sich ziehen wird und vor allem wie diese entschieden werden.

Es liegt auf der Hand, dass die durch Gerichtsentscheidungen generierte Unsicherheit auch erhebliche Auswirkungen auf die Erwartungsbildung wirtschaftlicher Akteure hat und damit auch deren Entscheidungsverhalten beeinflusst. Der politischen Ökonomie ist das durchaus bewusst und sie versucht, die Justiz auf ein ideales Maß an Kontinuität zu binden, um der vermeintlichen Erwartungssicherheit der Akteure gerecht zu werden. Das gilt vor allem dann, wenn dem Recht eine chancensichernde Funktion zugeschrieben wird. Nach Fritz Hayek erfülle der Richter seine Aufgabe dann nicht, wenn er vernünftige Erwartungen enttäusche, die durch frühere Entscheidungen hervorgerufen worden seien. Obwohl der Richter das Recht bei Streitfragen „entwickeln" könne, so Hayek, die „wirklich zweifelhaft" seien, so könne er es doch nicht wirklich „ändern".[3]

Für die Richter in Luxemburg oder in Kalifornien spielten „vernünftige Erwartungen" der betroffenen Unternehmen offenbar keine entscheidende Rolle. Der EuGH schreckte nicht davor zurück, das europäische Recht an einer entscheidenden Stelle anders auszulegen als die deutschen Gerichte und damit den inländischen Bankenmarkt durch die absehbaren Widerrufsrisiken zu verunsichern. Zwar spielt in rechtsstaatlichen Systemen der Vertrauensschutz in die Rechtsprechung eine elementare Rolle; und die Rechtspraxis wird nicht müde, diesen Vertrauensschutz durch Chiffren wie „ständige" oder „gefestigte" Rechtsprechung zu bekräftigen. Problematisch sind gerichtliche Entscheidungen in juristischer Hinsicht aber erst dann, wenn eine Rechtsbeugung des Richters vorliegt. Dass Erwartungen einer unterlegenen Partei an ein Gerichtsurteil enttäuscht werden, selbst wenn das Gericht von bestehenden Regelungen, sogar Gesetzen abweicht, mag wirtschaftlich schmerzhaft sein, aus juristischer Sicht ist es geradezu systemimmanent. Die rechtlichen Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns unterliegen einem beständigen Transformationsprozess, der sich nicht nur in Gesetzesblättern manifestiert, sondern in den Gerichten tagtäglich verhandelt und entschieden werden muss.

---

[1] EUGH, Urt. v. 26.3.2020, JC/Kreissparkasse Saarlouis, Rs. C 66/19; Der BGH hatte seine Rechtsauffassung zur Vereinbarkeit von Kaskadenverweisen mit dem nationalen Recht bereits in einem Beschluss vom 25.10.2016 geäußert. Vgl. BGH, Beschluss v. 25.10.2016, XI ZR 6/16; und diesen dann in seiner Rechtsprechung dazu bestätigt: BGH, Urt. v. 22.11.2016, XI ZR 434/15; BGH Urt. v. 4.7.2017, XI ZR 741/16.

[2] *Felix Sommerfeld,* Übernommen, in: Der Spiegel vom 13.8.2018; https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/bayer-und-monsanto-der-risikokauf-a-1222930.html (abgerufen am 9.11.2020) und Bayer Aktie verliert nach Urteil gegen Monsanto, in: Die Zeit online vom 13.8.2018. https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2018-08/glyphosat-usa-bayer-monsanto-kurverlust-aktie-urteil?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (abgerufen am 9.11.2020).

[3] *Friedrich August von Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit. Eine neue Darstellung der liberalen Prinzipien der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie, Bd. 1: Regeln und Ordnung, München 1980, S. 124.

In der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung spielt richterliches Verhalten dagegen eher eine untergeordnete Rolle. Zivilgerichte tauchen als rational bzw. überhaupt als eigenständige Akteure in den dortigen Modellen nur vereinzelt auf.[4] Nur selten wurde z.B. versucht, gerichtliche Verfahren durch spieltheoretische Modelle zu erfassen.[5] Weit stärkere Aufmerksamkeit fanden Rechtskonflikte und deren Regulierung dagegen in der Verhaltensökonomie. Amos Tversky und Daniel Kahneman konnten schon in den frühen 1970er Jahren zeigen, dass Menschen bei Entscheidungen unter Unsicherheit bestimmte Urteilsheuristiken bevorzugen.[6] In jüngerer Zeit wird vor allem auf die Bedeutung des tatsächlichen – aber rechtsunerheblichen – Kontexts für das Entscheidungsverhalten von Richtern hingewiesen. Anknüpfend an die Literatur zu Heuristics and Biases haben auch Juristen den Richter insofern als Akteur modelliert als sie seine Wahrnehmungsverzerrungen und deren Auswirkungen auf sein Entscheidungsverhalten untersuchten.[7] Dieser Befund ist im Grunde nicht neu: Juristen und Soziologen nehmen schon seit geraumer Zeit an, dass Richter nicht ausschließlich rechtlichen Prinzipien folgen, wenn sie Tatsachen beurteilen oder Sachverhalte unter Normen subsumieren.[8]

Die genannten Studien weichen der Frage aus, ob und gegebenenfalls mit welchen rechtlichen Instrumenten Richter wirtschaftliche Erwartungen in ihre Erwägungen einbeziehen bzw. auf diese reagieren. Dieser Befund findet seinen Grund auch darin, dass die Logiken richterlicher Entscheidungsfindung zum Teil nur schwer, und auch eher mühsam zu ergründen sind. Bemessungsgrundlage dafür sind meist die verschriftlichten Entscheidungen der Gerichte, äußerst selten auch die Verfahrensprotokolle. Darin vollzogene Transformationen des bisher geltenden, auch von den Gerichten geformten Rechts sind zum Teil selbst für Juristen nur schwer zu entschlüsseln.[9] Im deutschen Recht wird z.B. das „Aufgeben", „Abweichen" oder „Ändern" einer gerichtlichen Spruchpraxis nicht eigens definiert; die Verfahrensordnungen setzen solche Prozesse zwar voraus, vermeiden aber einschränkende Normierungen der dafür notwendigen Voraussetzungen. Urteile verwenden den Begriff denn auch äußerst selten und gebrauchen stattdessen vielfältige Varianten und Chiffren. Diese können von einer deutlich artikulierten „Abkehr" bis hin zu einer eher verschleiernden „Weiterentwicklung" oder „Ergänzung" reichen, bei der eine Änderung zwar möglich, aber eben nicht notwendig ist.[10] Noch verschlungener sind zudem die Methoden der Rechtsfortbildung, die nicht offen „neues" Recht entwickeln oder „finden", sondern Transformationsprozesse sich vielfach unter dem Deckmantel des bloßen

---

[4] *Scott Baker/Claudio Mazzetti*, A Theory of Rational Jurisprudence, in: Journal of Political Economy 120 (2012), S. 513-551.

[5] *Kathryn Spier*, Litigation, in: Alan Mitchell Polinsky/Steven Shanell (Hg.), Handbook of Law and Economics, 2007, S. 259-342; *Gordon Tullock*, On the efficient organization of trials, in: Kyklos, Vol. 28, Issue 4 (1975), S. 745-762.

[6] *Amos Tversky/ Daniel Kahneman*, Judgment under Uncertainty. Heuristics an Biases, in: Science Vol. 185, Issue 4157 (September 1974), S. 1124-1131.

[7] *Mark Schweizer*, Kognitive Täuschung vor Gericht. Eine empirische Studie, Zürich 2005; *Chris Guthrie* et al., Inside the Judicial Mind, in: Cornell Law Review, Vol. 86, No. 4 (Mai 2001), S. 777-830.

[8] *Jerome Frank*, Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice, Princeton 1949; *Gregory C. Sisk* et al., Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning, New York University Law Review, Vol. 73, No. 5 (November 1998), S. 1377-1500; *Jeffrey A. Segal*/*Harold J. Spaeth*, The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited, Cambridge 2002; *Dorothee Peters*, Richter im Dienst der Macht. Zur gesellschaftlichen Verteilung der Kriminalität, Stuttgart 1973.

[9] *Christian Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007; *Lorenz Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, Baden-Baden 2004.

[10] Nachw. bei *Kähler* (wie Anm. 9), S. 21-25.

Gesetzesvollzugs abspielen. Allein in den ersten 154 Bänden der amtlichen Entscheidungssammlung des BGH lassen sich lediglich 154 Treffer für den Begriff „Rechtsfortbildung" nachweisen, das Wort „Auslegung" findet sich dagegen in 5.106 Fundstellen. Diese Dominanz einer „Auslegung" und damit einer „Anwendungsmethode" des geltenden Rechts als Form der Rechtsfortbildung ist keineswegs auf bestimmte Justizperioden oder Rechtsgebiete beschränkt, sondern inzwischen ein grenzüberschreitender Befund.[11]

Der vorliegende Beitrag will anhand der deutschen und europäischen Zivilgerichtsbarkeit der Frage nachgehen, mit welchen Methoden und Chiffren der Richter wirtschaftliche Unsicherheit generiert. Das setzt zunächst einmal voraus, dass Zivilgerichte überhaupt in der Lage sind, mit ihren Entscheidungen von bestehenden Regelungen und damit von möglichen Erwartungen an ihre Befolgung abweichen können. Dass Richter sich dazu inzwischen auf einen breiten Kompetenzraum stützen können, sogar seit geraumer Zeit ein „Justizstaat" oder „Richterstaat"[12] diagnostiziert wird, ist Folge eines enormen Bedeutungszuwachses, den die Gerichte in den letzten rund zweihundert Jahren durchlebt haben. An ihm haben nicht nur Juristen, sondern auch wirtschaftliche Akteure tatkräftig mitgebaut (II.). Anhand dreier Fallstudien sollen im Anschluss exemplarische Methoden der Rechtsprechung vorgestellt werden, die nicht nur Unsicherheit von Marktakteuren nach sich ziehen, sondern auch Erwartungssicherheit aufbauten, um z.B. Missbräuche zu bekämpfen oder Marktverzerrungen zu korrigieren (III.).

II. Vom „Gerichtsgebrauch" zum „Richterrecht"

Die selbstbewusste Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ist Folge eines Wandlungsprozesses, der sich erst durch die politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Dynamiken seit 1800 vollständig erfassen lässt. Nicht nur die Gesetzgebung hat sich seit dem 19. Jahrhundert massiv ausgeweitet, auch Richter und Gerichte haben in zunehmendem Maße in die „Rechts(fort)bildung" eingegriffen bzw. eingreifen müssen. Dieser Befund erscheint aus heutiger Sicht zwar beinahe banal, ist historisch gesehen aber keineswegs selbstverständlich. Noch um 1800 wurde der Richter per Gesetz auf einen förmlichen Gesetzesgehorsam verpflichtet: Das „Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten" von 1794 oder das noch heute geltende österreichische „Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch" von 1811 normierten besondere Auslegungsverbote, um eine Rechtsfortbildung durch Gerichte zugunsten einer alleinigen Entscheidungsmacht des Gesetzgebers zu unterbinden.[13] In Preußen hatte der Richter bei Lücken und Zweifelsfällen im Gesetz die Entscheidung einer eigens eingerichteten königlichen Justizkommission als „référé législatif" einzuholen. Zwar werden diese Auslegungsverbote im 19. Jahrhundert schnell überwunden, aber damit weder ein klares Verhältnis zur Gesetzgebung geschaffen noch ein „unabhängiges" Richteramt etabliert; vor allem letzteres musste erst mühsam erstritten werden.[14]

---

[11] *Fischer* (wie Anm. 9), insb. S. 221-294, 227; *Martin Brenncke*, Judicial Law-Making in English and German Courts. Techniques and Limits of Statutory Interpretation, Cambridge usw. 2018.

