

1. Demokratische Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes

Verfassungsrechtliche Vorschriften vermitteln wie alle Rechtsvorschriften ihren Inhalt mit Hilfe der Sprache. Diese sprachliche Form der Rechtsvorschrift kann nicht ersetzt werden durch irgendwelche Zeichen oder durch Begriffe der formalen Logik. Die Sprache jedoch ist „kein statisches, zu irgendeinem Zeitpunkt vermeßbares Phänomen, sondern in ständiger Bewegung begriffen, und eben aufgrund derjenigen Eigenschaften, die ihre Entwicklungsfähigkeit und Veränderlichkeit garantieren, d. h. aufgrund ihrer sogenannten ‚Offenheit‘, widersetzt sie sich jedem Versuch einer abschließenden Feststellung ihres Gehalts zu irgendeinem Zeitpunkt“.¹

Rechtstexte bedürfen deshalb der Auslegung – der Interpretation. Deshalb ergeben sich bei der Auslegung von Rechtsvorschriften Probleme, die vergleichbar sind mit denen, die sich beim Auslegen und Verstehen von anderen Texten, z. B. denen der Dichtung oder der Religion, stellen. Es ist also die Frage, ob die Forderung, der Rechtsanwender, insbesondere der Richter, solle nur dem Gesetz unterworfen sein, überhaupt erfüllbar ist angesichts der „Offenheit“, die das Gesetz aufgrund seiner Sprachform hat.

Begriffe, die in einer Rechtsvorschrift verwandt werden, sind zunächst entsprechend dem Sprachgebrauch auszulegen, der in der Rechts- und Sprachgemeinschaft, innerhalb derer diese Begriffe gebraucht werden, vorherrscht.

Begriffe können jedoch mehrdeutig sein. Der Sprachgebrauch allein kann dann zu keinem eindeutigen Ergebnis führen. Aus dem Zusammenhang, in dem ein Begriff gebraucht wird, läßt sich bei mehrdeutigen Begriffen in der Regel schließen, was derjenige, der diesen Begriff ge-

¹ G. Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, Freiburg/München 1981, S. 119.

braucht hat, also z. B. der Gesetzgeber, gemeint hat. Mit den Worten „grauer Star“ kann ein Vogel gemeint sein, aber auch eine Augenkrankheit. Wird dieser Begriff in einem Tierschutzgesetz verwandt, so bedarf es keiner großen Auslegungskünste, um zu dem Ergebnis zu kommen, daß der Vogel geschützt werden soll. Werden andererseits Vergütungssätze über Star-Operationen festgelegt, so dürfte klar sein, daß es sich hier nicht um tierärztliche Vergütungssätze handelt.

Die eigentlichen Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß Begriffe unbestimmt – vage – sind. Diese Unbestimmtheit kann von Anfang an gegeben sein. Sie kann aber auch erst durch die weitere tatsächliche Entwicklung entstehen. Letzteres war z. B. der Fall, als nach der Erfindung und Verwendung der elektrischen Energie zu entscheiden war, ob die Energie eine Sache sei oder nicht. Gemäß dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 war der Tatbestand des Diebstahl nur gegeben, wenn eine fremde, bewegliche Sache weggenommen wurde. Konnte der widerrechtliche Entzug von elektrischer Energie als Diebstahl bestraft werden? Dies hing also davon ab, ob Elektrizität als eine Sache im Sinne des Strafgesetzbuches anzusehen war oder nicht. Das Reichsgericht hat dies verneint und deshalb nicht wegen Diebstahls verurteilt. Der Gesetzgeber ist dann tätig geworden und hat einen eigenen Straftatbestand der Entwendung elektrischer Energie geschaffen.

