

https://www.faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart-1/recht-und-politik-rechtsstaat-richterstaat-1435378.html?printPagedArticle=true - pageIndex_0

The screenshot shows a web browser window displaying the Frankfurter Allgemeine Zeitung website. The article title is "Rechtsstaat - Richterstaat" by Professor Dr. Günter Hirsch, updated on 29.04.2007 at 23:43. The article text begins with: "Die Welt ändert sich so schnell, dass der Gesetzgeber nicht immer gleich reagieren kann. Der Richter ist dazu berufen, den gewandelten Inhalt eines Gesetzes festzustellen. Der Rechtsstaat ist etwas anderes als der Gesetzesstaat." Below the text are social media sharing buttons for Facebook, Twitter, XING, and email, along with a link icon and a star icon. The browser's address bar shows the URL: https://www.faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart-1/recht-und-politik-rechtsstaat-richterstaat-1435378.html?printPagedArticle=true - pageIndex_0.

Recht und Politik : Rechtsstaat - Richterstaat

Von Professor Dr. Günter Hirsch

-Aktualisiert am 29.04.2007-23:43

Die Welt ändert sich so schnell, dass der Gesetzgeber nicht immer gleich reagieren kann. Der Richter ist dazu berufen, den gewandelten Inhalt eines Gesetzes festzustellen. Der Rechtsstaat ist etwas anderes als der Gesetzesstaat.

Die Welt ändert sich so schnell, dass der Gesetzgeber nicht immer gleich reagieren kann. Der Richter ist dazu berufen, den gewandelten Inhalt eines Gesetzes festzustellen. Der Rechtsstaat ist etwas anderes als der Gesetzesstaat. Der Richter konkretisiert den Rechtsstaat. Setzt der Gesetzgeber europäische Vorgaben in nationales Recht um, hat er ohnehin kaum Gestaltungsmöglichkeiten.

Nicht nur in Deutschland wird seit einiger Zeit vor einem Marsch in den „oligarchischen Richterstaat“ gewarnt. Und nicht nur hierzulande werden die Klagen über den Gesetzgeber lauter, der das Land mit einer Flut von Normen überziehe, die den Bürger nicht mehr erreichen und mitunter von zweifelhafter Qualität seien. Der Vorwurf, dass Richter angeblich nicht mehr die Rolle spielen wollten, die ihnen von Verfassungen zukomme, nämlich - wie Philipp Heck es 1914 formulierte - Diener des Gesetzes zu sein, ist schwerwiegend. Er steht jedoch auf tönernen Füßen, wenn er die veränderte Wirklichkeit der Gesetzgebung in einer modernen Gesellschaft sowie die Europäisierung der Gesetzgebung nicht mit in den Blick nimmt.

Die Diskussion über die Grenze zwischen dem Gesetzgeber und dem Richter ist mindestens so alt wie die Gewaltenteilung. Nach Montesquieu muss der Staat in einem allzeit gefährdeten Gleichgewicht gehalten werden, indem sich die drei Gewalten gegenseitig kontrollieren und beschränken. Allerdings ist die Macht der Richter nach Montesquieu unter den drei Gewalten „gewissermaßen gleich null“, da Richter nur der Mund des Gesetzgebers sein dürften, nicht mehr. An dieses berühmte Zitat fühlt man sich erinnert, wenn man die Klagen hört oder liest, die Richter würden sich immer mehr der strikten Gesetzesbindung entziehen.