[12] *Bernd Rüthers*, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, in: NJW 58 (2005), S. 2759-2761; *Alexis von Komorowski/Michael Bechtel*, Gesetzgebungs- oder Justizstaat? Zum (Macht-)Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Parlamentsgesetzgeber am Beispiel der aktuellen grundrechtsdogmatischen Entwicklung, in: Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 36 (2006), S. 282-305; *Günter Püttner*, Politik durch Gerichte. Auf dem Weg zum Justizstaat, Troisdorf 1978; *Hans Christian Ueberschaer*, Bundesverfassungsgericht, Rechtsstaat, Justizstaat. Ein Beitrag zu der Frage einer Suprematie des Bundesverfassungsgerichtes in der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes, Erlangen 1962.

[13] §§ 46-58 Einl. ALR; §§ 6-12 ABGB.

[14] Dazu nur *Martin Löhnig*, Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 80 (2012), S. 427-441; *Frank Theisen*, Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische

Der Bedeutungszuwachs der Zivilgerichte lässt sich im 19. Jahrhundert gut an den rapide steigenden Verfahren ablesen. Bis 1900 stellt allein Preußen für seine Gerichtsbezirke durchschnittlich etwa eine Verzehnfachung der Zivilprozesse fest.[15] Dieser Anstieg der justizförmigen Konfliktlösung hat auch etwas mit den wirtschaftlichen Dynamiken zu tun. Denn es sind zu einem großen Teil Kaufleute, Gewerbetreibende, Industrielle und Investoren, auch Angestellte und Arbeiter, die zunehmend vor Gericht Konflikte austragen und Rechtsfragen klären lassen. Diese Prozesse sind auch an den akademischen, auch rechtspolitischen Debatten um Funktion und Stellenwert der Rechtsprechung ablesbar. Sie sind u. a. von Heinz Mohnhaupt, Regina Ogorek oder Jan Schröder ausführlich nachgezeichnet worden.[16] Vorbehalte gegen eine Aufwertung der Rechtsprechung etwa gegenüber der Gesetzgebung, aber auch einer selbstbewusst aufstrebenden Rechtswissenschaft waren anfangs durchaus vorhanden. Georg Friedrich Puchta etwa lehnte die Bildung von Gewohnheitsrecht durch Präjudizien und „Gerichtsgebrauch" ab, weil sie „sich jeder Fortbildung des Rechts entgegensetzte". Es sei eine „Widersinnigkeit, daß eine Fortsetzung von widerrechtlichen Erkenntnissen zuletzt rechtliche hervorbrächte".[17]

Zwar sprachen sich auch Gerichte gegen eine gesetzesaufhebende (derogierende) Wirkung des Gerichtsgebrauchs aus.[18] Aber darin bestand keineswegs Konsens: Schon früh sind Beispiele nachweisbar, in denen dasselbe Gericht sich auch über eine „legale Gewohnheit" hinwegsetzte, da durch ein Urteil auch „ein positives Gesetz aufgehoben oder modificirt werden" könne.[19] Erst recht galt das in den Augen der Richter in solchen Fällen, in denen streitentscheidende Regelungen des Gesetzgebers fehlten: „So lange noch keine Gesetze vorhanden sind, vertreten sie [sc. die Urteile] gewissermaßen die Gesetzesstelle"; gerichtliche Urteile konnten damit auch als „Verkündigerinnen des ungeschriebenen Rechtes" angesehen werden.[20] Freilich waren solche Aussagen auch der Rechtszersplitterung im 19. Jahrhundert geschuldet, in dem partikulares und gemeines Recht, landesherrliche Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht vielerorts nebeneinander bestanden; Systematisierungsprozesse waren da mitunter unvermeidlich, unterlagen aber keineswegs von vornherein feststehenden Regeln.

Rechtsprechung von 1821-1848, Köln usw. 1997; *Thomas Ormond*, Richterwürde und Regierungstreue. Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866-1918, Frankfurt a. M. 1994.

[15] *Christian Wollschläger*, Zivilprozeß-Statistik und Wirtschaftsentwicklung in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 3 (1981), S. 16–27; *ders.*, Zivilprozeßstatistik und Wirtschaftswachstum im Rheinland von 1822 bis 1915, in: Klaus Luig (Hg.), Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker, Ebelsbach 1980, S. 371–397.

[16] *Heinz Mohnhaupt*, Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18.-20. Jahrhundert), in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 40 (1), 2011, S. 19-52; *ders.*, Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland, in: Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit (Rättshistoriska Studier XIX), Stockholm/Lund 1993, S. 117-143*; Jan Schröder*, „Richterrecht" und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert, in: Klaus Peter Berger et al. (Hg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext. Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1255-1270; *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1986.

[17] *Georg Friedrich Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, erster Theil, Erlangen 1828, S. 165.

[18] OAG Darmstadt, Urt. v. 17.11.1857, in: J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (SeuffA), Bd. 27, 1873, Nr. 86a, S. 161.

[19] OAG Darmstadt, Urt. v. 17.5.1827, in: SeuffA, Bd. 9, 1855, Nr. 3, S. 3.

[20] August Heinrich Simon/Heinrich Leopold von Stampff (Hg.), Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe, mit Genehmigung des Herrn Justiz-Ministers herausgegeben, Bd. 1, Berlin 1834, S. V, VII.

Ausmaß und Reichweite einer rechtsbildenden Funktion von Rechtsprechung hingen damit stark von der Existenz und Qualität des anwendbaren Regelungsrahmens ab. Gesetzgebung konnte z.B. sowohl hinsichtlich seines sachlichen Regelungsgehalt als auch seiner strukturellen Form ganz unterschiedlich ausgestaltet sein.[21] Mit den zunehmenden Herausforderungen eines raschen Wandels von Gesellschaft, Technik, Ökonomie, politischer Systeme und individueller Wertvorstellungen wuchs aber auch der Druck, bereits bestehende Regelungen an diese Dynamiken anzupassen bzw. erst zu schaffen. Der Staat reagierte hier nicht immer zuverlässig oder überließ das Feld ohnehin seinen Gerichten. Der Justiz kam daher nicht selten eine „rechtsausfüllende" bzw. „rechtsmodernisierende" Funktion zu, die nicht nur den Emanzipationsprozess gegenüber Staat und Gesetzgebung unterstützte, sondern auch den Ruf nach transparenten Entscheidungen erklärt. Rechtsprechungssammlungen, die das von den Gerichten geschaffene Recht nicht nur für jedermann verfügbar, sondern für eine breite Öffentlichkeit auch erst kalkulierbar machte, unterliegen im 19. Jahrhundert einem regelrechten Boom.[22] Der Staatsbürger wurde damit auch zum „Rechtsprechungs-Bürger", der einen Anspruch darauf hatte, dass der Richter eine Streitfrage nicht bloß in einem einzelnen Fall „richtig" entscheiden, sondern dass die Entscheidung „zur bleibenden Norm in identischen Fällen werde".[23] Für das OAG Lübeck wurde bereits nachgewiesen, dass daraus keineswegs Rechtsunsicherheit folgen musste, sondern die Gerichte eigene, in sich konsistente Rechtsprechungssysteme entwickelten, das die Richter einer Selbstbindung unterwarf und ein gewisses Maß an kalkulierbaren Entscheidungen gewährleisten konnte.[24]

Nach 1850 ist der damit einhergehende Bedeutungszuwachs der Rechtsprechung kaum noch zu übersehen. Entsprechend tritt auch terminologisch an die Stelle des „Gerichtsgebrauchs" zunehmend der Begriff des „Richterrechts". Damit einher geht ein Bedeutungsverlust der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle, deren Erkenntnisse nun allein in diesem Richterrecht fortleben konnten.[25] Eine Justiz, die täglich neue Fälle zu entscheiden und das Recht mit den Herausforderungen einer sich dynamisch wandelnden Gesellschaft in Einklang zu bringen hatte, stand den akademischen Vorstellungswelten etwa der Historischen Rechtsschule zunehmend skep-

---

[21] *Heinz Mohnhaupt*, Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zur Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland, in: Claes Perterson (Hg.) Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992, Stockholm 1993, S. 117-143, 125-129.

[22] *Heinz Mohnhaupt*, Rechtsprechungssammlungen, in: Filippo Ranieri (Hg.), Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa 1800-1945, 1. Hbbd., Frankfurt a. M. 1992, S. 95-325; *Filippo Ranieri*, Publikation von Zivilurteilen und Entwicklung von Richterrecht in der jüngsten kontinentaleuropäischen Rechtstradition, in: Johannes-Michael Scholz (Hg.), El tercer poder. Hacia una compensión histórica de la justicia contemporánea en Hespaña, Frankfurt a. M. 1992, S. 161-167.

[23] *Wilhelm von der Nahmer*, Abhandlung über den Gerichtsgebrauch und über den Zweck. Die Vortheile und Nachtheile der Sammlungen von gerichtlichen Erkenntnissen, in: ders. (Hg.), Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzoglich Nassauischen Oberappellations-Gerichts zu Wiesbaden, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1824, S. 9.

[24] *Nora Tirtasana*, Der gelehrte Gerichtshof. Das Oberappellationsgericht Lübeck und die Praxis des Zivilprozesses im 19. Jahrhundert, Köln usw. 2012.

