Walter Eucken **Institut**

ORDO ➔ Constitutio in Libertate

Europäisierung der nationalen Zivilrechte - Renaissance des institutionellen Rechtsdenkens?

Christian Fischer

02/8

Freiburger
Diskussionspapiere
zur Ordnungsökonomik

Freiburg
Discussion Papers
on Constitutional Economics

ISSN 1437-1510

Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung
Abteilung für Wirtschaftspolitik
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Europäisierung der nationalen Zivilrechte – Renaissance des institutionellen Rechtsdenkens?

von

Dr. Christian Fischer

Lehrstuhl Zivilrecht II
Universität Bayreuth
95440 Bayreuth
e-mail: christian.fischer@uni-bayreuth.de

Abstract: Vorgestellt wird ein juristisches Modell, nach dem nicht die Rechtsnormen, sondern die sog. Institutionen die beherrschenden Faktoren der (richterlichen) Entscheidungsfindung sind. Hierbei werden einer institutionell gedeuteten Wirklichkeit normative Forderungen entnommen, die an die Stelle des bisherigen Gesetzes- und Richterrechts gesetzt werden. So lassen sich beliebige Weltanschauungen als geltendes Recht ausgeben. Die Anziehungskraft des institutionellen Rechtsdenkens ist ungebrochen. Das belegt anschaulich ein bemerkenswerter Beitrag aus dem europäischen Privatrecht, mit dem die bisherige juristische Methodenlehre in Deutschland revolutioniert werden soll. Vor diesem Hintergrund wird der facettenreiche Begriff der Institution in den Sozialwissenschaften und seine Bedeutung im Recht in den Blick genommen. Ideengeschichte und Nährboden des institutionellen Rechtsdenkens werden grob skizziert. Eine Gesamtschau einzelner Abarten zeigt die inhaltliche Beliebigkeit dieser Denkfigur. Das klassische Beispiel vom Wesen der Ehe verdeutlicht, daß die Ergebnisse des institutionellen Rechtsdenkens sich mit der jeweils zugrunde liegenden Weltanschauung wandeln. Durch eine orakelhafte sprachliche Verdunkelung und eine flexible Handhabung des schillernden Institutionenbegriffs werden die Institutionen zu uneingeschränkt manipulierbaren Leerformeln für beliebige Zwecke; die Institution liefert die jeweils zeitgerechte und erwünschte Ideologie im Gewand juristischer Wissenschaftlichkeit (*Rüthers*). Eine solche „Rechtserfindung“ durch institutionelles Rechtsdenken verbietet sich wegen der Gesetzesbindung des Rechtsanwenders.

Inhalt

I. Das sog. Europäische Privatrecht
  1. Das klassische Privatrechtsverständnis
  2. Die Wirkung des privatrechtsbezogenen Europarechts
  3. Zur Terminologie
II. Die nationalen Gerichte als Motoren der erstrebten Rechtsvereinheitlichung
III. Neue Maximen richterlicher Entscheidungsfindung?
  1. Die Gesetzesbindung des Richters
  2. „Moderne“ Ideen
  3. Bewertung
IV. Das Fundament des „europäischen Gemeinrechts der Methode“
V. Die Wiederkehr institutioneller Argumente
VI. Der facettenreiche Begriff „Institution“
  1. Einzelne Begriffsverständnisse
  2. Institution und Institut
  3. Begriffe und Aufgaben
VII. Die Bedeutung der Institutionen im Recht
  1. Die Ordnung von Normen
  2. Die Produktion von Normen
VIII. Das institutionelle Rechtsdenken
  1. Zur Ideengeschichte
    a. Frühe Formen
    b. Hauriou
    c. Das Dritte Reich
    d. Alles Geschichte?
  2. Der Nährboden institutionellen Rechtsdenkens
  3. Die Institution – Tor zur Wirklichkeit oder zur Weltanschauung?
  4. Das Wesen der Ehe als Beispiel
    a. Die gesetzlichen Grundlagen
    b. Reichsgericht
    c. Bundesgerichtshof
    d. Oberstes Gericht
    e. Methodenkritik
  5. Die Verschleierungswirkung des institutionellen Rechtsdenkens
    a. Verdeckte Rechtsfortbildungen
    b. Nebulöse Terminologie
    c. Entmythologisierung
  6. Argumentationsfiguren der institutionellen Rechtsdenker
  7. Abschließende Bewertung
IX. Ein taugliches Instrument zur europäischen Rechtsvereinheitlichung?
X. Ausblick

Die „Europäisierung des Privatrechts“ ist eines der großen Gegenwartsthemen der (deutschen) Zivilrechtswissenschaft. Unter diesem Etikett werden zahlreiche unterschiedliche Probleme und Entwicklungen behandelt, von denen hier die Privatrechtsvereinheitlichung durch staatliches Handeln näher beleuchtet werden soll. Man spricht insoweit mittlerweile schon von Gemeinschaftsprivatrecht[1] oder auch von Europäischem Privatrecht.

I. Das sog. Europäische Privatrecht

Schon der Begriff ist zumindest mißverständlich[2].

1. Das klassische Privatrechtsverständnis

Als Zivilrecht oder Privatrecht wird in Deutschland herkömmlicherweise die Gesamtheit derjenigen Rechtsnormen bezeichnet, welche die Rechtsbeziehungen der einzelnen gleichberechtigten Privatrechtssubjekte untereinander ordnen[3]. Das Privatrecht regelt also die Verhältnisse der Privatpersonen zueinander. Zum Privatrecht zählen etwa das Bürgerliche Recht, das Handels- und Gesellschaftsrecht, Teile des Arbeitsrechts sowie das sonstige private Wirtschaftsrecht. Die jeweiligen Vorschriften gelten unter den in ihnen genannten Voraussetzungen für alle Menschen in Deutschland.

2. Die Wirkung des privatrechtsbezogenen Europarechts

Ein entsprechendes, für alle Menschen in der Europäischen Union unmittelbar geltendes Europäisches Privatrecht gibt es nicht. Es existiert kein einheitliches europäisches Zivilgesetzbuch, das – vergleichbar dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Deutschland - die Privatrechtsverhältnisse der „Unionsbürger“ normiert. Das hat mehrere Gründe. Privatrechtsrelevante Regelungsgegenstände werden von den Organen der Gemeinschaft vor allem in Richtlinien geregelt, die nicht unmittelbar zwischen den Privatrechtssubjekten in den Mitgliedstaaten gelten. Hierzu bedarf es erst noch der Umsetzung der Richtlinie in das jeweilige nationale Recht, wobei den innerstaatlichen Stellen, die an das Ziel der Richtlinie gebunden sind, die Wahl der Form und der Mittel überlassen bleibt. Die Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten führt daher auch nicht automatisch und zwangsläufig zu einer Rechtsvereinheitlichung in Europa. Hinzu kommt, daß die Europäische Union keine umfassende Rege-

---

[1] Begriff von *Müller-Graf*, siehe etwa *Müller-Graf*, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 1991, S. 24 ff.; *ders*., NJW 1993, 13.
[2] *Basedow* spricht von einem Euphemismus, s. AcP 200 (2000), 445, 448.
[3] Vgl. etwa *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 8. Aufl., München 1986, „Privatrecht“ und „Zivilrecht“; *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989, S. 1 ff.; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 25. Aufl., München 2001, § 2 Rn. 2.

lungskompetenz hat und die Richtlinien nur bestimmte Rechtsgebiete wie das Gesellschafts- und Unternehmensrecht, das (Individual-)Arbeitsrecht, den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verbraucherschutzrecht behandeln. Die Rechtsakte der Gemeinschaft im Bereich des Privatrechts haben einen fragmentarischen und punktuellen Charakter[4]. Man kann sie nach wie vor als Inseln im Meer des nationalen Rechts[5] kennzeichnen.

3. Zur Terminologie

„Europäisches Privatrecht" steht also nicht für ein europäisches Zivilgesetzbuch, wie es vom europäischen Parlament und von Teilen der Wissenschaft seit längerem vehement gefordert wird. Es geht auch nicht um die vorhandenen einheitlichen Regelungen in den nationalen Privatrechtsordnungen Europas, um das sog. gemeineuropäische Privatrecht. Beim „Europäischen Privatrecht" handelt sich vielmehr um einen nicht ganz passenden Sammelbegriff für die privatrechtsrelevanten europarechtlichen Vorgaben[6], welche aber grundsätzlich nur über nationales Recht wirken. Versteht man mehr darunter, so beschreibt man keinen Ist-Zustand, sondern ein angestrebtes Ziel.