Beklagt wird das „Wuchern des Richterrechts“, das im Kern ein „Akt der Rechtspolitik“ (also nicht mehr der Rechtsprechung) sei. Auch heißt es, die Richter neigten dazu, aufgrund eigener Gerechtigkeitsvorstellungen von gesetzlichen Wertungen abzuweichen, also den Gesetzesgehorsam zu verweigern. Instrument der Gehorsamsverweigerung sei die von den Gerichten praktizierte objektive Methode der Gesetzesauslegung, nach der dem realen Willen des Gesetzgebers nur eine untergeordnete Rolle zugewiesen werde und stattdessen „subjektiven Regelungsvorstellungen der Richter weite, bisweilen nahezu beliebige Durchsetzungsmöglichkeiten“ eröffnet würden (so etwa der Konstanzer Arbeitsrechtler Rütters). Träfe der Vorwurf zu, befände Deutschland sich in einer Verfassungskrise; der gewaltenteilte Rechtsstaat wäre in Gefahr.

Absolute Gesetzesbindung ist ein Irrweg

Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes bindet die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“. Das ist keine Tautologie. Die Formel hält, wie das [Bundesverfassungsgericht](#) festgestellt hat, „das Bewusstsein aufrecht, dass sich Gesetz und Recht zwar faktisch im Allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken“. Diese Verfassungsnorm ist die Reaktion auf die Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Herrschaft, dass es ungerechte Gesetze geben kann, „dass die positive Rechtsordnung und die Rechtsidee auseinanderklaffen können“ (Roman Herzog). Der „Rechtsstaat“ ist eben, wie wir seit Tacitus wissen, etwas anderes als der „Gesetzesstaat“.

Allerdings formuliert eine andere Verfassungsnorm (Artikel 97 Absatz 1 des Grundgesetzes), dass die Richter „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“ sind (also zugleich

unabhängig und abhängig). Diese Formulierung weicht in der Tat ab von der Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“ in Artikel 20 Absatz 3, der als „Staatsfundamentalnorm“ ranghöher ist als Artikel 97 Absatz 1. Ziel dieser Vorschrift ist jedoch nur die verfassungsrechtliche Garantie der Unabhängigkeit des Richters. Sie stellt die grundsätzliche Unterscheidung und Unterschiedlichkeit von Recht und Gesetz nicht in Frage. Es bleibt also bei der Feststellung, dass sich kein Richter unter Berufung auf seine Bindung an das Gesetz damit beruhigen kann, dass eine handgreifliche Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens in einem Gesetz zugelassen oder vorgeschrieben sei.

Schon ein Blick in die deutsche Vergangenheit verbietet jede absolute Gesetzesbindung: Der Weg in den nationalsozialistischen Staat war mit Gesetzen und Verordnungen gepflastert - erwähnt seien nur das Ermächtigungsgesetz, das die Verfassung faktisch zur Disposition Hitlers stellte, und die Nürnberger Rassengesetze, die den Juden die Bürgerrechte nahmen und den Straftatbestand der Rassenschande einführten.

Damit ist freilich nicht gesagt, dass sich die Richter im Nationalsozialismus nur durch ihren Gehorsam gegenüber ungerechten Gesetzen schuldig gemacht hätten; vielmehr wurden auch rechtsstaatlich unbedenkliche Gesetze unter Berufung auf Führerwille und gesundes Volksempfinden von Richtern pervertiert. Trotz des in Artikel 20 Absatz 3 zum Ausdruck kommenden rechtsstaatlichen Grundprinzips, dass die Bindung des Richters an das Gesetz begrenzt ist, kann er „den Pfad des Gesetzesgehorsams nicht einfach mit der Begründung verlassen, dass die Gerechtigkeitsidee eben etwas anderes verlange“ (Herzog). Wir stehen jenseits sowohl von Naturrecht als auch vom Rechtspositivismus.

Deutschland ist ein gefestigter Rechtsstaat mit einem ausdifferenzierten Rechtsschutzsystem. Die Gesetzgebung ist demokratisch legitimiert, sie unterliegt äußerst effektiven verfassungsrechtlichen Kontrollen durch den Bundespräsidenten (der Gesetze vor der Ausfertigung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen hat), durch das Bundesverfassungsgericht sowie durch mehr als 21 000 Richter. Sie dürfen ein Gesetz, das sie für verfassungswidrig halten, weder anwenden noch verwerfen, sondern müssen es dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen. Die Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes zugrundeliegende Idee, dass das geschriebene Gesetz und das ungeschriebene Recht auseinanderklaffen können und es daher eine ausnahmslose Bindung an das Gesetz für den Richter nicht gibt, ist somit zwar eine zutiefst rechtsstaatliche, wird aber in einem Rechtsstaat nie zum Tragen kommen.

