

Schriften zur Rechtslehre

Heft 35

Gesetzesbindung und
„Richtigkeit“ der Entscheidung

Eine Untersuchung zur juristischen Methodenlehre

Von

Dr. Ingwer Ebsen



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

INGWER EBSEN

Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung

Schriften zur Rechtslehre

Heft 35

Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung

Eine Untersuchung zur juristischen Methodenlehre

Von

Dr. Ingwer Ebsen



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03119 9

Vorwort

Die hier vorgelegte Arbeit wurde im Herbst 1972 als Dissertation der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz vorgelegt. Danach erschienenes Schrifttum wurde nur in wenigen Fällen in den Anmerkungen berücksichtigt.

Dies hielt der Verfasser schon deshalb für vertretbar, weil ohnehin nicht der Versuch unternommen wurde, die schier unübersehbare Literatur zum Thema auch nur annähernd vollständig anzuführen. Wichtiger als systematische Literaturverarbeitung erschien das Ziel, durch möglichste Kürze der Darstellung die im heutigen Wissenschaftsbetrieb sowieso überforderte Verarbeitungskapazität des Lesers zu schonen.

Mainz, im Februar 1974

Ingwer Ebsen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	9
-------------------------	---

Erstes Kapitel

Ein Begriff der Verbindlichkeit für die Rechtspraxis

I. „Sollen“ in der rechtstheoretischen Diskussion	12
1. Versuche, objektives Sollen zu begründen	13
a) Der materiale Ansatz	13
b) Der formale Ansatz	18
2. Leugnung objektiven Sollens	20
II. „Verbindlichkeit“ als Kürzel ohne metaphysische Bedeutung	21

Zweites Kapitel

Das bindende Gesetz und die Methode der Gesetzesauslegung

I. Der Begriff des bindenden Gesetzes	31
II. Der Begriff der Gesetzesauslegung	34
1. Die Alternativen	34
2. Kritik der Lehre vom umfassenden Auslegungsbegriff	37
a) Kritik der Behauptung, inhaltlich gebundene und selbständig wertende Rechtsfindung seien untrennbar	37
b) Rechtspolitische Kritik des umfassenden Auslegungsbegriffs ..	40
3. Der enge Auslegungsbegriff	42
4. Die Funktion des Wortlautes	44
5. Ergebnis	46

*Drittes Kapitel***Abweichung vom Gesetz**

I. Die Verbindlichkeit der Gesetze und die „Richtigkeit“ der Entscheidungen	47
II. „Gesetz und Recht“, Art. 20 III GG	48
III. Fälle der Abweichung vom Gesetz	50
1. Abweichung mit Rücksicht auf ein anderes Gesetz	50
2. Abweichung vom Gesetz aufgrund gesellschaftlicher Anschauungen	51
a) Die maßgeblichen gesellschaftlichen Anschauungen	51
b) Das Verhältnis: Gesetzgeber — gesellschaftliche Anschauungen	52
aa) Die bewußte Entscheidung des Gesetzgebers gegen gesellschaftliche Anschauungen	53
bb) Wandel gesellschaftlicher Verhältnisse und Anschauungen	54
3. Abweichung vom Gesetz aufgrund materialer Kriterien	55
Zusammenfassung	59
Literaturverzeichnis	61

Einleitung

Die juristische Methodenlehre ist seit den Angriffen von *Binding*, *Wach* und *Kohler*¹ auf die bis dahin vorherrschende Auffassung, Gesetzesauslegung sei Ermittlung des Gesetzgeberwillens², mit dem Streit zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Auslegungstheorie beschäftigt, ohne daß sich eine prinzipielle Lösung durchsetzen konnte. Die Gerichte verfolgen mit weitgehender Zustimmung der Lehre eine „vermittelnde“ Methode, wonach der „objektivierte Gesetzgeberwille“ Ziel der Auslegung sei³. Daneben werden die subjektive und die objektive Auslegungstheorie auch heute noch offen, wenn auch in moderner Terminologie, vertreten. *Krieles* „Theorie der Rechtsgewinnung“ etwa ist letztlich eine subjektive Auslegungslehre, da nach ihr rechtspolitische Erwägungen dann für die Richter abgeschnitten sind, wenn eine Entscheidung des Gesetzgebers ermittelt werden kann⁴, während *Essers* „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“ den Versuch darstellt, die objektive Auslegungstheorie als allein dem Wesen des Auslegungsprozesses angemessen zu erweisen⁵.