[25] *Peter Landau*, Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: Rättshistoriska Studier XIX (1993), S. 69-89, 79-89; *Schröder* (wie Anm. 16).

tisch gegenüber. Wer mit dem Leipziger Zivilprozessualisten Oscar Bülow auf die Rechtswillenserklärungen der Staatsgewalt in Form von Gesetz und Richterspruch setzte,[26] musste die „Rechtsproduktionskraft der unorganisierten Volksmasse“[27] als zerstörerisch ablehnen.
Seit 1879 legte § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes unverändert die Aufgabe der Rechtsprechung mit dem einfachen Satz fest: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt.“ Zur Reichweite dieser Vorschrift findet sich dort freilich nichts, zumal die Bestimmung eher als Ausdruck der Gewaltenteilung zwischen Justiz und Verwaltung geschaffen und erst in der Methodendiskussion vor 1914 als Argumentationshilfe für oder gegen eine strenge Gesetzesbindung des Richters instrumentalisiert wurde.[28] Allein schon die Frage einer graduellen Abstufung richterlicher Kompetenzen im Umgang mit dem geschriebenen Gesetz indiziert das Problem: Auch innerhalb anerkannter Gesetzesbindung besteht eine Spannungsbeziehung zwischen strenger Wortlautbindung und einer freieren Interpretation des Richters bei einem Versagen des Normtextes gegenüber einer sich stetig wandelnden wirtschaftlichen Realität. Jedes Rechtssystem ist im Grunde darauf angewiesen, Mängel des Gesetzes auch im Wege einer Korrektur durch die Rechtsprechung funktionsfähig zu halten.
Das Verhältnis von Richterrecht einerseits, Gesetz und Gesetzgebung andererseits war und ist daher bis heute Anlass lebhafter Diskussionen, auch weil sich darin ganz grundlegende Fragen des Rechts in modernen Gesellschaften kreuzen.[29] Die Gestaltungsräume für den Zivilrichter sind keineswegs gering. Häufig verfügt die Rechtsprechung schon von Gesetzes wegen über diverse Stellschrauben zur Rechtsfortbildung. Diese strukturellen, vom Gesetzgeber mitunter bewusst vorgegebenen Entscheidungsspielräume werden aber durch weitere ergänzt. Das zeigt sich schon daran, dass es zu einer Rechtsfortbildung, ja zum „Wechsel“ der Rechtsprechung auch dann kommen kann, wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen unverändert bleiben. In diesen Fällen operieren Richter mit anwendungsbezogenen Methoden, um das Recht auf den von ihnen zu entscheidenden Fall anzupassen. Das kann zum einen über bestimmte Auslegungstechniken geschehen, die nicht nur aus dem Wortlaut einer Gesetzesnorm oder ihrer systematischen Stellung resultieren können. Der Richter kann eine Regelung z.B. historisch auslegen, also nach den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers fragen, er kann es aber auch nicht tun. Zum anderen nutzt der Richter die ihm zugewiesenen Möglichkeiten der Tatsachen- bzw. Beweiswürdigung. Objektive Umstände können etwa um Indizien und Beweggründe (Motive) erweitert werden. Die Methoden richterlicher Rechtsfortbildung sind inzwischen außerordentlich variantenreich, und es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, sie auch nur ansatzweise umfassend vorzustellen. Es genügt an dieser Stelle der Hinweis, dass sich unterschiedliche Instrumente entwickelt haben, wie der Richter die rechtlichen Grundlagen seiner Entscheidung „findet“ und „subsumiert“.

---

[26] *Oscar Bülow*, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, S. 48.
[27] *Oscar Bülow*, Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft. Beiträge zur Theorie des Gesetztes- und Gewohnheitsrechts, 2. Ausg. der „Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft, Leipzig 1901, S. 87.
[28] *Schröder* (wie Anm. 16).
[29] Vgl. u. a. *Pedro Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht. Eine rechtstheoretische und methodenkritische Untersuchung, Tübingen 2014; *Bernd Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden, Tübingen 2014; Christian Bumke (Hg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012; *Winfried Hassemer*, Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Arthur Kaufmann/ders., Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., Heidelberg 1994, S. 243-268; *Franz Wieacker*, Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1958.

III. Gerichte als Architekten von Rechts(un)sicherheit

Exemplarisch werden im Folgenden drei Fallstudien herausgegriffen, anhand derer bestimmte Methoden und Chiffren in der Ausbildung von Rechts(un)sicherheit rekonstruiert werden sollen. Die Frage der juristischen Legitimation richterlicher Tätigkeit soll an dieser Stelle nicht im Vordergrund stehen. Stattdessen interessieren vielmehr die Instrumente und Methoden, mit denen Richter auf wirtschaftliche Herausforderungen und Erwartungen reagierten bzw. nicht reagierten, welche Strategien sich daraus ableiten lassen und welche juristischen Chiffren dazu genutzt wurden. In den hier vorgestellten Fallbeispielen zeigt sich, dass Gerichte mögliche Erwartungen an ihre Rechtsprechung nicht nur aufgebaut oder verstetigt, sondern durch einen Wechsel ihrer Spruchpraxis auch gezielt enttäuscht haben.

1. Methoden der Begriffsbildung. Das „Differenzgeschäft" vor der Justiz des 19. Jahrhunderts

Zeitgeschäfte in Wertpapiere oder Waren entwickelten sich im 19. Jahrhundert zu einem beliebten Spekulationsinstrument, das nicht nur von Kaufleuten zur Absicherung ihrer Transaktionen genutzt wurde, sondern auch zunehmend Privat- und Kleinanleger anlockte. Während Kaufleute kaum vor Gericht zogen, sondern Konflikte im Wege der Selbstregulierung oder im Rahmen börseneigener Schiedsgerichte lösten, waren Geschäfte mit Nichtkaufleuten in der Regel vor staatlichen Gerichten einzuklagen. Die Fälle, in denen Privatanleger, aber auch Börsianer am Verfallstag die Ware oder ein Wertpapier nicht liefern, oder Nachschusspflichten bei Kursverlusten nicht aufbringen konnten, beschäftigten die Justiz vor allem seit den 1860er Jahren. Die Gerichte, die sich mit dem Terminhandel befassten, operierten weitgehend ohne gesetzliche Vorgaben.[30] In rechtlicher Hinsicht konnten Transaktionen über Terminkontrakte, die im Juristendeutsch als „Differenzgeschäfte" bezeichnet und damit schon begrifflich eigenständig erfasst wurden, unterschiedlich bewertet werden: Kam es tatsächlich zur Übergabe etwa der Ware oder eines Wertpapiers, dann wurde darin ein Kauf- oder Lieferungsgeschäft auf Zeit gesehen. Schlossen die Parteien entsprechende Kontrakte aber nur zu dem Zweck ab, um auf Kursgewinne bzw. die sog. Differenz zwischen Kauf- bzw. Verkaufskurs zu spekulieren, dann nahmen die Gerichte lediglich ein Spiel- oder Wettgeschäft an, die vor deutschen Gerichten im 19. Jahrhundert häufig keinen Bestand hatten.[31] Wer sich auf diesen Einwand vor Gericht berief, konnte dementsprechend auf Abweisung der Klage hoffen.

In den 1870er Jahren, vor allem mit der Einrichtung des Reichsoberhandelsgerichts 1869 in Leipzig, verschoben die Richter die juristischen Grenzen und schufen damit eine besondere Erwartungssituation: Das nicht klagbare Differenzgeschäft wurde zunehmend enger definiert,

---

[30] Preußen hob seine restriktiven Bestimmungen u. a. auf Druck der Berliner Kaufmannschaft bereits 1860 wieder auf. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 ließ Differenzgeschäfte ungeregelt, lediglich Sachsen schuf mit § 1482 seines 1865 eingeführten „sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs" eine positive Rechtsgrundlage für deren „Unklagbarkeit". Die Gerichte der Einzelstaaten blieben damit weitgehend auf das sog. gemeine Recht beschränkt, und das verwies im 19. Jahrhundert vor allem auf ein „inneres System" des Römischen Rechts, dazu auch *Louis Pahlow*, Recht und Kapitalismus. Die Justiz im 19. Jahrhundert zwischen Anpassung und Überforderung, in: Jan-Otmar Hesse et al. (Hg.), Moderner Kapitalismus. Wirtschafts- und Unternehmenshistorische Beiträge, Tübingen 2019, S. 343-362.

[31] *Johannes W. Flume*, Marktaustausch. Grundlegung einer juristisch-ökonomischen Theorie des Austauschverkehrs, Tübingen 2019, S. 199-245; *Udo Wolter*, Termingeschäftsfähigkeit kraft Information. Eine rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie über die stillschweigende Entfunktionalisierung des § 764 BGB durch die Börsengesetz-Novelle 1989, Paderborn 1991.

ohne allerdings die rechtlichen Kategorien aufzugeben. Die Richter trugen durch ihre hermeneutischen Methoden selbst dazu bei, die Bedingungen für Termingeschäfte zu lockern und den Parteien Gestaltungsspielräume zu eröffnen. Ein wichtiges Instrument dieser Flexibilisierung lag in der Begriffsbildung. Das nicht klagbare, sog. „reine" Differenzgeschäft wurde dazu auf einen im Grunde unrealistischen Anwendungsbereich reduziert. Es lag nämlich nur vor, wenn die Parteien von vornherein die reelle Lieferung oder Bezahlung *explizit* ausschlossen und zum Gegenstand ihres Geschäfts allein die Kursdifferenz machten. Die Definition lieferte den Akteuren im Umkehrschluss die notwendigen Voraussetzungen, um den Einwand des nicht klagbaren Differenzgeschäfts vertraglich zu umgehen. Das konnte z.B. dadurch erreicht werden, dass die Geschäfte als Kauf „getarnt" wurden etwa mit besonderen Kündigungsklauseln versehen oder zur Bekräftigung auf passende Lieferbedingungen verwiesen wurde. Während das badische Oberhofgericht 1866 in derartigen Regelungen noch ein Indiz dafür sah, „die wahre, blos auf ein gesetzlich mißbilligtes Spiel gerichtete Absicht der Parteien zu verhüllen", sah das Reichsoberhandelsgericht 1873 in einer ähnlichen Klausel in den „Bedingungen für Lieferungsgeschäfte in rohem Rüböl" keine Grundlage mehr für die Annahme eines Differenzeinwandes. Solange die Parteien ihre Spekulationsabsichten gut genug verschleierten, konnten Forderungen aus Differenzgeschäften also durchaus eingeklagt werden – im umgekehrten Fall aber ebenso eine Klagbarkeit vermieden werden.[32]

Die Gesamtumstände des Einzelfalles oder die „wahren" Absichten der Parteien sollten dagegen ausgeblendet werden. Die prozessuale Durchsetzung von Termingeschäften wurde damit deutlich gestärkt, ohne dass an der prinzipiellen Einordnung des Differenzgeschäfts als „Börsenspiel" etwas geändert werden musste. Die rechtlichen Kategorien blieben also identisch, lediglich deren Deutung und Grenzen wurden durch die Justiz verengt, indem Motive und Absichten der Parteien für die rechtliche Beurteilung ausgeklammert werden sollten. Genau mit dieser Verengung auf objektive Beurteilungsmaßstäbe zur Bestimmung eines Differenzgeschäfts wurden aber dem Richter Spielräume entzogen, da er sich auf objektiv belegbare Tatsachen berufen können muss. Mit einer Begrenzung auf objektiv festgelegte, vorhersehbare Kriterien der juristischen Entscheidungsfindung stieg auch die Erwartungssicherheit der Akteure ganz erheblich.

Die Spekulation mit Terminkontrakten eröffnete aber nicht nur Chancen, sondern barg auch erhebliche Risiken. Geschickte Spekulanten waren durch eine entsprechende Formularpraxis in der Lage, den Spieleinwand auch im eigenen Interesse zu nutzen und berechtigte Forderungen zu umgehen. Ende der 1880er Jahre häuften sich die Skandale, wie Kursmanipulationen, Schlussscheinfälschungen oder die Veruntreuung deponierter Wertpapiere.[33] Sie haben nicht nur die öffentliche Kritik am Terminhandel, sondern auch die Spruchpraxis des höchsten Gerichts zu einem Problem werden lassen, das die Richter unter Anpassungsdruck setzte. Der Wandel in der Spruchpraxis vollzog sich aber nicht zeitgleich, auch nicht schlagartig, sondern schrittweise: Das Reichsgericht, das die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgericht nach 1880 zunächst übernommen hatte,[34] hob 1887 hervor, dass „reine" Differenzgeschäfte „volkswirthschaftlich unfruchtbar" seien, weil sie kein „wirthschaftliches Bedürfniß" befriedigen.[35]

---

[32] *Pahlow* (wie Anm. 30).
[33] *Laura Rischbieter*, Mikro-Ökonomie der Globalisierung. Kaffee, Kaufleute und Konsumenten im Kaiserreich 1870-1914, Köln usw. 2011, S. 161-182.
[34] *Wolter* (wie Anm. 31), S. 46–49.
[35] RG, Urt. v. 19.10.1887, in: SeuffA Bd. 43, 1888, S. 170.