Das Problem liegt unterhalb des Verfassungsprinzips der nicht absoluten Gesetzesbindung des Richters, steht jedoch durchaus im Widerschein dieses Prinzips. Es lautet: Wo sind die Grenzen der richterlichen Auslegung der Gesetze und der Fortbildung des Rechts? Wann und wie weit darf (oder muss) der Richter sich vom eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und vom Willen des Gesetzgebers im Wege der Interpretation oder Fortschreibung der Norm entfernen, welcher Methoden muss er sich hierbei bedienen?

Die Methodik der Auslegung des Gesetzes ist der Kompass der Rechtsfindung. Im Grundsatz lautet die Frage, ob Ziel der Auslegung die Ermittlung und Respektierung des realen Willens des Gesetzgebers ist oder aber der normative Gesetzessinn. Diese Dichotomie der sogenannten subjektiven und objektiven Theorie prägte das einschlägige rechtsphilosophische und methodologische Schrifttum des 19. und 20. Jahrhunderts. Die

Attacken gegen die Rechtsprechung beruhen im Kern auf dem Vorwurf einer falschen Methodenwahl; die Richter praktizierten eine ergebnisorientierte Beliebigkeit und verschleierten mit der Wahl der objektiven Methode den „Übergang vom demokratischen Rechtsstaat zum oligarchischen Richterstaat“ (Rüthers).

In der Tat kann die Auslegungsmethode über den Ausgang eines Rechtsstreits entscheiden. Ihre Wahl ist deshalb kein internes, unverbindliches Instrument der richterlichen Rechtsfindung, die Methodenentscheidung hat vielmehr rechtliche Qualität. Durchgesetzt hat sich in der deutschen Rechtsprechung die objektive Methode. Hiernach ist der Wille des historischen Gesetzgebers zwar als ein wesentlicher Aspekt bei der Auslegung zu berücksichtigen, hat jedoch im Kollisionsfall objektiv-teleologischen Kriterien zu weichen.

Maßgebend für die Interpretation eines Gesetzes ist letztlich der in ihm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, der sich in aller Regel mit der Absicht des Gesetzgebers deckt. Es gilt immer noch die klassische Definition von Savigny, nach der Auslegung „die Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens“ ist. Ihm ging es dabei allerdings nicht um die rein subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, sondern um das, was mit dem Gesetz geregelt werden soll. Ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, das Gewollte zutreffend zu formulieren, unterlag er Irrtümern oder Fehlvorstellungen oder hat der Alterungsprozess eines Gesetzes dazu geführt, dass es den aktuellen Wertvorstellungen oder den Bedürfnissen des heutigen Rechtsverkehrs nicht mehr entspricht, so eröffnet die objektive Theorie den Richtern die Möglichkeit, vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen. Insoweit gilt dann eben das geflügelte Wort, dass das Gesetz klüger ist als der Gesetzgeber.

Ist die der objektiven Auslegungsmethodik entsprechende Vorstellung, das Gesetz könne klüger sein als die, die es schufen, nicht die eigentliche Lebenslüge der Richter, weil sie vertuscht, dass sie sich selbst für klüger halten als den Gesetzgeber? An dieser Überlegung ist richtig, dass der Richter in der Tat mit seiner Persönlichkeit in all ihrer Subjektivität (ihrem „Vorverständnis“) für die Rechtsfindung steht. Aber er darf nicht einfach seine Auffassung von richtig und falsch an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen, er ist nicht frei in der Auslegung und Fortbildung des Rechts. Der Richter muss den Zweck des Gesetzes, das ihm immanente Telos ermitteln, er muss danach fragen, was der Gesetzgeber mit der Regelung im Hinblick auf das konkret zu lösende Sachproblem bezweckt hat, er muss seine Entscheidung an grundrechtlichen Werteentscheidungen ausrichten. Kurz gesagt: Der Richter ist an bestimmte Methoden der Rechtsfindung sowie an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden.

