

aus  
politik  
und  
zeit  
geschichte

beilage  
zur  
wochen  
zeitung  
das parlament

Rudolf Wassermann

Zur politischen Funktion  
der Rechtsprechung

Dierk-Peter Steffan

Richterliche Rechtsfindung  
durch politisches  
Engagement?

Zur Legitimation  
des politischen Richters

B 47/74

23. November 1974

Rudolf Wassermann, Präsident des Oberlandesgerichts Braunschweig, geb. 1925 in Letzlingen (Altmark); Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie in Halle (Saale), der Soziologie und Politischen Wissenschaft in Berlin (West); 1956 Gerichtsassessor, 1959 Landgerichtsrat, 1963 Kammergerichtsrat in Berlin, 1967 Ministerialrat im Bundesjustizministerium; 1968 Landgerichtspräsident in Frankfurt (Main), 1971 Oberlandesgerichtspräsident in Braunschweig.

Veröffentlichungen u. a.: Erziehung zum Establishment, Karlsruhe 1969; Justizreform, Berlin und Neuwied 1970; Richter, Reform, Gesellschaft — Beiträge zur Erneuerung der Rechtspflege, Karlsruhe 1970; Der politische Richter, München 1972; Justiz im sozialen Rechtsstaat, Darmstadt und Neuwied 1974. Zahlreiche Aufsätze in Zeitschriften und Sammelbänden zu rechtswissenschaftlichen, rechtssoziologischen und rechtspolitischen Fragen. Mitherausgeber der Juristischen Rundschau und der Reihe „Demokratie und Rechtsstaat“ (Neuwied).

Dierk-Peter Steffan, geb. 1941 in Schönebeck/Elbe; Studium der Rechtswissenschaften und Volkswirtschaftslehre in Freiburg/Brsg. und Göttingen; gegenwärtig als wiss. Assistent am Juristischen Seminar der Universität Göttingen tätig; Mitarbeit in der Erwachsenenbildung.



Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung,  
53 Bonn/Rhein, Berliner Freiheit 7.

Leitender Redakteur: Dr. Enno Bartels. Redaktionsmitglieder:  
Paul Lang, Dr. Gerd Renken, Dipl.-Sozialwirt Klaus W. Wippermann.

Die Vertriebsabteilung der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, 55 Trier, Fleischstraße 61—65, Tel. 06 51/4 80 71, nimmt entgegen:

- Nachforderungen der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“;
- Abonnementsbestellungen der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, einschließlich Beilage zum Preise von DM 11,40 vierteljährlich (einschließlich DM 0,59 Mehrwertsteuer) bei Postzustellung;
- Bestellungen von Sammelmappen für die Beilage zum Preis von DM 5,50 zuzüglich Verpackungskosten, Portokosten und Mehrwertsteuer.

Die Veröffentlichungen in der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“ stellen keine Meinungsäußerung des Herausgebers dar; sie dienen lediglich der Unter-  
richtung und Urteilsbildung.

## Zur politischen Funktion der Rechtsprechung

Rudolf Wassermanns in der fachwissenschaftlichen Diskussion stark beachtete These von der politischen Funktion des Richters und sein Plädoyer für die Bildung eines neuen Bewußtseins in der Justiz haben dazu geführt, daß sehr gegensätzliche wissenschaftliche und politische Standorte bezogen wurden. Die Redaktion hat sich deshalb um zwei kontroverse Darstellungen zum Thema bemüht.

### I.

1. Wenn man das Thema „Politische Funktion der Rechtsprechung“ behandelt<sup>1)</sup>, ist es zweckmäßig, mit der Ausräumung eines Mißverständnisses zu beginnen. Immer wieder wird angenommen, die These von der politischen Funktion der Justiz sei ein Zukunftsprogramm, das beabsichtige, etwas Neues einzuführen, nämlich aus der unpolitischen Justiz der Gegenwart eine politisch handelnde Institution zu machen. Insbesondere meine Position in dieser Debatte wird gern so verstanden, als ob ich die *Forderung* nach einem politischen Richter erhebe, also dafür eintrete, daß der bisher unpolitische Richter künftig Politik treiben soll.

Das ist nicht richtig. Den politischen Richter braucht niemand zu fordern, weil das überflüssig ist. Die politische Funktion des Richters ist nicht etwa ein Postulat, ein Zukunftsprogramm, sondern Wirklichkeit, gegenwärtige, alltägliche Wirklichkeit — allerdings — und darin besteht das Spezifische unserer Situation — schlechte, unbewußte, vor allem ungelernte und unverantwortete Wirklichkeit.

Jede Justiz *ist* politisch, ob man das nun zugibt oder nicht. Der Richter *kann* daher gar nicht anders als politisch handeln, und es zeugt von falschem Bewußtsein, wenn man sich gegen diese Einsicht sperrt.

Was ich *fordere*, ist dreierlei:

Erstens soll sich der Richter des politischen Charakters seiner Tätigkeit *bewußt* werden.

