

Rechtschöpfung

VON GÖRG HAVERKATE

1. „Ein trockenes Studium“

Fast jeder Nichtjurist weiß es – und selbst mancher Jurist glaubt es: die Jurisprudenz sei ein trockenes Studium. Können Juristen „kreativ“ sein?

Wenn man einen Durchschnittsbürger fragt, was ihm zum Thema Kreativität einfallt, welche Tätigkeiten besonders kreativ seien, die Antwort würde ein buntes Bild zeigen, aber auf Juristen – nein, auf Juristen käme man nicht. Der Jurist ist dem gegebenen, dem „positiven“ Recht verpflichtet; der freie Umgang mit dem Material, das den Kreativen, den Schöpfer, den Künstler auszeichnet, das kann nicht seine Sache sein. Das Bemühen um die Kenntnis der Gesetze, um das „scire leges“, setzt weder Phantasie noch Einbildungskraft voraus. – Das wäre die Außensicht. Und die Innensicht der Juristen selbst? Ich zitiere einen Juristen, der so vorsichtig – klug war, die herrschende Idealvorstellung vom Juristen unter einem Pseudonym zu veröffentlichen. „Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen“ – so beschreibt er die Innensicht der Zunft – sei die: „Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen.“¹ Diese präzise Darstellung ist fast 100 Jahre alt, aber immer noch aktuell und treffend. Idealbilder altern eben nicht so rasch! Wenn man diese boshafte Darstellung mit ein paar Modevokabeln aufputzen würde: kritisch, gesellschaftspolitisch aufgeschlossen usw. – und solche Modevokabeln sind leicht zu applizieren, kostenlos zu beziehen und folgenlos –

¹ *Gnaeus Flavius*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1909, S. 7.

dann könnte das vielleicht heute noch als herrschende Idealvorstellung durchgehen.

Man erkennt leicht: Innensicht und Außensicht vom Juristen sind nicht weit voneinander entfernt. Der Gesetzgeber trifft die relevanten Entscheidungen, der Jurist exekutiert sie: er wendet sie an. Der Gesetzgeber ist der Schöpfer des Rechts, der Creator; ihm obliegen die Grundentscheidungen. Stehen nicht auch die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie hinter dieser Arbeitsteilung zwischen einem schöpferischen Gesetzgeber und einem dann doch eben unschöpferischen Juristenstand? Das demokratisch unmittelbar legitimierte Parlament trifft die maßgeblichen Entscheidungen. Der Gesetzesstaat schafft Rechtssicherheit. – Landläufiges Vorurteil über die Juristen, fachjuristische Binnensicht und prinzipiengeleitete Überlegungen scheinen in dieselbe Richtung zu gehen. Also kreative Juristen – Fehlanzeige?

2. Erwartungen an den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber ist der Schöpfer des Rechts. Über mangelnde Produktivität können wir uns nicht beklagen. Die Gesetzgebungsmaschine läuft und läuft und läuft. Es werden allerdings hauptsächlich Texte in der Textsorte Änderungsgesetze produziert: Änderungsgesetze zu Änderungsgesetzen zu Änderungsgesetzen. Die großen Würfe? Wir erwarten sie unverdrossen: Der Gesetzgeber solle endlich ein konsistentes Steuergesetzbuch schaffen; endlich dem Bürger sagen, wie die soziale Sicherung von morgen aussehen, wie die Rente finanziert werden soll, wenn auf einen Rentner ein Arbeitnehmer kommt. Der Gesetzgeber soll sagen, wie ein Gesundheitswesen zu finanzieren sei unter den Bedingungen beständigen und kostenträchtigen medizinischen Fortschritts, aber bei geringeren Einnahmen der Krankenkassen. Der Gesetzgeber soll endlich alle umweltrelevanten Belange in einem Umweltgesetzbuch festhalten.

Jeder von uns käme schnell auf eine lange Wunschliste, was wir von einem kreativen Gesetzgeber wünschen, ja was wirklich dringlich von ihm zu erledigen wäre. Nicht zufällig sind das Wünsche, keine Realitäten. Wo der Gesetzgeber sich tatsächlich an große Vorhaben wagt, ist das Ergebnis enttäuschend. Seit 1975 hat der Gesetzgeber kontinuierlich Teilbereiche des Sozialrechts kodifiziert, in geschlossenen Gesetzbüchern zusammengefasst. Aber es sind bloße Umbenennungen und Umstellungen bestehenden Rechts, kaum Innovationen in dieser Kodifikation zu finden. Mit einem Fanfarenstoß wurde die Krankenversicherung 1988 in das Sozialgesetzbuch eingebracht – ein Jahrhundertwerk, so schrieb man damals. Die Halbwertszeit dieser Reform betrug zwei Jahre; nach vier Jahren musste durch die sog. Strukturreform alles noch einmal grundlegend verändert werden. Jedes Jahr

kamen gesetzliche Änderungen. Im vorigen Herbst sollte die Krankenversicherungsreform 2000 verabschiedet werden: Zentralisierung, Budgetierung, Wirtschaftlichkeitskontrolle, Qualitätskontrolle – eine Fülle von freiheitsfeindlichen Regelungen wurde als Reform ausgegeben. Die Abstimmung stand unter einem Unstern: Bei der Abstimmung über den Entwurf wurde durch ein Versehen über 24 Seiten des Gesetzentwurfs vom Bundestag keinen Beschluss gefasst. Sie waren bei der Abstimmung überschlagen worden. Dennoch vertraten die Bundesregierung und die Regierungsfractionen die Ansicht, dieser kleine Fehler könne durch die Bundestagsverwaltung, ohne erneuten Parlamentsbeschluss, in der Weise repariert werden, dass man die 24 vergessenen Seiten einfach dem Gesetzesbeschluss zuschlage.² Dazu kam es dann nicht, weil der Bundesrat seine Zustimmung verweigerte. Die 24 bei der Beschlussfassung vergessenen Seiten des Gesetzentwurfs zeigen aber sehr schön, wie der Gesetzgebungsmotor „heißläuft“.