Hier werden bereits die Spuren eines öffentlichen Diskurses sichtbar, in dem seit längerem die produktive Spekulation von „unproduktivem Spiel differenziert“ wurde, dem ein wirtschaftlicher Wert fehle.[36] Die Justiz schwenkte also auf die Kritik am spekulativen Terminhandel ein und machte sich damit auch zum Teil einer politisch aufgeladenen Debatte.

Der Bruch mit der bisherigen Praxis folgte dann 1892. Ein „reines“, unklagbares Differenzgeschäft nahmen die Richter nun auch dann an, wenn entsprechende Indizien für konkludente bzw. stillschweigende „Spielabsichten“ der Parteien erkennbar waren.[37] Die Berücksichtigung derartiger Beweggründe, die auch über eine Indizienkette aus den „Gesamtumständen des Falles“ gefolgert werden konnten, sind die entscheidenden Chiffren des nun eintretenden Richtungswechsels. Sie erweiterten den richterlichen Beurteilungsspielraum im Rahmen von Beweisaufnahme und Beweiswürdigung und führten gleichzeitig zu einer entsprechenden Reduktion von Erwartungssicherheit. Jetzt konnte z.B. aus der tatsächlichen Vermögenssituation der Parteien und einem „auffälligen Missverhältnis“ einer dem Bankier bekannten Vermögenslage eine Indizwirkung für „Spielabsichten“ gefolgert werden.[38] Deutlich wird das z.B. im Fall des Landgerichts Leipzig vom 3. Juli 1891: Darin hatte ein Familienvater mit einem Gesamtvermögen von 9.000 Mark mit Terminkontrakten i.H.v. 90.000-300.000 Mark spekuliert und wurde am Verfallstag auf Zahlung und Abnahme verklagt.[39] Genau auf derartige Fälle reagierte das Reichsgericht 1892, indem es den richterlichen Ermittlungsraum deutlich um die „Gesamtumstände des Falles“ erweiterte. So folgerten die Richter z.B. daraus, dass das Vermögen des Spekulanten nicht ausreichte, um effektiv zu liefern oder abzunehmen, und der Kontrahent dies hätte wissen müssen, dass der Spekulant nie den Willen gehabt habe, effektiv zu erfüllen, und sein Kontrahent dem Ausschluss der Effektiverfüllung stillschweigend zugestimmt habe. Auf dieser Grundlage konnte ein „reines“ Differenzgeschäft auch dann angenommen werden, wenn die Parteien eine Lieferung *nicht explizit* ausgeschlossen haben.

Der Kern dieser Transformation lag in der Erweiterung des Begriffs „Differenzgeschäft“ um subjektive Beweggründe, durch die nun auch die Vermögensverhältnisse der Betroffenen berücksichtigt werden konnten. Zwar blieben die rechtlichen Kategorien damit weiterhin unverändert; operiert wurde weiterhin mit „Lieferungsgeschäft“ (Kauf) und „reinem Differenzgeschäft“ (Spiel). Die rechtlichen Voraussetzungen für die Annahme eines Differenzgeschäfts wurde von den Richtern genauso autonom verschoben wie man sie zuvor auf ausdrückliche Vereinbarungen verengt hatte. Deutlich schreibt das Reichsgericht dem Tatsachenrichter ins Gedächtnis, dass er „in Anwendung der Vorschrift des §. 130 der Civilprozeßordnung“ darauf hinzuwirken habe, „daß die zur Begründung der Einrede geltend gemachten Tatsachen, namentlich durch nähere Darlegung der Vermögensverhältnisse des Beklagten“ zu ergänzen.[40] Die Richterschaft verband damit durchaus ein rechtspolitisches Ziel, nämlich die Eindämmung der Terminspekulation, die in der Öffentlichkeit längst zu einem Hauptübel der Börsen erklärt worden war. An diesen Debatten beteiligten sich auch die Richter des Reichsgerichts. Otto Bähr

---

[36] *Alexander Engel*, „Vom verdorbenen Spieler zum verdienstvollen Spekulanten. Ökonomisches Denken über Börsenspekulation im 19. Jahrhundert“, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 54 (2013), S. 49–69; *Christof Dejung*, „Spielhöllen des Kapitalismus? Terminbörsen, Spekulationsdiskurse und die Übersetzung von Rohstoffen im modernen Warenhandel“, in: WerkstattGeschichte 58 (2011), S. 49–69, 50-51, 58-62.

[37] RG, Urt. v. 26.3.1892, zit. nach *Heinrich Wiener*, Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung, Berlin 1893, S. 28.

[38] Zit. nach *Wiener* (wie Anm. 37).

[39] Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Proceß 2 (1892), S. 485-488.

[40] Reichsgericht, Urt. v. 6.10.1892, Az. IV 155/1892, S. 5-6.

wandte sich 1894 deutlich gegen eine zu ausführliche Analyse von Termingeschäften. Es spiele keine Rolle, ob Termingeschäfte wirtschaftlich sinnvoll oder gar berechtigt seien. Wenn „man in ein solches Getriebe, das sich noch dazu mit dem größten Rassinement zu schützen sucht, eingreifen will", dann muss man als Richter „fest zufassen […]. Mit juristischen Difteleien kommt man dabei nicht weit".[41]

Auf die Unvorhersehbarkeit der nun zu berücksichtigenden Beurteilungskriterien, die die Gerichte keineswegs umfassend und schon gar nicht abschließend definierten, konnten sich die Akteure nur schwer einstellen, was die Unsicherheit entsprechend erhöhte. Vertragsregime wie etwa vorformulierte Vertragsbedingungen mussten überarbeitet und umgebaut, auch Prokuristen und Bankangestellte umgeschult werden, um die rechtlichen Unsicherheiten in den Griff zu bekommen. Diese Prozesse sind Ausdruck einer Interaktion, in der richterliche Rechtsfortbildung kapitalistische Dynamiken einerseits befördern, andererseits destabilisieren konnte. Diese Prozesse bedingten sich häufig gegenseitig, passten sich einander an und lassen sich als ambivalente Koevolution beschreiben.[42] Nachträglich wurde diese Änderung der Rechtsprechung von den Richtern selbst als „Wende" stilisiert; an den juristischen Kategorien von „Spiel" oder „Kauf" änderte diese Rechtsprechung allerdings nichts. Und überzeugen konnte sie die Fachleute an den Terminmärkten ohnehin nicht. Selbst Max Weber spottete 1895, dass die hoch komplexen Strukturen des Terminhandels mit der „primitiven Form einer solchen Differenzwette" kaum etwas gemeinsam hätten.[43]

2. Generalklauseln als Quelle richterlicher Krisenbewältigung. Die sog. Aufwertungsrechtsprechung der 1920er Jahre

Wie sehr gesetzliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe in Gesetzen von der Justiz als Anpassungsinstrument an wirtschaftliche Herausforderungen genutzt wurden, zeigt sich vor allem in der Rechtsprechung der Inflationszeit. In der Vergangenheit wurde dahinter sogar ein Beleg für eine neue „Richtermacht", sogar die Umsetzung von „Freirecht" vermutet,[44] was die jüngere Forschung inzwischen aber relativiert hat.[45] Gleichwohl kann die sog. Aufwertungsrechtsprechung als Beispiel dafür gelten, wie Gerichte unter dem Deckmantel gesetzlich normierter Generalklauseln durchaus massiv in geltendes Recht eingreifen und dadurch Rechtstransformationen auslösen. Exemplarisch sei das anhand der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. November 1923[46] demonstriert. Der Entscheidung kam richtungsweisende Bedeutung zu, auch weil eine seit Monaten andauernde Praxis der Gerichte, nämlich die Außerachtlassung von Währungsvorschriften, nachträglich legitimiert wurde. Ende November

---

[41] *Otto Bähr*, Das Börsenspiel nach den Protokollen der Börsenkommission, Leipzig 1894, S. 86.
[42] *Pahlow* (wie Anm. 30), S. 355-359.
[43] *Max Weber*, Börsenwesen. Schriften und Reden 1893-1898 (= MWG I/5), 2 Hlbbde., hg. von Knut Borchardt/ Cornelia Meyer-Stoll, Tübingen 1999, S. 496.
[44] *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters (Erträge der Forschung), Darmstadt 1975, S. 50-51, 106-107.; *Norbert Hempel*, Richterleitbilder in der Weimarer Republik, Frankfurt a. M. 1978; *Uwe Diederichsen,* Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974; *Knut Wolfgang Nörr*, Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses, Heidelberg 1996.
[45] *Markus Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich, Baden-Baden 1996; wie facettenreich das Meinungsspektrum um 1900 war, hat *Jan Schröder* (wie Anm. 16) aufgezeigt.
[46] Urteil des V. Senats v. 28.11.1923, in: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (im Folgenden: RGZ), Bd. 107, 1924, S. 78-94.

1923 hatte das Reichsgericht Gelegenheit unter dem Eindruck der Hyperinflation zu einer ausstehenden Hypothekenforderung Stellung zu nehmen. Der klagende Schuldner hatte 1913 ein Grundstück erworben und 1920 die hypothekarisch gesicherte Forderung sowie rückständige Zinsen in Höhe von 18.980,- Mark zurückgezahlt. Der Kläger begehrte daraufhin die Herausgabe des Hypothekenbriefs, um die Belastung im Grundbuch löschen zu lassen. Der Beklagte verweigerte dies mit der Begründung, dass die Schuld nach der früheren Geldwerthöhe auch den Kaufkraftverlust berücksichtigen müsse.

