

**„Rechtsstaat oder Richterstaat“?
Der Richter im Spannungsfeld von erster und dritter Gewalt**

1. Befindet sich Deutschland auf dem Marsch hin zu einem „oligarchischen Richterstaat“? Schwingen sich die Richter von Dienern des Gesetzes auf zu Herren der Rechtsordnung? Setzen sie ihre Auffassung von Recht und Gesetz an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers? Missbrauchen sie das Privileg ihrer verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit?

Dies wird seit einiger Zeit von einigen Professoren (insbesondere B. *Rüthers*) mit Vehemenz behauptet. Von einer stillen Machtergreifung der Richter ist Rede, von einer Verweigerung des Gesetzesgehorsams, von einem Wuchern des Richterrechts.

Würden diese Vorwürfe zutreffen, befände Deutschland sich in einer Verfassungskrise; der gewaltenteilte Rechtsstaat wäre in Gefahr.

2. Die Diskussion um die Grenze zwischen dem Gesetzgeber und dem Richter ist mindestes so alt wie die Gewaltenteilung. Nach *Montesquieu* (1748) muss der Staat in einem allzeit gefährdeten Gleichgewicht gehalten werden, in dem sich die drei Gewalten gegenseitig kontrollieren und beschränken. Allerdings ist die Macht der Richter nach *Montesquieu* unter den drei Gewalten „*en quelque facon nulle*“ (gewissermaßen gleich Null), da Richter nur der Mund des Gesetzgebers sein dürften, nicht mehr (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*).

Es sei nicht Sache der Richter, Gesetze auszulegen, sondern nur, sie anzuwenden - so ein Zeitgenosse von *Montesquieu* aus Italien, *Cesare Beccaria*.

Nach ihm ist es noch immer besser, einen absolut regierenden Landesherrn zu haben, als wenn der Bürger als Sklave auslegungswütiger Richter einer Vielzahl "kleiner Tyrannen und Unterobrigkeiten" ausgeliefert ist. Unklarheiten des Wortlauts eines Gesetzes müsse der Gesetzgeber beseitigen, nicht der Richter.

Kaum waren somit die Richter dank der Aufklärung in den Stand einer eigenen Staatsgewalt erhoben, bestritt man ihnen im Namen derselben Staatsphilosophie ihr bisheriges Machtmittel und Handwerkszeug: die Gesetzesinterpretation.

Dies ist mehr als nur Geschichte. Die Vorbehalte gegen eine Instanz, die, institutionell und personell unabhängig, die Macht hat, Gesetze auszulegen und fortzubilden und damit letztlich ihren konkreten Regelungsinhalt zu bestimmen, wirken fort, besonders in totalitären Staaten. Die Verfassung der Sowjetunion von 1977 etwa behielt die Auslegung der Gesetze ausdrücklich dem Präsidium des Obersten Sowjet vor.

3. Es geht also im Kern um die Abgrenzung der Kompetenzen der dritten Gewalt von denen der ersten Gewalt unter der Geltung des Grundgesetzes und den Bedingungen der heutigen Zeit. Und es geht um das Richterbild unserer Verfassung.

Art. 20 Abs. 3 GG sagt in bewundernswerter Kürze und Prägnanz, dass die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht gebunden“ ist. Damit ist das Primat der Legislative auch gegenüber der Judikative festgeschrieben.

Aber: die Bindung an „Recht und Gesetz“ 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 bitteren Erfahrungen der NS-Herrschaft, dass es ungerechte Gesetze geben kann, „dass die positive Rechtsordnung und die Rechtsidee auseinanderklaffen können“ (*Herzog*). Damit lehnt das Grundgesetz einen "wertungsfreien Gesetzespositivismus“ ab und eröffnet die Möglichkeit, den Grundsatz der materialen Gerechtigkeit höher zu werten als die Geltung des positiven Gesetzes (*BVerfG*). "Mit anderen Worten weiß die Verfassung um den hohen Wert, aber auch um die Grenzen des geschriebenen Rechts in Form

des Gesetzes" (*Di Fabio*). Der "Rechtsstaat" ist eben, wie wir seit *Tacitus* wissen, etwas anderes als der "Gesetzesstaat".