II. Die nationalen Gerichte als Motoren der erstrebten Rechtsvereinheitlichung

Das sog. Europäisches Privatrecht *wirkt* also (grundsätzlich) *nur über nationales Recht*[7] . Die Interpretation des nationalen Rechts entscheidet deshalb darüber, ob und wieweit das „Europäische Privatrecht" als Teil des nationalen Rechts faktisch gilt. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, daß die Auslegungspraxis der nationalen Gerichte in den letzten Jahren besondere Aufmerksamkeit gefunden hat[8]. Dabei geht es schon längst nicht mehr allein um die mittlerweile als selbstverständlich angesehene Tatsache, daß die nationalen Gerichte bei ihren Entscheidungen europarechtliche Vorgaben zu beachten haben. Begeisterte Europäer in der Zivilrechtswissenschaft haben vielmehr erkannt, daß die nationalen Gerichte die potentiellen Wegbereiter der von ihnen erstrebten europäischen Privatrechtsvereinheitlichung sind[9]. So fordert etwa *Berger* explizit ein europäisches Gemein-

---

[4] Vgl. *Müller-Graf*, NJW 1993, 13, 13 ff.; *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 448.
[5] Vgl. *Rittner*, JZ 1995, 849, 851.
[6] Soweit sich der Begriff auf die europarechtlichen Vorgaben bezieht, geht es nicht um Privatrecht, weil die Richtlinien nicht unmittelbar zwischen den Privatrechtssubjekten wirken. Soweit er die Umsetzungsakte beschreibt, handelt es sich nicht um europäisches Recht, sondern um nationales Privatrecht (, das allerdings nach besonderen Regeln auszulegen ist).
[7] So die schlagwortartige Umschreibung von *Grundmann*, JuS 2001, 946, 949, allerdings ohne die in Klammern gesetzte Einschränkung; Hervorhebung im Original.
[8] S. a. *Grundmann*, JuS 2001, 946, 950 f.
[9] Z. B. bereits *Odersky*, ZEuP 1994, 1, 2 f.; vgl. auch *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 457 m.w.N., der von postpositivistischen Tendenzen spricht.

recht der Methode[10], propagiert also ein neues Modell der richterlichen Entscheidungsfindung.

III. Neue Maximen richterlicher Entscheidungsfindung?

1. Die Gesetzesbindung des Richters

Nach bisherigem Verständnis haben Richter in Deutschland grundsätzlich im Rahmen der Gesetze zu entscheiden. Die Richter sind „nur dem Gesetz unterworfen" (Art. 97 I GG), die Rechtsprechung ist „an Gesetz und Recht gebunden" (Art. 20 III GG). Gesetz i. d. S. ist jede geschriebene (deutsche) Rechtsnorm einschließlich der Bestimmungen unseres Grundgesetzes sowie das unmittelbar anwendbare EG-Recht (insb. Verordnungen)[11]. Die Gesetzesbindung verbietet die freie Auswahl zwischen beliebigen möglichen Erkenntnisquellen[12]. Die rechtsprechende Gewalt hat die Akte der Legislative zu akzeptieren, soweit die Gesetzesbindung reicht und soweit sie nicht befugt ist, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu kontrollieren und ihre Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben zu überprüfen.

2. „Moderne" Ideen

Dem wird im „europabegeisterten" Schrifttum ein neues Modell entgegengestellt, das durch die Schlagworte Rechtsfindung durch Rechtsvergleichung[13], international brauchbare Auslegung nationalen Rechts[14] und transnationales Präjudiziensystem[15] gekennzeichnet ist. Der nationale Richter soll bei der Rechtsfindung immer auch an ausländische gesetzliche Regelungen, an die Präjudizien der Gerichte anderer Staaten und an die von einer privaten Arbeitsgruppe entwickelten sog. Lando-Principles gebunden sein.

3. Bewertung

Diese Vorstellungen sind mit den in Deutschland geltenden Vorgaben der Rechtsfindung unvereinbar. Es geht darum, die nationale Rechtsordnung im Hinblick auf die erstrebte euro-

---

[10] *Berger*, ZEuP 2001, 1 ff., insb. S. 6 – 8. – In der Diskussion im Anschluß an den Vortrag ist kritisch angemerkt worden, die Positionen Bergers seien nicht typisch für das europarechtliche Schrifttum. Für die vorliegende rechtsmethodische Untersuchung ist aber nicht entscheidend, ob die zitierten Äußerungen repräsentativ sind, sondern daß sie tatsächlich gemacht wurden.
[11] Statt vieler *Sachs* in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., München 1999, Art. 20 Rn. 107.
[12] Hierzu *Fischer*, ZfA 2002, 215, 219 ff.
[13] *Berger*, ZEuP 2001, 1, 6 ff.
[14] *Berger*, ZEuP 2001, 1, 12 ff.
[15] *Berger*, ZEuP, 2001, 1, 17 ff.

päische Rechtsvereinheitlichung umzudeuten, das nationale Zivilrecht zu europäisieren. Man kann - ohne zu übertreiben - von einer revolutionären Methodenlehre sprechen.

IV. Das Fundament des „europäischen Gemeinrechts der Methode“

Legitimiert wird diese revolutionäre Methodenlehre mit dem Charakter des europäischen Rechtsraums[16], der Ausstrahlung der Europäisierung des Rechts auf die Rechtsmethodik[17] und dem Geist der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung, der heute weit über die von der formellen Befugnis der Kommission erfaßten Gebiete hinausgehe und fast flächendeckend wirke[18].

V. Die Wiederkehr institutioneller Argumente

Dem rechtsmethodengeschichtlich Interessierten ist solche „juristische Geisterbeschwörung“ unter dem Schlagwort „Institutionelles Rechtsdenken“ vertraut. Insoweit gilt: Wird für die Rechtsfindung der Geist, der Charakter, die Natur oder das Wesen einer Institution beschworen, so erscheint, wenn denn überhaupt etwas erscheint, allenfalls der Geist des Beschwörenden. Die rechtserzeugende, rechtspolitische Tätigkeit des Interpreten wird durch die Berufung auf den Sinn und das Wesen des Instituts oder auf die neue Natur der Sache überdeckt[19].

VI. Der facettenreiche Begriff „Institution“

„Institution“ ist ein vieldeutiger, ja ein geradezu schillernder Begriff. Ursprünglich ein Terminus der Rechtstheorie, Anthropologie und Soziologie, wird er heute auch in anderen sozialwissenschaftlichen Disziplinen wie der Politikwissenschaft und der Ökonomie so rege wie uneinheitlich verwendet.

---

[16] *Berger*, ZEuP 2001, 1, 23.
[17] *Berger*, ZEuP 2001, 1, 22.
[18] *Berger*, ZEuP 2001, 1, 25 und 28. Außerdem beruft sich *Berger* noch auf den allgemeinen europarechtlichen Gleichheitssatz, der aber, wie er selbst ausführt, nur für die im EU-Vertrag geregelten Materien gilt und die Mitgliedsstaaten nicht in Bereichen binden kann, die noch nicht dem Gemeinschaftsrecht unterworfen sind, s. ZEuP 2001, 1, 24. „Unter dem Wirkungsdruck der Europäisierungsbewegung“ will sich *Berger* „methodisch“ damit behelfen, daß er den allgemeinen Gleichheitssatz mit dem fast flächendeckend wirkenden „Geist“ der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung verbindet, s. ZEuP 2001, 1, 24 f.
[19] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., Zürich, Osnabrück 1987, S. 74.

1. Einzelne Begriffsverständnisse

In Anthropologie und Soziologie bezeichnet Institution meist ein stabiles Muster, welches das Handeln in konkreten Situationen bestimmt[20]. Diese überindividuellen Verhaltensmuster werden von Vertretern einer phänomenologischen Soziologie sinnorientiert gedeutet, als Leitvorstellungen, Ideen oder auch Lebensformen interpretiert, die Teil eines prinzipiell verständlichen Sinnzusammenhangs sind, während andere zu einer ursachenorientierten Deutung neigen, Institutionen als Regeln und Normen bzw. als Regel- oder Normensysteme begreifen[21]. So wird auch der reale Gesamtkomplex einer gesellschaftlichen Einrichtung Institution genannt[22].

