

vorausgegangen ist<sup>76</sup>, bedauerlicherweise irgendwie abhanden gekommen zu sein.

Darüber hinaus wird am Beispiel der Ortsstraßen *an* oder *auf* der Gemeindegrenze deutlich, dass das Allgemeine und das Besondere Verwaltungsrecht durch eine bisher wenig beachtete Zwischenschicht miteinander verbunden sind, in die verschiedene Fragen, insbesondere solche des Organisationsrechts und des Rechts der öffentlichen Sachen, hineinspielen. Es handelt sich bei dieser Schicht um mehr als – wie Martin Burgi meint – ein „vor die Klammer der Teilverwaltungsrechte“ gezogenes allgemeines Fachverwaltungsrecht<sup>77</sup>. Anstelle solcher Parenthese wäre ein rechtsgebietsübergreifendes, systematisches und praxistaugliches Ganzes zu entwickeln. Dies könnte Aufgabe eines allgemeinen Infrastrukturverwaltungsrechts sein<sup>78</sup>, das allerdings erst durch Aktivitäten des Gesetzgebers klarere Konturen gewinnen und ein stärkeres dogmatisches Fundament erhalten

müsste, damit es nicht nur als Ordnungs- bzw. Sammelbegriff für die auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge lose miteinander verbundenen Fachverwaltungsrechte dienen kann<sup>79</sup>. Die weitere Entwicklung dürfte spannend bleiben und sollte keinesfalls aus den Augen verloren werden.

76 Jochum, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht*, 2004, S. 85/86 und dortige Fn. 35.

77 Burgi, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 18 Rn. 114.

78 Faber, *Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 1995, S. 360 ff. und S. 380 ff.; Stelkens, *Das Recht der öffentlichen Sachen: Allgemeines Verwaltungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht, Trümmerhaufen – oder was?*, DV 46 (2013), S. 493/535; vgl. auch Kühling, *Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht*, DVBl. 2013, 1093.

79 Koch, *Arbeitsebenen der Europäischen Union: Das Verfahrensrecht der Integrationsverwaltung*, 2003, S. 65.

## Judex legibus solutus<sup>1</sup>?

### Anmerkungen zur Schrift von Bernd Rütters „Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat“

Von Rechtsanwalt Dr. Christian Heinze, München

*Der Stand des Verhältnisses der Rechtsprechung zum Gesetz gibt Anlass zur Diskussion<sup>2</sup>, auch aus anwaltlicher Sicht. Bernd Rütters hat viele Veröffentlichungen schwierigsten und umstrittensten, manchmal verdrängten Themen gewidmet<sup>3</sup>. In seinem oben zitierten Essay<sup>4</sup> greift er mit einer wachsenden Entfernung der Rechtsprechung vom Gesetz ein weiteres Thema dieser Art auf. Nach dem Vorwort will er Denkanstöße geben.*

#### I. Anstöße

Die Anstöße lassen sich anhand der zusammenfassenden „Hypothesen“ des Buchs kurz referieren: Verfassungen sind als Bewältigung von Zeitwenden auszulegen. Recht entsteht aus Geschichte, nicht aus Gesetzen. Auslegung durch Berufung auf einen objektiven Willen des Gesetzes ist Willkür. Schuld des Positivismus am nationalsozialistischen Unrecht ist ein Irrtum, hat zur Naturrechtswelle nach 1945 beigetragen. Rechtsstaat bedeutet Vorrang des Gesetzes. Rechtsprechung offenbart (oft) nicht ihre rechtspolitische Wirkung. Es geht neben Kompetenzen (auch) um Rechtsbewusstsein. Richter sind verfassungsrechtlich an Auslegungsmethoden gebunden. Verfassungen sind aber nach dem historisch gegründeten Verfassungsgeber-Zweckwillen offen gegenüber Zukunft sowie supra- und internationalem Recht auszulegen; (insbesondere „neue“) Richter dürfen mit Begründung abweichen. Vom Grundsatz der Methodeneinheit kann abzuweichen sein. Willkür als Kriterium richterlicher Verfassungsverstöße lässt fehlerhafte Rechtsprechung zu. Der Wandel vom Rechts- zum Richterstaat erfordert Besinnung auf Grundfragen von Recht und Staat, etwa auf (neue, auch internationale) Gerechtigkeit. Soweit die Hypothesen.