Aber nicht erst durch das Eintreten späterer tatsächlicher Ereignisse kann ein Begriff Unbestimmtheit erlangen. Es läßt sich auch bei sehr sorgfältiger Gesetzgebungsarbeit nicht vermeiden, daß die Begriffe, die in den Rechtsvorschriften verwandt werden, ein gewisses Maß an Unbestimmtheit besitzen. Diese Unbestimmtheit erfaßt nicht den Begriff insgesamt, sondern gleichsam seine Ränder. Man spricht deshalb auch von einem Begriffskern und einem Begriffshof. Der Begriffskern umfaßt also die klaren und eindeutigen, unzweifelhaften Bedeutungsinhalte; der Begriffshof umschreibt jenen Bereich der Unbestimmtheit und Vagheit. Auch dies soll an einem Beispiel erläutert werden. Die Vorschrift: „Wer einen anderen Menschen tötet, wird bestraft“, scheint auf den ersten Blick keine großen Auslegungsprobleme hervorzurufen. Was „ein Mensch“ ist, kann im Regelfall nicht zweifelhaft sein. Wann aber beginnt das Mensch-Sein? Dies festzustellen ist z. B. wichtig, um den Totschlag von der Abtreibung zu unterscheiden. Der werdende Mensch ist Leibesfrucht, und die Tötung der Leibesfrucht kann als

Abtreibung bestraft werden. Bedarf es also der Vollendung der Geburt, um eine Tötungshandlung als Kindestötung und nicht mehr als Abtreibung zu bestimmen? Oder genügt das Einsetzen der Wehen? Oder das Austreten der Leibesfrucht aus dem Mutterleib? Der Bundesgerichtshof wertete die Tat eines Mannes, der seine schwangere Ehefrau zum Zeitpunkt der Eröffnungswehen einen Steilhang hinabgestoßen hatte, als zweifachen Mord und nicht als Mord in Tateinheit mit Abtreibung. Nach dieser Auslegung beginnt also das Mensch-Sein im Sinne des Straftatbestandes der Tötung spätestens mit dem Einsetzen der Wehen.

Im Verfassungsrecht wird weniger mit dem Bild des Begriffskerns und Begriffshofs als mit dem des „Rahmens“ gearbeitet. Hans Kelsen hat zuerst dieses Bild gebraucht, um zu verdeutlichen, daß innerhalb eines bestimmten festen Rahmens, der durch den Begriff gebildet wird, mehrere Möglichkeiten der Auslegung bestehen. Mit der Verwendung solcher Bilder ist das Problem selbstverständlich nicht gelöst. Die entscheidende Frage bleibt immer, wo die Grenze zwischen dem festen Begriffskern und dem vagen Rand des Begriffshofs liegt. Außerdem ist zu fragen, wie der Rahmen zu bestimmen ist, jenseits dessen wissenschaftliche Auslegung unzulässig ist und innerhalb dessen mehrere Auslegungsvarianten möglich sind. Sinnvoll wäre, den Wortlaut einer Rechtsvorschrift als den unverrückbaren Rahmen anzusehen, innerhalb dessen sich dann die eigentliche Auslegungsproblematik entfaltet. Eine Auslegung gegen den Wortlaut ist deshalb unzulässig.

Für den Fall, daß weder Wortlaut noch systematischer Zusammenhang geeignet sind, die Unbestimmtheit des Begriffes so zu verringern, daß die Anwendung der Rechtsnorm möglich ist, gibt es eine Vielzahl von Methoden, mit deren Hilfe die Unbestimmtheit von Begriffen verringert und tendenziell beseitigt werden soll. Diese Methoden können in eine subjektive und in objektive Methoden unterschieden werden. Der Sprachgebrauch ist verwirrend und wenig glücklich. „Subjektiv“ und „objektiv“ werden in diesem Zusammenhang anders gebraucht als in der Alltagssprache. „Subjektiv“ meint nämlich nicht die subjektive Meinung und das subjektive Dafürhalten desjenigen, der die Rechtsvorschrift auslegt. Andererseits sind die objektiven Methoden nicht deshalb „objektiv“, weil sie objektive Richtigkeit und Wahrheit der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis verbürgen. Den Anspruch auf „objektive Richtigkeit“ erheben beide Methoden gleichermaßen. Eher sind die

objektiven Methoden als „subjektiv“ zu bezeichnen, weil sie dem Auslegenden einen größeren Entscheidungsrahmen zur Verfügung stellen als die subjektive Methode.