Das Kammergericht wollte davon zunächst nichts wissen. Der Vertrag von 1913 sei wirksam, eine Geldentwertung 1920 weder gegeben noch zu erwarten. Nominal gesehen habe der Kläger vertragskonform erfüllt. Das Reichsgericht sah es anders: Ohne zunächst auf die sich aufdrängende vertragsrechtliche Situation einzugehen, nahmen die Leipziger Richter eine sachliche Analyse der Geldentwertung im Jahr 1920 vor und gaben damit bereits den Beurteilungsrahmen für das Berufungsgericht vor.[47] Das Berufungsgericht werde zunächst zu klären haben, ob eine Hypothekenaufwertung zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung überhaupt in Frage komme. Selbst wenn eine Aufwertung der Forderung im Frühjahr 1920 zu verneinen sein sollte, müsste geprüft werden, ob der Beklagte damit schon allein – ungeachtet der später eintretenden, weiteren Verschlechterung der Währung – das Recht auf Aufwertung verloren habe. „Die rechtliche Möglichkeit einer Aufwertung von Hypothekenforderungen ist nach geltenden deutschen Rechte [sic!], insbesondere nach § 242 BGB. anzuerkennen“.[48] Es komme dafür gerade bei Hypothekenforderungen in Betracht, daß der Schuldner regelmäßig in dem erheblichen gestiegenen Werte des Grundstücks einen entsprechenden Ausgleich erhalten habe.[49] Hierfür sei die Rechtslage des Vertragsschlusses oder bei Fälligkeit der Hypothekenforderungen „unerheblich“. Mehr noch: „Unrichtige Rechtsauffassungen der Vergangenheit seien nicht mehr ausschlaggebend“.[50]

Das Gericht hob den Kaufpreis aber nicht einfach auf den Wert des Grundstückes in Goldmark an, sondern schuf ein eigenständiges, flexibles Aufwertungsregime aus der zivilrechtlichen Generalklausel des § 242 BGB, das dem währungsrechtlichen Nominalprinzip vorgehen sollte. Danach seien nach den „Umstände[n] des Falles“ die Wertsteigerung des Grundstücks, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners, oder die Frage, ob es sich um landwirtschaftliche, städtische oder industrielle Grundstücke, ob öffentliche Lasten bestünden oder Mieterschutzregelungen, zu berücksichtigen.[51]

Dieser Eingriff in das Vertragsgefüge war zweifellos ein Paukenschlag; aber ganz so überraschend, wie es scheint, war das 1923 schon nicht mehr. Denn das Reichsgericht ging seit Ausbruch des Ersten Weltkrieges in bestimmten Fällen vergleichsweise flexibel mit vertraglichen Verpflichtungen um und nutzte dafür bereits die Generalklausel des § 242 BGB, der zweifellos

---

[47] RGZ, Bd. 107, S. 86 [28.11.1923]: „Denn schon damals hatte der Lebenshaltungsindex sich auf rund 10 erhöht; die Goldmark ist (bei einem Stand des Dollar für den April 1920 von etwa 60 *M* – im Februar und März 1920 hatte er noch höher gestanden – und das Pfund Sterling von 270 *M*) für April 1920 auf rund 15 *M* berechnet. Die Kaufkraft des Papiergeldes war also am 1. April 1920 bereits in erheblichem Maße verringert. Immerhin wird es zunächst Sache des Berufungsgerichts sein, darüber zu entscheiden, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Aufwertung der Hypothekenforderung (über die weiter unten noch näher zu sprechen ist) zu jener Zeit vorlagen.“

[48] RGZ, Bd. 107, S. 86-87 [28.11.1923].

[49] RGZ, Bd. 107, S. 87 [28.11.1923].

[50] RGZ, Bd. 107, S. 87 [28.11.1923].

[51] RGZ, Bd. 107, S. 87 [28.11.1923].

nach 1914 eine Schlüsselfunktion zukam. Maßgeblich für eine Mobilisierung der Generalklausel waren die Ausnahmebedingungen des Krieges; das galt auch nach Kriegsende, vor allem angesichts des durch „den ungeahnten Verlauf und Ausgang des Krieges herbeigeführten Umsturz und Umschwung aller wirtschaftlichen Verhältnisse“, so eine Urteilsbegründung vom 21.9.1920.[52] Fernab dieser politischen bzw. wirtschaftlichen Diagnosen, die in Entscheidungsbegründungen in dieser Klarheit und Schärfe freilich Seltenheitswert besitzen, verwiesen die Richter auf den gesetzgeberischen Willen, den sie sehr selektiv für ihre eigene Auffassung auswählten. Der Senat stellte dazu auf die jüngste Reichsgesetzgebung ab, welche „immer mehr und mehr gezeigt [habe], daß sie den Grundsatz ‚Mark = Mark‘ nicht ohne Einschränkung aufrecht erhalte, weil eben gegenüber den Anforderungen des Wirtschaftslebens und dem Einfluß der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse an den Währungsgesetzen nicht mehr festgehalten werden kann, soweit sie die Papiermark der Goldmark gleichstellen“.[53] Die Richter verwiesen hier auf das Finanzausgleichsgesetz vom 23.6.1923, das Gesetz über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen vom 18.8.1923, ferner auf Steueraufwertungsvorschriften und solche über die Aufwertung bei Vermögensstrafen und Gerichtskosten.[54] Hierbei handele es sich, so der Senat weiter, auch nicht um eine Einzelstimme des Gerichts. Vielmehr entspreche die hier gewählte Praxis auch der Rechtsprechung anderer Senate des Reichsgerichts.[55]

Diese Begründungtechnik ist nicht unwichtig, denn sie dient der Aufrechterhaltung des Bildes vom regelgeleiteten Richter. Die Anknüpfung an die Reichsgesetzgebung konnte freilich als untauglicher Versuch gewertet werden, zumal die genannten Bestimmungen als Ausnahmeregelungen nicht für „analogiefähig“ gehalten wurden.[56] Sie zeigen aber, dass der Richter selbst in wirtschaftlichen Krisenzeiten nicht „freirechtlich“ operierte, sondern um eine Rückkopplung seiner Entscheidung auf eine gesetzliche Grundlage bemüht war. Entkleidet man das Urteil von diesen Fassaden, dann wird das zentrale Instrument deutlich: Der entscheidende Schritt des Gerichts zur Generierung wirtschaftlicher Unsicherheit liegt hier in der Außerachtlassung eines im Übrigen nach wie vor gültigen Rechtssatzes, nämlich des Nominalprinzips („Mark gleich Mark“) angesichts sich dramatisch wandelnder Umstände. Da der Gesetzgeber eine Anpassung nicht rechtzeitig vornehmen konnte, sei das Gericht berechtigt, das Recht im Einzelfall an die sich wandelnden Verhältnisse anzupassen. Derartige Anpassungen hat es im Übrigen häufiger gegeben, auch vor 1914.[57] Dass hier vieles umstritten blieb, ja abwegig erscheinen mag, steht außer Frage; die Rechtsprechung bewegte sich damit aber methodisch wie inhaltlich nicht außerhalb des BGB.

Die „Aufwertungsrechtsprechung“ knüpfte im Grunde an die Spruchpraxis einer „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ an, die bereits vor 1914 in Einzelfällen eine richterrechtliche Vertragsanpassung ermöglichte. Darauf griff das Reichsgericht zurück, um während und nach dem Ersten Weltkrieg die Probleme der Rohstoffknappheit, der erschwerten Produktionsbedingungen und der Geldentwertung lösen zu können. Auf diese Weise gelangte es etwa zur Aufhebung von

[52] Urteil des III. Senats v. 21.9.1920, in: RGZ, Bd. 100, 1921, S. 129-134, 131.
[53] RGZ, Bd. 107, S. 89 [28.11.1923].
[54] RGZ, Bd. 107, S. 89-90 [28.11.1923]; ganz ähnlich auch die Strategie in RGZ, Bd. 100, S. 129-134 [21.9.1920].
[55] RGZ, Bd. 107, S. 90-91 [28.11.1923].
[56] Nachw. bei *Klemmer* (wie Anm. 45), S. 228-229.
[57] Dazu *Klemmer* (wie Anm. 45), S. 319-370.

Verträgen, wenn sich die Leistungspflicht „als eine völlig andere“ darstellte.[58] Richterrecht schuf also nicht nur Unsicherheit, sondern eröffnete den wirtschaftlichen Akteuren zugleich auch neue Handlungsoptionen, um unter bestimmten Voraussetzungen Transaktionen anzupassen, ggf. sogar auflösen zu können. Darin zeigt sich wiederum eine bemerkenswerte Ambivalenz richterlicher Entscheidungstätigkeit in Bezug auf wirtschaftliche Erwartungen: Einerseits können Gerichte mit einem Federstrich wirtschaftliche Dispositionen zunichtemachen, andererseits dadurch aber auch neue Handlungschancen eröffnen und damit die „Erwartungserwartungen“ (Niklas Luhmann) an den rechtlichen Regelungsrahmen erweitern. Die geschaffenen Handlungsoptionen gingen weit über eine Änderung der Begriffsbildung (oben 1) hinaus. Denn bei der aus § 242 BGB abgeleiteten „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ blieb es nicht: Während der Inflationszeit argumentierte das Reichsgericht neben „Treu und Glauben“, „Billigkeit“ und „Gerechtigkeit“ auch mit Kriterien der „Unzumutbarkeit“[59] oder eines drohenden „wirtschaftlichen Ruins“[60]. Gelegentlich wird bereits auf den Grad der Risikoübernahme abgestellt.[61] In anderen Fällen konnten auch verschiedene Argumentationsstränge ineinander fließen und mit der vagen Berufung auf die „ehrbaren Volkskreise“ und deren „Gerechtigkeitsgefühl“ in Verträge eingegriffen werden, was mitunter massive Kritik auslöste.[62] Rechtstransformationen durch Gerichte verliefen also keineswegs planvoll, sondern eher tastend, in Krisenzeiten auch dynamisch und nicht ohne Unsicherheiten auf Seiten der Richterschaft.

Die unterschiedlichen Argumentationsmuster, die letztlich alle mit der Generalklausel des § 242 BGB in Verbindung standen, wurden von den Marktakteuren willkommen aufgegriffen und in ihre Prozessstrategien integriert. Ob und inwieweit sich bestimmte Rechtstransformationen bzw. -innovationen vor Gericht durchsetzen und als „ständige“ Rechtsprechung als verdichtetes Richterrecht lebensfähig werden, hängt letztlich auch von den prozessführenden Parteien und ihren juristischen Vertretern ab. Halten Gerichte, wie in unserem Fall, an diesen Rechtsschöpfungen fest, erhöhen sie die Erwartungssicherheit und festigen damit im Gegenzug auch die eigene Rechtsfortbildung. Aus den 1920er Jahren konnte sich damit ein richterrechtliches Gestaltungsinstrument erhalten, das es als „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ 2002 sogar ins BGB geschafft hat und damit längst Teil des staatlich gesetzten Regelungsrahmens geworden ist. Für diese Erfolgsgeschichte sprechen kaum juristische Gründe, denn das Institut galt lange Zeit als juristisch schwer zu greifen und von Kasuistik geprägt. Die Erfolgsgeschichte erklärt sich vielmehr aus dem Versuch der prozeßführenden Akteure, dieses Institut als Instrument zu nutzen, um sich von lästigen Vertragspflichten zu befreien oder diese an die geänderten Rahmenbedingungen anzupassen. Das gilt vor allem dann, wenn eine Rechtsschöpfung zwar an enge Voraussetzungen geknüpft, aber für die breite Masse an Transaktionen mobilisiert werden kann. Entsprechend stark ist die Rechtsprechungsdichte, die sich seit den 1920er Jahren in

[58] Urteil des II. Senats v. 23.2.1904, in: RGZ, Bd. 57, 1904, S. 116-120; Urteil des II. Senats v. 4.2.1916, in: RGZ, Bd. 88, 1917, S. 71-76; Urteil des II. Senats v. 27.3.1917, in: RGZ, Bd. 90, 1917, S. 102-106.