Denkanstöße sind keine Antworten und dürfen deshalb allgemein gehalten sein und sich auch widersprechen. Innerhalb und außerhalb der Hypothesen gibt Rütters aber auch (Anstöße für) Antworten. So etwa: Auslegung wird oft (vielfach unter

Führung des Bundesverfassungsgerichts) zur Rechtsänderung. Ursache für richterliche Rechtsschöpfung sind „Verfassungswechsel“, „Umbrüche“, „Wendezeiten“ oder (manchmal verschwiegene) verfassungsgeprägte (auch tabuisierte) Methodenwechsel. „Richtiges Recht“ ist eine irreführende Fiktion, dennoch werden Umdeutungen bewirkt neben „voraussetzendem Gehorsam“ durch übergesetzliches Naturrecht. Wenn sie auch nicht Kontrolle richterlicher Rechtsschöpfung bedeuten, so haben doch Richterwahl, Kompetenzregeln, weniger die Wissenschaft (durch Dogmatik und Methodenlehre) oder der „medial vermittelte“ öffentliche Diskurs Einfluss auf diese Rechtsschöpfung.

1 Die bereits in den Digesten des römischen Rechts von 533 bei Ulpian, D 1.3.31, zu findende Norm „*princeps legibus solutus*“ wurde sinngemäß vor allem von Jean Bodin, *Six livres de la République*, 1576, Band I Kapitel VIII und Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, Kapitel XVIII zur Kennzeichnung des monarchischen Absolutismus verwendet. Die Ausübung dieser „Souveränität“ unterlag nach Auffassung u. a. von Bodin und Hobbes religiösen oder naturrechtlichen Bindungen.

2 Eine Darstellung des Meinungsstandes bietet Wiedemann, *Richterliche Rechtsfortbildung*, NJW 2014, 2407.

3 Unter anderem: unbegrenzte Rechtsauslegung bis zum Umdenken und zur „Entartung“ 1968–2012, *Gerechtigkeit und Rechtsbegriff* 1991, 2008, 2009, 2012; *Verrat oder Heldentum*, 2008; *Zeitgeist, Ideologie, Werte* 1986, 1993, 1995.

4 Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen 2014.

## II. Problemstellung aus der Sicht des Rechtspublikums

Das Rechtspublikum interessiert am Recht, wie es sich danach (nicht) verhalten darf, soll oder muss. Es sucht eine möglichst eindeutige, auf seinen „Fall“ passende Antwort zunächst im Gesetz. *Rüthers* thematisiert Fälle, in denen Gerichte (hier und im Folgenden schließt der Ausdruck Verfassungsgerichte ein) Antworten geben, die von dem abweichen, was das Publikum im Gesetz (einschließlich des Verfassungsgesetzes) liest. Es bedarf kaum des Nachweises, dass diese Abweichungen in unserem Rechtskreis zunehmen<sup>5</sup>. Sehr oft muss der Anwalt Beratung, wenn sie von der Gesetzeslage abhängt, vertagen, bis er die einschlägige Rechtsprechung ermittelt hat, und nicht selten kann er selbst dann die Auslegung des zuständigen Richters nicht sicher vorhersagen.

Eine Würdigung der Lage könnte danach zu unterscheiden versuchen, ob ein Richterspruch das Gesetz ergänzt oder korrigiert. Eine Korrektur wirft die Frage auf nach einem übergeordneten Maßstab, nach richtigem Recht, das dem Gesetz im Range vorgehen könnte<sup>6</sup>. Sie erinnert an die Frage „Was sagt die Bibel wirklich?“, auf die Straßenmissionare Antworten anbieten. Gilt aber kein „richtiges Recht“, so gelten auch kein Naturrecht und keine „richtigen“ Werte oder gar „Klugheits“-Regeln<sup>7</sup>. Ähnlich verhält es sich mit der „richtigen“ Methode. So wie über das (Verfassungs-)Gesetz herrscht der Richter auch über die Methode der Rechtsfindung in letzter Instanz<sup>8</sup>. Die Maßstäbe sind im korrigierenden Urteil selbst enthalten, die Rechtsfindungsmethoden in ihm realisiert. Bei Ergänzungen des Gesetzes, die sich nicht zwingend aus seinem klar erkennbaren Sinn oder Zusammenhang ergeben, liegt es aber nicht anders, weil Lücken im Gesetz (im Grunde ist alles Lücke, was nicht geregelt ist<sup>9</sup>) und das Unterlassen von Rechtsfortbildung nichts anderes darstellen als (mehr oder weniger durchdachte) Entscheidungen des Gesetzgebers.