Allerdings formuliert eine andere Verfassungsnorm (Art. 97 Abs. 1 GG), 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 Art. 20 Abs. 3 GG. Abgesehen davon, dass Art. 20 Abs. 3 GG als "Staatsfundamentalnorm" höherrangiger ist als Art. 97 Abs. 1 GG, ist Ziel dieser Vorschrift die verfassungsrechtliche Garantie der Unabhängigkeit des Richters, sie stellt jedoch nicht die grundsätzliche Unterscheidung und Unterschiedlichkeit von Recht und Gesetz in Frage. Es bleibt also bei der Feststellung, dass sich unter der Geltung des Grundgesetzes kein Richter unter Berufung auf seine Gesetzesbindung damit beruhigen kann, dass eine handgreifliche Verletzung des Gerechtigkeitsgedanken in einem Gesetz zugelassen oder vorgeschrieben ist.

Schon ein Blick in die deutsche Vergangenheit verbietet jede absolute Gesetzesbindung, war doch der Weg in den NS-Staat mit Gesetzen und Verordnungen gepflastert (erwähnt seien nur das Ermächtigungsgesetz, das die Verfassung faktisch zur Disposition Hitlers stellte, und die Nürnberger Rassegesetze, die den Juden die Bürgerrechte nahmen und den Straftatbestand der Rassenschande einführten). Damit ist freilich nicht gesagt, dass sich die Richter im 3. Reich nur oder in erster Linie durch ihren Gehorsam gegenüber ungerechten Gesetzen schuldig gemacht hätten; vielmehr bestreitet niemand, dass Richtersprüche auch rechtsstaatlich unbedenkliche Gesetze unter Berufung auf Führerwille und gesundes Volksempfinden pervertiert haben.

Erste These:

Faktisch ist das Gesetz die oberste Autorität des Richters, rechtlich aber nicht.

4. Trotz des in Art. 20 Abs. 3 GG 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*). Genauso wenig wie

er das Recht mit dem Gesetz betrügen darf, darf er das Gesetz unter Berufung auf seine private Moral aushebeln. 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 (die ein Gesetz, das sie für verfassungswidrig halten, weder anwenden noch verwerfen dürfen, sondern nach Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen müssen).

Die Art. 20 Abs. 3 GG zugrunde liegende Idee, dass das geschriebene Gesetz und das ungeschriebene Recht auseinander klaffen können und es daher eine ausnahmslose Bindung an das Gesetz für den Richter nicht gibt, ist somit Bedingung eines Rechtsstaates; dass die Bedingung nicht zum Tragen kommt, ist Ergebnis des Rechtsstaates.

Das Problem liegt faktisch 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. Die Grundsatzfrage lautet, ob primäres Ziel der Auslegung die Ermittlung und Respektierung des realen Willens des Gesetzgebers ist oder aber der normative Gesetzessinn. Diese Dichotomie der sog. subjektiven und objektiven Theorie prägte das einschlägige rechtsphilosophische und methodologische Schrifttum des 19. und 20. Jahrhunderts und verbindet sich mit großem Namen (*Windscheid, Radbruch, Enneccerus, Nipperdey, Heck, Larenz, Canaris*). Die aktuellen Attacken gegen die

Rechtsprechung beruhen im Kern auf dem Vorwurf einer falschen Methodenwahl: die Methodenwahl der Bundesgerichte seien Machtinstrumente (!) für die Bewahrung und Umgestaltung der Rechtsordnung; Richter praktizierten eine ergebnisorientierte methodische Beliebigkeit und betrieben mit der Demontage des realen Willens des Gesetzgebers den "Übergang vom demokratischen Rechtsstaat zum oligarchischen Richterstaat".

Dies sind harsche Vorwürfe nicht an die Adresse einzelnen Richter, sondern der Richterschaft insgesamt. Sie unterstellen ihr im Kern eine Mentalität der Demokratiefeindlichkeit, zumindest aber der Demokratieignoranz.

Die Auslegungsmethode kann 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, nach der der Wille des historischen Gesetzgebers zwar als ein wesentlicher Aspekt bei der Auslegung zu berücksichtigen ist, im Kollisionsfall jedoch objektiv-teleologischen Kriterien zu weichen hat. Maßgebend für die Interpretation eines Gesetzes ist letztlich der in ihm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, der sich in aller Regel allerdings mit der problemrelevanten Absicht des Gesetzgebers deckt. Es gilt immer noch die klassische Definition von *Savigny* nach der Auslegung "die Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens" ist, wobei es ihm nicht um rein subjektive Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten ging, 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 Wort *Gustav Radbruchs* und des Bundesverfassungsgerichts, dass das Gesetz mitunter klüger sein kann als der Gesetzgeber.

