

Die Rechtsprechung - ein Spiegel der Gesellschaft*

G. Hirsch

Warum hat der Berufsverband der Anästhesisten zu seinem 40. Geburtstag den Präsidenten des Bundesgerichtshofes um einen Vortrag gebeten? Als Repräsentanten einer "feindlichen Macht"? Oder als Personifizierung eines Prozesses, den man als "Verrechtlichung der Medizin" bezeichnet hat und der nach Meinung vieler darauf hinausläuft, das Recht als Instrument zur Domestizierung der Heilkunde einzusetzen? Inzwischen ist die Dominanz des Rechts ja auch in anderen Disziplinen so stark geworden, daß man etwa von einer Verrechtlichung der Technik oder der Ökonomie, ja selbst von einer Verrechtlichung der Ethik spricht, obwohl doch eigentlich umgekehrt die Ethik das Recht prägen und dominieren sollte.

Ihr Fachgebiet, die Anästhesie, war allerdings von Anfang an dem Recht in besonderer Weise verhaftet. Es etablierte sich vor fast 50 Jahren auch aus juristischen Gründen als eigenes Fachgebiet; Juristen waren seine Geburtshelfer und Wegbegleiter. An herausragender Stelle ist hier *Walther Weißbauer* zu nennen, der mit einem bahnbrechenden Gutachten zur "Arbeitsteilung und Abgrenzung der Verantwortung zwischen Anästhesist und Operateur" 1962 den Anspruch der Anästhesie, selbständiges, von der Chirurgie unabhängiges Fachgebiet zu sein, gegen andere Juristen durchgefochten hat, unterstützt von Ärzten, die mehr von der Idee des Rechts verstanden als so mancher Jurist. Ich selbst bin Ihrem Fachgebiet freundschaftlich und wissenschaftlich verbunden seit den Zeiten, in denen ich als junger Mitarbeiter von Herrn *Weißbauer* im Bayerischen Staatsministerium der Justiz den interdisziplinären Reiz des Medizinrechts entdeckt habe.

Heute nimmt Ihr Fachgebiet längst den ihm gebührenden Platz ein in der Medizin, und zwar nicht nur am Operationstisch, sondern etwa auch bei der Organisation der Intensiv- und Notfallmedizin und im Medizinmanagement. Inzwischen hat aber auch die Anästhesie lernen müssen, daß mit der Unabhängigkeit rechtliche Verantwortlichkeit - juristisch formuliert: Haftung - verbunden ist, die von der Rechtsprechung mehr und mehr ausgedehnt, vielleicht in Einzelfällen auch überdehnt wurde. Anforderungen an die *lex artis*, Sorgfaltspflichten, prä- und postoperative Aufklärungspflichten, Organisationspflichten, Nachsorgepflichten - das Spiegelbild dieses Pflichtenkatalogs ist das Haftungsrisiko des Arztes. Auf diesem

Hintergrund ist die in meinem Thema steckende Frage berechtigt, welchem Leitstern denn die Rechtsprechung ihrerseits verpflichtet ist.

Ist sie - wie das Thema meines Vortrages dadurch signalisiert, daß es nicht mit einem Fragezeichen endet - nur Spiegel der Gesellschaft, darf oder muß sie sich darauf beschränken, gesellschaftliche Vorstellungen und Stereotypen zu reflektieren? Oder hat die Rechtsprechung nicht vielmehr auch die Aufgabe, selbst Leitbilder zu entwickeln und gesellschaftlichen Fehlentwicklungen gegen zu steuern?

Lassen Sie mich die Frage, ob das Thema nicht mit einem Fragezeichen versehen sein müßte, am Ende meiner Ausführungen wieder aufgreifen. Ihre Beantwortung setzt eine Analyse des Wesens, der Aufgaben und der Grenzen der Rechtsprechung in unserer Zeit voraus, also sozusagen der Theorie und Praxis der dritten Gewalt.