Über die endgültige Gestalt vieler – und gerade besonders umstrittener und wichtiger Gesetze wird erst im Vermittlungsausschuss des Parlaments entschieden; nicht selten zur Nachtzeit. Da werden „Pakete“ geschnürt, sachlich nicht zusammengehörige Regelungsvorschläge zusammengebunden, um mit dem politischen Gegner ins Geschäft zu kommen; es werden Kompromisse gebastelt, die zunächst in keinem vorangegangenen Referenten- oder Regierungsentwurf vorgezeichnet waren, sich dementsprechend auch nicht auf schriftlich niedergelegte Argumentationen stützen – ja vielleicht nicht einmal in den Beratungen des Parlaments angesprochen worden sind. Es werden Kürzungsvorschläge querbeet durchgesetzt, um für eine kostspielige Regelung an anderer Stelle eine „Gegenfinanzierung“ zu schaffen. So kommt es nicht selten dazu, dass der spätere Leser des Gesetzblattes ernstlich überrascht ist und große Mühe hat, eine gesetzliche Regelung in ihrem Sinngehalt auch nur annähernd zu verstehen.

3. Gesetze auf dem Prüfstand

Gesetze müssen vom Juristen nur angewandt werden? Das müssten andere Gesetze sein, als wir sie bekommen. Gesetze müssen ausgelegt werden, sie müssen bearbeitet werden. Eine Neuregelung etwa in Form eines Änderungsgesetzes muss eingearbeitet werden in einen bestehenden normativen Zusammenhang. Troja bestand aus neun Schichten – die wichtigsten unserer Gesetze weisen erheblich mehr Zeitschichten auf. Das stellt den Anwender vor die Aufgabe, die verschiedenen Textschichten zu einem Regelungswerk zu machen. Eine Neuregelung ist in ihrem Sinngehalt zu erfassen und altes Recht ist anzupassen; Bruchstellen sind zu bearbeiten. Altes Recht ist an ver-

² FAZ v. 3. 12. 1999 Nr. 282, 1 u. 7.

änderte gesellschaftliche Anschauungen, an veränderte tatsächliche Verhältnisse, an veränderte Normen anzupassen.

Wir kommen bei unbefangener Sicht nicht umhin zu sagen: in jeder Rechtsanwendung steckt ein Moment eigenverantwortlicher Rechtschöpfung des Anwenders. Die klassische juristische Methodenlehre hat dieses schöpferische Moment der Rechtsanwendung nach Kräften geleugnet. Alles sollte nach klarer Logik, bloßer Subsumtion aussehen.³ Als man nach jahrzehntelangen Theoriekämpfen nicht umhin kam, dieses Moment der Rechtsgewinnung durch Rechtsanwendung anzuerkennen, da tat man das mit einem möglichst blassen, unauffälligen Ausdruck: der Rechtsanwender „werte“ im Vorgang der Rechtsanwendung. Das ist gewiss nicht falsch, aber doch in gefährlicher Weise unvollständig, harmonisierend und beschönigend. Denn dieser Bereich eigenständiger juristischer Bewertung des vorgegebenen Rechts, juristischer Rechtsgewinnung und Rechtschöpfung ist eines der wichtigsten Schlachtfelder des Kampfes um das Recht. Wir kennen den Kampf um das Recht in der parlamentarischen Auseinandersetzung; mit der parlamentarischen Entscheidung ist dieser Kampf aber nicht zu Ende, er hat nur einen Zwischenhalt erreicht. Wenn der Gesetzgeber gesprochen hat, kommt das gesetzte Recht im Laufe seiner Anwendung auf einen rechtspolitischen Prüfstand. Es muss sich in der Anwendung bewähren, sonst wird es, jedenfalls im Laufe seiner Anwendung, modifiziert, abgeschliffen, vielleicht sogar stillgelegt.

Ein Teil dieses rechtspolitischen Prüfungsverfahrens ist formalisiert: nämlich in der Kontrolle des Gesetzesrechts anhand der Verfassung durch die Verfassungsgerichte, durch die nationalen Verfassungsgerichte und den Europäischen Gerichtshof als Europäisches Verfassungsgericht. Der Gesetzgeber hat eine Entscheidung getroffen; dann geht es darum, ob sie den Anforderungen des Verfassungsrechts, des nationalen wie des europäischen, gerecht wird.

Auch diese Verfassungskontrolle der Gesetzgebung tritt auf als bloße „Anwendung“ vorgegebenen Verfassungsrechts. Aber noch stärker als in der Anwendung des einfachen Gesetzesrechts wird bei der Anwendung der Verfassung deutlich, welch weiten gestalterischen Spielraum der Rechtsanwender genießt. Aus den oft vagen, ausfüllungsbedürftigen Sätzen der Verfassung werden weitreichende konkrete Folgerungen gezogen. Aus seit Jahrzehnten unverändert geltenden Verfassungsbestimmungen werden mit einem Mal neue Konsequenzen entwickelt, von denen man nie etwas ahnte, mit atemberaubenden Änderungen der Perspektive. Aus dem Verfassungssatz, dass das Privateigentum zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen

³ Vgl. Haverkate, Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, 1977, passim.