[59] Urteil des I. Senats v. 19.5.1920, in: RGZ, Bd. 99, 1920, S. 115-121; Urteil des III. Senats v. 8.7.1920, in: RGZ, Bd. 99, 1920, S. 258-261, 259.

[60] Urteil des III. Senats v. 22.10.1920, in: RGZ, Bd. 100, 1921, S. 134-138, 138; Urteil des III. Senats v. 7.6.1921, in: RGZ 102, 1921, S. 272-276, 274.

[61] Urteil des I. Senats v. 8.12.1920, in: RGZ, Bd. 101, 1921, S. 74-78, 75.

[62] Urteil des II. Senats v. 29.11.1921, in: RGZ, Bd. 103, 1922, S. 177-180, 179; zur Kritik die Nachw. bei *Rudolf Meyer-Pritzl*, in: Matthias Schmoeckel et al. (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 2, Tübingen 2007, §§ 313/314, Rn. 21.

begründeten oder eben nur vermeintlichen „Notfällen“ auf dieses Gestaltungsrecht berufen haben.[63] Die daraus entstandene Kasuistik wäre ohne eine entsprechende „Nachfrage“ der wirtschaftlichen Akteure kaum denkbar.

3. Die Gestaltungskraft der „beiläufigen“ Rechtsauffassung. Das Continental-Can Urteil von 1973 und seine Auswirkungen auf das europäische Wettbewerbsrecht

Die Wirkung von Justizentscheidungen muss keineswegs auf die jeweilige Rechtsordnung eines nationalen Marktes beschränkt sein. In supranationalen Regimen kann Gerichten eine rechtsharmonisierende bzw. integrative Funktion zukommen. Und auch hier greifen Gerichte sehr gezielt in die Spielregeln der Märkte ein. Das lässt sich für das europäische Wettbewerbsrecht exemplarisch anhand des Zusammenspiels zwischen der Europäischen Kommission und dem EuGH im Rahmen des Verfahrens um die Europemballage Corp., Continental-Can/Kommission von 1973[64] verdeutlichen. In seinem abschließenden Urteil hierzu hatte der EuGH die umstrittene Rechtsauffassung der Kommission, Art. 86 des EWG-Vertrages auch auf bestimmte Formen von Unternehmenszusammenschlüssen anzuwenden[65], dem Grunde nach bestätigt und damit sowohl den Startpunkt für einen knapp 16jährigen Rechtssetzungsprozess als auch eine Zusammenschlusskontrolle der Kommission markiert.

1969 hatte der damals weltweit größte Verpackungsmittelkonzern, die Continental-Can Company (New York), ihre Beteiligung an dem führenden europäischen Hersteller von Leichtmetallverpackungen, der Schmalbach-Lubeca Werke AG (Braunschweig), von 25% auf 85,8% erhöht. Diese Anteile und eine Beteiligung an der niederländischen Thomassen & Drijever-Verblifa N. V. (Deventer), brachte sie in die 1970 von ihr in Brüssel gegründeten Tochtergesellschaft Europemballage Corp. ein und erwarb über diese weitere Aktien der Thomasen & Drijver Verblifa N. V.[66] Die Kommission sah in diesem Vorgang einen Verstoß gegen Art. 86 EWG-Vertrag und untersagte daraufhin erstmals einen Unternehmenszusammenschluss in einer formellen Entscheidung.[67] Zwar hat der EuGH diese im Ergebnis aufgehoben, da die Kommission den sachlich relevanten Markt falsch abgegrenzt und es an einer marktbeherrschende Stellung bereits gefehlt habe. Die Richter schlossen ihre Urteilsbegründung hier aber nicht ab, sondern fügten in einer seitenlangen Bemerkung ihre Rechtsauffassung zu einer Zusammenschlusskontrolle in der EWG an. In einem Obiter Dictum bezogen die Richter ausführlich zur Anwendbarkeit des Art. 86 EWG-Vertrag auf „strukturelle Maßnahmen der Unternehmen“

---

[63] Vgl. die Nachw. bei *Meyer-Pritzl* (wie Anm. 62), Rn. 36-47.

[64] EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Europemballage Corp., Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 218-251.

[65] Vgl. für die Diskussion in den 1960er Jahren v. a. *Ernst Joachim Mestmäcker*, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft in: Ernst von Caemmerer et al. (Hg.): Probleme des europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1966, S. 322-354; *Wolfgang Hefermehl*, Unternehmenszusammenschlüsse im Lichte der Artikel 85 und 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Eduard Wahl et al. (Hg.): Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967, S. 329-344; *Philipp Möhring*, Entflechtungsmaßnahmen der EWG-Kommission bei Unternehmenskonzentrationen nach deutschem Recht, in: dies (Hg.): Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, S. 345-356 mit jeweils weiteren Nachw.

[66] Sachverhalt zusammengefasst nach *Kommission,* E. v. 9.12.1971, ABl., Nr. L 7 v. 08.01.1971, S. 25-39, 25-34.

[67] Für die Leitsätze der Entscheidung vgl. Artt. 1 und 2 der Entscheidung in: *Kommission,* E. v. 9.12.1971, ABl., Nr. L 7 v. 08.01.1971, S. 25-39, 39.

Stellung: Danach könne der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 86 EWG-Vertrag durchaus auch in einer „Verstärkung einer beherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss“ gesehen werden, was das Vorgehen der Kommission auf der Grundlage des Art. 86 EWG-Vertrag prinzipiell bestätigte.[68] Kernaussage der Argumentationen zur Anwendung des Art. 86 EWG-Vertrag war, dass ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. Art. 86 EWG-Vertrag auch dann vorliegen kann, „wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, daß der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, daß also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“[69] Um diese Aussage zu stützen argumentierte der EuGH formaljuristisch mit dem „Aufbau und Wortlaut von Artikel 86“, verwies „auf System und Ziele des Vertrages“[70] und stellt für die Feststellung dieser auf Art. 2 und Art. 3, insbesondere Art. 3 lit. f EWG-Vertrag ab.[71] Damit verwischte er nicht nur die Grenzen zwischen der wettbewerbsrechtlichen Unterscheidung von Veränderungen der Marktstruktur und Marktverhalten, sondern erweiterte zugleich den Anwendungsbereich des Art. 86 EWG-Vertrag.[72] Dazu beriefen sich die Richter zudem auf den „Geist“ des Art. 86 EWG-Vertrag, auf den „für die Entscheidung dieser Frage“ zusätzlich „zurückgegriffen werden“ müsse.[73]

Diese für das Urteil im Grunde irrelevante, weil nicht entscheidungsbegründende Rechtsauffassung kam für die beteiligten Unternehmen dennoch nicht ganz überraschend: Die Anwendbarkeit des Art. 86 EWG-Vertrag wurde bereits Mitte der 1960er Jahre sowohl von einer Expertenkommission in einem Gutachten als auch von der Europäischen Kommission selbst in ihrem 1966 veröffentlichten Konzentrationsmemorandum[74] diskutiert und letztlich bestätigt. Allerdings nahm der Markt die hier geäußerte Rechtsmeinung nicht ernst, da die Rechtslage ohne eine verbindliche Entscheidung des EuGH nicht abschließend geklärt war. Das lässt sich neben den Argumenten der Klägervertreter[75] deutlich an den Schlussanträgen[76] des Generalanwaltes am EuGH *Karl Roemer* erkennen. Dieser stellte hinsichtlich einer möglichen Anwendbarkeit des Art. 86 EWG-Vertrag auf Zusammenschlüsse entgegen der Kommissionsauffassung im Ergebnis fest, dass es seines „Erachtens im Interesse der Realisierung einer gesunden Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft sinnvoller [sei], zu zeigen, daß sich Artikel 86 [EWG-

---

[68] Siehe hierzu die Urteilsbegründungen in EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Europemballage Corp., Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 218-251, 243-246; da die Kommission bereits den relevanten Markt für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, nach der Auffassung der EuGH, falsch abgegrenzt hatte, war es für die Entscheidung unerheblich, ob diese Stellung durch den Zusammenschluss missbräuchlich i. S. d. Art. 86 EWG-Vertrag ausgenutzt wurde; *Klaus Jörg Heyen,* Konzentrationskontrolle für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Folgerungen aus dem Continental Can-Urteil, in: NJW 26 (1973), S. 1526-1529, (1529).

[69] EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Europemballage Corp., Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 218-251, 246.

[70] EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Europemballage Corp., Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 218-251, 244.

[71] EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Europemballage Corp., Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 218-251, 244-246.

[72] So auch: *Dieter Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, München 1992, S. 194-195.

[73] EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Europemballage Corp., Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 218-251, 244.

[74] *Kommission,* Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt – Denkschrift der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1. Dezember 1965, SEC 65 (3500), Brüssel 1966.

[75] Für eine Auseinandersetzung mit den Argumenten vgl. *Joachim Lau*, Das Problem der Fusionskontrolle in der europäischen Gemeinschaft. Zum Verhältnis von Konkurrenz und Monopol unter besonderer Berücksichtigung des Continental-Can-Falles, Frankfurt am Main 1980, S. 35-41.

[76] Die Schlussanträge des Generalanwaltes stellen einen Vorschlag für das spätere Urteil des Gerichtes dar (Art. 166 II EWG-Vertrag).

Vertrag] prinzipiell nicht für eine Fusionskontrolle eign[e]“[77]. Er kommt so letztlich zu dem Schluss, dass die Kommissionsentscheidung in Art. 86 EWG-Vertrag keine „Rechtsbasis“[78] finde und es damit bereits an einer tauglichen Rechtsgrundlage für die Entscheidung fehle.[79]
Wirft man parallel dazu einen Blick auf den Zeitraum zwischen dem Memorandum und der Entscheidung, so ist zudem auffällig, dass die Kommission, trotz scheinbar geklärter Rechtslage und ansteigender Konzentrationsentwicklungen[80], fünf Jahre lang untätig blieb, bis sie den ersten Zusammenschluss im Fall Continental-Can auf der Grundlage des Art. 86 EWG-Vertrag in einer formellen Entscheidung untersagte. Zieht man hierzu einen Vergleich zur Wettbewerbskontrolle in Deutschland, wo 1973 eine präventive Fusionskontrolle in das GWB eingeführt wurde[81], so hatte dieses bereits im ersten Jahr 172 Zusammenschlüsse überprüft und davon fünf durch Entscheidung untersagt.[82] Im Vorfeld der Entscheidung machte die Kommission die Continental-Can zwar noch einmal schriftlich auf die „mögliche Unvereinbarkeit des Vorhabens mit den Bestimmungen des Artikels 86 EWGV sowie auf die rechtlichen und finanziellen Folgen aufmerksam“. [83] Diese ließ aber nicht von ihrem Vorhaben ab, was die Vermutung nahe legt, dass sie entweder davon ausging, dass die Kommission ihre Warnung nicht umsetzen werde oder dass eine Untersagungsentscheidung zumindest durch den EuGH wieder aufgehoben wird.
Der EuGH sah es – wie gesehen – anders: Dass der EuGH durch sein Urteil die Rechtslage damit nicht endgültig klärte, sondern ganz im Gegenteil erst den Boden für eine sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit bereitete, lässt sich anhand des darauffolgenden Geschehens rekonstruieren. Die juristische Fachliteratur reagierte zunächst überwiegend kritisch auf das Urteil, wobei insbesondere der Auslegung des Art. 86 EWG-Vertrag durch den EuGH deutlich widersprochen wurde.[84] Diese käme der Einführung einer Fusionskontrolle „contra legem“, d. h. gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Art. 86 EWG-Vertrag und unter Verkennung seiner Entstehungsgeschichte gleich.[85] Die darauffolgende Reaktion der Kommission komplettierte dieses ambivalente Bild und sorgte schließlich dafür, dass für die Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt kaum mehr erkennbar war, was sie für ein Entscheidungsverhalten hinsichtlich geplanter Zusammenschlüsse zu erwarten haben. Zwar sah sich die Kommission in den Ausführungen zur Anwendbarkeit des Art. 86 EWG-Vertrag auf Zusammenschlüsse bestätigt;