I. Was ist Rechtsprechung?

Der Müller *Christian Arnold* war Erbpächter der Krebzmühle zu Pommerzig, das heute in Polen direkt an der deutschen Grenze liegt. Im Jahre 1770 ließ ein Junker am Oberlauf des Baches, an dem die Mühle lag, Karpfenteiche anlegen, so daß der Bach Wasser verlor und der Betrieb der Mühle unrentabel wurde. Der Müller klagte deswegen gegen den Junker - ohne Erfolg. 1778 wurde die Mühlen-Erbpacht schließlich versteigert und der erwähnte Junker erwarb sie. Daraufhin steckte der Müller 1779 an der Bittschriftenlinde zu Potsdam dem König einen Bittbrief zu. Friedrich II. nahm sich des Anliegens an und veranlaßte eine Schadensersatzklage zugunsten des Müllers gegen den Junker. Aber sowohl das Landesgericht in Küstrin als auch - auf Rekurs des Königs hin - das Kammergericht in Berlin wiesen die Klage ab.

Daraufhin bestellte der König die drei zuständigen Richter des Kammergerichts zu sich ins Schloß, verhörte sie streng und ließ sie verhaften. Ebenso erging es vier Richtern aus Küstrin und dem Richter des Patrimonialgerichts von Pommerzig, weil - so Ihre Königliche Majestät - die Abweisung der Schadensersatzklage eine "grobe Ungerechtigkeit" sei, gegen die ein Exempel zu statuieren sei. Der König diktierte zu Protokoll:

"Wo die Justiz-Collegia nicht mit der Justiz ohne alles Ansehen der Person und des Standes gerade durch gehen, sondern die natürliche Billigkeit bei Seite setzen, so sollen sie es mit Sr.K.M. zu thun kriegen. Denn ein Justiz-Collegium, das Ungerechtigkeiten ausübt, ist

* Nach dem Festvortrag auf der Jubiläumsveranstaltung „40 Jahre BDA“ am 16. Juni 2001 in Nürnberg

Meinem Mentor und Freund Walther Weißbauer zum 80. Geburtstag.

40 Jahre BDA

gefährlicher und schlimmer, wie eine Diebesbande, vor die kann man sich schützen, aber vor Schelme, die den Mantel der Justiz gebrauchen, um ihre üblen Passiones auszuführen, vor die kann sich kein Mensch hüten. Die sind ärger, wie die größten Spitzbuben, die in der Welt sind, und meritiren eine doppelte Bestrafung."

Als das Kammergericht sich weigerte, die verhafteten Richter zu verurteilen, zog der König das Verfahren an sich, sprach zwei Richter frei und verurteilte die anderen zu einem Jahr Festungshaft und zur Zahlung von Schadensersatz an den Müller *Christian Arnold*, der außerdem seine Mühle zurück erhielt. Die Massen jubelten ob des Gerechtigkeitssinnes ihres Königs, die Richterschaft war schockiert. Letztendlich konnte aber auch die Justiz zufrieden sein, der Fall des Müllers *Arnold* war nämlich Auslöser der Kodifikation des Allgemeinen Preußischen Landrechts und ein Markstein auf dem Weg zur verfaßten Unabhängigkeit der Richter.

In der Rechtsgeschichte wird der Fall des Müllers *Arnold* mit der Frage verbunden, ob sich Richter, die im Namen des Königs Recht sprechen, gegen diesen König stellen durften. Aktuell gefragt: Müssen Richter, die ihre Urteile "im Namen des Volkes" verkünden, den Konsens mit der öffentlichen Meinung, mit der "Gesellschaft" suchen?

Ausgangspunkt jeder modernen Lehre vom Staat und der Strukturierung seiner Macht ist die Trennung der drei Gewalten nach Legislative, Exekutive und Judikative. Nach *Montesquieu*, der in seinem Hauptwerk "*De l'esprit des lois*" 1748 die Gewaltenteilung erstmals zum Verfassungsgebot erhoben, dogmatisch begründet und gegen den Absolutismus gesetzt hat, muß der Staat in einem allseits gefährdeten Gleichgewicht gehalten werden, in dem sich die drei Gewalten gegenseitig kontrollieren und beschränken. Die Gerichte sind die Gewalt, die der Gewalt das Recht streitig macht.