solle, hat das Bundesverfassungsgericht vor nicht allzu langer Zeit gefolgert, der Steuerstaat dürfe nicht mehr als 50 Pfennige von jeder verdienten Mark kassieren – der sog. Halbteilungsgrundsatz; dies ist eine wirkliche Revolution im Steuerrecht, die der fiskalischen Habgier sichere Grenzen setzen soll.⁴ Es war erstmalig das Bundesverfassungsgericht, das vor kurzem die wohlthönenden Worte über die „Förderung der Familien“, Worte, wie sie allen Parteien leicht von der Lippe gingen, beiseite schob und in klarer Weise die Besteuerung der Familien auf ihre wirkliche Leistungsfähigkeit reduzierte.⁵ Es war das Bundesverfassungsgericht, das im Bereich grundrechtsrelevanten Staatshandelns zwei Instrumente entwickelte, die unsere Rechtswirklichkeit stärker gestaltet haben als alle Impulse von Seiten des Gesetzgebers. Zum einen war es der Satz, der Gesetzgeber sei verpflichtet, die wesentlichen Entscheidungen im Grundrechtsbereich selbst zu treffen;⁶ das war ein gewaltiger Impuls zur Verrechtlichung – oder besser gesagt: zur Vergesetzlichung – vieler Bereiche (Hochschule, Schule, berufsrechtliche Regelungen, Datenschutz). Zum andern hat das Verfassungsgericht postuliert, der Gesetzesanwender müsse im Einzelfall schon genau hinschauen, wie eine abstrakt-generell formulierte Rechtsregel sich in Bezug auf eine konkret-individuell betroffene Person auswirke; generell Gesetze bedürfen danach u.U. einer Differenzierung in der Anwendung, um dem Wertgehalt der Grundrechte im Einzelfall gerecht zu werden.⁷ Dies relativiert den Geltungsanspruch des Gesetzes in vielen Fällen; das gesetzte Recht steht unter einem Richtervorbehalt – es müssen die konkreten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden.

Vergessen wir in diesem Zusammenhang nicht den Europäischen Gerichtshof. Er hat im Wege richterlicher Rechtschöpfung sogar überhaupt erst ein Prinzip „erfunden“, das ihn zum Europäischen Verfassungsgericht machte: nämlich den Satz, dass das Europäische Gemeinschaftsrecht „Vorrang“ vor allem Recht der Mitgliedstaaten habe.⁸ (Man bedenke die Reichweite des Satzes: alles Recht der Gemeinschaft – das primäre Vertragsrecht, wie das sekundäre, von den europäischen Organen gesetzte Recht – habe Vorrang vor allem nationalen Recht – einschließlich des nationalen Verfassungsrechts!) Aus der Entscheidung für einen Binnenmarkt mit freiem Warenverkehr, Dienstleistungsverkehr, Kapitalverkehr und Freizügigkeit von Arbeitnehmern und Selbständigen hat der Europäische Gerichtshof wirkliche Grundrechte der Marktbürger entwickelt, subjektive Rechte mit unmittelbarem Geltungsanspruch.⁹ Die Rechtsprechung des Europäischen Ge-

⁴ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Amtliche Sammlung BVerfGE 93, 121.

⁵ BVerfGE 99, 216.

⁶ BVerfGE 33, 1; 33, 333; 34, 165; 40, 276; 41, 254; 65, 1.

⁷ BVerfGE 7, 198.

⁸ EuGH v. 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, 1135.

⁹ Z.B. EuGH v. 8.4.1976, Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 455, 473.

richtshofs zu den Grundrechten führt immer neue Vorstöße in das bestehende Gesetzesrecht der Mitgliedstaaten. Ein Beispiel aus jüngerer Zeit: Das nationale Recht der Mitgliedstaaten beschränkt grundsätzlich die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat. Diese Beschränkungen konfliktieren mit europäischen Grundfreiheiten – der Freiheit des Warenverkehrs, der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit. Der Europäische Gerichtshof hat in zwei aufsehenerregenden Entscheidungen zu diesem Konflikt Stellung genommen:

Der luxemburgische Staatsangehörige Decker beantragte bei seiner Krankenkasse die Pauschalerstattung der Kosten für eine Brille, die ihm ein luxemburgischer Augenarzt verschrieben hatte und die Herr Decker bei einem Optiker in Belgien erworben hatte. Die Krankenkasse lehnte die Erstattung unter Hinweis auf die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften ab, da Herr Decker keine vorherige Genehmigung für den Erwerb der Brille im Ausland besaß.

Herr Kohll, ebenfalls ein luxemburgischer Staatsangehöriger, beantragte bei der zuständigen Krankenkasse seiner Tochter eine Zahnregulierung bei einem Zahnarzt in Trier und die Erstattung der für eine derartigen Behandlung in Luxemburg üblichen Kosten zu genehmigen. Eine Genehmigung für eine Behandlung im Ausland ist nach luxemburgischem Recht erforderlich, sofern es sich nicht um eine Krankheit handelt, die bereits im Ausland aufgetreten und dringend behandlungsbedürftig ist. Der Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, die Behandlung sei nicht dringend und könne auch in Luxemburg vorgenommen werden.¹⁰

Der Europäische Gerichtshof hat in beiden Fällen einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten angenommen. Das Prinzipielle dieser Entscheidungen: Es ist klargestellt, dass auch im Bereich des „Sozialen“ – hier in der gesetzlichen Krankenversicherung – die Grundfreiheiten gelten. Bislang hatte man es anders gehalten; man war wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Mitgliedstaaten ihr Sozialrecht ohne Rücksicht auf die Entscheidung für einen europäischen Binnenmarkt – abgesehen von Wanderarbeitnehmern – ausgestalten dürften. Dieser prinzipielle Gehalt der beiden Entscheidungen hat für die Zukunft des Sozialrechts in Europa eine nicht zu überschätzende Bedeutung.

In einer nahezu umstürzlerischen Weise hat der Europäische Gerichtshof – in engem Einvernehmen mit der Kommission der Gemeinschaften – die Verfassung des europäischen Binnenmarktes gestaltet. Im EG-Vertrag gibt es eine Vorschrift, wonach die Mitgliedstaaten, wenn sie Unternehmen

¹⁰ EuGH v. 28.4.1998, Rs. C-120/95 (Decker) und EuGH v. 28.4.1998, Rs C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I, 1831, 1931.

betreiben, an das Wettbewerbsrecht gebunden sind.¹¹ Aus dieser Vorschrift, die 30 Jahre lang wenig beachtet war, hat der Europäische Gerichtshof eine scharfe Waffe gegen Monopolunternehmen der öffentlichen Hand geschmiedet. So wurde das Eisenbahnwesen in Europa völlig umgestaltet, Schiene und Bahn wurden getrennt; in Deutschland wurde die Bundesbahn privatisiert. Klassische Postdienste und Telekommunikation wurden entflochten; weitflächige Privatisierungen waren die Folge. Das Postmonopol fällt. Die Gebietsmonopole der öffentlichen Energieversorgungsunternehmen sind aufgehoben; viele weitere Monopole, so im Versicherungswesen oder in der Arbeitsvermittlung, sind gefallen.¹² Eine Umgestaltung, die tief in das Alltagsleben der Bürger eingegriffen hat. Auch dies eine „Anwendung“ von Rechtssätzen von höchst gestalterischer Qualität.

