

Wolfgang Sellert

Einführung

Die Anregung zum Thema des 18. Symposiums gab ein Einführungsvortrag, den *Dietmar Willoweit* 2015 bei der feierlichen Übergabe der Festschrift „Rechtsprechung und Justizhoheit“ an den Rechtshistoriker *Götz Landwehr* gehalten hat.¹ Dort befasste sich *Willoweit* mit dem Thema „Selbständigkeit und Abhängigkeit der Gerichtsbarkeit im Alten Reich“. Sein Beitrag zeigte nicht nur die historische Dimension des Themas, sondern auch das bis heute andauernde und nicht befriedigend gelöste Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit, Richterrecht und Rechtsfortbildung sowie Gesetzgebung, Gesetzesbindung und Gewaltenteilung.

Nach wie vor geht es zentral um die richterliche Unabhängigkeit, die zwar einerseits als Palladium der bürgerlichen Freiheit gilt, die aber andererseits stets Gefahr läuft, sich zu verselbständigen und die Grundlage für die Ausübung gesetzgeberischer Funktionen zu bilden. Die Versuche zur Lösung dieses Problems reichen je nach historisch-rechtspolitischem Umfeld von einer strikten Bindung des Richters an das Gesetz durch Auslegungsverbote² über die Gewährung weiterer richterlicher Entscheidungsspielräume, weil das Recht „nicht durch die Gesamtheit der Normen, sondern die Gesamtheit der Entscheidungen dargestellt“ wird,³ bis hin zur nationalsozialistischen Rechtsideologie, mit der die enge Bindung des Richters an das Gesetz im Kontext konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens als leerer Normativismus aufgehoben wurde. Damit waren richterliche Entscheidungen auch *contra legem* zulässig, wenn sie durch das parteipolitisch gefärbte „gesunde Volksempfinden“ geboten schienen.⁴

Grenzüberschreitungen der Gesetzesbindung durch Richterrecht dienen andererseits der Rechtsfortbildung und ermöglichen Einzelfallgerechtigkeit. Raum dazu geben die im Zivilrecht verankerten Generalklauseln. Sie sind „zu einer fast uner-

1 DIETMAR WILLOWEIT, *Rechtsprechung und Justizhoheit*, in: Volker Friedrich Drecktrah/Dietmar Willoweit (Hrsg.), *Rechtsprechung und Justizhoheit*, Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag, 2016, S. 11–19; DERS., *Rechtsprechung und Staatsverfassung*, JZ 2016, S. 429–434.

2 CLAUDIETER SCHOTT, *Auslegungsverbot*, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. I, 2. Aufl. 2008, Sp. 369–375.

3 HERMANN ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929 (Neudruck 1970), S. 29.

4 MICHAEL STOLLEIS, *Nationalsozialistisches Recht*, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. III, 2. Aufl. 2016, Sp. 1806–1824, insb. Sp. 1813, 1820.

schöpflichen Quelle gesetzeskorrigierenden (und -ergänzenden) Rechts“ geworden⁵ und daher „ein Stück offen gelassener Gesetzgebung“.⁶

Die richterliche Auslegungskompetenz ist innerhalb der allgemeinen Interpretationsregeln vor Eingriffen der staatlichen Exekutive durch den Unabhängigkeitsgrundsatz geschützt. Das gilt auch für die obersten Fachgerichte, deren rechtspolitische Grundsatzentscheidungen eine faktische Rechtsgeltung haben und daher den Parlamenten vorbehalten sein sollten.⁷ Diese Entscheidungspraxis wird gegenwärtig nicht zuletzt dadurch gefördert, dass sich der Gesetzgeber selbst entmachtet und wie beispielsweise im Arbeitsrecht regelungsbedürftige Rechtsmaterien der Judikative überlässt.

Eine Sonderstellung nimmt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ein, dessen Entscheidungen Rechtsbindungskraft und Gesetzeskraft haben, wenn das Gericht „ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt“ hat (§ 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG). Das BVerfG hat wiederholt nicht nur die Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Vorschriften festgestellt, sondern dem Gesetzgeber auch Weisungen für verfassungskonforme Regelungen erteilt sowie die Verfassung durch Ergänzungen und Interpretationen geändert. Das Verfassungsgericht beschränkt sich insoweit nicht nur auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, sondern macht sich zum „Ersatzgesetzgeber“.⁸ Verkürzt und zugespitzt könnte man die einschlägigen Probleme mit *Bernd Rütters* auf die alternative Fragestellung bringen: „Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?“⁹

Noch ungeklärt ist, welches die tiefer liegenden Gründe für die Verschiebung der Balancen zwischen Legislative und Judikative sind und welche Konsequenzen sich hieraus für die bestehende rechtsstaatliche Ordnung ergeben werden. Liegen die Ursachen in einem fundamentalen Strukturwandel der Zivilgesellschaft, ein Wandel, der durch die Europäisierung, Globalisierung sowie Internationalisierung des Rechts- und Wirtschaftswesens, durch die zunehmende Beschleunigung der Nachrichten- und Informationssysteme, durch eine rasante Digitalisierung auf fast allen Gebieten und/oder durch einen häufig überzogenen Schutz von Individualinteressen bedingt ist? Zur rechtlichen Bewältigung dieser Entwicklung ist möglicherweise der anpas-

⁵ JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2. Aufl. 2012, S. 316 f.; DERS., *Generalklausel*, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. II, 2. Aufl. 2012, Sp. 99–101.

⁶ JUSTUS WILHELM HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933, S. 58.

⁷ WILLOWEIT (Anm. 1), S. 15.

⁸ Vgl. NORBERT LAMMERT, *Produktive Spannung. Ein Gesetzgeber, der sich durch das Verfassungsgericht beschränkt sieht, wird sich womöglich zu wehren suchen – indem er die Verfassung ändert*, FAZ, 11. Mai 2017, S. 6.

⁹ BERND RÜTTERS, *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?*, JZ 2002, S. 365–371.

sungsfähige Richterspruch besser geeignet als das abstrakt-generelle Gesetz, zumal die Legislative auf die umwälzenden Veränderungen in Wirtschaft, Gesellschaft, Politik und Kultur zunehmend mit einer oft übereilten, nicht auf Dauer angelegten und zum Teil ausufernden „Eintagsgesetzgebung“ reagiert.

Diese und viele andere Problemfelder zur Unabhängigkeit des Richters, der richterlichen Macht und der Gesetzgebung werden uns auf dieser Tagung beschäftigen.