Dass dieser Rahmen des bewertenden Erkennens Raum gibt für „willenhafte Elemente“, ist systemimmanent und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Rechtsfindung in Fällen, in denen man dem Gesetz keine Antwort auf die gestellte Rechtsfrage entnehmen kann („Lücke im Gesetz“), in denen die gesetzgeberische Werteentscheidung aktualisiert werden muss (etwa Fortschreibung des Begriffs des „Familienangehörigen“ für Zwecke des Mieterschutzes) oder im Gesetz keinen ausreichenden Niederschlag gefunden hat, ist die eigentliche Last, nicht die Lust des Richterseins.

In der Lehre ist umstritten, ob eine richterliche Auslegung so weit gehen kann, dass sie auch einen eindeutigen und gewollten Gesetzesbefehl missachtet. Abgesehen davon, dass dies

kein Akt der Auslegung des Gesetzes mehr wäre, sondern eine Negierung des Gesetzes, kommt diesem Konflikt in der Praxis keine Bedeutung zu. Die lex, an die der Richter gebunden ist, umfasst nicht nur die geschriebene Norm, sondern auch die wertorientierte Homogenität und Vollständigkeit der Rechtsordnung insgesamt. Entfernt sich der Richter von der Vorstellung des Gesetzgebers, der immer einem zeit- und situationsbedingten Erkenntnishorizont verhaftet ist, um den Zweck des Gesetzes und die Werte, die der Gesetzgeber mit ihm verwirklichen wollte, zum Tragen zu bringen, handelt er nicht wider das Gesetz (contra legem), sondern außerhalb des Gesetzes (extra legem). Darüber hinausgehend kann der Richter allenfalls in dem hypothetischen Fall des Rechtsnotstandes unter Berufung auf Artikel 20 Absatz 3 zum Aufstand gegen den Gesetzgeber befugt sein.

In der Rechtswirklichkeit zum Tragen bringen

Die Kritiker der objektiven Auslegungsmethode bezweifeln, dass gerade Richter dazu berufen seien, den objektivierten Willen des Gesetzgebers (der in Wahrheit ihr eigener Wille sei, den sie dem Gesetz unterschieben) zum Maßstab der Auslegung zu nehmen.

Doch wer, wenn nicht die Richter, ist im gewaltenteilten Rechtsstaat berufen, im konkreten Einzelfall die Antwort des Rechts auf Wertekonflikte zu finden, und zwar auch dann, wenn das Gesetz schweigt (etwa zur Frage, ob heimliche Vaterschaftstests die Anfechtung der Vaterschaft rechtfertigen) oder die Entscheidung des Gesetzgebers durch die Entwicklung überholt ist (heimliche Computerausforschung als Durchsuchung nach Paragraph 102 der Strafprozessordnung)? Warum soll es gegen die Verfassung verstoßen, wenn der Richter in den genannten Grenzen nicht das der Entscheidung des Rechtsstreits zugrunde legt, was der Gesetzgeber mit der Norm regeln wollte, sondern in verfassungskonformer „schöpferischer Rechtsfindung“ (Bundesverfassungsgericht) das, was der ratio legis entspricht - die allerdings in aller Regel mit der ratio legislatoris identisch ist?