Zweite These:

Das Gesetz kann klüger sein als der Gesetzgeber

5. Ist die 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? Ist es nicht eigentlich die "ratio judicis", die von Richtern als "ratio legis" ausgegeben wird?

Richtig daran ist, 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. Er muss den Zweck des Gesetzes, den ihm immanenten *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 grundrechtliche 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 oder im Gesetz keinen ausreichenden, ablesbaren Niederschlag gefunden hat, ist die eigentliche Last, nicht die Lust des Richterseins.

Ob etwa nichteheliche Lebenspartner als Familienangehörige im Sinne des Mietrechts anzusehen sind,

ob ein heimlicher DNA-Test zur Feststellung der Vaterschaft gerichtlich verwertbar ist,

ob und unter welchen rechtsstaatlichen Absicherungen Absprachen im Strafprozess („Deal“) zulässig sind,

ob Paparazzi-Fotos einer Prinzessin im Cafehaus publiziert werden dürfen,

all diese Fragen müssen Richter entscheiden, auch wenn das Gesetz schweigt, unklar ist oder einer gewandelten Werteordnung nicht mehr entspricht.

Die Kritiker der praktizierten 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. Die objektive Auslegungsmethode bedeute "den fortgesetzten methodischen Blindflug der Rechtsanwender über die Grenzen der verfassungsmäßigen Kompetenzen hinweg, die verdeckte richterliche Normsetzungsanmaßung gegen das Gesetz und die Verfassung" (*Rüthers*). Sie verwandle die Gerichte von Dienern der Gesetze zu Herren der Rechtsordnung.

Das Zerrbild der permanenten und strukturellen Normsetzungsanmaßung unserer Rechtsprechung nimmt weder die Realität noch die Verfassungslage zur Kenntnis. Wer sonst, wenn nicht der 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 oder mit der Entwicklung nicht Schritt gehalten hat .

Wieso verstößt es gegen die Verfassung, wenn der Richter in den genannten Grenzen nicht das der Entscheidung des Rechtsstreits zugrunde legt, was der Gesetzgeber (die formulierenden Beamten der Ministerien? ein Pressesprecher? ein Minister? Abgeordnete? ein Regierungschef im Bundesrat?) mit der Norm (möglicherweise vor Jahr und Tag) erklärtermaßen regeln wollte, sondern in verfassungskonformer "schöpferischer Rechtsfindung" die "ratio legis" zum Tragen bringt? "Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehen bleiben ... Einem möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zur freieren Handhabung (!) der Rechtsnorm gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, 'Recht' zu sprechen, verfehlen will" (*BVerfG*). Die Rechtsfindung ist kein Akt "interpretatorischer Archäologie". Das Gesetz ist ohnehin in vielen Fällen eine "Herrschaft von Toten über Lebende"; diese Herrschaft sollte durch eine aktualisierende und damit Vergangenheit und Gegenwart verschränkende Rechtsanwendung relativiert werden.

Deshalb verdient der Begriff des Richterstaates keinen negativen Beigeschmack, sondern ist im Gegenteil die Konkretisierung des Rechtsstaates. "Im Richterstaat trägt der Richter die Hauptlast der Verantwortung für die Freiheit des einzelnen und für das Gemeinwohl auf seinen Schultern." (*René Marcic*, 1957, der den Weg vom Gesetzesstaat zum Richterstaat als Entwurf einer "modernen politischen Theorie der Demokratie" versteht).

In einem Rechtsstaat ist die Kompetenz der Richter zur Auslegung und Fortbildung des Rechts keine gegen den Gesetzgeber gerichtete, schon gar keine usurpierte Macht, sondern Hausgut der 3. Gewalt und Konstruktionselement der Teilung der Gewalten.

Da eine Norm in einer sich ständig verändernden Welt nicht versteinert stehen kann, muss sich ihr Regelungsgehalt permanent wandeln. So verwenden etwa die Polizeigesetze seit über einem Jahrhundert unverändert den zentralen Begriff der "öffentlichen Ordnung". Seinerzeit galt öffentliches Rauchen als höchst ordnungswidrig, während es durchaus in Ordnung war, dass der Bürger seinen Müll auf die Straße kippte. Nachdem sich die Auslegung insoweit in ihr Gegenteil verkehrt hatte, schlägt das Pendel möglicherweise ja wieder zurück.