<sup>1)</sup> Auszug aus einem Vortrag, den der Verfasser am 11. Juli 1973 im Wiener Justizpalast auf einer Veranstaltung der Österreichischen Juristenkommission und des Europahauses Wien gehalten hat.

Zweitens soll sich der Richter zu der damit verbundenen *Verantwortung bekennen* (also diese weder leugnen noch hinter Gesetzen verstecken, wenn diese ihm Raum für eigenes Ermessen lassen). Mit anderen Worten: Das, was bisher implizit geschieht, soll für jedermann erkennbar gemacht werden.

Drittens soll der Richter bei seinen politischen Entscheidungen nicht privaten Vorlieben oder schichtspezifischen Präferenzen folgen, sondern

Dierk-Peter Steffan

Richterliche Rechtsfindung durch politisches Engagement?

S. 15

sich an der *Verfassung* orientieren (dies unter dem bundesdeutschen Aspekt einer Verfassung gesagt, in der nicht nur formale Regelungen getroffen werden, sondern Staatszielbestimmungen gesetzt sind, positiv als Selbstbestimmung und Sozialstaatlichkeit, negativ als Antitotalitarismus und Rechtsstaatlichkeit).

Soweit man es für richtig hält, von der *Politisierung der Justiz* als Programm zu sprechen, kann darunter aus meiner Perspektive nur die Bildung eines Bewußtseins in der Justiz verstanden werden, das dieser Situation entspricht, von der Erkenntnis der politischen Funktion angefangen bis hin zur Verinnerlichung („Internalisierung“) jener demokratischen Werte, die nach der Verfassung das soziale Leben bestimmen sollen.

Gegen den sogenannten unpolitischen Richter wende ich mich deshalb, weil dieser das, was er tut, entweder nicht erkennt oder bewußt nicht wahrhaben will. Damit aber läuft der Richter Gefahr, nach privaten, Gruppen- oder Schichtenvorurteilen und -vorverständnissen zu entscheiden, wo er sich an Werten des demokratischen und sozialen Rechtsstaats, vor allem an den Menschenrechten zu orientieren hätte. Es geht also darum, das vorhandene politische Element in der Justiz aufzudecken, um es kritisch zu prüfen und Lernprozesse einzuleiten oder zu fördern, die die Justiz befähigen, ihrer Aufgabe in der modernen Gesellschaft gerecht zu werden.

2. Dieser These von der politischen Funktion der Justiz steht ein naiver, unreflektierter Sprachgebrauch entgegen, der auf der sog. Zwei-Welten-Theorie beruht. Danach soll die Justiz geradezu eine Gegenwelt zur Politik und der Richter ein Fachmann sein, dessen Alltag unpolitisch ist und allenfalls in Grenzfällen — im Verfassungsrecht oder im Bereich des Staatsschutzes — in Berührung mit der Politik gerät. Nach dieser frühliberalen Auffassung, die die Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts beherrscht hat, sagen die Gesetze, was Recht ist, und der Richter ist auf Grund seines erlernten Wissens in der Lage, als Vollstrecker der Gesetze auszusprechen, was rechtens ist.

Unschwer ist zu erkennen, auf welche Denksätze diese These von der unpolitischen Rechtsanwendung zurückgeht. Sie stützt sich einmal auf Montesquieus Formel, wonach die Justiz, die sog. dritte Gewalt, keinen eigenen Willen hat, sondern bloßer Mund des Gesetzes ist. Zum anderen ist sie Hinterlassenschaft des juristischen Positivismus, durch den die in der Gewaltenteilungsdoktrin begründete Trennung von — politischer — Gesetzgebung und — unpolitischer — Rechtsanwendung zur herrschenden Lehre der Jurisprudenz wurde.

Obwohl der juristische Positivismus schon tausendmal totgesagt wurde, lebt er in der Rechtspraxis munter fort, freilich nicht in der Stringenz der Ansätze, wie sie etwa Kelsen durchgeführt hat, sondern in einer diffusen Ausformung und methodisch unsauberer Ergänzung durch einen irrationalen Dezisionismus, der die moralischen Standards der Mittelschichten widerspiegelt, ohne sich darüber im klaren oder seiner sonstigen politischen und sozialen Abhängigkeiten bewußt zu sein. In der historischen Entwicklung war der juristi-

sche Positivismus einmal ein fortschrittliches Element. In der Form, in der ihn die Praxis pflegt, ist er jedoch mehr und mehr zu einem Werkzeug geworden, mit dem die Justiz den Status quo verteidigt und den Anschluß an die gesellschaftliche Entwicklung versäumt.

Ihre ideologische Überhöhung erfährt diese Position durch Sätze wie die, daß die Justiz ihrem Wesen nach konservativ sein müsse und die Mission habe, im Recht überzeitliche Werte zu hüten und für Beharren und Bleiben einzutreten. Damit nicht übereinstimmende Auffassungen werden für politisch oder ideologisch erklärt, während die eigene Position als unpolitisch und sachbezogen deklariert wird. getreu dem Prinzip, daß die eigene Tendenz keine Tendenz ist. Der Auseinandersetzung mit der Realität der politischen Richterfunktion entzieht man sich vorzugsweise durch einen definitorischen Trick, nämlich den, den politischen Richter als Rechtsbeuger und Gesetzesbrecher hinzustellen, der dem Gesetz den Gehorsam aufkündigt und eine auf angeblich fortschrittliche Wertungen gegründete freie Rechtsschöpfung proklamiert.