Der klassische Institutionalismus versteht unter Institutionen die Gesamtheit der in einer Gesellschaft gegebenen Organisationsformen menschlichen Handelns[23]. Bei *Schmoller* ist von einer partiellen, bestimmten Zwecken dienenden, zu einer selbständigen Entwicklung gelangten Ordnung des Gemeinschaftslebens, welche das feste Gefäß für das Handeln von Generationen abgibt, die Rede[24]. Später ist die verhaltenssteuernde Wirkung stärker betont worden. Nach *North* definieren Institutionen die Anreizstruktur von Wirtschaften[25]. Institutionen einschließlich der daran beteiligten Personen nennt er Organisationen[26]. *Ostrom* erläutert Institutionen als Funktionsregeln für Entscheidungen[27]. In der Neuen Institutionenökonomik von *Richter* und *Furubotn* wird die Institution definiert als „ein auf ein bestimmtes Zielbündel abgestelltes System von Normen einschließlich deren Garantieinstrumente (die „Spielregeln“) mit dem Zweck, das individuelle Verhalten in eine bestimmte Richtung zu steuern“[28].

---

[20] Vgl. *Schwemmers* in Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Band 2, Mannheim, Wien , Zürich 1984, „Institution“, S. 250; Meyers Enzyklopädisches Lexikon in 25 Bänden, 9. Aufl., Band 12, Mannheim, Wien, Zürich 1974/1980, „Institution“, mit Betonung des strukturierten menschlichen Beziehungsgeflechts.

[21] *Schwemmers* in Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, „Institution“, S. 250.

[22] S. etwa *Gehlen*, Urmensch und Spätkultur, 2. Aufl., Frankfurt a. M., Bonn 1964, S. 8; vgl. dort auch S. 35 und 61. – Nach *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., S. 66 Fn. 57 ist dies die übliche soziologische Terminologie.

[23] Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 12 „Institutionalismus“.

[24] *Schmoller*, Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, München 1900, S. 61.

[25] *North*, zitiert nach *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Tübingen 1999, S. 7.

[26] *North*, Institutions, institutional change and economic performance, Cambridge 1990.

[27] *Ostrom*, Governing the commons, Cambridge 1990, S. 51. Eine Übersetzung von Teilen der vollständigen Definition findet sich bei *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 7. Die umfangreichen Begriffserläuterungen von *Ostrom* zeigen, daß das Streben nach Vollständigkeit beim Definieren auf Kosten der Verständlichkeit gehen kann; vgl. in diesem Zusammenhang auch die „berühmte“ Eisenbahnentscheidung RGZ 1, 247 ff.

[28] *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 513. Auf S. 7 dieses Buches werden Institutionen unter Berufung auf *Schmoller* als ein System formgebundener (formaler) und formungebundener (informeller) Regeln einschließlich der Vorkehrungen zu deren Durchsetzung definiert.

2. Institution und Institut

Die mangelnde Eindeutigkeit des Begriffs wird in der Rechtswissenschaft noch dadurch verstärkt, daß der juristische Sprachgebrauch „Institution“ und „Institut“ ständig vermengt[29]. Trotz zahlreicher Versuche sind die Begriffe noch nicht geklärt. Manche wollen öffentlich-rechtliche Einrichtungen als Institutionen, privatrechtliche dagegen als Institute bezeichnet wissen; andere nennen gesetzlich geregelte Rechtsfiguren Institute und entsprechende richterrechtliche Schöpfungen Institutionen[30]. Außerdem wird zwischen den Institutionen mit verbandsmäßiger Organisation wie Staaten, Körperschaften, Betrieben und Vereinigungen aller Art einerseits und den (Sach-)Instituten ohne körperschaftlich-verbandsmäßiges Substrat wie Ehe, Vertrag, Eigentum und Erbrecht und (Gerichts-)Verfahren andererseits, die als immer wiederkehrende Verlaufsregeln charakterisiert werden, unterschieden[31]. Meist werden die Begriffe aber synonym gebraucht. Der Inhalt der jeweiligen Institutions- bzw. Instituts-begriffe wechselt und bleibt häufig unklar. Das liegt unter anderem auch an einer nebulösen Sprache. So ist etwa von gestalthaften Rechtsgebilden[32] die Rede. Eine im rechtstheoretischen Schrifttum vorgeschlagene Unterscheidung zwischen einem faktischen, einem ideell-metaphysischen und einem normativen Institutionenbegriff hat – soweit ersichtlich – keine Breitenwirkung entfaltet[33].

3. Begriff und Aufgaben

Die fehlende Trennschärfe und das breite Bedeutungsspektrum des Institutionenbegriffs kann in bestimmten Disziplinen durchaus von Vorteil sein. Grundlegende Begriffe stecken das Forschungsfeld ab und begrenzen immer auch den jeweiligen Untersuchungsgegenstand. Ein enger Begriff kann den Zugang zu interessanten Forschungsgebieten versperren. So heißt es bei *Arrow* zum Institutionenbegriff: „Da die Forschung auf diesem Gebiet noch in ihren Anfängen steckt, ist ein Zuviel an Genauigkeit zu vermeiden“[34].

Für die sog. praktische Jurisprudenz[35] gelten diese Erwägungen nicht. Sie soll nicht alle möglichen Institutionen in ihrer ganzen Vielfalt untersuchen. Die Aufgabe der praktischen Jurisprudenz besteht vielmehr allein darin, Entscheidungsvorschläge für die Praxis zu erarbeiten.

---

[29] Entsprechendes gilt für den Alltagssprachgebrauch. Angesichts der gemeinsamen Wurzeln der Begriffe verwundert das hier nicht. Vgl. insoweit *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Aufl., Berlin, New York 1999, „Institut“.

[30] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., S. 65 f. – Der hier interessierende Teil dieses 1987 erschienenen Buches ist bereits 1970 unter dem Titel „Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen“ veröffentlicht worden.

[31] *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2001, S. 388

[32] *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München, Berlin 1966, S. 159.

[33] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., S. 61 ff .; vgl. bereits *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1. Aufl. Tübingen 1968, 5. Aufl. Heidelberg 1997, S. 279, 289 ff.

[34] *Arrow*, Essays in the theory of risk-bearing, Amsterdam, London 1970, S. 224.

[35] Hierunter wird der wichtige Teilbereich der Rechtswissenschaften verstanden, der Entscheidungsvorschläge für die Lösung von Rechtsfragen (durch die Rechtsprechung) erarbeitet und zur Diskussion stellt.

Dabei erhebt sie als dogmatische Disziplin den Anspruch auf Verbindlichkeit ihrer Lösungsvorschläge. Wegen der Gesetzesbindung des Rechtsanwenders verbietet sich eine freie Entscheidungsfindung durch Intuition und Assoziation[36]. Es geht grundsätzlich darum, aus abstrakten Normen einen konkreten Entscheidungssatz herzuleiten, also ein Einzelfallurteil aus dem Gesetz (oder zumindest aus dem „Recht") zu begründen. Legt der Jurist statt des Gesetzes einen weiten und nebulösen Institutionenbegriff zugrunde, so besteht die Gefahr, daß er die ihn bindenden normativen Vorgaben vernachlässigt, sie durch rechtspolitische Eigenwertungen ersetzt und aus dem institutionell (um-)gedeuteten Gesetz dann nur das herausholt, was er selbst vorher hineingelegt hat.

VII. Die Bedeutung der Institutionen im Recht

Das leitet zu der Frage über, welche Bedeutung den Institutionen im Recht eigentlich zukommt. M. E. sind zwei Aspekte zu unterscheiden[37], die klar auseinander gehalten werden müssen. Institutionen bzw. Institute dienen in der Jurisprudenz einerseits dazu, Normen zu ordnen. Andererseits werden sie aber auch verwendet, um Normen zu produzieren.