Die Dauer der Auseinandersetzung und das relativ magere Ergebnis (im Sinne eines gefundenen Konsenses) verwundern nicht, wenn man sich vergegenwärtigt, daß unter dem Deckmantel der Frage, wie die Gesetze richtigerweise auszulegen sind, das Problem der Legitimation der richterlichen Entscheidung im Streit ist. Jedenfalls ging es in der Entstehungszeit der objektiven Auslegungstheorie konkret um die Frage, ob die Richter bei ihren Entscheidungen an die gesetzgeberischen Entscheidungen gebunden sind oder nicht⁶. Und auch in neueren Stellungnahmen zur Auslegungstheorie spielt das Problem der Legitimation eine zentrale Rolle⁷.

¹ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, S. 450 ff.; *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, S. 254 ff.; *Kohler*, Über die Interpretation von Gesetzen, Grünhuts Zeitschr. Bd. 13 (1886), S. 1 ff.

² *Windscheid*, Pandekten, S. 51 u. öfter; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, S. 230 ff.; *Regelsberger*, Pandekten, S. 143.

³ Vgl. als Beispiel BGHZ 46, 74 (76) mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung. Dazu daß diese Methode in Wahrheit doch eine „objektive“ ist, siehe unten S. 36.

⁴ S. 195; dazu auch unten S. 47, FN 4.

⁵ Vgl. unten Kap. 2, Abschnitt I 1 a.

⁶ *Binding*, a.a.O., FN 1, S. 455; *Kohler*, a.a.O., FN 1, S. 1.

⁷ Vgl. etwa *Liver*, Der Wille des Gesetzes, S. 4; *Germann*, Grundlagen der

Warum stellt sich der Legitimationsstreit nicht so dar, wie man ihn aus der neuzeitlichen Naturrechtsdiskussion kennt: als Frage der Verbindlichkeit der Gesetze⁸? Es ist sicherlich nicht möglich, hierfür eine zwingende Erklärung zu finden, die andere Deutungen ausschliesse. Jedoch gibt nach Ansicht des Verfassers die historische Situation, aus der heraus die objektive Auslegungstheorie entstanden ist, einen Anhaltspunkt. Es ist zugleich die Zeit, in der — knapp und daher vergrößernd ausgedrückt — *Merkel* eine Theorie und *Bergbohm* die Ideologie des Rechtspositivismus artikulierten⁹. Für denjenigen, der nicht an absolute Gerechtigkeitskriterien glaubte, war es in einem solchen geistigen Klima schwierig, eine Legitimation für Abweichungen der Richter vom Gesetz zu finden, und noch schwieriger, ein solches Konzept in die herrschenden rechtstheoretischen Strömungen einzubringen. Leichter war es da, beim Gesetzesbegriff selbst anzusetzen. Wenn das Gesetz „denkt und will, was der vernünftig auslegende Volksgeist aus ihm entnimmt“¹⁰, so wird eine Abweichung vom Gesetz zur Erzielung gerechter und vernünftiger Ergebnisse überflüssig¹¹.

Mit dieser Sicht der Funktion der objektiven Auslegungstheorie, unter der Herrschaft des Rechtspositivismus Gerichtsentscheidungen zu ermöglichen, die ihrer Zeit angemessen sind, auch wenn eine gesetzgeberische Regelung veraltet oder von vornherein verfehlt ist, stellt sich allerdings die Frage nach ihrer Rechtfertigung unter anderen — den heutigen — Bedingungen. Heute ist praktisch unbestritten, daß die Richter unter gewissen Voraussetzungen von gesetzgeberischen Entscheidungen abweichen können¹², so daß zu fragen ist, welche Funktion es heute hat, das Problem der Verbindlichkeit der gesetzgeberischen Entscheidung als ein solches der Gesetzesauslegung zu behandeln. Dieser Frage unter dem Gesichtspunkt der Legitimation der richterlichen Entscheidung nachzugehen, ist ein zentrales Anliegen der vorliegenden Arbeit.