## III. Revolution

Die Denkanstoßfrage nach einer Revolution<sup>10</sup> vom Rechtsstaat zum Richterstaat durch richterliche Rechtsschöpfung (die jedenfalls nicht „heimlich“, sondern offensichtlich stattfindet) impliziert die Frage nach der Tragweite eines die deutsche Verfassung vor einer gedachten Revolution prägenden Vorrangs, wenn nicht Vorbehalts des Parlamentsgesetzes. Dabei fragt sich bereits, wie (außerhalb enger Grenzen) zwischen Auslegung, Lückenfüllung oder Rechtsfortbildung und Revolution unterschieden werden kann. Versteht man aber unter Revolution in einem rechtlich wohl allein brauchbaren Sinn die Auswechslung (Ersetzung) oder Beseitigung einer Verfassung (als Gegensatz zur Änderung), so genügen diese Merkmale trotz aller Unschärfe, um zu klären, ob Deutschland Ort einer Revolution ist. Die Antwort ergibt sich aus einem Vergleich der vorangehenden mit der gewordenen Verfassung, wobei Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes im Verhältnis zum Richterrecht in Deutschland wohl niemals verfassungsrechtlich umfassender oder deutlicher normiert waren als im Grundgesetz. Dieses bestimmt das Verhältnis von Gesetz und Rechtsprechung dennoch nicht ohne Auslegungsspielraum.

Das Grundgesetz statuiert den Gesetzesvorbehalt für Freiheitseingriffe und Grundrechte, ermächtigt aber in der Regel zugleich zu ihrer Einschränkung durch Gesetz. Sollte der Richter (nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) auch „sozial“ zu entscheiden haben, so wären auch damit bei aller Begriffsproblematik jedenfalls notwendig Freiheitseinschränkungen verbunden. Auch Demokratie als Verfassung ist in Deutschland nie als Beschränkung der Verbindlichkeit von Gerichtsurteilen angesehen worden. Und selbst soweit dem Gewaltenteilungsgrundsatz Vorränge zu entnehmen wären, gilt gegen Freiheitsbeschränkungen kein anderer Schutz als die Garantie des Rechtswegs zu den Gerichten (Art. 19 Abs. 4 GG).

Das Grundgesetz bindet die Gerichte ganz allgemein nicht allein an das Gesetz, sondern auch an (abweichendes, wenn nicht übergeordnetes) Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Dass Art. 97 Abs. 1 GG die Bindung des Richters auf das Gesetz beschränken soll, ist nicht auszumachen, abgesehen davon, dass der Richter mit dem Gesetz auch dessen eigene Bindung an das „Recht“ anzuwenden hätte. Eine Beschränkung der Bedeutung des Ausdrucks „Recht“ in der „und“-Klausel des Art. 20 Abs. 3 GG auf Verfassungsrecht wäre eine Tautologie und widerspräche angesichts der Normqualität des Grundgesetzes herkömmlicher Auslegung<sup>11</sup>. Gilt kein „richtiges“ oder Natur-Recht, kann es sich bei dem (nicht gesetzlichen) Recht im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG nur um Recht handeln, das die Rechtsprechung hervorbringt, wobei sie allerdings auch über Grenzen der resultierenden Selbstbindung entscheidet. Die Denkmöglichkeit einer das Grundgesetz „überwölbenden“ Verfassung kann zur Beantwortung der Revolutionsfrage insoweit nichts beitragen, als auch deren Geltung auf richterliche Entscheidungen angewiesen wäre, die an kein „richtiges Recht“ gebunden ist. Von einer Revolution könnte dann, am Grundgesetz gemessen, nur die Rede sein, wenn sich Gesetzgebung und Exekutive im Allgemeinen (sei es unter Berufung auf „richtiges“ oder Naturrecht) über Richterrecht hinwegsetzen würden.

