

Rechtsprechung zwischen Rechtsfindung und Rechtsschöpfung

Vor etwa 50 Jahren besuchte ich an der Universität Erlangen die Staatsrechtsvorlesung von Professor *Walter Leisner*. Im Zusammenhang mit dem Themenkreis „Gewaltenteilung“ traf er, fast resignierend, folgende Feststellung, die sich mir bis heute eingepägt hat: „Am Ende ist die Auslegung des Gesetzes durch den Richter immer stärker als das Gesetz.“

Ich war in der Folgezeit als Richter am Amtsgericht, am Landgericht, am Oberlandesgericht, am Bundesgerichtshof, am Verfassungsgericht und am Europäischen Gerichtshof tätig. Dabei hatte ich unterschiedliche Rechtsnormen anzuwenden und traf auf ganz unterschiedliche Richterpersönlichkeiten mit unterschiedlichem Berufsverständnis. Am Ende meiner richterlichen Berufstätigkeit verstand ich, was *Leisner* bewegt und beunruhigt hat: Zum einen die Frage nach der Macht des Richters und deren Begrenzung, zum anderen nach der Determination richterlicher Entscheidungen.

I.

Lassen Sie mich beginnen mit der Macht des Richters:

Nach *Montesquieu* sollte der Richter nicht mehr sein als „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“ – der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht. Bei dieser begrenzten Funktion wäre die Person des Richters, seine Subjektivität, sein persönliches Werteverständnis ohne Belang.

Aber schon der Begriff der „Rechtsprechung“ impliziert, dass es dabei nicht nur um die Effektivierung des geschriebenen Gesetzes im Rechtsalltag geht, sondern um die

Durchsetzung des Rechts. Der Gesetzgeber formuliert abstrakte Regeln für generell umschriebene Sachverhalte. Der Richter muss den konkreten Fall unter diese allgemein formulierte Norm subsumieren. Der Gesetzgeber hat für die Existenz und Durchsetzbarkeit allgemeingültiger Regeln zu sorgen, der Richter für deren Entfaltung in der vielfältigen Rechtswirklichkeit.

Dies geht in aller Regel nicht ohne Auslegung der Norm, manchmal auch nicht ohne Fortbildung des Rechts. Die Jurisprudenz ist keine Naturwissenschaft mit – theoretisch – exakter Erkenntnisfähigkeit. Das Bild der Rechtsfindung durch den Richter suggeriert, dass im Gesetz punktgenau die Lösung der Rechtsfrage liegt und der Richter nur genug Fachwissen haben und genau suchen muss, um diese im Gesetz bereits enthaltene Lösung zu finden.

Aber dem ist nicht so. Selbst Alltagsnormen, deren Regelungsinhalt jedem Laien klar zu sein scheint, werfen immer wieder schwierige Auslegungsfragen auf, ganz zu schweigen von strukturell viel abstrakteren Verfassungsnormen. Die Aufgabe von Verfassungsrichtern, etwa den als Grundrecht garantierten obersten Verfassungswert der „Würde des Menschen“ auf den konkreten Einzelfall anzuwenden, zwingt sie z.B., zu entscheiden, ob die Unterbringung eines Strafgefangenen in einer Zelle mit 5,25 qm diese Würde verletzt. Dies wurde vom VerfGH Berlin am 3.11.2009 bejaht, während das BVerfG 1994 eine Zellengröße von 6 bis 7 qm unter dem Aspekt der Menschenwürde als „gerade noch hinnehmbar“ bezeichnete.

Aber nicht nur bei der Normauslegung, sondern auch bei der Anwendung der Gesetze agiert der Richter mitunter innerhalb erheblicher Spielräume, insbesondere bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe. Er hat etwa zu entscheiden, welche Strafe der „Schuld angemessen“ oder ob eine staatliche Überwachungsmaßnahme „verhältnismäßig“ ist.