Die subjektive Methode der Rechtsauslegung

Die subjektive Methode, die auch die historische Methode genannt wird, stellt auf das Subjekt, den Urheber ab, von dem die Rechtsvorschrift, das Gesetz, erlassen wurde. Es ist also der historische Gesetzgeber, dessen Wille erforscht werden soll. Die objektiven Methoden gehen demgegenüber vom Objekt, dem Gesetz selbst aus. Das tut allerdings die subjektiv-historische Methode auch. Ausgangspunkt für jede Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes. Nur das, was der Gesetzgeber auch wirklich als Gesetz verkündet hat, kann Gegenstand der Auslegung sein. Was der Gesetzgeber lediglich gewollt, gedacht oder erwogen hat, bleibt unbeachtet, wenn es nicht seinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Wenn aber dieser Wille des Gesetzgebers im Gesetz selbst nicht seinen klaren und eindeutigen Ausdruck gefunden hat, wenn also Auslegungsprobleme entstehen, dann wird derjenige, der die subjektive Auslegungsmethode anwendet, durch die Heranziehung der Gesetzesmaterialien den wirklichen Willen des Gesetzgebers näher zu bestimmen versuchen. Auslegen heißt also für die subjektive Methode, den Sinn, den ein Autor in den Text hineingelegt hat, zu entfalten.

In einer repräsentativen Demokratie ist der Wille des Gesetzgebers jedoch immer Mehrheitswille. Es läßt sich sehr häufig nicht feststellen, was die einzelnen Abgeordneten für Vorstellungen und Ziele mit ihrer Zustimmung zu einem Gesetzentwurf verbunden haben. Oft stimmen sie Gesetzen zu, die sie kaum oder gar nicht kennen. Kann es andererseits zulässig sein, bereits die Referentenentwürfe, die gesamten Vorarbeiten, die dem Erlaß eines Gesetzes vorausgehen, einschließlich der Beteiligung der Verbände usw. heranzuziehen? Muß es nicht ausschließlich auf den Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ankommen? Die subjektive Methode hat sich mit dem Problem auseinandersetzen, daß in der Demokratie ein einzelnes, willens- und handlungsfähiges Subjekt, wie es z. B. der Monarch früher dargestellt hat,

nicht vorhanden ist. Die subjektive Methode wird deshalb nur auf das eingehen können, was der zum Erlaß der Rechtsvorschrift berufene Gesetzgeber tatsächlich, z. B. bei den Verhandlungen im Bundestag, geäußert hat oder was in der amtlichen Begründung enthalten ist.

Der Wille des Gesetzgebers ist auch nicht lediglich psychologisch zu verstehen. Diejenigen, die an dem Gesetzgebungsprozeß beteiligt sind, vertreten bestimmte politische Interessen. Die Feststellung dieser Interessen, so wie sie im Gesetzgebungsprozeß geäußert wurden und dann im Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben, ist ebenfalls geeignet, den politischen Willen, den der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollte, näher zu bestimmen. Unklarheiten, die dennoch bleiben, müssen nach der Regel entschieden werden, daß der Gesetzgeber alles darf, was ihm nicht von Verfassungen wegen verboten ist.

Objektive Methoden der Rechtsauslegung

Die objektive Theorie, von der in der Literatur oft die Rede ist, gibt es als solche nicht. Es ist lediglich eine Vielzahl von Auslegungsmethoden vorhanden, die im wesentlichen ihre Einheit durch die Ablehnung der subjektiv-historischen Methode erhalten. Ausgangspunkt aller objektiven Auslegungsmethoden ist das Gesetz, nicht der Wille des Gesetzgebers. Im Wortlaut allerdings ist der Wille des Gesetzgebers enthalten. Wenn dieser Sachverhalt von den Vertretern der objektiven Theorie angemessen betrachtet würde, wäre der Unterschied zur subjektiven Theorie nicht derart groß, wie er in Wirklichkeit ist. Für die objektiven Theorien ist jedoch der Wortlaut nicht der feste Ausgangspunkt und der Rahmen, innerhalb dessen Unbestimmtheit verringert oder beseitigt werden soll. Vielmehr wird die Unbestimmtheit des Wortlauts erweitert und verstärkt. Gelegentlich wird der Wortlaut sogar beiseite geschoben, und es wird unabhängig von ihm oder sogar gegen ihn das Recht „ausgelegt“. Auslegung des Rechts und die sogenannte „Rechtsfortbildung“ fließen ineinander über. Richterrecht ersetzt oder verdrängt Gesetzesrecht. Der Begriff Rechtsfortbildung ist jedoch bedenklich, weil die Rechtsneubildung als Ergebnis von Auslegung und Anwendung des Rechts dargestellt wird. Es wird so getan, *als ob* Rechtsanwendung vorläge, wo

in Wirklichkeit eine Tätigkeit vorgenommen wird, die als Gesetzgebung anderen Organen als der Rechtsprechung obliegt.