Nach alledem ist die deutsche richterliche Rechtsschöpfung keine Revolution im Rechtssinne. Schließlich stellt auch *Rüthers* nicht fest, dass sich Gerichte im allgemeinen nicht mehr an Gesetze halten. An der Gewaltenteilung wird nur „gerüttelt“. Und sogar, selbst wenn eine Revolution festzustellen wäre: Eine erfolgreiche Revolution schafft (neues) Recht. An der grundsätzlichen Akzeptanz richterlicher Rechtsetzung in Deutschland besteht trotz ihrer Entfernung vom Gesetz jedenfalls gegenwärtig kein Zweifel.

Nach alledem ist die deutsche richterliche Rechtsschöpfung keine Revolution im Rechtssinne. Schließlich stellt auch *Rüthers* nicht fest, dass sich Gerichte im allgemeinen nicht mehr an Gesetze halten. An der Gewaltenteilung wird nur „gerüttelt“. Und sogar, selbst wenn eine Revolution festzustellen wäre: Eine erfolgreiche Revolution schafft (neues) Recht. An der grundsätzlichen Akzeptanz richterlicher Rechtsetzung in Deutschland besteht trotz ihrer Entfernung vom Gesetz jedenfalls gegenwärtig kein Zweifel.

5 Anwaltliche Erfahrungen legen es für den *Verfasser* nahe, beispielsweise darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung eine Regulierung des ganzen großen Gewerbebezuges des Personen-Linienverkehrs auf der Straße nach Leistungsinhalt und Leistungsbedingungen (jenseits der Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung) allein auf Grund des Zulassungs-Kriteriums des „öffentlichen Verkehrsinteresses“ (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG in der bis Ende 2012 geltenden Fassung) sanktioniert hat. (Wettbewerb als neuere Zulassungsvoraussetzung beschränkt sich auf die vor- oder ausgeschriebenen Leistungen.)

6 Der Vorrang der Verfassung kann hier insoweit außer Betracht bleiben, als auch er unter dem Vorbehalt der Letztzuständigkeit des Verfassungsgerichts steht. Es geht in diesem Aufsatz immer um den Vorrang der rechtskräftigen, vom Gesetz abweichenden Entscheidung durch ein (Verfassungs-)Gericht.

7 Dazu *Kirchhof*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, DVBl. 2011, 1068/1071 f.

8 Vgl. *Schilling*, Rechtsfortbildung und Höchstgericht, in: Festschrift für Kloepfer, 2013 S. 190 ff.: Das letztinstanzlich entscheidende Gericht ist „Grenzorgan“, indem die Rechtswidrigkeit des Urteils folgenlos bleibt, auch wenn es gegen die Verfassung verstößt.

9 Auch Rechtsfortbildung durch das BVerfG ist Rechtsetzung (*Schilling*, a. a. O. S. 185); für sie gelten (S. 198) keine Grenzen. Überhaupt ist die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen Auslegung, Lückenfüllung und Rechtsfortbildung umstritten, vgl. *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 503, 539. Auch über „Justiziabilität“ (vgl. *Kirchhof*, a. a. O. S. 1071 f.) entscheiden die Gerichte selbst.

10 Der Gedanke der „Justizrevolution“ findet sich bei *Schilling*, a. a. O. S. 198, ohne dort vertieft zu werden. Auch *Rüthers* gibt dem Begriff keine genauen Konturen. Er scheint mit dem landläufigen Sprachgebrauch auch weittragende Verfassungsänderungen darunter zu verstehen.