---

[77] *Karl Roemer*, Schlussanträge in der Rs. 6/72, v. 21.11.1972, S. 252-266, 257.
[78] *Roemer* (wie Anm. 77), S. 258.
[79] *Roemer* (wie Anm. 77), S. 258.
[80] Zwischen 1962 und 1970 hatte sich die Zahl der jährlichen Zusammenschlüsse um den Faktor 3,5 erhöht, nach *Kyrill Farbmann*, Die Geschichte der Fusionskontrollverordnung als ein Beispiel der Europäischen Normsetzung, in: EuR, 39 (2004), S. 478-487, 480.
[81] Im Zuge der zweiten GWB-Novelle 1973 wurde dieses umfassend reformiert und umgestaltet. Wichtigste Neuerung war die Einführung einer materiellrechtlichen Fusionskontrolle. Diese Novelle wird retroperspektivisch auch als „Meilenstein in der Entwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts“ bezeichnet; *Bundeskartellamt*: 60 Jahre Bundeskartellamt 1958-2018, Meckenheim 2018, S. 12.
[82] Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1974, BT-Drucksache 7/3791, S. 8.
[83] *Kommission,* E. v. 9.12.1971, ABl., Nr. L 7 v. 8.1.1971, S. 25-39, 26-27.
[84] Siehe hierzu *Krimphove* (wie Anm. 72), S. 195-198; *Alfred Gleiss*, Fusionskontrolle im EWG-Kartellrecht? Zum Continental-Can-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, in: AWD BB 1973 S. 268-271, 269; *René Joliet*, Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag, in: EuR 8 (1973), S. 97-121; *Jean de Richemont,* Art. 86 EWG-Vertrag und Fusionskontrolle, in: Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Hg.): Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht. V. Kartellrechtsreform, Brüssel 1973. Referate und Diskussionen, Köln 1975, S. 41-73 m. w. N.
[85] *Lau* (wie Anm. 75), S. 98; für eine argumentative Auseinandersetzung mit der Auslegungsmethodik des EuGH vgl. v. a. *Krimphove* (wie Anm. 72), S. 195-198.

in den vergleichsweise hohen Hürden, die der EuGH aber für die zusätzlich erforderliche Abgrenzung des relevanten Marktes aufstellte[86], sah sie aber ein Hindernis für eine effektive Konzentrationskontrolle und erarbeitete noch im selben Jahr des Urteils den ersten Verordnungsvorschlag für eine gemeinschaftsweite Fusionskontrolle.[87] Obgleich die Chancen für dessen Erfolg vergleichsweise gut standen,[88] konnte die nach Artt. 87 und 235 EWG-Vertrag für deren Erlass erforderliche Einstimmigkeit im Ministerrat erst nach 16 Jahren unter substantiellen Änderungen erzielt werden.[89]

Die Kommission ließ die Unternehmen nach der EuGH-Entscheidung im Unklaren darüber, ob sie weiterhin im Sinne einer „Continental-Can-Doktrin"[90], wie die Anwendung von Art. 86 EWG-Vertrag durch den EuGH im Anschluss an die Entscheidung apostrophiert wurde, kontrollieren, oder aber bis zum Erlass einer Fusionskontrollverordnung (FKVO) damit zuwarten würde. Vielmehr verfolgte die Kommission in der Zwischenzeit eine zweischneidige Strategie und versuchte auf diese Weise, ihre Verhandlungsposition in dieser Frage im komplexen Rechtssetzungsprozesses der EWG zu stärken. Beispielhaft dafür steht die Antwort der Kommission auf die Anfrage des Abgeordneten Bangemann im europäischen Parlament, der sich sowohl nach dem Stand der noch nicht verabschiedeten FKVO erkundigte als auch danach, ob die Kommission „rechtliche Möglichkeiten [sehe], Teile ihrer Vorstellungen zur Fusionskontrolle zu verwirklichen, ohne daß der Rat die von ihr vorgeschlagene Verordnung beschließ[e]".[91] In ihrer Antwort vom Juli 1980 betonte die Kommission, dass sie zwar den Bestrebungen hinsichtlich des Erlasses der FKVO „große Bedeutung"[92] zumesse, sich aber aus dem Continental-Can-Urteil beim „derzeitigen Stand des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts […] die rechtliche Möglichkeit" ergebe, „Artikel 86 EWG-Vertrag auf Unternehmen anzuwenden, die ihre marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärken"[93]. Kongruent dazu stehen die seit 1972 von der Kommission veröffentlichten „Wettbewerbspolitischen Berichte"; denn auch darin betonte sie immer wieder sowohl die Notwendigkeit einer gemeinschaftsweiten FKVO, als auch die Tatsache, welche Zusammenschlüsse sie

[86] EuGH, Urt. v. 21. Februar 1973, Europemballage Corp., Continental Can/Kommission, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 218-251, 247-251.
[87] ABl., Nr. C 92 v. 31.10.1973, S. 3.
[88] Punkt 7 der Schlusserklärung der Staats- und Regierungschefs auf der Pariser Gipfelkonferenz betonte die Notwendigkeit einer gemeinschaftlichen Grundlage für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; vgl. dazu: *Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft*: „Erklärung der Pariser Gipfelkonferenz (19.-21. Oktober 1972)", Bulletin der Europäischen Gemeinschaften. Oktober 1972, Nº 10., Luxemburg, S. 15-24, (20, 21); aber auch: *Markus Wirtz*, Legalität und ökonomische Realität. Die Europäische Fusionskontrollverordnung im Spannungsfeld von Marktintegration und Marktregulierung – Ein interdisziplinärer Rechtsvergleich, Baden-Baden 2001, S. 247; als es jedoch zu einer Abstimmung im Ministerrat kam, stellte sich schnell heraus, dass, sofern es sich um die Übertragung von originären Befugnissen der Mitgliedsstaaten auf die Kommission handelte, diese nicht ernsthaft dazu bereit waren, ihre nationalen Kompetenzen zugunsten der Kommission aufzugeben; vgl. dazu *Philipp Sebastian Wappler*, Die Effizienz in der EU-Fusionskontrolle. Eine Untersuchung über die Bedeutung von Funktionsgewinnen in der Fusionskontrolle in der EU nach Art. 2 FKVO 139/2011, Frankfurt a. M. 2011, S. 80.
[89] Vgl. dazu 1982 – ABl., Nr. C 36 v. 12.2.1982, S. 3; 1984 – ABl., Nr. C 51 v. 23.2 1984, S. 8 und 1986 – ABl., Nr. C 324 v. 17.12.1986, S. 5.
[90] Begrifflich so z. B. *Krimphove* (wie Anm. 72), S. 193.
[91] ABl. Nr. C 167 v. 7.7.1980, S. 28.
[92] ABl. Nr. C 167 v. 7.7.1980, S. 29.
[93] ABl. Nr. C 167 v. 7.7.1980, S. 29.

im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 86 EWG-Vertrag hin überprüft hat.[94] Damit destabilisierte die Kommission zusätzlich die wirtschaftliche Entscheidungssicherheit innerhalb der Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt. Das belegt auch die Tatsache, dass viele Unternehmen bestrebt waren mit der Kommission nach angekündigten Zweifel an einer Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit Art. 86 EWG-Vertrag einen Kompromiss auszuhandeln (Pilkington/BSN-Gervais-Danone[95] und British Airways/British Caledonian[96]) oder von ihren Fusionsvorhaben sogar gänzlich absahen (Amicon Corp./Fortia AB and Wright Scientific Ltd.[97]). Sucht man abschließend nach Erklärungen für das Verhalten der Kommission und des EuGH, so lassen sich diese sowohl in den rechtlichen Rahmenbedingungen, die der EWG-Vertrag für Kompetenzerweiterungen europäischer Institutionen vorsah, als auch in der besonderen Funktion des EuGH erkennen, der sich zunehmend als supranationaler Akteur verstand und entsprechend agierte.[98] Für den Erlass einer europäischen Verordnung, die gemeinschaftsübergreifende Unternehmenszusammenschlüsse systematisch erfasst, stellten die Artt. 87 und 235 EWG-Vertrag mit dem Erfordernis der Einstimmigkeit im Ministerrat eine kaum zu überwindende Hürde auf.[99] Die unterschiedlichen Vorstellungen über die Ausgestaltung einer europäischen Zusammenschlusskontrolle innerhalb der einzelnen Mitgliedsstaaten war unübersehbar. Vor allem die französischen und die deutschen Interessen standen sich hier beinahe antithetisch gegenüber: Frankreich setzte sich dabei für eine stärker industriepolitische Ausgestaltung einer Fusionskontrolle ein, Deutschland hingegen sah sich einer rein wettbewerbsorientierten Fusionskontrolle verpflichtet.[100]

Mit seinem Obiter Dictum hat der EuGH die Kommission in ihren Bestrebungen um eine europäische Zusammenschlusskontrolle bestätigt und gleichzeitig ihre Verhandlungsposition innerhalb des Rechtssetzungsprozesses mit den Mitgliedsstaaten gestärkt. Das Gericht stützte mit seiner Auslegung des Art. 86 EWG-Vertrag ganz entscheidend die Wettbewerbspolitik der Kommission und ging mit seiner Entscheidung an die Grenze der ihm zugewiesenen Aufgabe einer Sicherung und „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ des EWG-Vertrages.[101] Denn mit seinem Obiter Dictum hat das Gericht im Grunde Rechtspolitik betrieben, da die darin getroffenen Aussagen im konkreten Verfahren nicht mehr entscheidungsrelevant waren. Der EuGH war sich seiner besonderen wettbewerbspolitischen Rolle innerhalb dieses Prozesses durchaus bewusst.[102] Das lässt sich gut an einer Äußerung Pierre Pescatores, der in dem über den Continental-Can-Fall entscheidenden Senat des EuGH Kammerpräsident war,

---

[94] Vgl. dazu z. B.: *Kommission,* 10. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 1981, S. 32, 111-117; *Kommission,* 11. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 1982, S. 26, 73-74; *Kommission,* 12. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 1983, S. 34, 86-89.; *Kommission,* 13. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 1984 S. 50, 102-104.; Allerdings kam sie bei keinem weiteren Zusammenschluss zu dem Ergebnis, dass dieser gegen Art. 86 EWG-Vertrag verstoße.