Die genannten Beispiele stehen für viele, auf die ich hier nicht eingehen kann. Sie belegen: Das dichotome Schema: schöpferische Gesetzgebung versus bloße Anwendung als Nachvollzug des bereits Gedachten erklärt nur einen kleinen Teil unseres Rechtslebens. Es steckt ein Moment Wahrheit darin, aber mehr auch nicht. Die angebliche Anwendung vorgegebener Normen ist in Wahrheit viel „kreativer“ als gedacht. Der Rechtsanwender – in der Rolle des Richters, in der Rolle des Verwaltungsbeamten, in der Rolle des Anwalts – kann im Rahmen des Vorgegebenen in hohem Maße gestalterisch tätig werden. Wodurch wird er in seiner Gestaltung diszipliniert? Können Juristen alles begründen? Können sie mit „Auslegung“ zu jedem von ihnen gewünschten Ergebnis kommen? Und worin liegt die Legitimation für diese gestalterische Qualität ihrer Tätigkeit?

Erfasst man die wirkliche Reichweite des Kreativen in der Rechtsanwendung, stellt sich in sehr scharfer Frage das Legitimitätsproblem. Darin müssen wir auch den Grund dafür sehen, dass das Schema schöpferische Gesetzgebung – bloße Anwendung der Gesetze so beliebt ist: es deckt das Legitimitätsproblem zu. Die Juristen tun so, als ob – und sie tun offenbar gut daran. „Jurisprudenz ist also notwendigerweise schöpferisch, darf es aber nicht zugeben. Sie bedient sich der Fiktionen und der widersprechenden Obersätze nur, um das, was ist, vor sich und der Welt zu verschleiern. Sie arbeitet mit einer falschen Logik, weil die richtige Logik überall dort versagen würde, wo das Gesetz keine Entscheidungsnorm enthält, wo sie also vom Richter selbständig gefunden werden muss. Sie erreicht mit der falschen Logik richtige Ergebnisse, weil sie mit der richtigen Logik zu den Ergebnissen, die sie braucht, von ihren Voraussetzungen aus nicht gelangen könnte.“¹³ Aber mit diesem Verstecken der schöpferischen Qualität juristischer Tätigkeit ist es

¹¹ Art. 86 EG-Vertrag.

¹² Vgl. *Haverkate u. Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999, Rdnr. 462–482.

¹³ *Eugen Ehrlich*, Die juristische Logik, 2. Auflage 1925, Tübingen, S. 155.

nicht getan – sie liegt heute offen zutage und so kommt man um das Legitimitätsproblem nicht herum. Je mehr Gesetze produziert werden, um so mehr ist die Kreativität des rechtsanwendenden Juristen gefordert. Verschleierungen helfen hier wenig. Es gilt vielmehr den inneren Zusammenhang zwischen Gesetzesproduktion und einer sich nicht in Anwendung erschöpfenden juristischen Bearbeitung des Rechtsstoffs zu begreifen. Die „Rechtsordnung“ ist komplexer, als wir uns vorgestellt haben. Sie erschöpft sich nicht in den Loseblattausgaben der gängigen Gesetze und auch nicht in den Entscheidungssammlungen der Gerichte.

4. Die Komplexität der Rechtsordnung

Unter Recht verstehen wir die Summe der gerichtsfähigen Sätze. Dieses rechtliche Material ist – in jeder Gesellschaft – höchst komplex, heterogen und tendenziell widersprüchlich. Der Begriff der „Rechtsordnung“ zeigt an, dass dieses rechtliche Material in seiner widersprüchlichen Fülle der Bearbeitung bedarf, in eine „Ordnung“ gebracht werden muss. Es gibt schriftlich fixiertes, „positiviertes“ Recht; es gibt aber auch Recht, das sich nicht auf einen „Positivierungsakt“ zurückführen lässt, das sogenannte Gewohnheitsrecht. Es gibt Rechtsmaterial, das in der Form generell-abstrakter Regeln auftritt; es gibt aber auch Rechtsmaterial mit starkem individuell-konkreten Fallbezug, man denke an das Präjudizienrecht. Es gibt Rechtsquellen mit lokal begrenzter Reichweite; es gibt übererörtliches Recht. Im Bundesstaat kennen wir Bundesrecht und Landesrecht. In der Europäischen Union europäisches Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatliches Recht. Es gibt Rechtsätze aus staatlichen Rechtsquellen und solche aus nichtstaatlichen Rechtsquellen. Geschichtlich wirksam war in besonderer Weise das Kirchenrecht. Nichtstaatliches Recht gibt es aber auch in moderner Form, etwa in Gestalt der Geschäftsbedingungen der Unternehmen, der Banken, der Versicherungen, die für den Geschäftspartner, den Verbraucher Geltung verlangen durch die Fiktion einer Einigung mit dem Normsetzer, aber auch in der Form von Usancen des Handelsverkehrs. Innerhalb aller dieser Rechtsquellen gibt es jeweils altes und neues Recht; innerhalb aller dieser Rechtsquellen wird Recht häufig schneller geändert, als es diejenigen, an die sich die Normen richten, überhaupt wahrnehmen. Innerhalb aller dieser Rechtsquellen gibt es auch den Unterschied zwischen „totem“ und „lebendigem“ Recht, nämlich solchen Rechtssätzen, die tatsächlich das Verhalten von Menschen bestimmen und anderen Rechtssätzen die, ohne formell außer Kraft gesetzt zu sein, an den Rand gerückt sind, in Vergessenheit geraten sind oder keine Beachtung mehr finden. – Dieses Material ist zu ordnen, in Rangverhältnisse zu bringen, zu bearbeiten.