Der Begriff Richterstaat verdient keinen negativen Beigeschmack, sondern ist die Konkretisierung des Rechtsstaates. Da eine Norm ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen steht, auf die sie wirken soll, kann und muss sich ihr Inhalt unter Umständen mit diesen wandeln. So verwenden etwa die Polizeigesetze seit mehr als einem Jahrhundert unverändert den zentralen Begriff der „öffentlichen Ordnung“. Seinerzeit galt öffentliches Rauchen als ordnungswidrig, während es durchaus in Ordnung war, dass der Bürger seinen Müll auf die Straße kippte. Ein anderes Beispiel: Noch 1977 verstieß ein Bäcker im sittenstrengen Bonn gegen die „öffentliche Ordnung“, weil er splitternackte Weckmänner gebacken hatte; heute käme kein Richter mehr auf die Idee, das als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung zu bewerten.

Wer anders als der Richter ist von Verfassungs wegen berufen, den gewandelten Inhalt eines Gesetzes mit Hilfe der rechtlich anerkannten Methoden der Rechtsfindung festzustellen und in der Rechtswirklichkeit zum Tragen zu bringen? Gerade seine im Grundgesetz garantierte Unabhängigkeit und ausschließliche Bindung an Gesetz und Recht prädestinieren ihn, als „Handlanger der Gerechtigkeit“ den objektiven Gehalt des Gesetzes in seiner Entscheidung zum Tragen zu bringen. Deshalb ist der Rechtsstaat eher ein Richterstaat als ein Gesetzesstaat.

Man muss zur Kenntnis nehmen, dass sich in einer Welt des Wandels die Aufgaben, die dem Gesetzgeber gestellt sind, wandeln und damit auch das Verhältnis der ersten zur dritten

Gewalt. Die sozialen, technischen, naturwissenschaftlichen und ökonomischen Gegebenheiten ändern sich so rasant, dass der Gesetzgeber nicht immer sofort reagieren kann, in bestimmten Fällen auch nicht soll. Es fällt leicht, einen Gesetzgeber zu kritisieren, der in politischen Koalitions- und Systemzwängen Kompromisse finden muss für komplexe gesellschaftliche Regelungsbedürfnisse, die sich häufig im Fluss befinden. Aber richtig ist auch, dass der heutige Gesetzgeber der Ausfüllung, Anpassung und Fortbildung seiner Gesetze durch Richter Raum lassen muss, an deren fachlicher Kompetenz, persönlicher Unabhängigkeit und rechtsstaatlicher Gesinnung keinerlei grundsätzliche Zweifel erlaubt sind.

Im Übrigen lässt das Richterrecht das Primat des Gesetzgebers unberührt. Diesem bleibt es unbenommen, jeder Auslegung und Fortbildung des Rechts durch die Gerichte durch Änderung des Gesetzes die Grundlage zu entziehen. In der Rechtswirklichkeit dient Richterrecht oft geradezu als Rechtfertigung dafür, dass der Gesetzgeber nicht handeln müsse (so etwa in wichtigen Fragen des Arbeitsrechts), ja die Gerichte sehen sich zum Teil sogar veranlasst, an den Gesetzgeber zu appellieren, seiner Verantwortung gerecht zu werden und regelungsbedürftige Fragen gesetzlich zu klären (so der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs bezüglich der Urteilsabsprachen).

Schließlich gibt es viele Belege dafür, dass der Gesetzgeber gerade bei schwierigen und politisch umstrittenen Fragen darauf setzt, dass letztendlich Gerichte Klarheit schaffen und bisweilen auch rechtlich fragwürdigen Kompromissen bei der Gesetzgebung einen rechtsstaatlichen Inhalt geben. So verlautete etwa aus dem Bundesjustizministerium am Tag vor der Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die Kritik führender Arbeitsrechtler hin, dass der in letzter Minute gefundene Kompromiss nicht mit den durch das Gesetz umzusetzenden EG-Richtlinien vereinbar sei: „Im Zweifel müssen die Richter die Bestimmungen europarechtskonform auslegen.“

Festzustellen bleibt, dass der Gesetzgeber ersichtlich nicht nur keine grundsätzlichen Probleme damit hat, wie die Richter seine Gesetze anwenden und auslegen, sondern ebenfalls davon ausgeht, die Aufgabenteilung zwischen erster und dritter Gewalt im Wandel der Zeit immer wieder neu zu justieren.