Mitunter lässt das Gesetz den Richter auch völlig im Stich. Keine Normierung ist lückenlos, kein Gesetz ist für die Ewigkeit gemacht. Gesetze unterliegen einem Alterungsprozess, gesellschaftliche Wertevorstellungen ändern sich, die Technik, die Medizin, die allgemeine Übung sind nicht statisch. Der Richter ist nicht der Testamentsvollstrecker des Gesetzgebers.

Ist die Antwort, die die geschriebene Norm auf den Lebenssachverhalt gibt, nicht mehr angemessen ist, vielleicht auch nicht mehr „gerecht“, ist es Aufgabe des Richters, nachzujustieren. So dachte etwa der historische Gesetzgeber bei der Regelung der Mietnachfolge von Familienangehörigen des verstorbenen Mieters oder bei der Gewährung von Sozialleistungen für Ehegatten sicherlich nicht an gleichgeschlechtliche Lebenspartner. Unserem heutigen Verständnis des Gleichbehandlungsgebotes und des verfassungsrechtlichen Schutzgebotes der Ehe entspricht diese Sicht jedoch nicht mehr. Deshalb können die abstrakten Begriffe eines Gesetzes von den Richtern im Lauf der Zeit mit anderen Inhalten gefüllt werden.

So gesehen ist das geschriebene Gesetz nicht die oberste Autorität des Richters. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist der Richter vielmehr an Gesetz und Recht gebunden. Diese Verpflichtung der Dritten Gewalt auf „Gesetz und Recht“ ist keine bloße Tautologie. Sie befreit den Richter vom bedingungslosen Gehorsam gegenüber dem Gesetzgeber und erteilt damit dem reinen Gesetzespositivismus eine Absage. Diese Formel hält, wie das Bundesverfassungsgericht feststellte, „das Bewusstsein aufrecht, dass sich Gesetz und Recht zwar faktisch im Allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken“. Das Grundgesetz lehnt einen "wertungsfreien Gesetzespositivismus“ ab und eröffnet die Möglichkeit, den Grundsatz der materialen Gerechtigkeit höher zu werten als die Geltung des positiven Gesetzes (*BVerfG*). Der "Rechtsstaat" ist eben, wie wir seit *Tacitus* wissen, etwas anderes als der "Gesetzesstaat".

Die eigentliche Herausforderung der Richter ist also häufig weniger, das treffende Gesetz zu finden, sondern es auszulegen und bei Bedarf fortzubilden. Diese Erkenntnis scheint uns völlig unspektakulär. Dies war jedoch nicht immer so: Die Auslegung von Gesetzen durch Richter wurde in früheren Zeiten als Gefahr für den Souverän – sei es der König oder die kommunistische Partei – gesehen.

König Friedrich II etwa verfasste 1780 eine Kabinettsorder mit der bündigen Anweisung: „Dagegen werden wir nicht gestatten, dass irgendein Richter unsere Gesetze zu interpretieren, auszudehnen oder einzuschränken, viel weniger neue Gesetze zu geben, sich einfallen lässt“.

Die Verfassung der Sowjetunion von 1977 bestimmte knapp und bündig: Das Präsidium des Obersten Sowjets der UdSSR legt die Gesetze aus.

Die Zeiten haben sich grundlegend geändert. Nach unserem Richterbild exekutiert der Richter nicht nur das Gesetz, er trägt vielmehr neben dem Gesetzgeber eigene Verantwortung für die Bewahrung und Durchsetzung des Rechtsstaates. Der Gesetzgeber kann immer nur mit seinem zeitbedingten Horizont abstrakte Regeln formulieren. Diesen in Form einer imperativen Entscheidung Rechtswirkung in der Lebenswirklichkeit zu geben, ist Aufgabe der Richter.

Deshalb hatte *Walter Leisner* Recht mit seiner Feststellung, dass am Ende die Auslegung des Gesetzes durch die Richter immer stärker ist als das Gesetz.