1. Die Ordnung von Normen

Institution bezeichnet zunächst die Summe der vorhandenen rechtlichen Regelungen zu einem abgrenzbaren Themenkomplex. So bilden die Rechtsregeln über das Ehealter, die Eheschließung, die eheliche Lebensgemeinschaft usw. die (Rechts-)Institution der Ehe. Es geht um die Gesamtheit der für einen bestimmten Lebenssachverhalt einschlägigen Rechtsregeln („Rechtsverhältnis"). Man kann insoweit von einem positivistischen[38] oder normativen[39] Institutionenverständnis sprechen. Ein solcher Institutionsbegriff dient allein dazu, eine Summe zusammengehöriger Rechtsnormen schlagwortartig zu umschreiben, sie plakativ zu etikettieren und die Fülle des Rechtsstoffs zu strukturieren. Diese Ordnungs- und Systematisierungsfunktion der Institution ist für Lehr- und Lernzwecke unverzichtbar. Der positivistische Institutionenbegriff wird für unbedenklich gehalten[40]. M.E. liegt das Hauptrisiko seiner Verwendung darin, daß die „Rechtsinstitution" sich verselbständigt und ein juristisches Eigenleben führt. Wenn nicht mehr mit den maßgebenden Rechtsnormen, sondern losgelöst von diesen mit plakativen Kurzbezeichnungen argumentiert wird, sind auch inhaltliche

[36] Eingehend zur Bedeutung der Gesetzesbindung für die richterliche Rechtsfindung *Fischer*, ZfA 2002, 215, 219 ff.
[37] Die Bedeutung von überindividuellen Verhaltensmustern und Einrichtungen für die Gesetzgebung soll hier nicht behandelt werden.
[38] *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 388 f.
[39] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 69 f.
[40] Vgl. *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 70 unter Hinweis darauf, daß der Interpret jederzeit in der Lage sei, die Kurzformel des Begriffs Rechtsinstitut durch die Angabe der einzelnen einschlägigen Rechtsvorschriften und Richterrechtsnormen zu ersetzen.

Verkürzungen vorgezeichnet[41]. Zur Rechtsfindung ist der positivistische Institutionenbegriff also ungeeignet. Ansonsten ist er wegen seiner rein normenordnenden und -beschreibenden Funktion in der Tat unbedenklich.

2. Die Produktion von Normen

Aus dem technischen Institutionenbegriff wird unter dem Titel „Institutionelles Rechtsdenken" ein Methodeninstrument mit normenproduzierender, revolutionärer Funktion[42]. *Rüthers*, der das institutionelle Rechtsdenken eingehend untersucht hat, kommt zu folgendem Ergebnis: „In diesem Institutsbegriff fallen also Sein und Sollen auf eine methodisch ungeklärte Weise zusammen mit der Folge, daß aus der institutionell gedeuteten Wirklichkeit bestimmte normative Forderungen als rechtsverbindlich abgeleitet werden. ... Der Rückgriff auf weltanschaulich bedingte, lückenlose, überpositive Wertetafeln macht diesen überpositiven Institutsbegriff zum universal verwendbaren Instrument der Rechtsanwendung. ... Er korrigiert alte und produziert neue Normen, wenn das sich ständig wandelnde „Wesen" der Institute es verlangt"[43].
Dieser Aspekt der Bedeutung der Institution im Recht soll im folgenden näher beleuchtet werden.

VIII. Das institutionelle Rechtsdenken

1. Zur Ideengeschichte

Nicht einmal die groben Entwicklungslinien des institutionellen Rechtsdenkens können in diesem Rahmen skizziert werden. Zu vielfältig sind die vertretenen Positionen und zugrunde liegenden Weltanschauungen. Einige Andeutungen müssen hier genügen[44].

a. Frühe Formen

Zwei wichtige Aspekte des institutionellen Rechtsdenkens, Dynamik und Weltanschauungsbezug, finden sich bereits bei *Friedrich Carl von Savigny*, der dem Rechtsinstitut einen eigenen Paragraphen in seiner Rechtsquellenlehre gewidmet hat[45]. *Savigny* sieht das Recht als ein organisches System von Instituten in fortschreitender Entwicklung, die Ergebnis der still

[41] Vgl. insoweit *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, München 1998, S. 72 f.
[42] Vgl. *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 389.
[43] *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 291 f.
[44] Weiterführend *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 278 ff.
[45] *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, S. 9 ff.

wirkenden Kräfte des „Volksgeistes“ und daher dynamisch sind[46]. Die Institute haben bei *Savigny* aber auch ein „höhere Bedeutung“[47]. Ihr Inhalt steht in direkter Beziehung zu der allgemeinen Aufgabe des Rechts, der sittlichen Bestimmung des Menschen aus christlicher Lebensansicht[48]. Das Institut bildet somit die Brücke zwischen der Weltordnung und dem einzelnen Rechtssatz. Dieselbe Rolle spielt das Rechtsinstitut bei *Friedrich Julius Stahl*, der den Staat als göttliche Institution betrachtet und das Recht als die Lebensordnung definiert, die mit ihren Institutionen dazu dient, die (christliche) Weltordnung Gottes zu erhalten und zu gestalten[49]. Auch hier erfüllt die Institution eine Mittlerfunktion zwischen der alles beherrschenden Weltsicht und dem geschriebenen Recht. Einer produktiven Jurisprudenz, die sich auf das Wesen der Institutionen beruft, war damit Tür und Tor geöffnet[50].

b. Hauriou

Der Franzose *Maurice Hauriou*[51] soll dieses Tor dann durchschritten haben[52]. Die Institutionen sind für ihn als Vertreter einer phänomenologischen Sichtweise die bestimmenden Elemente jedes Rechtssystems. Sie kristallisieren sich um eine Leitidee, die idée directrice, welche der Institution ein eigenes Leben vermittelt und die der Mensch nicht schafft, sondern vorfindet. Nach *Hauriou* sind es die Institutionen, welche die Rechtsnormen schaffen, aber nicht die Rechtsnormen, welche die Institutionen schaffen[53]. Da die Institutionen sich entwickeln und anpassen können, ist auch das Recht in ständiger Bewegung. *Hauriou* bezeichnet es als lebendige Erscheinung[54]. Über die Institutionen wird das Recht an sich wandelnde Wirklichkeiten angepaßt, wobei nicht zwischen geänderten Tatsachen und Wertvorstellungen unterschieden wird[55]. Die Institutionen selbst sind wertneutral, offen für das jeweils Wirkliche.
In Italien wurden ähnliche Vorstellungen des institutionellen Rechtsdenkens von *Santi Romano* vertreten[56].

Darüber, ob die Aussagen *Haurious* deskriptiv oder normativ gemeint sind, kann man streiten[57]. In der Folgezeit wurden sie jedenfalls im Sinne einer normativen Rechtsgewinnungslehre rezipiert: Die Formulierung „es sind die Institutionen, welche die Rechtsnormen

---

[46] Vgl. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band I, S. 9 f.
[47] *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band I, S. 53 f.
[48] *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 281.
[49] Vgl. *Stahl*, Philosophie des Rechts, Zweiter Band , 4. Aufl., Erste Abtheilung, Heidelberg 1870, S. 192 ff., 293 f.
[50] So *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 389.
[51] 1856 – 1929. Seine wichtigsten Aufsätze zur Institutionenlehre finden sich übersetzt bei *Schnur* (Hrsg.), Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou, Berlin 1965.
[52] *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 389.
[53] *Hauriou* (1925) bei *Schnur* (Hrsg.), Die Theorie der Institution, S. 27, 65.
[54] *Hauriou* (1911), zitiert nach *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 283.
[55] *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 284.
[56] L`Ordinamento giuridico, Pisa 1918.
[57] Vgl. *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 390.

schaffen“ wirkte und wirkt als Appell, aus den Institutionen und ihren Leitideen neue Rechtsnormen herzuleiten[58].

c. Das Dritte Reich

In Deutschland hat der berühmt-berüchtigte Staatsrechtler *Carl Schmitt* mit seinem konkreten Ordnungsdenken einen institutionellen Denktypus propagiert[59], um das vorgefundene Gesetzesrecht nach der siegreichen nationalsozialistischen Revolution an die rechtspolitischen Forderungen der neuen Machthaber anzupassen. Die Kernthese des konkreten Ordnungsdenkens lautet, daß die Wirklichkeit ihre Ordnung in sich trägt[60]. Die Lebensordnung geht der Rechtsnorm vor. „Für das konkrete Ordnungsdenken ist ... die Regel nur ein Bestandteil und das Mittel der Ordnung. ... Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion mit einem relativ kleinen Maß in sich selbständigen, von der Lage der Sache unabhängigen Geltens“[61].