11 Zum Rechtsbegriff in Art. 20 Abs. 3 GG siehe *Kirchhof*, a. a. O. S. 1070 f.

#### IV. Richterrecht und Vorzüge der Gesetzesbindung

Eher als rechts- und methodentheoretische Lehren verspricht vielleicht der Versuch Erfolg, die Gerichte von den Vorzügen einer Rückkehr in größere Nähe ihrer Entscheidungen zum Gesetz zu überzeugen. Er kann auf Folgendes Bezug nehmen:

So weit Richterrecht das Gesetz nicht ändert und ihm nicht widerspricht, entsteht es für Konflikte, die der Gesetzgeber überhaupt nicht oder mit geringer Dichte geregelt hat. Auszugehen ist zwar davon, dass keine Gesetzesbindung ohne erheblichen Spielraum für eigenständige richterliche Entscheidung denkbar ist. Das betrifft nicht nur die Feststellung des Sachverhalts, die allein der Richter treffen kann, sondern beruht auf der Abstraktheit der generellen Norm<sup>12</sup>. Die Entfernung zwischen der richterlichen Entscheidung und dem Gesetz wächst mit dem Kreis der Entscheidungsmöglichkeiten, die der Grad der Abstraktion des Gesetzes zulässt. Richterrecht entsteht, wo der Gesetzgeber ihm obliegende Entscheidungen über Konflikte unterlässt, und insbesondere, wo er – schlimmer noch – das Fehlen der Entscheidung durch Ausdrücke verschleiert, die Betroffene im Sinne unterschiedlicher Interessen verstehen können. Fehlt die gesetzgeberische Entscheidung, ist der sich dem Recht verantwortlich fühlende Richter geneigt, die erwartete Entscheidung an Stelle des Gesetzgebers zu treffen. Als Ergebnis wächst, gemessen an Geltungsbereichen und/oder Regulierungsdichte, der Anteil des Richterrechts im Verhältnis zu dem des Gesetzesrechtes an der Rechtsordnung.

Damit nimmt die demokratische Legitimation der Rechtsordnung ab<sup>13</sup>. Die demokratische Legitimation von Gerichtsentscheidungen beschränkt sich außerhalb des von ihnen angewendeten Gesetzesrechts (einschließlich des Gerichtsverfassungs- und -verfahrensrechts) im Wesentlichen auf die Bestellung und Beförderung von Richtern und auf eine in der Gerichtsentscheidung womöglich zum Ausdruck kommende Auffassung des Richters vom Volkswillen. An demokratischer Legitimation ist das über Parlamentswahlen zustande kommende Gesetz der Gerichtsentscheidung überlegen. „Druck der öffentlichen Meinung“ zur Förderung bestimmter Entscheidungsinhalte kommt als demokratische Legitimation mangels geregelten Verfahrens nicht in Betracht, und ihre Bedeutung in der deutschen Wirklichkeit ist auch zumindest zweifelhaft. Je weniger eine Gerichtsentscheidung oder ihre Begründung aus dem Gesetzeswortlaut von jedermann spontan hergeleitet werden kann, umso mehr muss der Richter mit der Forderung rechnen, sie zu verantworten. Umso weniger kann er sich auf die Legitimität des Gesetzes berufen, und insoweit ist seine Unabhängigkeit eingeschränkt. Auch in quantitativer Hinsicht ist die Belastung der Gerichte der Regulierungsdichte der Gesetze umgekehrt proportional.

Für seine Verantwortung für die Richtigkeit des Rechts steht dem Richter in der Regel nicht dasselbe Maß an Sachkenntnis und Bewertungsvermögen zur Verfügung, über das der Parlamentsgesetzgeber verfügt<sup>14</sup>. Den für Normqualität besonders im kompliziert verfassten Gemeinwesen moderner Industriestaaten erforderlichen Aufwand ministeriell und/oder mit Hilfe hochqualifizierter Interessenten und/oder sonstiger Fachleute und -organisationen vorbereiteter Rechtsetzung kann selbst ein Bundesgericht auch bei hohem Zeitaufwand nicht bieten. Für die Schaffung rechtssicheren, differenzierten Rechts ist das bestimmte Gesetz (wenn es generell durchgesetzt wird) ein weit wirksameres Mittel als Rechtsprechung. Auch mit Hilfe einer Kommentarliteratur, die die gesamte Rechtsprechung systematisch wiedergibt, um so Rechtssicherheit möglichst weitgehend herzustellen<sup>15</sup>, ließe sich dieser Vorsprung nicht einholen.