Der Begriff Rechtsfortbildung erweckt außerdem die Vorstellung, *als ob* diese Art der Rechtsbildung und Rechtserzeugung stets ein „Fortschritt“ sei. Jede Rechtsneu- und Rechtsweiterbildung ist aber eine politische Handlung. Als solche ist sie stets interessenbestimmt und umstritten. Was der einen Gruppe der Gesellschaft als Rechtsfortschritt erscheint, kann für eine andere einen erheblichen Rechtsrückschritt darstellen.

Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hat der Richter die Befugnis zur „schöpferischen Rechtsfindung“.² Auch in diesem Begriff wird Unvereinbares zusammengedacht. Es ist zwar richtig, daß jede Rechtsanwendung zugleich ein Element der Rechtsschöpfung und der Rechtsneubildung enthält. Dies deshalb, weil im Prozeß der Rechtsanwendung Mehrdeutigkeit und Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe durch eine richterliche Handlung zu Bestimmtheit umgewandelt werden. Diese Umwandlung enthält ein Stück Rechtsschöpfung. Gleichviel muß Rechtserkenntnis und Rechtsbildung klar voneinander unterschieden werden, auch wenn richterliches Handeln beide Elemente enthält.

Rechtsstaatlich und demokratietheoretisch jedoch höchst bedenklich ist, wenn die Rechtserkenntnis selbst bereits eine *schöpferische* „Tätigkeit“ darstellen soll. Das Bundesverfassungsgericht hält den Richter – und damit selbstverständlich auch den Verfassungsrichter – nicht für allein an das Gesetz gebunden. Aus der Formulierung, die Rechtsprechung sei „an das Gesetz gebunden“,³ schließt das Bundesverfassungsgericht unter Vernachlässigung der Bestimmung des Art. 97, wonach die Richter „nur dem Gesetz unterworfen“ sind: „Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzge-

² BVerfGE 34, S. 269 ff., S. 287.

³ Art. 20 Abs. 3 GG.

berische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden“.⁴ Hier ist klar ausgesprochen worden, daß auch der mögliche Wortlaut keine Grenze der Auslegung mehr darstellt. Damit ist die Bindung des Richters an das Gesetz aufgehoben worden. Wertvorstellungen, die „in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht zum Ausdruck gelangt sind“, können in „einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen“,⁵ ans Licht gebracht und in Entscheidungen realisiert werden. Wertvorstellungen, die in den Texten selbst nicht zum Ausdruck gekommen sind, sind ganz offensichtlich die Wertvorstellungen des Richters und nichts anderes. Er soll sich also an die Stelle des Gesetzgebers setzen dürfen und Eigenbewertung betreiben, anstatt sich an die Wertungen des Gesetzgebers zu halten.

Karl Engisch hat die objektive Theorie folgendermaßen gekennzeichnet: „Mit dem Akt der Gesetzgebung, so sagen die Objektivisten, löst sich das Gesetz von seinem Urheber los und wird in ein objektives Dasein erhoben“.⁶ Der dem Gesetz einverleibte Sinn könne auch reicher sein als alles das, was sich die Gesetzesverfasser bei der Arbeit gedacht hätten. „Das Gesetz selbst und sein innerer Gehalt ist auch nicht statisch wie alles historisch Vergangene (,ewig still steht die Vergangenheit‘), sondern lebendig und wandelbar und daher anpassungsfähig“.⁷ Auch der „Fluß des Lebens“ reiße das Recht mit sich fort. „Neue technische, wirtschaftliche, soziale, politische, kulturelle, moralische Phänomene heischen rechtliche Beurteilung anhand der vorhandenen Rechtssätze. Indem das Recht gezwungen wird, sich auf Erscheinungen und Situationen einzustellen, die der historische Gesetzgeber gar nicht kennen und bedenken konnte, wächst es über diesen hinaus“.⁸ In den objektiven Theorien wird also das Recht und das Gesetz als etwas für sich seiendes angesehen. Es wird einem lebendigen Organismus verglichen, der sich wandelt und sich unter den Einflüssen der Außenwelt fortentwickelt.