Als Institutionen mit eigenen konkreten Ordnungen wurden „Gemeinschaftsverhältnisse“ wie die Ehe, die Familie, die Sippe, die Betriebsgemeinschaft oder das Heerlager genannt. Die Aufgabe der Juristen sollte es sein, die den Institutionen innewohnenden Gesetze zu erforschen und zur Grundlage der Rechtsfindung zu machen. Die nationalsozialistisch und rassisch gedeuteten Ordnungen hatten Vorrang vor den Gesetzen. Bei *Karl Larenz* hieß es, daß Gemeinschaften wie Familie und Betrieb als Gliederungen der Volksgemeinschaft unmittelbar die Bedeutung rechtlicher Ordnungen haben und entgegenstehende Gesetzesnormen verdrängen, wenn ihre besondere Art und völkische Aufgabe das zwingend erfordert[62]. Ihren Sinn, ihre „leitende Idee“ bekamen die konkreten Ordnungen aus der „völkischen Gesamtordnung“, aus der auf „Artgleichheit“ gegründeten „arischen Volksgemeinschaft“, aus der „umfassenden Weltanschauung des Nationalsozialismus“[63].

Das konkrete Ordnungsdenken sollte die völkische Rechtserneuerung ohne gesetzgeberische Eingriffe ermöglichen. Alte Gesetzesbegriffe erhielten mit seiner Hilfe einen anderen, den neuen „Wirklichkeiten“ entnommenen normativen Inhalt.

d. Alles Geschichte?

Manche Darstellungen des institutionellen Rechtsdenkens enden mit dem Dritten Reich[64]. Das Denkschema ist aber nicht etwa Geschichte. Aufgrund moderner soziologischer Untersu-

[58] *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 390.
[59] *Schmitt*, Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934, S. 11 ff., 54 ff.
[60] *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 293.
[61] *Schmitt*, Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 13.
[62] *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 31.
[63] *Schmitt*, JW 1934, 713 ff.; *ders*., JW 1933, 2793 f. = DR 1933, 201 f.
[64] Vgl. etwa *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 391.

chungen erlebt das institutionelle Rechtsdenken seit den späten fünfziger Jahren eine neue Blüte[65]. Es existieren vielbeachtete Untersuchungen zu Grundfragen des Privatrechts und des Öffentlichen Rechts, die sich institutioneller Argumente bedienen[66]. Das institutionelle Rechtsdenken ist also nach wie vor aktuell.

2. Der Nährboden institutionellen Rechtsdenkens

Beschäftigt man sich näher mit den institutionellen Rechtsdenkern, so wird bei allen inhaltlichen Unterschieden eine Gemeinsamkeit deutlich: Die Institution taucht immer dann auf, wenn das durch Gesetzestextinterpretation gewonnene Auslegungsergebnis dem Deuter nicht paßt, der Interpret also mit der geltenden (Gesetzes-)Rechtsordnung unzufrieden ist. Diese Unzufriedenheit kann zwei Gründen haben[67]. Sie kann darauf beruhen, daß der Rechtsanwender eine ihm dringend geboten erscheinende Regelung durch Auslegung nicht finden kann („Lücke"). Es kann aber auch sein, daß er eine vorhandene Regelung als evident unbefriedigend oder ungerecht empfindet („Wertungsfehler des Gesetzes"). Wenn die rechtspolitischen Vorstellungen des (historischen) Gesetzgebers und des Rechtsanwenders stark voneinander abweichen, dann wird gerne auf das institutionelle Denkschema zurückgegriffen. Es korrigiert alte und es produziert neue Rechtsnormen, wie das ständig sich wandelnde Wesen der weltanschaulich gedeuteten Institutionen es verlangt[68].

Rüthers nennt zwei Situationen, in denen die Neigung, aus Institutionen Rechtsnormen abzuleiten, insbesondere auftritt, nämlich

- wenn starke soziale, politische, weltanschauliche Wandlungsprozesse das Normengefüge der alten Rechtsordnung unzulänglich erscheinen lassen und
- wenn der Gesetzgeber zu wichtigen politischen und sozialen Interessenkonstellationen schweigt und dadurch den Rechtsanwender zur Wahrnehmung rechtspolitischer Funktionen zwingt [69].

3. Die Institutionen – Tor zur Wirklichkeit oder zur Weltanschauung?

Ein Charakteristikum des institutionellen Rechtsdenkens ist seine Offenheit für neue Entwicklungen. Es ermöglicht die Anpassung des „alten" Rechts an neue Ideologien und an neue „Wirklichkeiten". Angesichts der beliebten Forderung nach der Einheit von Leben und Recht stellt sich die Frage, ob das institutionelle Rechtsdenken eine realistische, eine wirklichkeits-

---

[65] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., S. 59 f., der dies auf Arbeiten von Gurvitch, Gehlen und Schelsky zurückführt.
[66] Vgl. *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., S. 58 f. m.w.N.
[67] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 44
[68] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 79.
[69] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 79.

nahe Rechtslehre ist. Theoretisch lassen sich beim institutionellen Rechtsdenken die weltanschauungsübertragende und die wirklichkeitsübertragende Funktion der Institute unterscheiden.

Die Institutionen dienen zunächst dazu, Weltanschauungen ins geltende Recht zu transportieren, Ideologien zu verwirklichen. Eine außergesetzliche, dem weltlichen Gesetzgeber vorgegebene Ordnung bestimmt die Bedeutung und Funktion jeder einzelnen Erscheinung des Rechtslebens und ist für das praktische Ergebnis entscheidend. Die Weltanschauung fungiert über die Institution als oberste Auslegungsmaxime.

Mit der Institution kann man aber auch auf ein real verwirklichtes Verhaltensmuster zurückgreifen. Ein gesellschaftliches Durchschnitts- oder Normalverhalten wird in eine rechtlich verbindliche Sollensanordnung, in eine Rechtsnorm umgedeutet. Die sozialen Fakten haben also normative Kraft. Dieser Vorstellung liegen spezifische rechtsphilosophische Positionen zugrunde. Prägend kann ein (naives) Naturrechtsdenken sein, das die Weltanschauung nicht als Sichtweise, sondern als Wirklichkeit begreift. Meist dürfte aber ein entschiedener wertphilosophischer Relativismus bestimmend sein, der mit der vieldeutigen These *Hegels* „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“[70] korrespondiert[71], die von *Hegel* vorausgesetzte notwendige Sittlichkeit des Staates aber vernachlässigt.

Tatsächlich wird den Institutionen von den modernen institutionellen Rechtsdenkern allerdings gar keine wirklichkeits- oder seinsübertragende Funktion zugewiesen. Zwar betonen sie stets, die soziale Wirklichkeit müsse über die Institutionen Eingang ins Recht finden, lösen diese Forderung aber nirgends ein[72]. Die institutionellen Rechtsdenker führen keine rechtssoziologischen Untersuchungen durch. Es geht ihnen nicht um empirisch festgestellte oder auch nur feststellbare reale Verhaltensmuster, sondern um das *richtig verstandene* Sein. Nur das richtig verstandene, also weltanschaulich gedeutete Sein trägt sein Sollen in sich. So wird die jeweilige Weltsicht zur „Wirklichkeit“.

Praktisch geht es also auch bei der angeblich wirklichkeitsvermittelnden Funktion des institutionellen Rechtsdenkens immer darum, eine Weltanschauung ins Recht zu transportieren. Das Tor zur Wirklichkeit ist die Institution entgegen der Behauptungen institutioneller Rechtsdenker nicht.

---

[70] *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821), Frankfurt a. M. 1976, S. 24.
[71] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 62.
[72] *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 392.

4. Das Wesen der Ehe als Beispiel

Die Ergebnisse des institutionellen Rechtsdenkens werden also durch die jeweilige zugrunde liegende Weltanschauung bestimmt und wandeln sich mit dieser. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, des Bundesgerichtshofes und des Obersten Gerichts der DDR zum Wesen der Ehe belegt das eindrucksvoll[73].

a. Die gesetzlichen Grundlagen

Der NS-Gesetzgeber verabschiedete 1938 ein Ehegesetz. Der alliierte Kontrollrat strich einige eindeutig nationalsozialistische Vorschriften und erließ das Ehegesetz von 1938 weitgehend unverändert als Ehegesetz 1946. Dieses Gesetz galt später in der DDR und in der Bundesrepublik. Dieselben Vorschriften sind also in drei unterschiedlichen staatlichen Ordnungen interpretiert worden. Im Ehegesetz von 1938 und von 1946 wurde als Entscheidungsmaßstab für Ehescheidung und Eheaufhebung an mehreren Stellen das Wesen der Ehe genannt. Das Scheidungsbegehren war daraufhin zu prüfen, ob es bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich gerechtfertigt war[74].