Wer anders als der Richter soll von Verfassungs wegen berufen sein, 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. "Die Verfassung will beides zugleich: den gesetzesehorsamen Richter als Instrument der Volksherrschaft und das eigenständig denkende Korrektiv, um freiheits- und strukturgefährdenden Entwicklungen entgegenzutreten" (*Di Fabio*). Deshalb ist der Rechtsstaat sowohl Richterstaat als Gesetzesstaat.

Dritte These:

Der Richterstaat ist die Konkretisierung des Rechtsstaats.

6. Des Nachdenkens wert ist, warum nicht der Gesetzgeber, also derjenige, dem die Gerichte angeblich den Gehorsam verweigern, den sie angeblich als legitimen Herrn der Rechtsordnung entthronen, um sich an seine Stelle zu setzen, gegen die behauptete "Machtergreifung" der dritten Gewalt und den darin liegenden "Verfassungsbruch" protestiert oder Gegenmaßnahmen ergreift. Vielleicht deshalb, weil Gesetzgebung und Rechtsprechung einvernehmlich in einer Symbiose zur institutionellen Garantie des Rechtsstaates leben, deren Binnenverhältnis nicht statisch abgegrenzt ist, sondern sich jeweils veränderten Situationen anzupassen hat?

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 nachziehen kann, in bestimmten Fällen auch nicht soll. Es fällt leicht, einen Gesetzgeber zu kritisieren, der, dem "Normenhunger einer modernen Industriegesellschaft" ausgesetzt, in politischen Koalitions- und Systemzwängen (politische) Kompromisse finden muss für komplexe gesellschaftliche Regelungsbedürfnisse, die sich häufig im Fluss befinden. Dies entschuldigt natürlich nicht eine Praxis, in der der Entwurf eines "Rindfleischticketierungsüberwachungsaufgabenübertragungsgesetzes" vorgelegt wird oder das Bonmot berechtigt erscheint (*Baron Rothschild*): "Unkenntnis der Steuergesetze befreit nicht von der Pflicht, Steuern zu zahlen – Kenntnis sehr wohl." Unsere Gesetzgebungskultur ist in der Tat mitunter notleidend – die Stichworte Überregulierung und unzulängliche Folgenabschätzung mögen genügen.

Richtig ist aber auch, dass jede Norm ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen steht, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Je schneller und je komplexer sich die Verhältnisse ändern, desto größer ist die Notwendigkeit richterrechtlicher Normanpassung. Der heutige Gesetzgeber lässt – gewollt oder gezwungen – der Ausfüllung, Anpassung und Fortbildung seiner Gesetze durch Richter, an deren fachlicher Kompetenz, persönlicher Unabhängigkeit und rechtsstaatlicher Gesinnung keinerlei grundsätzliche Zweifel erlaubt sind, mehr

Raum. Richterrecht ist das unserem Rechtsstaat system-immanente Korrelat der gewandelten Gesetzgebungskultur. Dies fand die Zustimmung des Bundesverfassungsgerichts. Es hat alle wesentlichen theoretischen und praktischen Weichenstellungen der richterlichen Auslegung und Fortbildung des Rechts (bis hin zur "schöpferischen Rechtsfindung" durch Richter) gebilligt. Mit dem "Schmerz der Grenze" zwischen der dem Richter gestatteten schöpferischen Rechtsfindung und der ihm untersagten Rechtsschöpfung müssen die Richter und die Gesellschaft leben.

Im Übrigen lässt das Richterrecht das Primat des Gesetzgebers natürlich völlig unberührt. Diesem bleibt es unbenommen, jeder Auslegung und Fortbildung des Rechts durch die Gerichte die Grundlage zu entziehen durch Änderung des Gesetzes. Der berühmte Federstrich des Gesetzgebers, der ganze juristische Bibliotheken und Urteilssammlungen zu Makulatur werden lässt, ist Ausdruck des Primats des Gesetzgebers über das Richterrecht.

In der Rechtswirklichkeit dient Richterrecht oft geradezu als Rechtfertigung für die Berufung auf einen Wegfall des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs (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 Belege in Hülle und Fülle, dass der Gesetzgeber gerade bei schwierigen und politisch umstrittenen Fragen – oft aus nachvollziehbaren Gründen – darauf setzt, dass letztendlich Gerichte Klarheit schaffen und u.U. auch rechtlich grenzwertigen politischen Kompromissen bei der Gesetzgebung einen rechtsstaatlichen Inhalt bei der Anwendung geben. So verlautete etwa aus dem Bundesjustizministerium auf die Kritik führender Arbeitsrechtler hin, dass der in letzter Minute gefundene Kompromiss zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz nicht mit den durch das Gesetz umzusetzende EG-Richtlinien vereinbar sei: "Im Zweifel müssen die Richter die Bestimmungen europarechtskonform auslegen". Zwar ist die europarechtskonforme Auslegung nationaler Normen eine allgemein verbindliche Methode, sie bei möglichen richtlinienwidrigen (!) nationalen Normen den Richtern zur Korrektur des Gesetzes zu empfehlen, weist den Richtern jedoch eine darüber hinausgehende Rolle zu.