4 BVerfGE 34, S. 269 ff., S. 287.

5 Ebenda.

6 K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 7. Aufl., Stuttgart u. a. 1977, S. 89.

7 K. Engisch, ebenda, S. 90.

8 K. Engisch, ebenda.

Das Gesetz selbst, einmal ausformuliert, ausgefertigt und im Gesetzblatt verkündet, ist etwas sehr Unwandelbares und Statisches. Verändert kann es nur auf zwei Weisen werden: entweder durch eine Änderung des dazu demokratisch berufenen Gesetzgebers oder durch die Ausleger und Anwender des Rechtes. Es ist stets „der Herren eigener Geist“, also der Geist derjenigen, die das Recht verbindlich auslegen können, die zu jenen Veränderungen des Rechtes führen, die als schöpferische Rechtsfindung, Rechtsfortbildung oder als „stiller Verfassungswandel“ bezeichnet werden.

Das Recht muß sich wandeln, wenn die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und technischen Bedingungen sich wandeln. Die Frage ist, wie, von wem und in welchem Interesse das Recht geändert wird. Auf Änderungen der gesellschaftlichen und technischen Wirklichkeit kann auf sehr verschiedene Weise reagiert werden. Durch staatliche und rechtliche Maßnahmen und Vorschriften kann z. B. der Weg für eine atomare Energiegewinnung gewiesen und gefördert oder auch behindert und verboten werden.

Die Behauptung, das Gesetz könne klüger sein als der Gesetzgeber, ist schlicht Unsinn und Mystizismus. Klüger können sich allenfalls die Ausleger des Gesetzes vorkommen. Sie geben ihre eigenen politischen Einsichten, Wünsche und Ziele dann als den „Willen des Gesetzes“ aus. Das Gesetz ist das Gesetz; die Rechtsvorschrift ist die Rechtsvorschrift. Einen Willen kann das Gesetz nicht haben und eine Wandlungsfähigkeit auch nicht. Das Gesetz kann nichts anderes sein als der ausgedrückte Wille des Gesetzgebers. Seine Änderung kann nur durch den Gesetzgeber erfolgen. Hinter der Behauptung, das Gesetz sei klüger als der Gesetzgeber, „verbirgt sich in Wirklichkeit der Anspruch, daß der Rechtsinterpret – der das, was er für Klugheit hält, in das Gesetz hineinliest, um es dann wieder herauslesen zu können – klüger sei als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber“.⁹

Haben die objektiven Theorien sich erst einmal die Freiheit verschafft, unabhängig vom Willen des Gesetzgebers – unter Umständen auch unabhängig vom Wortlaut des Gesetzes – das Recht fortzubilden, umzubilden und neuzubilden, ist die Grenze zwischen Auslegung und politischem, gesetzgeberischem Handeln verschoben worden. Die Fest-

9 P. Römer, Kleine Bitte um ein wenig Positivismus. Thesen zur neueren Methodendiskussion, im Band 2 der vorliegenden Beiträge.

legung dieser Grenze selbst ist wiederum den rechtsauslegenden und –anwendenden Organen überlassen.

Notwendiges Ergebnis einer solchen Methode der Rechtsanwendung ist, daß auch bei dem weiteren methodischen Vorgehen Unbestimmtheit und Beliebigkeit herrschen muß. Die objektiven Theorien arbeiten denn auch mit den verschiedensten Auslegungsgrundsätzen. Erinnert sei an den Grundsatz der „streitbaren Demokratie“ oder der „materiellen Rechtsstaatlichkeit“. Es wird ferner nach den Zwecken und Interessen, die mit der gesetzgeberischen, gesetzlichen Regelung verfolgt werden sollen, gefragt. Wertgesichtspunkte werden in den Auslegungsprozeß eingeführt. Institute des gesellschaftlichen Lebens, die „Natur der Sache“ oder „sachlogische Strukturen“ werden herangezogen. All diese vielfältigen Überlegungen und Auslegungsschritte stellen weniger wissenschaftliche Verfahren dar als vielmehr Gesichtspunkte, mit denen nachträglich das gewünschte Ergebnis begründet und übereinstimmungsfähig gemacht werden soll. Es gibt keine Interpretations- oder Methodenlehre mehr, „die diesen Namen verdient. Für jedes rechtspolitisch gewünschte Ergebnis findet sich nachträglich leicht die methodische Begründung, aber für jede anderslautende Entscheidung ebenfalls. Die Flut der ‚Auslegungslehren‘ stellt eigentlich nur noch ein Potential für nachträgliche Reflexionen über erfolgte Entscheidungen dar“.¹⁰