Aufgabe der Gerichte ist in diesem System von *check and balances* die Rechtsprechung, also das Recht, das der Gesetzgeber niedergeschrieben hat, für den konkreten Fall auszusprechen. Der Richter hat Lebenssachverhalte in all ihrer Vielfalt und Unterschiedlichkeit unter abstrakt-generelle Normen zu subsumieren. Er gibt dem toten Buchstaben des Gesetzes Leben in der Rechtswirklichkeit; er wendet das Recht nicht nur an - das tut auch die Verwaltung -, sondern er verschafft ihm im Einzelfall die letzte Autorität.

Dreh- und Angelpunkt der Rechtsfindung ist die Auslegung des Gesetzes, ihr angestrebtes Ziel ist die Gerechtigkeit.

II. Pflicht zur Auslegung

Dem Richter kommt nach *Montesquieu* die Rolle zu, der Mund zu sein, der die Worte des Gesetzes ausspricht - nicht mehr. Es sei nicht Sache der Richter, Gesetze auszulegen, sondern nur, sie anzuwenden - so ein Zeitgenosse von *Montesquieu* aus Italien, *Cesare Beccaria*. Nach ihm ist es noch immer besser, einen ab-

solut regierenden Landesherrn zu haben, als wenn der Bürger als Sklave auslegungswütiger Richter einer Vielzahl "kleiner Tyrannen und Unterobrigkeiten" ausgeliefert ist. Unklarheiten des Wortlauts eines Gesetzes müsse der Gesetzgeber beseitigen, nicht der Richter.

Kaum waren somit die Richter dank der Aufklärung in den Stand einer eigenen Staatsgewalt erhoben, bestritt man ihnen im Namen derselben Staatsphilosophie ihr bisheriges Machtmittel und Handwerkszeug: die Gesetzesinterpretation.

Dies ist Geschichte, die jedoch immer noch in unsere Zeit hineinwirkt. So ist z.B. die enge Bindung an den Wortlaut einer Norm im angelsächsischen Gerichtssystem Ausdruck des Respekts der dritten Gewalt vor dem Gesetzgeber als dem obersten Souverän. In Diktaturen dagegen - so auch in der ehemaligen DDR - war die strikte Bindung der Richter an den Buchstaben der Gesetze, die von einer zentral gesteuerten Gesetzgebungsmaschinerie laufend auf Linie gehalten wurde und Maßnahmecharakter hatte, Ausdruck der Angst vor Selbständigkeit, Eigenverantwortung und Unabhängigkeit.

In Deutschland haben sich die Richter - mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts - weitreichende Auslegungskompetenzen gesichert. Die Richter des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg gehen zum Teil noch weiter und orientieren in Zweifelsfällen ihre Auslegung am *effet utile*, also an der "nützlichen Wirkung" einer Norm.

Gesetzesauslegung ist somit dem Richter nicht nur erlaubt, sondern geboten. Denn von Naturgesetzen unterscheiden sich staatliche Gesetze durch ihre prinzipielle Beliebigkeit. Für Juristen ist eben zwei und zwei nicht unbedingt vier, sondern eine Größe innerhalb eines Auslegungsspielraumes, der von dreieinhalb bis viereinhalb reicht. Dies macht den Umgang mit ihnen für Nichtjuristen so schwierig.

Der Richter hat somit innerhalb des Interpretationsrahmens durch Auslegung die normative Aussage zu finden, die den konkreten Fall löst. Hierfür steht ihm eine gefestigte Methodik zur Verfügung, die mit den Stichworten "Wortlaut der Norm", "Wille des Gesetzgebers" und "Teleologie" angedeutet sei. Noch immer gilt der klassische Ansatz von *Savigny*, wonach Auslegung "die Rekonstruktion des klaren oder unklaren Gedankens ist, der im Gesetz angesprochen wird, insofern er aus dem Gesetz erkennbar ist."