II. Methodische Bindung der Auslegung

Die Feststellung, dass nicht nur der Gesetzgeber Rechtsquelle ist, sondern auch die Person des Richters, verlangt nach einer Begrenzung dieser Richtermacht. Diese Begrenzung liefert die Methodenbindung der Auslegung und der Fortbildung des Rechts. Kurz gesagt: Je weniger Spielraum die gewählte Methode der Gesetzesauslegung dem Richter einräumt, desto weniger kann gestaltungsspielraum hat der Richter.

Der Richter hat nicht freie Hand bei der Wahl der Auslegungsmethode. Vielmehr ist die Methodenwahl Teil der Rechtsbindung des Richters. Die juristische Methodologie gibt die Instrumente, mit denen *lege artis* ein Sachverhalt unter eine abstrakt-generelle Norm zu subsumieren ist.

Ich will hier keine Übersicht über die richterlichen Auslegungsregeln geben. Die Stichworte „Wortlaut der Norm“, Auslegung *contra* bzw. *extra legem*, „Wille des Gesetzgebers“, „teleologische Auslegung“ mögen genügen. Da die Wahl der Auslegungsmethode häufig entscheidend ist für das Ergebnis der Auslegung, nimmt es nicht Wunder, dass keine Einigkeit besteht, welchem Ansatz die Richter den Vorrang geben sollen.

Die aktuelle Diskussion dreht sich um die Begriffe „objektive“ und „subjektive“ Auslegungsmethode. Die subjektive Methode will den Richter primär an den Willen des Gesetzgebers binden. Die objektive Methode fragt nach dem normativen Gesetzessinn. Die Dichotomie dieser beiden Theorien prägte das einschlägige rechtsphilosophische und methodenlogische Schrifttum des 19. Und 20. Jahrhunderts und lebt in unseren Tagen wieder auf.

Nach ständiger Rechtsprechung ist der Wille des 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 der in ihm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Es geht also nicht darum, was sich der „Gesetzgeber“ – wer immer das auch sein mag – beim Erlass des Gesetzes „gedacht hat“, sondern darum, was er vernünftigerweise gewollt haben sollte.

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 von *Gustav Radbruch*, dass das Gesetz mitunter klüger ist als der Gesetzgeber.

Der Vorwurf aus der Rechtswissenschaft (etwa von *Rüthers*), die Richter machten sich mit dieser Auslegungsmethode zum Ersatzgesetzgeber, verkennt die verfassungsrechtlich angelegte Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Richter in einem Rechtsstaat. Das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber ist aus meiner Sicht nicht mehr nur – wie *Philipp Heck* vor 100 Jahren meinte – das eines Dieners zum Herrn. Wenn ich ein Bild finden müsste, würde ich das des Pianisten zum Komponisten wählen. Der Gesetzgeber gibt die Komposition vor, der Richter als Pianist interpretiert sie werktreu und kunstfertig.

III. Das Vorverständnis des Richters

Die Feststellung, dass der Richter, der ein Gesetz auslegt oder fortbildet, nicht unbedingt an das gebunden ist, was der historische Gesetzgeber mit der Norm bezweckt hat, sondern die Norm objektiv-teleologisch auszulegen hat, birgt Sprengstoff. Den damit ist die Tür jedenfalls einen Spalt breit geöffnet für den Einfluss des richterlichen Vorverständnisses auf die Rechtsentscheidung.