Für die Verwirklichung des demokratischen Rechtsstaates ist von besonderer Bedeutung, ob und in welchem Maß einer Rechts- und Verfassungswirklichkeit, die den Rechts- und Verfassungsvorschriften widerspricht, Bedeutung bei der „schöpferischen“ richterlichen Rechtsbildung zukommen soll. Jede Rechtsvorschrift enthält eine Aussage darüber, daß bestimmte Handlungen vorgenommen oder unterlassen werden sollen. Entsprechen die Handlungen nicht dem Recht, so sind sie zu unterlassen und mit den Mitteln, die das Recht zur Verfügung stellt, ist ein vorschriftengemäßes Verhalten zu erzwingen. Gerhard Leibholz, ein einflußreicher Verfassungsrichter und Staatsrechtslehrer, fordert demgegenüber: „Die Aufgabe eines Verfassungsjuristen muß es sein, das Normensystem und die Verfassungswirklichkeit im Bereiche

10 H. Wagner, Marxistische Rechtstheorie in ihrer aktuellen Bedeutung, in: *Marxistische Studien. Jahrbuch des IMSF* 7/1984, S. 347 ff., S. 351.

der Verfassung einander so zuzuordnen, daß die zwischen Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit bestehende, dialektische Spannung in concreto so weit wie möglich durch eine schöpferische Auslegung der Verfassung aufgehoben wird, ohne daß man zugleich die politische Wirklichkeit zugunsten der Norm und die Norm zugunsten der politischen Wirklichkeit vergewaltigt¹¹. Solche Sätze, die nur klar aussprechen, was herrschende Lehre und Rechtsprechung tun, sind die Bankrotterklärung des demokratischen Verfassungsstaates.

Die tatsächlichen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse, also die Rechts- und Verfassungswirklichkeit, können niemals zugunsten der Norm „vergewaltigt“ werden, wenn verlangt und durchgesetzt wird, daß diese Wirklichkeit rechts- und verfassungsgemäß auszugestalten ist. Zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, zwischen Verfassungsmäßigkeit und Verfassungsrechtswidrigkeit kann keinerlei Spannung bestehen. Diese Spannung kann auch nicht durch „schöpferische Auslegung“ ausgeglichen und manipuliert werden. Der Gegensatz zwischen Recht und Unrecht, zwischen rechtmäßig und rechtswidrig kann nur aufgehoben werden. Im Rechtsstaat kann diese Aufhebung nur bedeuten, daß die Norm sich durchsetzen soll gegenüber einer normwidrigen Wirklichkeit. Jede andere Art der „Zuordnung“ von Norm und Wirklichkeit löst das Recht selbst auf. Sollte sich aus politischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen die Notwendigkeit ergeben, die Rechtsvorschriften so auszugestalten, daß die Rechtswirklichkeit nicht in Widerspruch zu ihnen gerät, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers, im demokratischen Gesetzgebungsverfahren die Rechtsvorschriften entsprechend zu ändern.

Innerhalb des heute herrschenden Methodenchaos kann die subjektiv-historische Methode den Anspruch auf wissenschaftliche Klarheit, Überprüfbarkeit und Richtigkeit erheben. Gleichförmig der Entscheidung und damit Rechtssicherheit können die objektiven Methoden mit ihren immer beliebiger werdenden Verhältnismäßigkeitserwägungen, die nur auf den jeweiligen Einzelfall abstellen, nicht bewirken.