Relativ „frühe“, „primitive“ Rechte weisen dabei keine einfachere Struktur auf als das Recht unserer Gegenwart. So ist das mittelalterliche Recht beherrscht von Gedanken der Einigung und des Vorrangs des alten vor dem neuen Recht; aber zugleich gibt es Gesetzgebung, die Setzung von neuem Recht, Königsrecht; es gibt die Konkurrenz von Mündlichkeit und Schriftlichkeit der Rechtsquellen, von lokalem Recht, Stammesrecht und Reichsrecht.¹⁴

Das Recht unserer Gegenwart weist ein außerordentliches hohes Maß an Komplexität auf und versucht diese Komplexität zugleich durch straffe Normhierarchien zu bändigen. Es gibt Normhierarchien innerhalb des Landesrechts (Rechtsverordnungen, Satzungen, einfache Gesetze, Verfassungen) und innerhalb des Bundesrechts. Es gibt den Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten, ein Vorrang, der nur grundsätzlich unbestritten ist, in vielen Einzelheiten aber hart umkämpft.

Es gibt viel Recht im „Angebot“. Der Rechtsstreit ist typischerweise gerade dadurch gekennzeichnet, dass jede der streitenden Parteien sich auf Recht beruft. Michael Kohlhaas vertritt den Standpunkt des alten Fehderechts, seine Gegner den des staatlichen Gewaltmonopols; beide vertreten Rechtsstandpunkte. Der Rechtsstreit zeigt einen Konflikt der Rechte und der Rechtsentwürfe. Das gilt auch für eine Vielzahl der Rechtsfälle im Alltag. Gewiss sind oft die rechtlichen Grundlagen unbestritten und es geht im konkreten Fall nur um das Vorliegende der tatsächlichen Voraussetzungen (hat er oder hat er nicht?). Aber nicht selten steht hinter dem Konflikt der Interessen auch ein Konflikt rechtlicher Prinzipien. Ein Kreuz hängt im Klassenzimmer der Grundschule.¹⁵ Die Eltern eines der Kinder nehmen Anstoß und verlangen, dass das Kreuz abgehängt wird. Die anderen Eltern wollen, dass das Kreuz hängen bleibt. Es geht darum, was in diesem Einzelfall rechtens ist. Was bedeutet das Kreuz für die Antragsteller? (Wo hängt es im Klassenzimmer? Wie groß ist es? Mit Korpus oder ohne?) Warum verlangen sie, dass es abgehängt wird? Warum wollen die anderen Eltern, dass es bleiben soll? Mit welcher Begründung lässt der Schulträger das Kreuz im Klassenzimmer hängen? Einerseits gilt die Freiheit der Religion – der Staat ist zur religiösen Neutralität verpflichtet, er darf nicht missionieren. Auf der anderen Seite ist die Frage gestellt worden, ob nicht auch die Mehrheit der Eltern ein Recht hat, auf einem Kreuz im Klassenzimmer als Ausdruck legitimer Erziehungsziele zu bestehen. Die christliche Religion ist Bestandteil des kulturellen Er-

¹⁴ *Gabriele von Olberg*, Die Bezeichnungen für soziale Stände, Schichten und Gruppen in den *Leges Barbarorum*, 1991, S. 18–24; *Theodor Böhler*, Rechtsquellenlehre, Bd. 2: Rechtsquellentypen, Zürich, 1980, S. 145.

¹⁵ BVerfGE 93, 1.

bes. Die christliche Gemeinschaftsschule ist verfassungsrechtlich überprüft und bestätigt worden; warum dann nicht christliche Symbole im öffentlichen Leben? – Dieser Widerstreit der Prinzipien muss gelöst werden. Eines dieser Prinzipien wird im Rechtsstreit obsiegen.

In solchen Fallkonstellationen – beide Parteien können sich bei einem Widerstreit rechtlicher Prinzipien auf Recht berufen – ist „Rechtsanwendung“ immer Rechtschöpfung; denn der Rechtsanwender kommt gar nicht umhin, zwischen widerstreitenden Prinzipien auszuwählen – also gestaltend-schöpferisch tätig zu werden.

Gleiches gilt für den Widerstreit von Sätzen von Normenhierarchien. Ich nehme ein Beispiel: Die Europäischen Verträge wollen einen Binnenmarkt in Europa begründen; sie sichern eine marktwirtschaftliche Ordnung für unternehmerisches Handeln. Diese Ordnung gilt auch für das unternehmerische Handeln der Mitgliedstaaten selbst (etwa in Form von Staatsunternehmen und Monopolen).¹⁶ Ein französischer Handwerker wird zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen; er wehrt sich und ruft das französische Sozialgericht an und führt dabei aus, eine gesetzliche Sozialversicherung sei ganz unnötig, es reiche ein bloßer Versicherungszwang (wie wir ihn in der Autohaftpflichtversicherung kennen); der Antragsteller beruft sich auf die Entscheidung für einen freien Binnenmarkt.¹⁷ Das französische Sozialgericht legt die Frage dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg vor und das Gericht muss sich fragen: Hat die Tätigkeit „versichern“ nicht unternehmerische Qualität? Ist das staatliche Sozialversicherungsmonopol nicht ein Monopol im Bereich unternehmerischen Handelns? Verstoßen die mitgliedstaatlichen Sozialversicherungsgesetze vielleicht gegen Europarecht? – Mit einem Mal – ohne allen theoretischen Vorlauf – eine höchst entscheidende Frage für die Zukunft sozialer Sicherung in Europa. Eine vordem nicht gestellte Frage eröffnet ganz neue Horizonte und bestimmt seither die Diskussion – wenn man so will, eine „juristische Entdeckung“ in Form einer Frage, wie sie vordem noch nicht im Gemeinschaftsrecht gestellt worden war. Nichts ist im Rechtsleben schöpferischer als die interessengeleitete Suche nach einem Gesichtspunkt, der ein bestimmtes Verlangen rechtlich begründen könnte.