[95] *Kommission,* 10. Bericht über die Wettbewerbspolitik, S. 113-115; siehe auch *Michael J. Reynolds,* EC merger control at the cross-roads, in: International Financial Law Review, Vol. 5, No. 11 (1987), S. 30-34, 32.

[96] *Kommission,* 18. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 1989, S. 84.

[97] *Kommission,* 11. Bericht über die Wettbewerbspolitik, S. 73-74.

[98] Zu den institutionellen Rahmenbedingungen der Gemeinschaft im Zusammenhang mit der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik vgl. *Sybille Hambloch,* Europäische Integration und Wettbewerbspolitik. Die Frühphase der EWG, Baden-Baden 2009, S. 43-54.

[99] Vgl. zum Rechtssetzungsprozess innerhalb der EWG; *Hambloch* (wie Anm. 98), S. 54-59.

[100] *Wappler* (wie Anm. 88), S. 81, 87.

[101] Art. 164 EWG-Vertrag.

[102] Vgl. hierzu auch *Klaus Jörg Heyen* (wie Anm. 68), S. 1526-1529.

erkennen. So stellte dieser auf einem internationalen Kongress über die „Rolle und Chance des Rechtes und des Richters innerhalb des europäischen Rechtssystems“ 1973 fest:

„Mangels Initiative des Gemeinschaftsgesetzgebers, hier des Rates, wird der Richter, der vor dringenden Problemen steht, fast gegen seinen Willen dazu gedrängt, relativ frei über die Hilfsmittel zu verfügen, die ihm dort, wo der Gemeinschaftsgesetzgeber keine Lösungskriterien anbietet, zur Verfügung stehen. […] Dies ist auch die Erklärung von Schlußfolgerungen, wie man sie z. B. in einem kürzlich ergangenen Urteil findet, das aufgrund seiner Kühnheit Eindruck gemacht hat [Rs. Continental Can]. Sicherlich wäre es sehr wünschenswert gewesen, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber seine Gesetzbefugnis [sic!] ausgeübt hätte oder wenn die Mitgliedstaaten den Vertrag mit entsprechenden Zusätzen ausgestattet hätten, um die Fusionskontrolle, von der so viel gesprochen wird, einzuführen. Möchte man, daß der Richter in der Zwischenzeit die Geste Pontius Pilatus wiederholt? Der Gerichtshof war, getreu dem ihm von Art. 4 des Vertrages gegebenen Auftrag, nämlich zur Verwirklichung der Aufgaben der Gemeinschaft beizutragen, der Ansicht, daß das Wettbewerbsrecht für weite Gebiete des Gemeinschaftsrechts wirkungslos bleibe, wenn eine Bewegung, die die Wettbewerbsordnung am stärksten berührt, seinem Einfluß entzogen bleibt.“[103]

Das Vorgehen mittels eines Obiter Dictum war zwar nicht unüblich[104], aber in diesem Fall doch bemerkenswert: Im Ergebnis betrat das Gericht auf diese Weise das Terrain der Politik, indem es sich für eine Zusammenschlusskontrolle im europäischen Wettbewerbsrecht aussprach und insoweit eine dahingehende Kompetenz der Kommission begründete. Insoweit entspricht das der inzwischen verbreiteten Beschreibung des EuGH als „Motor der Integration“.[105] Die Marktakteure wussten danach zwar, „woran sie waren“. Im Prinzip eine für die Erwartungsbildung klare Ansage, hinsichtlich der konkreten Umsetzung, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen eines konkreten Regulierungseingriffs, mussten die Unternehmen aber noch lange auf eine präzise Verordnung einer europäischen Fusionskontrolle warten.

IV. Schluss

Nicht nur Politik und Gesetzgebung, sondern auch Gerichte greifen in die Spielregeln der Wirtschaft ein und definieren damit die rechtlichen Rahmenbedingungen der Marktakteure mit. Durch ihre Entscheidungen können sie die Erwartungen und damit das Handeln der Akteure signifikant beeinflussen und damit einerseits Handlungschancen eröffnen, andererseits gewohnte institutionelle Settings in Frage stellen oder aufgeben. Diese Prozesse laufen – das haben die Beispiele gezeigt – auch unabhängig von Veränderungen des gesetzlichen Regelungsrahmens ab und sie sind, sofern bestimmte Grundsätze wie die Unabhängigkeit des Richters eingehalten werden, keineswegs auf bestimmte Rechtsordnungen beschränkt. Gerichte können bestehendes Recht abweichend interpretieren und an sich ändernde ökonomische Rahmenbe-

[103] Abgedruckt in *Jean de Richemont* (wie Anm. 84), S. 70-71.
[104] *Wilfried Schlüter*, Das obiter dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründungen, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, München 1973; *Rolf Lamprecht*, Obiter dictum – Arabeske oder Ballast?, in: NJW 51 (1998), S. 1039-1040.
[105] *Martin Höpner,* Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration. Eine akteursbezogene Erklärung, in: Berliner Journal für Soziologie, Vol. 21, Issue 2 (2011), S. 203-229.

dingungen anpassen. Das geschieht häufig in kleinen, vorsichtigen Schritten, mitunter auch entschlossen und schlagartig. Letzteres unterscheidet die Justiz von der Gesetzgebung, die Transformationen erst politisch vorbereiten und aushandeln muss, aber keinem formellem Entscheidungszwang unterliegt.

Richter folgen ganz eigenen Handlungslogiken, die vor allem, allerdings eher vordergründig dem bestehenden Gesetzesrecht verpflichtet sind. Zwar entscheiden Gerichte in den weit überwiegenden Fällen nach dem Gesetz und gewähren damit Rechtssicherheit. Daraus folgt aber nicht, dass der Richter stets losgelöst von äußeren Einflüssen zu identischen Ergebnissen kommen muss. Vielmehr nutzt der Richter seine vom Normgeber zugewiesenen Ermessens- und Auslegungsspielräume, die von ihm unter den sich historisch wandelnden Wertvorstellungen und Umweltbedingungen auszufüllen sind.[106] Adaptive Erfahrungen spielen für diese Prozesse eine bedeutende, aber nicht die alleinige Rolle.[107] Der Befund einer richterrechtlich konstruierten Erwartungs(un)sicherheit ist auch nicht auf wirtschaftlichen „Krisenphasen" beschränkt.[108] Gerichte reagierten auch, wie das Beispiel des Reichsoberhandelsgerichts zeigt, chancenerhöhend in prosperierenden Wirtschaftsepochen, und korrigierend, wenn politische und gesellschaftliche Debatten den Anpassungsdruck erhöhten. Und sie greifen sogar, wie das Beispiel des EuGH zeigt, auch dann in den Regelungsrahmen ein, wenn dafür keinerlei Entscheidungsdruck besteht.

Die Methoden und Chiffren, mit denen Richter in diesem Rahmen operierten, konnten hier nur ausschnittweise vorgestellt werden. Drei Varianten seien an dieser Stelle festgehalten: *Erstens* obliegt es der Rechtsprechung, die Anwendungsmethoden des Rechts im konkreten Einzelfall autonom zu bestimmen. Das kann z.B. durch Begriffsbildung und deren Umdeutung oder durch die Ausfüllung gesetzlicher Generalklauseln und Ermächtigungsgrundlagen geschehen. Für diese juristisch-hermeneutischen Methoden spielt *zweitens* die Tatsachenbeurteilung („Beweiswürdigung") eine nicht zu unterschätzende, weil dispositionserweiternde Rolle. Die Frage, welche Tatsachen, Indizien, Beweise oder Umstände eines Falles der Richter heranzieht, obliegt ihm seit der Vereinheitlichung des Verfahrensrechts in Deutschland 1879 weitgehend selbst.[109] Und *drittens* kann ein Gericht auch außerhalb der für einen Rechtsstreit entscheidenden Fragen durch bloße Rechtsauffassungen (Obiter Dicta) seinem Richterspruch Gestaltungskraft verleihen, die künftige Entscheidungspraktiken bereits antizipieren und so ebenfalls in die Erwartungsbildung der Akteure eingreifen.

Vordergründig waren die Richter in allen Beispielen *unabhängig*, an Gesetz und Recht *gebunden* und in diesem Sinne *unpolitisch*. Aus diesen verfassungsmäßigen Steuerungsprinzipien lassen sich aber keine bleibenden Aussagen über deren Reichweite ableiten. Ob der Richter über den Wortlaut hinaus „auslegen" und Analogieschlüsse ziehen darf, ob er berechtigt oder gar

---

[106] *Bernd Rüthers*, Evolution, Tradition und Rationalität im Recht und in der Rechtswissenschaft: Erfahrungen aus Systemwechseln, in: Hansjörg Siegenthaler (Hg.), Rationalität im Prozess kultureller Evolution. Rationalitätsuntersuchungen als eine Bedingung der Möglichkeit substantieller Rationalität des Handelns, Tübingen 2005, S. 267-282, 269–270.

[107] Zur Bedeutung von adaptiven Erfahrungen bei Entscheidungen von Regulierungsbehörden *Louis Pahlow/Verena Rassow*, Marktprognosen im Interesse der Strukturpolitik. Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt in den 1970er und 1980er Jahren, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 59 (2018), S. 343-376, 372-373.

[108] *Joachim Rückert*, Richterrecht seit Weimar?, in: Maximiliane Kriechbaum (Hg.), Festschrift für Sten Gagnér zum 3. März 1996, Ebelsbach 1996, S. 203-229.

[109] *Michael Perband*, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß (§ 286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frankfurt a. M. 2003; *Gerhard Walter*, Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979.

verpflichtet ist, die Folgen seiner Entscheidung abzuwägen, ob er unter bestimmten Voraussetzungen sogar aufgerufen ist, neue Rechtssätze zu formulieren oder contra legem zu entscheiden – keine dieser Fragen ist mit dem bloßen Hinweis auf seine Gesetzesbindung der Justiz zu beantworten, weil auch dieses Prinzip keinen feststehenden Inhalt hat, sondern seinerseits vor den jeweiligen politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Verhältnissen interpretiert werden muss und, wie gesehen, interpretiert wird. Daraus folgt aber, dass die Frage nach Inhalt und Reichweite einer Gesetzes- bzw. Rechtsbindung immer wieder neu zu stellen und die Antwort immer wieder neu zu finden und zu begründen ist. Der Blick auf die geschichtliche Entwicklung kann also nichts über den heutigen Inhalt des Gesetzesbindungspostulats und des daraus abgeleiteten Richterbildes lehren, weil dieser Inhalt so wandelbar ist wie der Deutungshorizont seiner Interpreten.[110] Das sollte bei der Erwartungsbildung gegenüber der Rechtsprechung stets mitgedacht werden.

[110] *Regina Ogorek*, Richter und Politik – aus historischer Sicht, in: Werner Hoppe et al. (Hg), Rechtsprechungslehre. Zweites Internationales Symposium Münster 1988, Köln usw. 1992, S. 333-358; *Dieter Simon*, Historische Beiträge zur Rechtsprechungslehre in: Norbert Achterberg (Hg.), Rechtsprechungslehre. Internationales Symposium Münster 1984, Köln usw. 1986, S. 229-246, 229-230.