Welche Spielräume die Auslegung bietet, zeigt das Beispiel des ärztlichen Heileingriffs, der spezialgesetzlich nicht geregelt ist. In einem ersten Schritt hat das Reichsgericht vor 105 Jahren den ärztlichen Eingriff als Körperverletzung im Sinne des Straf- und Zivilrechts (§ 223 ff. StGB; § 823 Abs. 1 BGB) interpretiert, und zwar auch dann, wenn er indiziert und kunstgerecht durchgeführt ist. Diese "Gleichsetzung des Skalpells des Arztes mit dem Dolch des Messerstechers" stieß nicht nur in der Ärzteschaft auf heftige Kritik, blieb jedoch bis heute Ausgangspunkt der Arzthaftung.

Eingriffe in die Körperintegrität lösen eine Schadensersatz- und Schmerzensgeldpflicht aus, es sei denn, sie

sind gerechtfertigt. Gerechtfertigt ist ein ärztlicher Eingriff, wenn er *lege artis* durchgeführt wird und von der Einwilligung des Patienten gedeckt ist. Die Einwilligung setzt zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß sie in Kenntnis ihrer Tragweite erteilt wird. Dies ist der Rechtsgrund der ärztlichen Aufklärungspflicht, die ihrerseits durch die Rechtsprechung fortlaufend konkretisiert und ausdifferenziert wurde. So wurde z.B. die Pflicht zur Aufklärung von Risiken kontinuierlich verschärft; bestand sie ehemals nur ab einer Risiko-Wahrscheinlichkeit von über 5%, wird heute eine Aufklärung auch über extrem seltene Risiken gefordert, so sie denn eingriffsspezifisch sind.

Die Arzthaftung ist ein gutes Beispiel für die Macht der Rechtsprechung, bei der Anwendung des abstrakt und generalklauselartig gefaßten Gesetzes durch zielorientierte Auslegung, der durchaus auch voluntative Elemente innewohnen, ein ganzes System zu entwickeln. Auch wenn dieses Richterrecht von den Betroffenen, also hier den Ärzten, nicht durchweg akzeptiert wird, deckt es sich in seinen Ergebnissen doch mit der "öffentlichen Meinung" und wurde vom Gesetzgeber - dem wiederholt vorgeschlagen wurde, den ärztlichen Heileingriff spezialgesetzlich zu regeln - dadurch immanent gebilligt, daß er in Kenntnis des Richterrechts keinen Handlungsbedarf sah.

III. Kompetenz zur Rechtsfortbildung

Die Pflicht des Richters zur *Auslegung* der Gesetze ruht auf festem Fundament; dies gilt nicht für die *Fortbildung* des Rechts. Denn hier betritt man die verminten Grenzzone, die die dritte Gewalt von der ersten, der Gesetzgebung scheidet. Der Richter hat die Prärogative des Gesetzgebers zu respektieren, er darf sich nicht zum Ersatz- oder Obergesetzgeber aufschwingen. Er hat das gesetzte Recht anzuwenden und bei Bedarf zu diesem Zweck auszulegen, nicht aber Recht zu setzen.

Aber: Das Gesetz ist starr, es ist den Tatsachen und Vorstellungen zum Zeitpunkt seines Erlasses verhaftet, das Leben aber fließt, *panta rhei* (Heraklit), die von der Justiz zu entscheidenden Lebenssachverhalte entwickeln sich in vielen Bereichen immer weiter weg vom Vorstellungshorizont des Gesetzgebers.

Was soll nun ein Richter tun, wenn er Lücken im Gesetz feststellt oder die geschriebenen Regeln für die Lebenswirklichkeit nicht mehr passen? Was tun, wenn etwa das Gesetz Schriftform fordert, der Rechtsverkehr aber längst elektronisch abgewickelt wird? Was tun, wenn eine Ehefrau nach dem Tode ihres Mannes die Implantation ihrer konservierten befruchteten Eizelle verlangt? Was tun bei der rechtlichen Beurteilung telemedizinischer Fragen?