5. Entwicklungsstufen des Rechts – der Wechsel der Leitbilder

Der letzte Grund für die Komplexität des Recht liegt darin, dass das Recht verschiedene Entwicklungsstufen durchlaufen hat. Diese früheren Entwicklungsstufen sind nicht abgetan, sondern entfalten fortwährende Wirkung im Recht der Gegenwart.

¹⁶ Art. 86 EG-Vertrag.

¹⁷ EuGH v. 17. 2. 93, Rs. C - 159 und 160/91 (Poucet und Pistre), Slg. 1993, I-639.

(1) Der Beginn der Neuzeit ist durch einen Bruch im Rechtsverständnis gekennzeichnet. Das mittelalterliche Recht war in seinem Kern religiös verstanden worden „Gott ist selber Recht“, sagt der Sachsenspiegel. Das Recht ist hiernach durch göttlichen Willen dem Menschen vorgegeben. Mit dieser Auffassung bricht die Neuzeit; die religiöse Rechtsauffassung wird abgelöst durch eine „weltlich“-vernünftige Erklärung des Rechts.

(2) Parallel zur Entwicklung des modernen Staates seit dem 16. Jahrhundert bildet sich ein rationales Naturrecht heraus; das Vernunftrecht wird dabei zunächst als ebenso unwandelbar vorgegeben verstanden, wie das vormals religiös bestimmte Recht. Wir unterscheiden absolutistische wie parlamentarische Tendenzen im Vernunftrecht; beide sind geprägt durch eine Leitfigur: den praktischen Philosophen, der das im Zeitalter der konfessionellen Bürgerkriege erschütterte Rechtsbewusstsein klären, an die Stelle bestreitbaren Ressentiments ein Folgern aus unbezweifelbaren Prinzipien und Grundbegriffen des Rechts setzen will; das Ergebnis ist ein *ius more geometrico demonstratum*. Die vernunftrechtlichen Philosophen liefern konkurrierende Entwürfe eines Gesellschaftsvertrages; die entscheidenden Weichenstellung zwischen Hobbes und Locke, zwischen absolutistischer Staatsallmacht und dem Bau des rechtlich gebundenen Staates, sind juristische „Feinheiten“. Hobbes konstruiert den Gesellschaftsvertrag als Vertrag zugunsten eines Dritten, des Souveräns, der mit Hilfe dieser Konstruktion aus dem Vertrag berechtigt wird, ohne selbst gebunden zu sein. Locke kommt zum rechtlich gebundenen Staat einfach dadurch, dass er Hobbes juristische Kunstgriffe rückgängig macht und den Herrscher als Vertragspartner in den Vertrag einbindet.

(3) In der letzten Phase des Vernunftrechts – wir können von einem geschichtlich gewordenen Vernunftrecht sprechen – erkennen die Vernunftrechtler, dass es nicht reicht, Recht und Staat aus der Vernunft zu konstruieren – man müsse Vernunft vielmehr in die Realität einformen: durch Gesetzgebung. So wird das späte Vernunftrecht dynamisch und führt zum Gedanken vernünftiger Gesetzgebung; das Zeitalter der Kodifikationen beginnt. In den Vereinigten Staaten wird nach den Vorgaben des parlamentarischen Vernunftrechts die Verfassung geformt; sie wird zum Muster der französischen Verfassung von 1791. Die Gesetzeskodifikationen aus dem Geist der Aufklärung entstehen, so das Allgemeine Landrecht für die preußische Staaten und das österreichische ABGB. Die Leitfigur des praktischen Philosophen ist in dieser Epoche abgelöst durch die Leitfigur des aufgeklärten Gesetzgebers.

(4) Eine Generation später – 1814 – spricht Savigny seiner Zeit den Beruf zur Gesetzgebung ab, an ihre Stelle soll eine produktive Rechtswissenschaft als legitime Sprecherin des Volksgestes treten. Erstaunlich, wie schnell das Paradigma Gesetzgebung verblassen konnte; Savigny als Lehrer des Zivil-

rechts hält niemals eine Vorlesung über das geltende bürgerliche Recht des Staates, dem er angehört, nämlich über das Allgemeine Landrecht. Das Vernunftrecht ist ihm so fern, dass er den *mos geometricus* – den Versuch, mit Begriffen zu rechnen –, ohne Bedenken aufgreifen kann, um die Autonomie des Rechtssystems aus einer unbezweifelbar wissenschaftlichen Methode zu begründen. Im Ergebnis wird dabei ein wesentliches Stück Gewaltenteilung verwirklicht, allerdings ohne jede Bezugnahme auf die vernunftrechtliche Theorie der Gewaltenteilung und ohne jede Nennung von Montesquieus Namen. Savigny lehrt, Recht könne man nicht machen, es wachse durch still wirkende Kräfte des Volksgeistes; die Rezeption dieser These war vor allem im Verfassungsleben bedeutsam. Die Konsequenz hieß: Verfassungen kann man nicht machen; nicht auf die gewählten Repräsentanten des Volkes kommt es an, sondern auf die wissenschaftliche Jurisprudenz als Repräsentanz des Volkes. Das Bedeutsame an dieser Neudeutung einer kreativen Rolle der Wissenschaft – unter Verdrängung parlamentarischer Ansätze –, war vor allem dies: diese Lehre trat ganz und gar nicht als Rechts- und Verfassungspolitik auf, sondern als reine Wissenschaft. Savigny war vielleicht der erfolgreichste Verfassungspolitiker, den der Juristenstand in Deutschland hervorgebracht hat: unter der Vorgabe, keiner zu sein.

(5) Savigny, der Vorkämpfer gegen die Willkür des Gesetzgebers, wird 30 Jahre nach seiner Schrift gegen die Gesetzgebung – preußischer Gesetzgebungsminister. Die Epoche des Gesetzespositivismus beginnt. Hier finden wir die klarste Ausprägung des Dualismus: der Gesetzgeber setzt Recht – der Richter wendet es an, ein Dualismus, den wir bis heute mehr oder weniger ausdrücklich tradieren. Der Kern des Gesetzespositivismus ist das Rechtsetzungsmonopol des Gesetzgebers; für den Richter bedeutet das, er kann seine Tätigkeit nur noch als „Subsumtion“, als Nachdenken des bereits Gedachten begreifen.