Logisch vorrangig vor dem Problem der Legitimation der Abweichung von einer gesetzgeberischen Entscheidung ist die Frage nach dem Grund

Rechtswissenschaft, S. 84 ff.; Methodische Grundfragen, S. 36 ff.; *Stratenwerth*, Festschr. Germann, S. 258.

⁸ Nachweise bei *Verdross*, Abendländische Rechtsphilosophie, S. 108 ff.

⁹ *Merkel*, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, *Grünhuts Zeitschr.* Bd. 1 (1874), S. 1 ff. und 402 ff.; *Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*.

¹⁰ *Binding*, a.a.O. (FN 1), S. 456 f.

¹¹ Vgl. auch die Bemerkung von *Kaufmann - Hassemer*, Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 43, daß die subjektive und die objektive Auslegung die im 19. Jahrhundert einzigen Standpunkte gewesen seien zu der Frage, in welcher Weise das Gesetz den Richter determiniere.

¹² Vgl. unten S. 36, 47.

der Verbindlichkeit der Gesetze. Diese Frage mag vordergründig wenig praktische Bedeutung haben, da die grundsätzliche Verbindlichkeit der Gesetze für die Praxis „selbstverständlich“ ist. Jedoch geht es hier wie mit den meisten Selbstverständlichkeiten: einmal problematisiert verwandeln sie sich in Abgründe. Es ist aber auch aus praktischen Gründen erforderlich zu untersuchen, ob und mit welchem Inhalt der Begriff der Verbindlichkeit von Gesetzen verwendet werden kann, denn eine solche Feststellung bildet die notwendige Basis für Überlegungen, ob und unter welchen Voraussetzungen von Gesetzen abgewichen werden kann. Hierbei werden grundsätzliche wissenschaftstheoretische und — wenn man so will — weltanschauliche Positionen berührt, über die sich kaum streiten läßt. Dem Verfasser geht es darum, einen Begriff der Verbindlichkeit der Gesetze darzustellen, der nicht davon abhängt, daß man an objektiv existierende (oder geltende) Werte glaubt¹³. Dabei kann auf die Arbeiten der sog. „Schule von Uppsala“¹⁴ und des Dänen *Alf Ross* zurückgegriffen werden, denen gemeinsam ist, daß in ihrer Erklärung des Rechts als gesellschaftlicher Einrichtung ein „Verbindlichkeitserlebnis“ bei Richtern und Rechtsgenossen eine wichtige Rolle spielt, während sie eine dem Erlebnis entsprechende Verbindlichkeit leugnen¹⁵.

Auf der Grundlage der zu entwickelnden Begriffe von Verbindlichkeit, Gesetz, Auslegung soll im Ansatz ein Rechtsfindungskonzept dargestellt werden, in welchem die Legitimation der richterlichen Entscheidung im Vordergrund steht. Erst, wenn die Gerichte erklären, auf welche Instanz — sei es ein Gesetzgeber, seien es gesellschaftliche Anschauungen oder eigene Wertüberzeugungen — sie ihre Entscheidung stützen, ist eine Überprüfung der Legitimationsgrundlage möglich.

¹³ Vgl. dazu auch *Fikentscher*, Festschr. Carl Heymanns Verlag, S. 156 ff.; im Gegensatz zu *Fikentscher* sieht der Verfasser zwischen dem Glauben an „fraglose“ Werte und „wertfreiem“ Judizieren die Möglichkeit des nicht mehr naiven, der Fragwürdigkeit aller Wertung stets bewußten Akzeptierens von Werten.

¹⁴ *Hägerstrom, Lundstedt, Olivecrona*; vgl. unten Kap. 1, Abschnitt I 2.

¹⁵ Vgl. dazu auch *H. H. Vogel*, Der skandinavische Rechtsrealismus, S. 38 ff.