Die Aufgabe des Richters, Recht zu sprechen, verbietet ihm grundsätzlich, die Entscheidung einer Streitfrage zu verweigern. Dieses insbesondere im französischen Recht entwickelte Verbot der Rechtsverweigerung ("*déni de justice*") gibt dem Richter die Kompetenz, das Recht erforderlichenfalls fortzuentwickeln und Lücken zu füllen, etwa durch Analogien.

Diese Kompetenz versteht sich nicht von selbst. Scheint es doch auf den ersten Blick durchaus paradox, daß Richter, die dem gesetzten Recht unterworfen sind, zugleich die Kompetenz haben sollen, dieses Recht fortzubilden und damit in gewissem Sinne selbst die Normen zu schaffen, an die sie gebunden sind. Diesen Zwiespalt brachte der Richter am US-Supreme Court *Hughes* treffend auf den Punkt: "We, the judges, we are under the constitution, but the constitution is, what the judges say, it is."

Der Richter war - entgegen der Forderung von *Montesquieu* - in Europa niemals lediglich "*la bouche qui prononce les paroles de la loi*" (der Mund, der die Worte des Gesetzes verkündet). Dies hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht betont und darauf verwiesen, daß das römische Recht, das englische *common law* und das gemeine Recht weithin richterliche Rechtsschöpfung waren.

Damit darf jedoch nicht die Tür geöffnet werden zu einer Diktatur der Richter. Man mag in Einzelfällen trefflich streiten, ob ein Rechtsspruch die Grenze vom zulässigen Richterrecht zu unzulässiger Rechtsschöpfung überschritten ist. Wichtig ist, daß Richter sensibel sind für diese Grenzproblematik und sich bewußt sind, daß ihre Legitimation schwindet, je weiter sie sich vom Buchstaben des Gesetzes entfernen.

Als Beispiel für Rechtsfortbildung durch Richterrecht sei die Beweislast in der Arzthaftung genannt.

Häufig entscheidet über den Erfolg oder Mißerfolg einer Klage die Frage, wer was im Prozeß zu beweisen hat. Ausgangspunkt ist der Grundsatz, daß derjenige, der einen Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld geltend macht, sämtliche Voraussetzungen beweisen muß. Hiernach hätte z.B. der Patient, der Forderungen wegen eines ärztlichen Kunstfehlers erhebt, einen Behandlungsfehler, Fahrlässigkeit des Arztes, den Schaden sowie die Ursächlichkeit des Fehlers für den Schaden zu beweisen. Diesen Grundsatz hat die Rechtsprechung mehr und mehr aufgeweicht und das beweisrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Patienten umgedreht.

So reicht es für die Annahme, daß ein Behandlungsfehler weitere Schäden und Beschwerden verursacht hat (sog. haftungsfüllende Kausalität), wenn dies behauptet wird und hierfür eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht.

Weist ein bestimmter Schaden typischerweise auf einen Behandlungsfehler hin, genügt der Anscheinsbeweis für die Kausalität. Dies hat die Rechtsprechung z.B. bei einer HIV-Infektion nach Bluttransfusion von einem AIDS-kranken Spender angenommen.

Bei groben Behandlungsfehlern greifen Beweiserleichterungen bis hin zur völligen Beweislastumkehr. Dies gilt auch für Mängel bei der Erhebung und Aufbewahrung von Befunden und bei Dokumentationsmängeln.

Für eine ausreichende Aufklärung des Patienten schließlich trägt nicht der Patient, sondern der Arzt die volle Beweislast. Dieser Beweispflicht kann er in der Praxis häufig nur durch eine Kombination von mündlicher und schriftlicher Information nachkommen.

40 Jahre BDA

Hierzu hat *Weißbauer* ein System der Stufenaufklärung entwickelt, das sowohl den Interessen der Patienten auf Selbstbestimmung wie dem Interesse der Ärzte auf forensische Absicherung Rechnung trägt.