Rolf Lamprecht, langjähriger Spiegelkorrespondent in Karlsruhe, begann einen Aufsatz mit dem Titel „Von der Subjektivität des Richters“ 2004 in der Deutschen Richterzeitschrift mit folgenden Fragen:

„Wie tauglich für seine Aufgabe ist ein Familienrichter, dessen eigene Ehe mit einer Kampfscheidung zu Ende ging? Auf wessen Seite steht ein Mietrichter, der mehrere Wohnhäuser geerbt hat? Beurteilt ein Verkehrsrichter, der mit dem Porsche vorfährt, einen Unfall anders als sein Kollege, der immer mit dem Fahrrad zum Dienst kommt? Oder anders: Was tut Richter, damit ihre Urteile nicht von biographischen Impulsen und privaten Gefühlen geprägt werden?“

In der Tat, die Vermutung liegt nahe, dass nicht nur das Gesetz Rechtsfragen entscheidet, sondern dass u. U. die Person des Richters den Ausschlag gibt, also seine familiären, weltanschaulichen, sozialen, kulturellen, religiösen, ökonomischen Prägungen und Erfahrungen.

Dies kollidiert freilich mit dem zentralen Credo der Rechtsprechung, das da lautet: Die Objektivität des Richters ist Voraussetzung für die Richtigkeit seiner Entscheidung. Ein richtiges Urteil ist nach dem sog. „Subsumtionsdogma“ ausschließlich das Ergebnis einer objektiv-logischen Unterordnung des Sachverhalts unter die Prämissen der Norm. Die Subjektivität des Richters hat hiernach bei der Rechtsfindung keinen legitimen Platz.

Dieses „Subsumtionsdogma“ bezeichnet *Lamprecht* als die „Lebenslüge Nr. 1 der Richter“, da sie sich nicht selbst als Rechtsquelle begreifen, sondern nur als Rechtsanwender. *Arthur Kaufmann* stellte bereits 1974 fest: „Dass dieses Subsumptionsdogma nicht stimmt, ist

mittlerweile ein Gemeinplatz. Es stimmt aber nicht nur ausnahmsweise nicht, es stimmt überhaupt nicht.“

Und zwar stimmt es deshalb prinzipiell nicht, weil es die Realität leugnet. Die Realität ist, dass Entscheidungen zwischen Alternativen – anders als mathematische Operationen – immer das Ergebnis subjektiver Wertungen von objektiven Gegebenheiten sind. So formulierte *Winfried Hassemer*, bis Mai 2008 Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, dass es zum Vorverständnis keine Alternative gibt; kein Mensch verstehe irgendetwas „rein“ oder gar „objektiv“, jeder sehe den Gegenstand „mit seinen eigenen Augen“. *Josef Esser* brachte es auf den Punkt: „Kein Richter – und überhaupt niemand, der auf methodischem Wege Recht zu finden trachtet – geht ‚jungfräulich‘ an die Entscheidung eines Rechtsfalles heran.“

Unbestreitbar prägt die soziale Herkunft, man könnte auch sagen das Elternhaus, die Persönlichkeit in ganz starkem Maße. Hinzu kommen Erfahrung von Kindertagen an, die jedem Individuum seinen höchstpersönlichen Zuschnitt geben und damit seine Einstellung zu seiner Umwelt steuern. Das ethische Koordinatensystem eines jeden von uns ist, so darf vermutet werden, weniger genetisch angelegt – also angeboren – als vielmehr sozial angepasst, wie *Esser* in seinen bahnbrechenden Untersuchungen zu „Vorverständnis und Methodenlehre in der Rechtsfindung“ bereits 1970 festgestellt hat.

Dass auch die Persönlichkeit des Richters Einfluss auf die Rechtsprechung hat, ist systemimmanent. Dies sieht übrigens auch das Bundesverfassungsgericht so; es hat festgestellt, dass die Aufgabe des Richters auch ist, Wertvorstellungen in einem „Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen“ in seiner Entscheidung zu realisieren. Es ist eine außerordentlich bedeutsame Feststellung unseres obersten Gerichts, dass der Richter im Rahmen seiner Kompetenz zur Auslegung und Fortbildung des Rechts auch sein eigenes persönliches Wollen einfließen lassen darf.