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

Vierte These:

Richter und Gesetzgeber bilden eine Symbiose mit flexibler Aufgabenteilung.

7. Von besonderer Bedeutung für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber ist jedoch ein Aspekt, der bisher erstaunlicher Weise fast völlig dem Blickwinkel 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 (nach zitierten Erhebungen des Bundesjustizministeriums 84 % für den Zeitraum 1998 bis 2004) der deutschen Rechtsakte auf gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Dies veranlasste *Herzog* dazu, vor kurzem in der *Welt am Sonntag* von einem "Machtverfall des deutschen Gesetzgebers" zu sprechen. Diese Machtverlagerung nach Brüssel erfolgt in aller Regel mit Zustimmung der nationalen Regierungen und Parlamente.

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 nationalen 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 bzw. die Auslegungsfrage dem EuGH vorzulegen (Art. 234 Abs. 2, 3 EG). Diese Auslegung folgt gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, 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 das Ziel der getroffenen Regelung möglichst wirksam erreichen lässt. Demgegenüber scheidet die Suche nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers in der Regel schon daran, dass ein solcher nicht auffindbar ist und die Gemeinschaft (noch) kein klassisches Legislativorgan hat.

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.

Fünfte These:

Die Europäisierung der Gesetzgebung führt zur Europäisierung der Rechtsprechung und ihrer Auslegungsmethoden.

Anders ausgedrückt: Die Machtverlagerung auf die europäische Ebene bei der Normsetzung verstärkt die Rolle der Richter bei der Normauslegung.

8. In einem halbseitigen „Zwischenruf“ in der ZRP vom Mai 2005 habe ich journalistisch-salopp formuliert, das Bild des großen Methodenlehrers Philipp Heck von 1914, das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber sei das eines Dieners zum Herrn, passe nicht mehr so recht in unsere Zeit. Suche man ein aktuelles Bild, passe am ehesten das des Pianisten zum Komponisten. Der Richter interpretiere bindende

Vorgaben des Gesetzgebers, er habe Spielräume, dürfe aber das Stück nicht verfälschen. Im Übrigen passe dieses Bild auch deshalb ganz gut, weil die Medien mitunter auf den Pianisten schießen, obwohl sie eigentlich aus den Komponisten zielen müssten.

Dies hat bei zwei Professoren helle Empörung ausgelöst. *Rüthers* fürchtet, ein derartiger richterlicher Interpret stelle für den Rechtsstaat eine mindestens gleich große Gefahr dar wie der Richter im überwunden geglaubten Positivismus. Und *Möllers* sieht hierdurch gar die Grundfesten des Staates bedroht ("In einem Land, in dem der eine Richter *Horowitz* und der andere *Rubinstein* sein möchte, .. sind die Richter für die Freiheit eine Bedrohung").

Die Richter sind Diener des Volkes, in dessen Namen sie ihre Urteile verkünden. Sie dienen unserem Rechtsstaat, indem sie dem toten Buchstaben des geschriebenen Gesetzes Leben in der Rechtswirklichkeit geben; sie verhelfen dem Sollen und Sein. Was kann sich der Gesetzgeber, sei es der nationale oder der europäische, besseres wünschen, als dass seine Gesetze von Richtern mit der Kunstfertigkeit interpretiert werden, mit der *Horowitz* und *Rubinstein* Chopin interpretiert haben? Schon Savigny bezeichnet die richterliche Rechtsfindung als Kunst im wahren Sinn des Wortes, nicht als Handwerk. Und passt nicht die Beschreibung der Eigenschaften eines guten Pianisten von *Horowitz* auch ganz gut für einen guten Richter: "Klavierspiel besteht aus Vernunft, Herz und technischen Mitteln. Alles sollte gleichermaßen entwickelt sein. Ohne Vernunft sind Sie ein Fiasko, ohne Technik ein Amateur, ohne Herz eine Maschine."?