Dem Erlaß des Ehegesetzes von 1938 lag der „Geist des Nationalsozialismus" als zentrale Rechtsidee und eine neue, auf den Vorrang der nordischen Rasse gestützte bevölkerungspolitische Sicht der Ehe zugrunde. „Das wesentliche Interesse der Volksgemeinschaft am Institut der Ehe liegt darin, daß sie die sicherste Grundlage zur Schaffung und Erhaltung einer deutschblütigen erbgesunden Bevölkerung durch gesunden volksbewußten Nachwuchs ist"[75]. Die Ehe war „eben nicht mehr eine Privatangelegenheit der gerade Beteiligten, sondern eine Aufgabe im Dienste der Erhaltung der rassischen und kulturellen Kräfte des Volkes"[76]. Der Gesetzgeber erläuterte das „Wesen der Ehe" in der amtlichen Begründung folgendermaßen[77]: „Ehe und Familie sind die Grundlagen des völkischen Gemeinschaftslebens ... Sie bergen in sich die Kräfte, deren Entfaltung und Wirkung die Ewigkeit des völkischen Lebens sichert ... Denn für den nationalsozialistischen Staat liegt der tiefste Sinn der Ehe außerhalb der Individualinteressen der Ehegatten. Andererseits erblickt er die Weihe der Einrichtung der Ehe ... in der Bedeutung der Ehe für den Bestand und für die Gesundheit des deutschen Volkes".

Der alliierte Kontrollrat hat das Ehegesetz 1946 ohne eine amtliche Begründung verabschiedet. Es existierte also keine materiale Wertentscheidung des Gesetzgebers zum Wesen

---

[73] Vgl. zum folgenden eingehend *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., S. 45 ff.; *ders*., Die unbegrenzte Auslegung, S. 400 ff.
[74] Vgl. §§ 49 S. 2, 54, 55 II EheG 1938.
[75] So der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, *Hans Frank*, in *Mößmer*, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts, Berlin o. J. (1935), S. 3 f.
[76] *Siebert*, Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht, in *Frank* (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 957, 965.
[77] DJ 1938, 1102, 1107.

der Ehe. Die gesetzgeberischen Motive für das Ehegesetz von 1938 waren spätestens mit dem Erlaß des Ehegesetzes von 1946 entfallen[78].

b. Reichsgericht

Der zuständige IV. Senat des Reichsgerichts interpretierte das Wesen der Ehe entsprechend der nationalsozialistischen Bevölkerungspolitik. Die Frage der Aufrechterhaltung einer zerrütteten Ehe müsse in erster Linie nach den völkischen Belangen beantwortet werden[79]. Die für die Allgemeinheit nützliche Überführung ehebrecherischer Verhältnisse in volkspolitisch wertvolle Ehen sei zu ermöglichen[80]. Besonders geringen Bestandsschutz genossen solche Ehen, die für die Volksgemeinschaft keinen Wert hatten. Sog. rassische Mischehen zwischen einem sog. deutschblütigen und einem jüdischen Ehegatten wurden leicht geschieden[81]. Wenig schutzwürdig waren wegen des erwünschten Kindersegens auch Ehen, in denen die Frau älter war als der Mann. Ein Altersunterschied von 3 Jahren wurde, am Maßstab vom Wesen der Ehe gemessen, bereits als naturwidrig und von vornherein ehegefährdend eingestuft[82].

Auch volkswirtschaftliche Aspekte konnten die Scheidung begünstigen, so etwa, wenn nach Ansicht des Reichsgerichts die volkswirtschaftliche Ausnutzung der Schaffenskraft des Ehemannes durch eine von ihm als unglücklich empfundene Ehe behindert wurde[83]. Wertlos, ja schädlich für die Volksgemeinschaft war eine Ehe, welche die für die deutsche Industrie wertvolle Arbeitskraft des Mannes durch sinnlose Streitereien beeinträchtigte[84].

Das Reichsgericht folgte nach der Formulierung eines seiner Richter dem Grundsatz der gemäßigten Scheidungsfreudigkeit. Es hat das rassen- und volkspolitische Programm des NS-Gesetzgebers durch seine Ausdeutung des Wesens der Ehe im „Geist“ der nationalsozialistischen Weltanschauung konsequent verwirklicht.

c. Bundesgerichtshof

Interpretationshilfen zum Wesen der Ehe hatte der Gesetzgeber des Ehegesetzes von 1946 nicht gegeben. Dessen ungeachtet wendete der Bundesgerichtshof dieselben Vorschriften ganz anders als das Reichsgericht an. Statt der gemäßigten Scheidungsfreudigkeit galt nun eine rigorose Scheidungsfeindlichkeit[85]. Der Bundesgerichtshof begründete seine Rechtspre-

[78] Vgl. insoweit auch OGZ 1, 72, 76.
[79] RGZ 160, 144, 146.
[80] RGZ 159, 305, 310; RG DR 1940, 1362.
[81] Vgl. RG WarnR 1940, Nr. 55, S. 109, 110; Nr. 168, S. 354, 356; OLG Breslau DR 1940, 577; RG DR 1944, 73 f.
[82] RG DR 1940, 289, 290, letzteres wegen der früher eintretenden „geschlechtlichen Erkaltung“ der Frau; vgl. zum Altersunterschied auch RG DR 1940, 1362, 1363.
[83] RG IV 389/39, zit. bei *v. Scanzoni*, DR 1940, 753, 756.
[84] OLG Marienwerder DR 1940, 448.
[85] Vgl. etwa BGHZ 2, 68, 70 ff, und 255, 258; 18, 13; BGH LM Nr. 35, 39 zu § 48 II EheG.

chung mit einer absoluten, vorgegebenen sittlichen Ordnung und dem in ihr wurzelnden Institut der Ehe[86]. Aus dem institutionellen Sinn der Ehe im Rahmen eines höheren Ganzen, einer vorgegebenen Ordnung leitete der Bundesgerichtshof ihre wesenhafte Unauflöslichkeit ab[87]. Die Folgen sind apodiktisch klar, die bestimmende Ordnung bleibt recht nebulös. Prägend dürfte die Renaissance eines christlichen Naturrechts in der Rechtsprechung der frühen Bundesrepublik gewesen sein, die bis in die Mitte der sechziger Jahre wirkte[88]. Daß ein einheitliches, religiös orientiertes idealtypisches Ehemodell in einer freiheitlichen, weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft, in der Staat und Kirche getrennt sind, nicht existiert, bleibt ebenso unberücksichtigt wie die reale Vielfalt sittlicher Anschauungen.

d. Oberstes Gericht

Da das Ehegesetz des alliierten Kontrollrats bis 1965 in der DDR galt, äußerte sich auch das Oberste Gericht der DDR zum Wesen der Ehe. Maßgebend sei der Inhalt des Wesensbegriffs, den die Ehe in der antifaschistisch-demokratischen Ordnung des neuen Staates habe[89]. Die Ehe sei nicht nur eine individuelle Angelegenheit der Eheleute, sondern habe auch gesellschaftliche Ideale zu fördern, nicht zuletzt die Arbeitsfreude und das Streben nach persönlicher Vervollkommnung[90]. Die Pflichten der Eheleute gegenüber der sozialistischen Gesellschaft wurden in den Vordergrund gestellt. So spielte der volkswirtschaftliche Gesichtspunkt der Erwerbstätigkeit der (geschiedenen) Ehefrau für den Aufbau, für die Erfüllung des Wirtschaftsplanes bei der Scheidung eine Rolle[91]. Wurde ein Ehegatte bei seinen gesellschaftlichen Funktionen (Teilnahme an einem FDJ-Lehrgang, Führungsposition in der FDJ) behindert, so lag eine schwere Eheverfehlung vor, die den sonst möglichen Schluß, die Eheverfehlung sei durch späteren ehelichen Verkehr verziehen, nicht zulasse[92].

e. Methodenkritik[93]

Vergleicht man die Auslegung des Wesens der Ehe in der NS-Zeit, in der DDR und in der Bundesrepublik, so verblüffen angesichts des identischen Gesetzeswortlauts die sehr unter-