Der Richter entscheidet zwar letztinstanzlich, aber nicht letztverbindlich. Die Korrektur von Mängeln der gesetzlichen Rechtsordnung durch rechtsschöpferische Gerichtsurteile be-

schränkt sich bereits sprachlich und durch Begrenzung der Rechtskraft auf den entschiedenen Fall. Daher bietet das Gerichtsurteil wenig Gewähr für Gleichbehandlung und wenig Rechtssicherheit, und zwar nicht nur im Sachbereich seines Gegenstandes, sondern auch in dem Zeitraum, der bis zur Bildung einer einhelligen (höchstrichterlichen) oder generell gültigen (gegebenenfalls verfassungsgerichtlichen), weil „herrschenden“ Rechtsprechung vergeht. Und spätestens am Ende dieses Zeitraums beginnt derjenige, bis die Rechtsprechung sich ändert. Auch hinsichtlich seiner Wirkung und Gleichmäßigkeit ist also Richterrecht dem Parlamentsgesetz unterlegen. Schlimmstenfalls leidet das Gerichtsurteil sogar an denselben Sünden wie das Gesetz, wenn sein Wortlaut vom Allgemeinverständnis abweicht oder mehrdeutig ist<sup>16</sup>.

#### V. Gesetz und Freiheit

Sieht man in Freiheit im Rahmen rechtssicherer (inhaltlich bestimmter) demokratischer Gesetze die beste Gewähr für Wohlergehen, so zeigen folgende Erwägungen einen Weg auf, es durch Rücknahme richterlicher Rechtsschöpfung anzustreben. Dem erwähnten Mangel der Gesetze (übrigens auch einer Normenflut) kann abgeholfen werden, wenn die Gerichte nur nachweislich erforderliche Freiheitsbeschränkungen für im Gesetz genau bestimmte Tatbestände und in einem im Gesetz genau bestimmten Umfang zulassen<sup>17</sup>. Denn dann sind die Parlamente genötigt, ihre Konfliktregelungs-Aufgabe<sup>18</sup> besser wahrzunehmen und auf Freiheitsbeschränkungen zu verzichten oder dichtere Regelungen zu treffen, die sie den Wählern überzeugend begründen müssen<sup>19</sup>. Chaos ist nicht zu befürchten: Die Parlamente sind im Rahmen der erwähnten Bestimmtheits-, Erforderlichkeits- und Begründungsvoraussetzung zu allen geeigneten Anordnungen (auch sozialstaatlicher Art) in der Lage. In einer so geschaffenen Rechtsordnung entfällt ein großer Teil der Anlässe für richterliche Rechtsetzung, als Nebenwirkung wird die Justiz entlastet.

Die Exekutive sollte eine solche Tendenz fördern. Zwar mögen Exekutivorgane manchmal Gefallen an vagen Gesetzen finden, weil sie ihnen größere Handlungsfreiheit gewähren, solange sie kein Gericht einschränkt. Einer Erweiterung des Aktionsspielraums der von der Parteienmehrheit instruierten Exekutive infolge geringerer Regulierungsdichte steht jedoch

12 Deshalb ist der Richter nicht nur, wie *Charles de Secondat, Baron de Montesquieu* in *De l'esprit des lois*, Liv. XI. Chap. VI. S. 317 schrieb, „la bouche qui prononce les paroles de la loi“.

13 So auch *Kirchhof*, a. a. O.

14 Darauf weisen *Wiedemann*, a. a. O. S. 2412 und *Kirchhof*, a. a. O. hin.

15 Die Schwierigkeiten und Mängel eines solchen Versuchs werden besonders in der ersten Auflage des Kommentars des *Verfassers* zum Personenbeförderungsgesetz, 2007, S. 194–234 deutlich.

16 Ähnlich verhält es sich bei der „Spirale des Schweigens“, die *Rüthers* im Zusammenhang der richterlichen „Anpassung“ des Rechts an Verfassungsänderungen ausgemacht hat (S. 23 ff.).