Mit der Feststellung der Richtigkeit einer Methode ist über ihre politische Funktion noch nichts ausgesagt. Die objektiven Methoden wur-

11 G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl., Karlsruhe 1967, S. 277 ff., S. 281.

den und werden vielfach als die Methoden angesehen, die der Demokratie gemäß sind und dem Fortschritt der Gesellschaft dienen. Diese Meinung ist so verbreitet, daß K. Engisch zur Verteidigung der subjektiv-historischen Methode vorbringt, man dürfe sich die Sache nicht zu leicht machen „und ohne weiteres behaupten, daß für jedes parlamentarische und demokratische Verfassungssystem die objektive Auslegungsmethode die einzig mögliche sei. Mir will scheinen, daß man dann die willensmäßige, politisch-dezisionistische Bedeutung der Gesetzgebung *auch* in der Demokratie zu gering achtet und den anderen Gewalten im Staate, die in gewissem Sinne dem Willen des Gesetzgebers und seine das Staatsganze zusammenhaltenden Direktiven folgen sollten, zuviel Eigenständigkeit einräumt“.¹²

Ein anderer Autor stellt die „ganz vorläufige Hypothese“ auf, daß „ein skeptisch-pessimistisch-konservativ Gestimmter wohl eher zur subjektiv-historischen Auslegung, Naturrechtler und Quasi-Naturrechtler aber auch ‚progressiv‘ Gestimmte eher zum Objektivismus tendieren“.¹³

Innerhalb der linken Reform- und Studentenbewegung war ursprünglich durchaus die Meinung vorherrschend, es gelte, dem Rechtsanwender eine größere Freiheit gegenüber dem Gesetz zu verschaffen. Diese Forderung ging bis zum Ruf nach dem „politischen Richter“ als fortschrittlichem Gegenangriff zum „devoten Gesetzespriester“. Dieser wurde mit der Kritik an der überkommenen Auffassung des Verhältnisses von Gesetz und Gesetzesanwendung begründet. Es wurde zutreffend erkannt, daß die Vorstellung unrichtig sei, der Richter sei gleichsam ein Automat, in den oben das Gesetz hineingesteckt werde, das dann als fertiges Urteil unten herauskomme. Die konkrete Analyse der Rechtsprechung und die Ergebnisse der Richterpsychologie und der Richtersozioologie bestätigen, daß die Urteilstätigkeit nicht unbeeinflußt von sozialer Herkunft und beruflicher Ausbildung der Richter ist.

Vorverständnis und häufig genug auch Vorurteil bestimmen ebenfalls die Anwendung des Rechtes. Die Lust am Entlarven der unrichtigen Behauptung, Rechtsanwendung könne gänzlich wertfrei, objektiv

¹² K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 7. Aufl., Stuttgart u. a. 1977, S. 95.

¹³ F. Loos, Bemerkungen zur „historischen Auslegung“, in: Chr. Broda u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied/Darmstadt 1985, S. 123 ff., S. 131.

und rein wissenschaftlich in der Form begrifflich-logischen Schließens vorgenommen werden, führte gelegentlich dazu, die Möglichkeiten einer Bindung des Richters an das Gesetz zu gering zu achten. Kritische Theorie sollte unmittelbar zur kritischen Justiz werden. Dabei wurde verkannt, daß die Kritik am Gesetz einmünden muß in eine Kritik am Gesetzgeber und in eine politische Praxis, die bessere Gesetze fordert und durchsetzt. Kritik an der Justiz darf nicht nur darin bestehen, ihr vorzuhalten, sie sei nicht so strikt an das Gesetz gebunden, wie sie vorgebe; Kritik besteht vielmehr auch darin, von der Justiz zu fordern, sich im Rahmen des Möglichen tatsächlich und nicht nur dem Scheine nach dem Gesetz zu unterwerfen. Nicht der politische, sondern der gesetzestreue Richter ist das demokratische Ideal.

Gegen die subjektiv-historische Methode wurden auch Erfahrungen aus der nationalsozialistischen Zeit geltend gemacht. Die Bindung des Richters an das Gesetz habe diesen gegenüber dem nationalsozialistischen Gesetz wehrlos gemacht, so wurde jedenfalls behauptet. Es wurde jedoch nicht beachtet, daß es gerade die „unbegrenzte Auslegung“ der Gerichte und der Verwaltungsbehörden war, die das nicht-nationalsozialistische Recht den Inhalten und Zielen des Nationalsozialismus angepaßt hatte.