Wir müssen also zur Kenntnis nehmen, dass die Subjektivität des Richters unvermeidbar Einfluss hat auf den Akt richterlicher Rechtsfindung. Und mit „wir“ meine ich hier nicht in erster Linie die Gesellschaft oder die Wissenschaft, sondern die Richterschaft selbst.

IV. Schluss

Ist die Tatsache, dass den Richtern bei der Suche nach dem „richtigen“ Urteil Raum gegeben ist für die begrenzte Ausrichtung an persönlichen Wertvorstellungen nun ein notwendiges Übel oder Voraussetzung für eine rechtsstaatliche Justiz?

Die Gewaltenteilung dient nach unserem Verfassungsverständnis nicht nur der gegenseitigen Machtbegrenzung und -kontrolle, sondern mit der Zuweisung spezifischer Funktionen an eigens dafür eingerichtete Organe auch einer „organadäquaten Funktionenteilung“ – so *Zippelius*, ein weiterer Staatsrechtslehrer aus meiner Studienzeit in Erlangen. Diese Funktionsteilung weist dem Richter die Aufgabe zu, dem Buchstaben des Gesetzes Geltung zu verschaffen in der Rechtswirklichkeit. Dies erfordert mitunter, dass Richter das Recht dynamisch interpretieren und fortentwickeln.

Entscheidend ist jedoch das Bewusstsein des Richters, dass er selbst – neben dem Gesetz – Rechtsquelle ist. Er muss sich selbst Rechenschaft ablegen, welche Prägungen, welches Vorverständnis, welche „Vorurteile“ er hat. *Arthur Kaufmann* hat dies völlig zutreffend in den Satz gekleidet „Die Unabhängigkeit des Richters wächst in dem Maße, in dem er sich seiner Abhängigkeit bewusst ist.“

Ebenso wichtig ist Transparenz. Der Richter hat gegebenenfalls seine Auffassung vom Sinn und Zweck der Norm oder etwaige entscheidungsrelevante persönliche Umstände offen zu legen, um eine Diskussion hierüber zu ermöglichen.

Im Übrigen gleichen sich die „Vorurteile“ auf den verschiedenen Stufen zum Urteil aus. Die Subjektivitäten des Gesetzgebers, des Staatsanwalts, des erstinstanzlichen Richters, des Rechtsmittelrichters, der Rechtswissenschaftler und der Öffentlichkeit korrigieren sich wechselseitig.

Und schließlich: Solange Menschen richten, wird deren Vorverständnis in ihre Entscheidung einfließen. Dies gibt der Justiz ihr menschliches Antlitz. Wer möchte schon von Robotern,

von Automaten oder Computern be- und verurteilt werden. Wer sagt denn, dass „Objektivität“ Gewähr biete für Gerechtigkeit. Ist es häufig nicht gerade die Subjektivität des Richters, die „seine“ Entscheidung zu einer „gerechten Entscheidung macht, die Akzeptanz findet. Nicht immer wird eine juristisch-technisch „richtige“ Entscheidung auch den von ihr Betroffenen „gerecht“.

Wir sollten uns keine Richter ohne Vorverständnis wünschen. Denn das Vorverständnis bildet letztendlich die Grundlage der persönlichen Moral. Auch die Moral beruht schließlich auf den Prägungen, die wir seit unserer Geburt erfahren haben; auch das Gewissen ist in gewisser Weise ein „Vorurteil“.

Mein Thema lautet: Rechtsprechung zwischen Rechtsfindung und Rechtschöpfung. Dies impliziert, dass es sich dabei um gegensätzliche Positionen handelt. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in seiner Weisheit diese Gegensätze mit einem Federstrich – jedenfalls formell – aufgelöst und in der *Soraya*-Entscheidung mit der Formel zusammengeführt, die Richter seien zur „schöpferischen Rechtsfindung“ berufen. Ob dies nur ein Wortspiel ist oder das Ei des Kolumbus, will ich einmal dahingestellt lassen.