17 Ein auch Gerichte bindendes Verbot staatlicher Eingriffe ohne eindeutige Grundlage in einem Gesetz (Vorbehalt des Gesetzes) folgt nach herkömmlicher Auslegungsmethode auch aus Grundrechten und Gewaltenteilung sowie Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG als Rechtstechniken der Grundentscheidung des Verfassungsgebers für einen freiheitsschützenden demokratischen Rechtsstaat. Eine Pflicht zur Rechtsfortbildung, wie sie von *Martens*, a. a. O. S. 506, und *Kirchhof*, a. a. O. S. 1070, 1074 f. bejaht wird, wäre durch dieses Verbot begrenzt. Nichtanwendung unbestimmter gesetzlicher Freiheitseingriffe ist nicht „negative Gesetzgebung“ (*Kirchhof*, S. 1069), sondern Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung.

18 Mit Recht macht *Kirchhof*, a. a. O. S. 1076 deren Verletzung mitverantwortlich für weitgehende gerichtliche Rechtsfortbildung.

19 Die vom BVerfG eingeführte „Unvereinbarkeitserklärung“ (dazu *Kirchhof*, a. a. O. S. 1075) weist in diese Richtung, genügt aber dem Vorrang der Verfassung nicht, solange die Anwendung eines mit ihr unvereinbaren Grundrechtseingriffs geduldet wird.

die Schwächung des Gesetzes als Instrument der Politik derselben Parteienmehrheit gegenüber. Auch mögen Private manchmal Interesse an vagen Gesetzen haben<sup>20</sup>. Wetten auf Erfolg mit ihrer Hilfe sind jedoch auf Dauer weniger wert als Rechtssicherheit.

Dieser Ansatz hat allerdings methodische Konsequenzen. Denn bei primärer Geltung des Wortlauts des Gesetzes in seinem allgemeinen Verständnis sind Deutungen nur im Rahmen einer Mehrdeutigkeit des Wortlauts und nur in einem Sinn am Platze, den der inhaltliche oder historische Gesetzeszusammenhang nicht nur zulässt, sondern verlangt. Zwar leidet Sprache allgemein an fortschreitender Verundeutlichung. Aber gerade auch Gesetz und Urteil sind berufen, dem entgegenzuwirken. Auch eine Berufung des Verfassungsgerichts zu Freiheitsbeschränkungen, die über den Wortlaut grundgesetzlicher Ermächtigungen hinausgehen, ist nicht ersichtlich. Einer Berufung auf Besonderheiten der Verfassung steht entgegen, dass mit der Verfassungsänderung ein rechtsstaatliches, demokratisches Mittel zu erforderlicher Abhilfe zu Gebote steht.

## VI. Das richtige (Richter-)Recht

Gibt es keinen verbindlichen Maßstab für richtiges Recht, keine verbindliche Methode, so gibt es doch das gerechte und zweckmäßige Recht. Soweit seine Qualität nicht durch Kontrolle der Gesetzgebung, nicht mit Hilfe einer Durchsetzung des Freiheitsprimats gefördert werden kann, kommt alles auf die Qualität der Rechtsprechung und damit auf die Qualifikation und Ausbildung der Richter<sup>21</sup> und auf den Einfluss an, den die Rechtslehre und andere Wissenschaften und Erkenntnisquellen erlangen. Das sind mehrere andere weite Felder<sup>22</sup>.

20 Zum Beispiel: Duldung rechtswidriger staatlicher Subventionierung von Konkurrenten in der Hoffnung, selbst gelegentlich eine – sei es rechtswidrige – Subvention zu erhalten.

21 Schilling, a. a. O. spricht von „moralischer, soziologischer“ und „juristischer Sozialisation“ der Mitglieder des BVerfG.

22 Siehe etwa Sandler, Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung, DVBl. 1988, 828 und Steiner, Regieren Richter die Deutschen?, AnwBl. 2004, 673, sowie ders., Richter als Legislative – wohin geht die Justiz?, DVP 2004, 177–183.