Die These vom Rechtssetzungsmonopol des Gesetzgebers, das Ideal bloßer Subsumtion im Bereich der Rechtsanwendung hat ein sehr wirksames Denkverbot gesetzt. In seiner praktischen Tätigkeit weiß jeder Jurist, wie wenig mit diesem Schema im Rechtsleben gedient ist. Aber es ist bequem: es wirft keine Legitimitätsprobleme auf und sichert die Alleinzuständigkeit des Juristen zur Diskussion und Beantwortung von Rechtsfragen.

(6) Die Annahme eines Rechtssetzungsmonopol des Gesetzgebers und einer Beschränkung des Richters auf Rechtsanwendung ist pure Ideologie. Philipp Heck stellte bald nach der Jahrhundertwende – also nach dem Erlass der großen Kodifikation des Bürgerlichen Rechts – fest: das Gesetz enthalte mehr Lücken als Regelungen.¹⁸ Und alle nachfolgenden Analysen haben das bestätigt. Wichtig war in diesem Zusammenhang dann vor allem die rechts-

¹⁸ Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1 ff.

historische Forschung zum Wandel des Bürgerlichen Rechts in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts; der Normtext war gleich geblieben, die „Rechtsanwendung“ durch den Richter hielt sich an die Vorgaben des Gesetzes – und doch wandelten sich gerade die geistigen Grundentscheidungen, die das Bürgerliche Recht tragen¹⁹ Das Recht im 20. Jahrhundert ist ohne Zweifel entscheidend durch die zunehmende Erkenntnis von der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters geprägt. Wesentliches Instrument dieser rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters – bei aller Gesetzestreue – ist eben dies: Bei der Auslegung abstrakt-genereller Regelungen fragt der Richter, ob sie für verschiedene Fallgruppen, die in den Anwendungsbereich einer Norm fallen, in gleicher Weise geeignet sind oder ob nicht differenzierende Lösungen dem eigentlichen Zweck des Gesetzes gemäß sind. Die Frage nach dem Zweck einer Regelung ermöglicht es, vom Wortlaut abzuweichen, um ihrem eigentlichen Sinngehalt besser gerecht zu werden; das Gesetz wird dadurch in gewisser Weise relativiert.

Es ist die Epoche des *Richterrechts*; sie hält bis heute an und äußert sich in der Leitfunktion, die richterrechtlich entwickelten Rechtssätze heute besitzen. Die eigentlichen Innovationen im Rechtsleben kommen heute in Deutschland von den Gerichten; der Gesetzgeber arbeitet diese Innovationen weitgehend nur noch nach.

(7) Für die Rechtspraxis hat das Richterrecht eine überragende Bedeutung; für die Rechtstheorie gilt es als Leitbild. Eine realistische Betrachtung des Rechtslebens wird dann freilich noch weiter gehen müssen: Wenn das Recht auch in der „Anwendung“ gemacht wird, ist nicht einzusehen, dass hierbei allein auf den Richter abgestellt wird. Recht wird potenziell durch alle gemacht, die am sozialen Leben und an seinen Konflikten teilhaben. Die gerichtlich ausgetragenen Konflikte sind nur ein sehr kleiner Teil der Konflikte, die in dieser Gesellschaft mit Hilfe rechtlicher Argumente ausgetragen und bewältigt werden. Hier kommt vor allem die Rolle des Rechtsanwalts als Berater und Verhandlungsbeistand in den Blick, aber auch die Rolle der Verwaltung. Es sind dies interessendefinierte, parteiliche Rollen – im Gegensatz zu der unparteiischen Rolle des Richters. Rechtschöpfung ist keineswegs auf die Entscheidungen unparteiischer Instanzen beschränkt; bedeutsamer als alle richterlichen Rechtsakte sind die sich als rechtlich verstehenden Handlungen der Bürger und ihre Interaktionen in Konflikt und Einigung; auch die Interaktionen zwischen Bürger und Verwaltung. Hier besteht ein großer Nachholbedarf juristischer und rechtssoziologischer Theorie. Rechtschöpfung geschieht in der täglichen Anwendung des Rechts, durch Gerichte, durch Verwaltungsträger, durch die Bürger und ihre juristischen Berater.

¹⁹ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953.

Ich habe hier versucht, in wenigen Strichen die unterschiedlichen Leitfiguren der Rechtsepochen in ihrer zeitlichen Abfolge zu skizzieren: Zunächst das Leitbild des Vernunftrechts: die Figur des Gesellschaftsvertrages, der Einigung unter den Bürgern, die Idee der Ableitung von Rechtssätzen aus unbezweifelbaren Prämissen, die deduktiv-axiomatische Methode; nie ist philosophische Begrifflichkeit für das Recht so bedeutsam geworden wie in dieser Epoche. Dann am Ende des Vernunftrechtszeitalters das Leitbild aufklärerischer Gesetzgebung und Verfassungsgebung: Hier rückt das Gesetz in den Vordergrund, die Formulierung eines Normtextes, hinter dem die Autorität des Gesetzgebers oder des Verfassungsgebers steht. Dann in der Gegenbewegung das Leitbild „Volksgeist“ (Savigny); hier wird die Eigenständigkeit einer wissenschaftlich arbeitenden Jurisprudenz gegenüber dem Gesetzgeber betont, die Kompetenz der Rechtswissenschaft zur Rechtschöpfung aus den Grundbegriffen des Rechts. Abgelöst wird dieser „wissenschaftliche“ Positivismus durch den Gesetzespositivismus; 100 Jahre nach den aufklärerischen Kodifikationen eine erneute Hervorhebung des Gesetzgebers und den Normtextes. Und wir haben dann gesehen, wie dieses Leitbild Gesetzgebung abgelöst wird durch das Leitbild Richterrecht, durch eine Betonung der produktiven Kraft richterlicher Tätigkeit.