IV. Rechtsprechung im europäischen Integrationsprozeß

Stellt man die Frage nach den Wechselwirkungen zwischen der Gesellschaft und der Rechtsprechung, kann die europäische Dimension nicht unerwähnt bleiben. Europa hat zwar eine eigene Jurisdiktion, den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg, in den jeder Mitgliedstaat einen Richter entsendet. Da jedoch Europarecht von den nationalen Behörden und Gerichten unmittelbar anzuwenden ist und im Kollisionsfall grundsätzlich Vorrang vor nationalem Recht hat, ist jeder nationale Richter auch Gemeinschaftsrichter. Bedenkt man, daß inzwischen mehr als die Hälfte der nationalen Gesetze unmittelbar oder mittelbar auf Europarecht beruht - im Bereich des Wirtschaftsrechts sind dies gar 80 % -, wird deutlich, daß nationale Richter in großem Umfang Europarecht auslegen und anwenden, häufig indirekt und ohne zu wissen, daß etwa eine nationale Regelung, die sie anwenden, lediglich eine europarechtliche Richtlinie umsetzt.

Der Richter ist also zwar nach wie vor nationaler Hoheitsträger, er ist jedoch nicht mehr nur dem nationalen Recht verpflichtet, sondern auch der supranationalen, autonomen Rechtsordnung der Europäischen Union.

Wir sollten uns deutlich vor Augen führen, daß die Zeiten vorbei sind, in denen die Rechtsprechung als Spiegelbild einer geschlossenen, national homogenen Gesellschaft diskutiert werden kann. Der klassische, vollsouveräne Staat des 19. und 20. Jahrhunderts hat in Europa abgedankt - wie übrigens die Reaktion der europäischen Staaten auf die Bildung einer demokratisch legitimierten Regierung in Österreich überdeutlich zeigt. Selbst Kernbereiche staatlicher Souveränität wie etwa die Organisation der Streitkräfte oder die Struktur der Gesundheits- und Sozialsysteme sind europarechtlich kontaminiert.

Konrad Hesse, der Nestor der deutschen Staatsrechtswissenschaft, schrieb der rückwärtsgewandten deutschen Staatsrechtslehre vor wenigen Monaten mit analytischer Präzision ins Stammbuch, wie sehr sich die traditionellen Kategorien von Staat, Souveränität und Kompetenzen auf unserem Kontinent geändert haben. Nach *Konrad Hesse* hat die deutsche Staatsrechtslehre diese grundstürzenden Veränderungen noch nicht verinnerlicht, sie lebe immer noch "von dem Gedanken gut einer Welt, die nicht mehr die unsere ist und die, wie wir immer deutlicher sehen, in den tiefen Wandlungen des ausgehenden 20. Jahrhunderts ihren Untergang gefunden hat. Über ihre Grundlagen, bisher als gesichert geltende Bestandteile der Staats- und Verfassungslehre, ist die Geschichte hinweggegangen." Dies mag man begrüßen oder bedauern - bestreiten kann man es schwerlich.

Die Europäische Gemeinschaft befindet sich in einem dynamischen Integrationsprozeß auf der Achse zwischen einem bloßen völkerrechtlichen Staatenbund und einem souveränen Bundesstaat. Sie kann nicht, noch nicht definitiv staats- und völkerrechtlich definiert werden, ihr Endziel, ihre "Finalität" ist offen. Aber daß sie mehr ist als eine Art gesteigerte Freihandelszone, dies ist Realität. Ob dies nun bedeutet, daß die Europäische Gemeinschaft bereits eigene (spezifische) oder nur geliehene Souveränität hat - diese Diskussion unter deutschen Verfassungsrechtlern erinnert an jenen deutschen Professor, der sein Lebenswerk dem Nachweis widmete, daß nicht *Homer* die *Odyssee* und *Ilias* geschrieben hat, sondern ein anderer, der zur gleichen Zeit lebte und zufällig auch *Homer* hieß.