## RECHTSPRECHUNG

### Bundesverfassungsgericht

Art. 3, 4, 6, 7, 33 GG; §§ 57, 58 SchulG NW (Bekennnisoffene Gemeinschaftsschule; Glaubens- und Bekenntnisfreiheit; Elterngrundrecht; Erziehungsrecht; Lehrkraft; Bedeckungsgebot; islamisches Kopftuch; Wollmütze; gesetzliches Verbot religiöser Bekundungen; Verhältnismäßigkeit; staatliche Neutralität; hinreichend konkrete Gefahr; Schulfriede; substantielle Konfliktlage; gesetzliche Untersagung; äußere religiöse Bekundung; grundsätzliche Unterschiedslosigkeit; Gleichheitssatz; Privilegierung zugunsten christlich-abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen)

#### Nichtamtlicher Leitsatz:

**Zum von Lehrkräften in der öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule aus religiösen Gründen als verpflichtend verstandenen Bedeckungsgebot durch das Tragen eines islamischen Kopftuchs\*.**

BVerfG, Beschluss vom 27.01.2015, 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10

#### Abweichende Meinung des Richters Schluckebier und der Richterin Hermanns

1 Die Entscheidung vermögen wir in weiten Teilen des Ergebnisses und der Begründung nicht mitzutragen.

2 Die vom Senat geforderte einschränkende Auslegung des § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG NW dahin, dass nur eine hinreichend konkrete Gefahr für den Schulfrieden und die staatliche Neutralität ein Verbot religiöser Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild von Pädagogen zu rechtfertigen vermag, wenn es um die Befolgung eines imperativ verstandenen religiösen Gebots geht, misst den zu dem individuellen Grundrecht der Pädagogen gegenläufigen Rechtsgütern von Verfassungsrang bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu geringes Gewicht bei. Sie vernachlässigt die Bedeutung des staatlichen Erziehungsauftrags, der unter Wahrung der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllen ist, sowie den Schutz des elterlichen Erziehungsrechts und der negativen Glaubensfreiheit der Schüler. Damit beschneidet der Senat zu-

gleich in nicht akzeptabler Weise den Spielraum des Landeschulgesetzgebers bei der Ausgestaltung des multipolaren Grundrechtsverhältnisses, das gerade die bekenntnisoffene öffentliche Schule besonders kennzeichnet. Der Senat entfernt sich so auch von den Maßgaben und Hinweisen der so genannten Kopftuch-Entscheidung des Zweiten Senats vom 24. September 2003 (BVerfGE 108, 282 = BayVBl. 2004, 107), die dem Landeschulgesetzgeber gerade für den Bereich der öffentlichen Schule die Aufgabe zuschreibt, gesetzlich zu regeln, inwieweit er religiöse Bezüge in der Schule zulässt oder wegen eines strikteren Neutralitätsverständnisses aus der Schule heraushält. Nach unserer Auffassung ist die vom nordrhein-westfälischen Landeschulgesetzgeber gewollte Untersagung schon abstrakt zur Gefährdung des Schulfriedens und der staatlichen Neutralität geeigneter Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild von Pädagogen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Allerdings muss es sich bei Bekundungen durch das Tragen religiös konnotierter Bekleidung, die geeignet zur Gefährdung der Schutzgüter sind, um solche von starker religiöser Ausdruckskraft handeln (dazu I.).

3 Anders als der Senat meint, ist Satz 3 des § 57 Abs. 4 SchulG NW, wonach die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags der Schulen nach der nordrhein-westfälischen Landesverfassung und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen dem Verhaltensgebot nach Satz 1 nicht widerspricht, in der Auslegung durch das Bundesarbeitsgericht verfassungsrechtlich unbedenklich. Diese Interpretation, die an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anknüpft, hält sich in den Grenzen richterlicher Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG). Liegt damit für christliche und jüdische Religionen keine Freistellung vom Bekundungsverbot des Satzes 1 in § 57 Abs. 4 SchulG NW und damit keine Privilegierung vor – eine solche wäre auch unserer Ansicht nach gleichheitswidrig –, so besteht auch kein Grund, die Teilregelung des Satzes 3 für verfassungswidrig und nichtig zu erklären (dazu II.).

\* Beschluss mit amtlichen Leitsätzen und Gründen (Senatsmehrheit) bereits abgedruckt in BayVBl. 2015, 445 ff.