Wir haben den Wechsel der Leitbilder als Geschichte des rechtlichen Fortschritts, als Geschichte einer immer weiter schreitenden Entzauberung der Rechtswelt gelesen. Wir haben den Wechsel zumeist auch als wirkliche Ablösung der einen Rechtserzeugungsmethode durch die andere angesehen. In Wahrheit sind in diesem Wechsel nur Grundmuster variiert, die durch die Zeiten hin eine erstaunliche Kontinuität bewiesen haben.

6. Vom Stufenmodell zum Schichtenmodell des Rechts

Es sind im Grund genommen drei Grundfiguren, die in der Abfolge der Rechtsepochen mit jeweils unterschiedlicher Beleuchtung hervortreten: Von Juristen ist zum einen die Orientierung am Normtext gefordert (wo denn einer vorhanden ist). Wo das Primärverständnis eines Textes im Vorgang seiner Auslegung noch nicht als hinreichend betrachtet wird, um ein „sinnvolles Ergebnis“ zu ermöglichen, wird in zwei Richtungen weiter gefragt: nämlich zum einen in Richtung auf ein vertieftes Verständnis der Begriffe („Jeder hat Anrecht auf Leben . . .“ Art. 2 Abs. 2 GG – Wer ist dieser „Jeder“? Fällt die Leibesfrucht unter den Begriff des „jeder“?). Diese begriffliche Orientierung trat im Vernunftrecht, aber auch in der Zeit des „wissenschaftlichen Positivismus“ der historischen Rechtsschule stark hervor. Eine andere Richtung des Weiterdenkens ist dann: wir gehen zwar vom Wortlaut einer Norm aus, bleiben dabei aber nicht stehen, sondern fragen, ob das Wortlautverständnis dem sozialen Zweck der Regelung gerecht wird – und hier-

aus ergeben sich mannigfache Modifikationen der Norm. – In unterschiedlichen Rechtsepochen treten diese Instrumente unterschiedlich stark hervor, aber sie sind ungeachtet aller zeitbedingten Einfärbungen notwendige Bestandteile des juristischen Umgangs mit vorhandenen Normen, notwendige Instrumente, um den Rechtsstoff weiter zu bearbeiten. In der Entwicklung der Rechtsepoche kam es den juristischen Denkschulen mit ihren unterschiedlichen Leitbildern so vor, als hätten sie die jeweils vorangegangenen Leitbilder endgültig abgelöst und verdrängt. In Wahrheit stehen die unterschiedlichen Denkansätze nicht in einem Ausschließungsverhältnis, sie stehen nebeneinander; sie bezeichnen den Bereich legitimen juristischen Argumentierens. Juristen können nicht alles begründen, aber ihnen ist mit einer wahlweisen Orientierung am Normtext, am Begriff und am Zweck der Norm ein weites Feld für Rechtschöpfung eröffnet.²⁰ Aus einem Stufenmodell rechtlicher Entwicklung, wie es die juristische Theorie immer gepflegt hat, ist uns ein Modell der Gleichzeitigkeit geworden: ein Schichtenmodell, wobei jeder der vorhandenen Argumentationsschichten im konkreten Fall aktuelle Bedeutung zukommen kann.

7. Recht und Vernunft

Jeder, der mit einem Handwerker ein Problem bespricht, kennt die Auskunft: „Das geht nicht!“ Der Laie weiß, dass man gut daran tut, nachzuhaken: warum es angeblich nicht gehe. Und oft, so weiß er, muss er nur lange genug insistieren, um zu erfahren, dass es doch geht – es geht meist nur etwas unbequemer, mit etwas mehr Aufwand und Mühe. Wo es darum geht, das Recht vernünftig zu machen, ist ähnlich zu verfahren: „Das geht nicht“, sagt der juristische Handwerker. „Das liegt außerhalb meiner Routine“, sagt der Anwalt. Oder: „Das habe ich anders gelernt“, sagt der Richter. „Ich laufe als Verwaltungsbeamter Gefahr, mich bei den Vorgesetzten missliebig zu machen“ – „der Rechnungshof könnte es beanstanden“ – „das wird meiner Partei nicht gefallen“, oder ähnlich. Um das durchzusetzen, was der Sache nach vernünftig wäre, muss sich jeder, der sein Recht sucht, mit vielen anlegen, er muss kämpfen. Das Recht ist ein Medium, das sehr viel mehr Vernunft ermöglicht, als bereits verwirklicht ist. Die neue, die „kreative“, die vernünftige Lösung setzt sich aber nicht von selbst durch, sie muss erkämpft werden – und das ist gut, denn im Kampf mit anderen Vorstellungen und im Kampf mit der Trägheit muss sie sich als die bessere Lösung bewähren. Das Recht muss wohl ein zähes Medium sein, sonst würde sehr rasch viel modische Unvernunft realisiert.

²⁰ *Haverkate*, Normtext – Begriff – Telos. Zu den drei Grundtypen des juristischen Argumentierens, Heidelberg 1996.

Kreativ sein heißt: fähig, auf den anderen zuzugehen; Fragen zu hören; ungewohnte Lösungen zu denken; frische Blicke zu tun; aktiv zu werden; selbst etwas zu machen, zu formen, statt es andere machen zu lassen. Kreativ sein, das kann nur der Einzelne, die Person, der Bürger, das Kind, die Frau, der Mann, in den unterschiedlichen sozialen Rollen, in den unterschiedlichen Sachbereichen. Kreativität spielt sich ab in der persönlichen Beziehung eines Menschen zu einem anderen Menschen, eines Menschen zu einer Sache. Die Kreativität des Rechts kann in nichts anderem bestehen als darin, einen gesicherten Freiraum für die Kreativität der Bürger, der beteiligten Personen zu geben. Das Recht muss den Menschen kreativ sein lassen; aber dazu ist viel rechtliche Innovation und Phantasie nötig.