In diesem Prozeß hat sich auch die Rolle der Richter in Europa gewandelt; die nationale Gerichtsbarkeit wurde "europäisiert" und in ein Kooperationsverhältnis zum Europäischen Gerichtshof gestellt. Sollte die Rechtsprechung ein Spiegelbild der Gesellschaft sein - und sie ist es zumindest teilweise -, dann kann sich in ihr nicht mehr nur eine nationale Gesellschaft spiegeln, sondern eine vielgestaltige, vielsprachige mit unterschiedlichen Interessen, historischen Erfahrungen und kulturellen Wurzeln. Der Spiegel hat viele Facetten bekommen. Er reflektiert Traditionen und Interessen aus vielen Ländern und Regionen zwischen Sizilien und dem Nordkap, zwischen den überseeischen Gebieten Frankreichs und bald Warschau.

Was dies für die Richter in Europa bedeutet, soll am Beispiel der Grundrechte beleuchtet werden:

Ein Jahrtausend lang war die Heiligkeit der alten Institutionen, insbesondere von Kirche und Reich, mit ihrem von Gott abgeleiteten Verbindlichkeitsanspruch die absolute Autorität. Staatliche Gesetzgebung war ihren Dogmen verpflichtet; sie zielte auf Verbote und Gebote, getreu ihrem Archetyp: Die 10 Gebote gaben den Menschen eben keine Rechte.

Als diese Leitfunktion des kirchlichen und staatlichen Absolutismus mit den Ideen der französischen Revolution unterging, wurde das Vakuum gefüllt durch neue, profane Dogmen. Die Menschenrechte waren die zwischen Glaubenslehre und Gesetzgebung angesiedelte Frucht der Aufklärung.

Dem Wechsel der legitimationspendenden Autoritäten entsprechend wandelte sich die Zielrichtung der Grundrechte. Waren die Gebote der Kirche und die ihnen dienenden weltlichen Gesetze auf Unterwerfung und Gehorsam und damit letztlich auf Machterhalt der Institution gerichtet, schützten die neuen Rechte die Bürger vor und gegen den Staat. Die "natürlichen, unveräußerlichen und heiligen Rechte des Menschen" (französische Verfassung von 1791), also die Rechte, die seine Würde, seine Freiheit und seine Gleichheit garantieren, waren fast 200 Jahre lang Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt. So haben sie auch die Väter des Grundgesetzes verstanden, als sie nach der Katastrophe des Dritten Reiches einen der modernsten Grundrechtskataloge der Welt formulierten.

Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht der Abwehrfunktion der deutschen Grundrechte eine weitere und weiterreichende Funktion zur Seite gestellt. Grundrechte sind auch der Ausdruck einer objektiven Werteordnung der Gesellschaft und verpflichten den Staat auf diese Werte. Sie geben den Bürgern damit Ansprüche auf Fürsorge und Schutz. Sie zielen nicht nur auf ein Unterlassen des Staates, sondern können ihn auch zum Handeln verpflichten. Nicht nur der Rechtsstaat, auch der Sozialstaat wird durch Grundrechte definiert. In einem kürzlich erschienenen Artikel eines angesehenen Verfassungsrechtlers wurde bereits diskutiert, ob es nicht ein darüber hinausgehendes Verfassungsprinzip gibt, das den Staat zur "Güte" verpflichtet, zu "Wohllöben" und zu Geschenken gegenüber seinen Bürgern.

Mit dieser Verfassungslage ist der deutsche Richter vertraut. Sie ist juristisch, politisch und gesellschaftlich akzeptiert und reflektiert sich in ständiger Rechtsprechung. Nun wurde aber auf dem europäischen Gipfel in Nizza im Dezember 2000 eine europäische Charta der Grundrechte proklamiert.

Zwar hat der Europäische Gerichtshof bereits seit Jahrzehnten im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung europäische Grundrechte entwickelt, nun aber soll ein geschriebener Katalog dieser Grundrechte den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten, soweit sie Gemeinschaftsrecht anwenden, verbindlich vorgegeben werden. Diese Charta ist noch nicht formell Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts, da in Nizza die strategische Kraft der nationalen Europapolitiken nicht für die Schaffung eines verbindlichen Grundrechtskatalogs reichte. Die Charta enthält jedoch den Bestand an Grundrechten, die auf der Grundlage übereinstimmender Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten die europäische Rechtskultur prägen und vom Europäischen Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung bereits angewendet werden.