Von besonderer Bedeutung für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber ist jedoch ein Aspekt, der bisher fast völlig dem Blick der Methodenlehrer entrückt ist: die Europäisierung der Gesetzgebung und der Gesetzesauslegung. Die Zeiten sind vorbei, in denen Richter innerhalb eines geschlossenen nationalen Rechtssystems Normen lediglich des innerstaatlichen Gesetzgebers auszulegen hatten. Im Rechtsraum der Europäischen Gemeinschaft beruht inzwischen eine Vielzahl der deutschen Rechtsakte auf gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Objektive Auslegungsmethode vorgeschrieben

Setzt der nationale Gesetzgeber gemeinschaftsrechtliche Vorgaben (insbesondere Richtlinien) in nationales Recht um, kann er einen eigenständigen gestalterischen Willen entweder überhaupt nicht mehr oder nur in ganz engen Grenzen zum Tragen bringen. Wenn man in diesen Fällen den „Willen des Gesetzgebers“ erforschen will, so beschränkt sich dieser darauf, den Umsetzungsbefehl des Gemeinschaftsrechts, also eines von Dritten gesetzten Rechts, zu befolgen. Die „subjektive“ Auslegungsmethode, also die Suche nach

dem „realen Willen des Gesetzgebers“ zur Klärung einer Aussage des Gesetzes, hat sich somit für weite Bereiche der Gesetzgebung schlicht und einfach erledigt.

Maßgeblich für die Auslegung von nationalen Rechtsakten, die Gemeinschaftsrecht umsetzen, ist vielmehr der Regelungsgehalt der Gemeinschaftsnorm, bei Richtlinien also die „richtlinienkonforme Auslegung“. Ist dieser Regelungsinhalt nicht eindeutig, hat der Richter die Gemeinschaftsnorm auszulegen. Diese Auslegung hat gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu folgen, nicht nationalen Methoden. Nach der die Richter bindenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist Gemeinschaftsrecht vorrangig nach dem „effet utile“ der Norm auszulegen, es ist also die Auslegung zu wählen, mit der sich ihr Ziel möglichst wirksam erreichen lässt. Damit ist gemeinschaftsrechtlich eine objektive Auslegungsmethode vorgeschrieben.

Setzt der Gesetzgeber gemeinschaftsrechtliche Vorgaben um, gewinnt die Auslegung durch den Richter noch eine besondere Bedeutung. Denn der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung häufig wenig, zum Teil einen „auf null“ reduzierten Gestaltungsspielraum. Das Einpassen der normativen Wirkungen in nationale Gegebenheiten und Besonderheiten, das der Gesetzgeber in diesen Fällen mit der abstrakten Norm nicht leisten kann, obliegt der Auslegungskunst des Richters bei der Entscheidung des konkreten Falles (es sei denn, er muss die Auslegung nach dem EG-Vertrag dem Europäischen Gerichtshof überlassen). Insoweit sind zwar dem Gesetzgeber die Hände gebunden, nicht aber dem Richter.

Der große Staats- und Verfassungsrechtler Konrad Hesse schrieb 2001 der Verfassungsrechtslehre ins Stammbuch, sie lebe „von dem Gedankengut einer Welt, die nicht mehr die unsere ist und, wie wir immer deutlicher sehen, in den tiefen Wandlungen des ausgehenden 20. Jahrhunderts ihren Untergang gefunden hat. Über ihre Grundlagen, bislang als gesichert geltender Bestandteil der Staats- und Verfassungslehre, ist die Geschichte hinweggegangen.“ Dies gilt mutatis mutandis auch für die Methodenlehre.

Der Verfasser ist Präsident des Bundesgerichtshofes.

Quelle: F.A.Z., 30.04.2007, Nr. 100 / Seite 8

[Hier](#) können Sie die Rechte an diesem Artikel erwerben.