---

[86] BGH LM Nr. 39 zu § 48 II EheG (Bl.2).
[87] BGHZ 18, 14, 17; BGH LM Nr. 20 zu § 48 II EheG (Bl. 2); vgl. auch BGHZ 40, 239, 249.
[88] Deutlicher wird die religiöse Grundlage dieser Rechtsprechung in einem Gutachten des Bundesgerichtshofs für das Bundesverfassungsgericht zur Gleichberechtigung der Geschlechter, wo es u. a. heißt, die Ordnung der Familie sei von Gott gestiftet und daher für den menschlichen Gesetzgeber undurchbrechbar, s. BGHZ 11 Anhang S. 34, 65 mit weiteren bemerkenswerten Ausführungen zur naturrechtlich bedingten Rolle des Mannes als Haupt der Familie; lesenswert auch BGHZ 18, 13, 20 f., wo das Benutzen empfängnisverhütender Mittel als Verstoß gegen die naturgegebene Ordnung und als sittliches Versagen bewertet wird.
[89] OGZ 1, 72 ff., wo der Oberste Gericht auf S. 76 von einem Beispiel dafür spricht, wie ein Gesetz gleichen Wortlauts verschiedene Inhalte gewinnen könne, je nach der Staatsordnung, der es zu dienen habe.
[90] OGZ 3, 83, 85; s. auch bereits OGZ 1, 72, 78.
[91] OGZ 3, 83, 85 mit dem Hinweis, daß die Ehe ihren kapitalistischen Charakter als Versorgungsinstitut der Frau verloren habe. In der Deutschen Demokratischen Republik habe auch jede Frau ihre Arbeitskraft dem Aufbau zur Verfügung zu stellen. Vgl. außerdem OGZ 1, 65, 67.
[92] OGZ 2, 140, 141. Nach § 43 I 1 EheG war die Ehe bei einer schweren Eheverfehlung zu scheiden, wenn die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden konnte.
[93] Weiterführend hierzu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 416 ff.

schiedlichen Ergebnisse. Die Obergerichte hatten offensichtlich keine Schwierigkeiten, aus den unveränderten Gesetzestexten eine dem Willen der jeweils Herrschenden entsprechende Lösung herauszuholen. Derartig voneinander abweichende Auslegungen rufen beim sog. einfachen Bürger, aber auch bei vielen Fachjuristen ein gewisses Unbehagen und Mißtrauen hervor. Die Funktionsweisen solcher „Interpretationsalchemie“[94] erscheinen ihnen rätselhaft[95].

Betrachtet man nicht die unterschiedlichen Ergebnisse, sondern die methodische Grundlage der Auslegungskünste des Reichsgerichts, des Bundesgerichtshofs und des Obersten Gerichts, so zeigen sich erstaunliche Gemeinsamkeiten. Alle drei Gerichte sehen die Ehe als eine außergesetzlich vorgegebene Institution an, die bestimmte Funktionen in einem übergreifenden Sinnzusammenhang, in einer höheren Ordnung zu erfüllen hat. Das „Wesen“ der Institution Ehe wird durch die jeweils zugrunde gelegte Weltanschauung bestimmt, die in totalitären Systemen (NS-Staat, DDR) der Staatsideologie entspricht und in einem weltanschaulich offenen, pluralistischen Staat wie der Bundesrepublik seltsam diffus bleibt und nicht offengelegt wird. Wesen und Institution liefern die jeweils zeitgerechte und erwünschte Ideologie im Gewand juristischer Wissenschaftlichkeit[96].

Ein Unterschied verdient noch Erwähnung. Der Bundesgerichtshof und das Oberste Gericht der DDR suchten selbst eine neue metaphysische Begründung der Institution Ehe, folgten dabei spezifischen gesellschaftlichen Leitbildern mit metaphysischer Begründung, erklärten diese für rechtlich verbindlich und übernahmen so die Rolle des Gesetzgebers[97]. Demgegenüber konnte sich das Reichsgericht auf die in der amtlichen Begründung dokumentierten Wertungen des nationalsozialistischen Gesetzgebers stützen. Blendet man die hier nicht interessierende Frage der richterlichen Widerstandspflicht aus, so hat sich das Reichsgericht also im Grundsatz methodisch korrekt verhalten.

5. Die Verschleierungswirkung des institutionellen Rechtsdenkens

Ein weiterer wichtiger Aspekt des institutionellen Rechtsdenkens zeigt sich besonders deutlich in der geschilderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Wesen der Ehe. Die rechtspolitische und rechtsfortbildende Tätigkeit der Richter wird durch Sinn und Wesen der angeblich vorgegebenen Institution überdeckt. Da „die Institutionen die Rechtsnormen schaf-

[94] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 56.
[95] Anders sieht das bei abgeklärten Pragmatikern aus; vgl. OGZ 1, 72, 76, wo zu lesen ist, daß ein Gesetz gleichen Wortlauts verschiedenen Inhalt gewinnen könne, je nach der Staatsordnung, der es zu dienen habe.
[96] Vgl. *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 14.
[97] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 69. – M.E. dürfte sich die Rechtsprechung des Obersten Gerichts zum Wesen der Ehe als eine Art verfassungskonformer Auslegung rechtfertigen lassen, vgl. insoweit OGZ 1, 72, 76 ff., insb. 78; 3, 83, 85. Für die geschilderte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheidet diese Möglichkeit aus.

fen“, wird die Autorität des Gesetzgebers scheinbar nicht angetastet. Die Fortbildung des Gesetzesrechts wird als Auslegung ausgegeben.

a. Verdeckte Rechtsfortbildungen

Rechtsanwender neigen dazu, die Gesetze im Gewand ihrer angeblichen Auslegung fortzubilden, ihre eigene Interessenbewertung als logische Subsumtion unter eine vorgegebene und bindende Weisung darzustellen. Dabei bedienen sie sich unterschiedlichster Tarnfiguren, zu denen neben vielen anderen auch das institutionelle Argument zählt. Verdeckte Rechtsfortbildungen widersprechen der Gesetzesbindung. Diese verpflichtet den Rechtsanwender, die Fortbildung des Gesetzesrechts als solche offenzulegen, das Gesetzesrecht möglichst gesetzesnah fortzubilden und eigene rechtspolitische Bewertungskriterien anzugeben[98]. Das institutionelle Rechtsdenken vermengt Gesetzesvollzug und Gesetzgebung und beseitigt die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung durch die weltanschaulich gedeutete Institution als oberste Auslegungsmaxime. Die wirklich maßgebenden Entscheidungsgesichtpunkte verschwinden hinter den Nebelschwaden der metaphysischen Institution und werden so einer rationalen Überprüfung entzogen.

b. Nebulöse Terminologie

Mitursächlich für die Verschleierungswirkung des institutionellen Rechtsdenkens ist eine abgehobene, unbestimmte, teilweise geradezu nebulöse Terminologie. So ist die geschilderte Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Wesen der Ehe bemerkenswert vage und „leerformelhaft“. Im Schrifttum finden sich zahlreiche und noch bessere Beispiele für die orakelhafte, mystische und weitgehend inhaltsleere pseudo-wissenschaftliche Sprache der institutionellen Rechtsdenker[99].

c. Entmythologisierung[100]

Die Figuren, mit denen Rechtsfortbildungen verdeckt werden, dienen (objektiv) der Täuschung und Selbsttäuschung. Zersetzt man die Scheinargumente durch rechtswissenschaftliche Kritik, so zwingt man ihre Verwender dazu, die realen Wertungsgesichtspunkte offenzulegen und damit der Diskussion zugänglich zu machen. Scheinargumente müssen entmythologisiert, also als solche gekennzeichnet und dadurch unbrauchbar gemacht werden. Das gilt auch für die Argumentationsfiguren des institutionellen Rechtsdenkens.

[98] Vgl. *Fischer*, ZfA 2002, 215, 221 ff.
[99] Vg. etwa Rüthers, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 74 ff.
[100] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 94.

6. Argumentationsfiguren der institutionellen Rechtsdenker

Die traditionellen Denkfiguren des institutionellen Rechtsdenkens sind Argumente aus der „Rechtsidee“, aus dem „Wesen“ oder dem „Geist“ von Rechtsverhältnissen, der „Natur der Sache“, vor allem aber das „konkrete Ordnungsdenken“ und der „konkret-allgemeine Begriff“[101]. Außerdem werden noch eine überpositive Natur-Ordnung, andere vorgegebene Sinnzusammenhänge, oberste Rechtsgrundsätze und Rechtsprinzipien oder eine ideologisch verstandene Rechtsvernunft genannt[102].