Mit der Abkehr von der subjektiv-historischen Methode, die als einzige Gesetzesbindung garantiert, verband sich offenbar bei manchen Linken die Hoffnung, damit fortschrittliche Rechtspolitik ermöglichen zu können. Es stellt sich allerdings das Problem: „Wenn es nicht gelingt, die Interessen der lohnabhängig Arbeitenden im Gesetz festzuschreiben, ist es dann nicht illusionär zu glauben, sie im Wege alternativer Interpretation durchsetzen zu können, obwohl doch der Einfluß der lohnabhängig Arbeitenden auf Justiz und Verwaltung viel geringer ist als auf das Parlament?“¹⁴

Die Frage, welche Auslegungsmethode die demokratische oder die demokratischere sei, ist zu allgemein. Das Gesetz, das von einem demokratischen Gesetzgeber erlassen worden ist, wird in seinem demokratischen Gehalt aktualisiert, verfeinert und auf den Einzelfall hin anwendungsfähig gemacht, wenn nach dem Willen dieses demokratischen, historischen Gesetzgebers gefragt wird. Ebenso wird aber auch das von

14 P. Römer, Kleine Bitte um ein wenig Positivismus, im Bd. 2 der vorliegenden Beiträge.

einem diktatorischen Gesetzgeber erlassene Gesetz mit Hilfe der subjektiv-historischen Methode auf diesen diktatorischen Willen zurückbezogen. Es ist eine banale Feststellung, daß Bindung an das Gesetz sowohl Bindung an das demokratische Gesetz als auch an das diktatorische Gesetz bedeuten kann. In einer Demokratie jedoch erweist sich als Aufgabe der Rechtsprechung, „die Spielregeln der parlamentarischen Demokratie zwischen parlamentarischer Majorität und Minorität zu sichern und darüber hinaus den im Verfassungsrecht festgehaltenen Konsens zwischen Mehrheit und Minderheit zu garantieren. Für die Verfassungsgerichtsbarkeit läßt sich daraus wiederum die Richtlinie ableiten, bei der Auslegung des Verfassungsrechts den tatsächlichen Willen der an der Entstehung beteiligten Personen (Institutionen) zu erforschen (Vorrang der subjektiv-historischen Interpretation vor objektiven Interpretationsmaximen)“.¹⁵

Es ist die historische Auslegungsmethode, die „unter voller Beachtung des Verfassungstextes die Priorität genießt“, weil „damit dem demokratischen Prinzip der Volkssouveränität in der Verfassungsinterpretation die erforderliche Anerkennung“¹⁶ verschafft wird.

Die Anhänger der objektiven Auslegungsmethoden in jener Ausformung, die auf die Übereinstimmung – den Konsens – der offenen Gesellschaft der Verfassungsausleger abstellt, könnten dagegen einwenden: Gerade unter demokratischen Gesichtspunkten beruhe die Geltung des Gesetzes nicht darauf, wer es zuerst gemacht habe, sondern auf dem gegenwärtigen Willen derjenigen, die seine jetzige Geltung, sei es auch in gewandelter Form, bejahen. Auch eine Rechtsfortbildung indes, die sich nicht nur auf herrschende Lehre und Rechtsprechung, sondern auch auf die weitgehende Zustimmung innerhalb der Bevölkerung stützen kann, bleibt stets Rechtsbildung außerhalb der demokratischen Verfahrensregeln. Der Gesetzgeber und gegebenenfalls der Verfassungsgesetzgeber muß in dem in der Verfassung vorgeschriebenen Verfahren tätig werden, wenn eine Rechtsänderung und Rechtsfortbildung vorgenom-

15 T. Öhlinger, Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie, in: H. Schäfer u. a. (Hrsg.), *Im Dienst an Staat und Recht*, Festschrift für Erwin Melichar, Wien 1983, S. 125 ff., S. 147.

16 H. D. Fangmann, *Justiz gegen Demokratie. Entstehungs- und Funktionsbedingungen der Verfassungsjustiz in Deutschland*, Frankfurt a. M./New York 1979, S. 24.

men werden soll. Nimmt er keine Änderung vor, so will er das Gesetz in seiner bisherigen Form beibehalten. Es ist in einer Demokratie nicht möglich, den ursprünglichen Gesetzgeber gegen den gegenwärtigen Gesetzgeber auszuspielen. Der historische Gesetzgeber ist aufgrund der jederzeitigen Änderbarkeit des Rechts, demokratietheoretisch gesehen, auch stets der gegenwärtige.