Die europäischen Grundrechte decken sich in ihrem Kernbereich im wesentlichen mit den deutschen, sie weichen jedoch auch z.T. ab, insbesondere soweit sie unter der Überschrift "Solidarität" soziale Grundrechte und bloße Staatsziele, die keine subjektiven Rechte geben, vermischen.

Erwartet man vom nationalen Richter, in seinen Urteilen den gesellschaftlichen Konsens widerzuspiegeln, liegen seine Schwierigkeiten bei der Rezeption europäischer Grundrechte auf der Hand. Denn die Suche nach dem rechtsetzenden oder gesellschaftlichen Leitbild hinter einzelnen dieser Grundrechte wird häufig ein uneinheitliches Bild geben. So wissen wir z. B. recht genau, welche Konsequenz das deutsche Grundrecht auf Selbstbestimmung für die ärztliche Aufklärungspflicht hat oder wo die Grenzen von der Berufsausübung beschränkenden Regelungen verlaufen. Wir kennen das Verbot der aktiven Sterbehilfe und der Forschung mit embryonalen Stammzellen. Aber: Wie ist die Rechts- und Verfassungslage in anderen Mitgliedstaaten? Und wie sind die entsprechenden autonomen europäischen Grundrechte der Menschenwürde, der Selbstbestimmung, der Freiheit der Berufsausübung zu verstehen?

Die unterschiedlichen kulturellen Prägungen der Menschen in Europa hat sich im Verfassungskonvent, der die Grundrechts-Charta ausgearbeitet hat, schlaglichtartig bei der Diskussion der Meinungsfreiheit gezeigt. Die Spanier wollten eine ausdrückliche Festlegung, daß die Freiheit der Meinungsäußerung dort endet, wo die geäußerte Meinung die Ehre eines anderen verletzt. Die Skandinavier dagegen konnten mit der "Ehre" als Rechtsbegriff nichts anfangen.

V. Schluß

Diese Probleme führen zurück zu der eingangs zurückgestellten Frage, ob die Rechtsprechung Spiegel der Gesellschaft ist oder nicht.

Sieht man als Gesellschaft den Souverän, der im Sinne des berühmten Hauptwerks von *Jean Jacques Rousseau* (1762) "Der Gesellschaftsvertrag" den Staat konstituiert, so ist das Gesetz Spiegel des *volonté général*. Die Richter haben den in Gesetzen geronnenen Willen des obersten Souverän zu effektuieren und dem leblosen Buchstaben des Gesetzes Wirkung in der Fülle der Lebenssachverhalte zu geben.

Dies geht, wie festgestellt, nicht ohne Auslegung. In diesem Rahmen der Gesetzesinterpretation setzt der Richter Recht im materiellen Sinne und durchbricht damit in legitimer Weise die Gewaltenteilung.

Die Auslegung und Fortbildung des Rechts ist der Bereich, in dem der Richter Navigationshilfe braucht. Dieser Leitstern kann nicht kurzschlüssig die *vox populi* sein. Nicht Populismus ist Sache der Richter, sondern Realisierung der verfaßten Leitbilder der Gesellschaft, verfaßt im Grundgesetz, aber auch in ethischen Parametern. Nicht von ungefähr ist der Richter nicht nur an das Gesetz gebunden, sondern an Gesetz und Recht. So wie eine Kathedrale mehr ist als die Summe ihrer Steine und eine Symphonie mehr als die Summe ihrer Töne, ist das Recht mehr als die Summe der Paragraphen. Es ist die Idee des Rechts, die Ambition der Gerechtigkeit, die Gesetze legitimieren.

In diesem Sinne hat die Rechtsprechung Spiegel der Gesellschaft zu sein, und zwar der Gesellschaft, wie sie sein soll, nicht unbedingt der Gesellschaft, wie sie ist.

Korrespondenzadresse:

Prof. Dr. iur. *Günter Hirsch*
Präsident des Bundesgerichtshofes
Herrenstraße 45a
D-76133 Karlsruhe.