Diese traditionellen Figuren sind nach wie vor aktuell. Die Kritik an Schlagworten wie dem „Wesen“ oder der „Natur der Sache“ hat die Gewichte aber verschoben. Neue Figuren sind im Zivilrecht hinzugekommen. Hier bedienen sich institutionelle Rechtsdenker heute häufig der verfassungskonformen Auslegung. Außerdem existieren bestimmte Formen einer Prinzipienjurisprudenz, bei welcher die Weltanschauung das System herstellt. Ihre Vertreter können auf eine teleologisch-systematische oder auch auf die sog. objektiv-teleologische Auslegung zurückgreifen, die es ermöglicht, weltanschauliche Vorgaben als objektiven Normzweck auszugeben. Auch die Rolle des institutionellen Rechtsdenkens bei den verschiedenen Varianten der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Privatrechts wäre eine Untersuchung wert.

7. Abschließende Bewertung

Festzuhalten ist: Nach dem institutionellen Rechtsdenken sind es die Institutionen, die die Rechtsnormen schaffen (*Hauriou*). Welchen Inhalt die Institutionen haben, bestimmen aber die institutionellen Rechtsdenker. Sein und Sollen werden hier auf seltsame Weise vermischt. Eine institutionell gedeutete Wirklichkeit - genauer: eine bestimmte Wirklichkeitssicht, also eine gesollte Wirklichkeit - produziert ständig neue „Rechtsnormen“. Das institutionelle Argument ermöglicht und vernebelt die Übernahme gesetzgebender Funktionen durch den Interpreten. Das macht seinen Reiz und seine Gefährlichkeit aus.

Die jüngere deutsche Rechtsgeschichte liefert reichhaltiges Anschauungsmaterial für die Korrektur gesetzgeberischer Entscheidungen durch institutionelles Rechtsdenken. Durch eine orakelhafte sprachliche Verdunkelung und eine flexible Handhabung des schillernden Institutionenbegriffs werden die Institutionen zu uneingeschränkt manipulierbaren Leerformeln für nahezu beliebige Zwecke. Trotz der historischen Erfahrungen scheint das institutionelle Rechtsdenken auf zahlreiche Rechtswissenschaftler und andere Sozialwissenschaftler auch heute noch eine bemerkenswerte Faszination auszuüben, weil mit ihm unterschiedlichste Inhalte als geltendes Recht ausgegeben werden können. Mit den Institutionen lassen sich alte

[101] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 24.
[102] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 71.

Rechtsnormen korrigieren und neue Rechtsnormen produzieren, wie das ständig sich wandelnde Wesen der weltanschaulich gedeuteten Institutionen es verlangt.

IX. Ein taugliches Instrument zur europäischen Rechtsvereinheitlichung?

Damit läßt sich auch die Frage beantworten, ob das institutionelle Rechtsdenken ein taugliches Instrument zur europäischen Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht ist. Bei der Antwort sollte allerdings zwischen Eignung und Legitimität unterschieden werden.

Sofern und solange die Interpreten eine einheitliche „europäische" Weltanschauung zugrunde legen, ist das institutionelle Rechtsdenken bestens geeignet, die nationalen Zivilrechte zu europäisieren und so die europäische Rechtsvereinheitlichung voran zubringen. Die institutionellen Rechtsdenker können sich mit Hilfe des institutionellen Rechtsdenkens ständig und scheinbar mühelos auf der Linie der vom Zeitgeist, von einflußreichen „Multiplikatoren" oder von politischen Führungsinstanzen proklamierten weltanschaulichen Grundsätze und Ziele bewegen[103].

Ein legitimes Instrument zur europäischen Rechtsvereinheitlichung ist das institutionelle Rechtsdenken allerdings nicht. Die Rechtsordnung besteht aus Rechtsnormen und nicht aus über- oder außerpositiven Institutionen. Gesetzgeberische Interessenbewertungen dürfen wegen der Gesetzesbindung des Rechtsanwenders nicht durch die interpretative „Wunderwaffe" der weltanschaulich gedeuteten Institution ausgehebelt werden. Das gilt auch für den gegenwärtig beschworenen „Geist der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung"[104]. Eine „Rechts"-Findung durch institutionelles Rechtsdenken verbietet sich stets und ausnahmslos.

X. Ausblick

Das, was sich im Europäischen Privatrecht abspielt, ist nach alledem nichts grundlegend Neues. Das unter dem Schlagwort „Europäisches Gemeinrecht der Methode" propagierte Konglomerat aus neuen Rechtsquellen und neuen „Auslegungsmethoden" findet sich häufiger in der juristischen „Wendeliteratur" der letzten hundert Jahre. Wie auch sonst bei grundlegenden Systemwechseln findet ein „Wettlauf um die beste Methode" (*Rüthers*) statt. Das institutionelle Rechtsdenken dient wieder einmal als Ersatz für einen untätigen bzw. – am Wirkungsdruck neuer Bewegungen[105] gemessen – zu langsamen Gesetzgeber.

---

[103] *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... , S. 14.
[104] *Berger*, ZEuP 2001, 1, 25 und 28.
[105] Vgl. insoweit auch *Berger*, ZEuP 2001, 1, 24: „Wirkungsdruck der Europäisierungsbewegung" .

„Wir denken die Rechtsbegriffe um ... wir sind auf der Seite der kommenden Dinge“ (*Carl Schmitt*). Daß Theoretiker einen erkannten Systemwechsel gestaltend begleiten wollen, daß sie wirken wollen, mag verständlich sein. Den Rückgriff auf einen „Zauberstab“ wie das institutionelle Rechtsdenken kann dieser Wunsch aber nicht rechtfertigen.

Die Geschichte lehrt, daß sich mit dem institutionellen Rechtsdenken nahezu *alles* als geltendes Recht ausgeben läßt. Die transformierten Inhalte mag man im Einzelfall persönlich billigen oder verwerfen. Darauf darf es wegen der Gesetzesbindung des Rechtsanwenders aber nicht ankommen. Sie verpflichtet den Richter, bei seiner Einzelfallentscheidung die Interessenbewertungen des Gesetzgebers zugrunde zu legen[106]. Ein Topos, mit dem so unterschiedliche Weltanschauungen wie die des Nationalsozialismus, die „antifaschistisch-demokratische Ordnung“ der DDR, die christliche Sittenordnung und der Charakter des europäischen Rechtsraums bzw. der Geist der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung zur Maxime der richterlichen Entscheidungsfindung erhoben werden können, ist im doppelten Sinne des Wortes wertlos.

Die ewige Wiederkehr institutioneller Argumente, von einer Renaissance institutionellen Rechtsdenkens kann man angesichts seiner Kontinuität eigentlich gar nicht sprechen, deutet darauf hin, daß Erkenntnisse der juristischen Methodenlehre und der neueren Rechtsgeschichte in den „Kernbereichen“ der Jurisprudenz nicht ausreichend zur Kenntnis genommen werden. Die unverminderte Aktualität institutioneller Denkformen sollte Anlaß sein, über Grundfragen der Rechts- bzw. Entscheidungsfindung nachzudenken, etwa über Rechtsquellen und Entscheidungsvorgaben, über die Fortbildung des Gesetzesrechts und insbesondere auch über die Rolle einer Rechtswissenschaft, die sich selbst überwiegend als juristische Dogmatik versteht. Der Begriff Dogma steht bekanntlich nicht nur für einen verbindlichen Lehrsatz, sondern auch für eine Glaubensaussage, ja sogar für eine uneinsichtig und hartnäckig verteidigte Weltanschauung[107]. Es ist höchste Zeit für eine realistischere Rechtsfindungslehre, bei der auch Erkenntnisse anderer Sozialwissenschaften - in je nach den einzelnen Bereichen der Rechtsfindung sehr unterschiedlichem Umfang[108] – zu berücksichtigen sind.

[106] Eingehend *Fischer*, ZfA 2002, 215, 219 ff.
[107] Vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon in 25 Bänden, 9. Aufl., Band 7, 1973/1980, „Dogma“.
[108] Hierzu Fischer, ZfA 2002, 215 ff., insb. S. 228 ff.