Daß eine Politisierung eben dies gerade nicht zum Ziele hat, daß sie keine Parteidiktatur ist, habe ich bereits gesagt. Es geht nicht um ein Richten ohne Rechtsgrundlage, sondern um ein besseres und tieferes Verständnis dessen, was Richter tun, wenn sie anhand der Gesetze Recht sprechen, also um das, was man Identitätsfindung nennen kann. Denn eine Justiz, die sich nach Begriffen des 19. Jahrhunderts definiert, hat ihre Identität im 20. Jahrhundert erst noch zu finden. Sie lebt in nicht durchschaubarer Eigenwelt (Wiethölter), die eine Scheinwelt ist, und täuscht sich und andere, wenn sie ihre Scheinwelt für die wahre Welt ausgibt.

Da hier der Raum zu eingehender Analyse fehlt, muß ich den Leser, der sich umfassender unterrichten will, auf eine Publikation verweisen, die meine Thesen ausführlich erläutert und begründet<sup>2)</sup>. Dieser Beitrag beschränkt sich darauf, die politische Funktion des Richters anhand einer Darstellung seiner Praxis offenzulegen (II) und die reformerischen Konsequenzen aufzuzeigen, die sich aus der Einsicht in die politische Richterfunktion ergeben (III).

<sup>2)</sup> Rudolf Wassermann, *Der politische Richter*, München 1972.

## II.

Die These, daß die Justiz eine politische Funktion hat und die Gerichte politisch handeln, wenn sie Recht sprechen, läßt sich auf drei Ebenen entfalten, je nachdem, was man unter politischem Handeln und Entscheiden versteht.

1. In der Tradition antiker Ansätze zur politischen Philosophie und Wissenschaft steht jene Definition, die Politik als eine gesellschaftliche Grundfunktion versteht, die das Zusammenleben von Menschen in einem Integrat durch allgemeinverbindliche Regeln ordnet. Aus dieser Sicht bedeutet der für viele so leidige und verdächtige Begriff also nichts anderes als die Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten. Politisches Handeln in diesem Sinne ist menschliche Einflußnahme auf die Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen.

Daß Rechtsprechung in diesem Sinne ein politisches Phänomen ist, kann nicht ernsthaft bestritten werden. Das Recht ist nicht nur eine Funktion des Soziallebens, sondern auch ein Instrument zu seiner Gestaltung. Es stabilisiert oder verändert die gesellschaftlichen Zustände, und die Justiz sorgt dafür, daß das Recht nicht bloßes Papier bleibt, sondern Wirklichkeit wird. Als Agentur zur Lösung sozialer Konflikte aktualisiert sie die in der organisierten Gesellschaft geltenden Normen und legitimiert den Staat, der die Gesellschaft organisiert. Dabei kann nicht eingewendet werden, daß dieser Begriff des Politischen die Sprache überdehnt. Auch die Alltagssprache benutzt ihn, wie Wortverbindungen wie Wirtschafts-, Verkehrs-, Rechtspolitik zeigen. Ebenso wenig ist die Auffassung richtig, die Justiz habe es nur mit der Vergangenheit zu tun. Ihre Entscheidungen weisen auch in die Zukunft, sind Muster für künftige Entscheidungen und Direktiven für künftiges Verhalten.

Diese Auffassung vom Recht steht natürlich in diametralem Gegensatz zu jenen Meinungen, die im Recht etwas Überzeitliches, Absolutes sehen. Diese Ansicht ist noch keineswegs ausgestorben. Recht sei eine von äußeren Verhältnissen und deren Veränderungen unabhängige Kulturleistung, so äußerte sich ein Richter in einer Tageszeitung, ein Produkt unseres sittlichen Bewußtseins, und ein Richterverband sah diesen Beitrag für so wichtig an, daß er ihn einer Fachzeitschrift dringend zum Abdruck empfahl. Ähnlich äußerten sich kürzlich Richter auf einer Tagung der Deutschen Richterakademie in Trier. Daß diese

Auffassung im Widerspruch zur Realität steht, ist offenkundig. Wer Gesetzblätter liest, erlebt Tag für Tag das Recht als verfügbar, machbar, veränderbar, und diese Veränderungen folgen nicht logischen oder sonstigen Eigengesetzlichkeiten, sondern werden von außen her, von der Gesellschaft, beeinflußt.

Wenn die instrumentale Betrachtungsweise, das Recht als Mittel zur Organisation und Gestaltung der Gesellschaft betrachtet, trotz dieser Evidenzen auf Widerspruch stößt, so hat das ideologische Gründe. Die Auffassung, daß Recht ein Werkzeug zur Gestaltung gesellschaftlicher Beziehungen und Zustände ist, setzt nämlich voraus, daß soziale Verhältnisse überhaupt machbar, d. h. beeinflussbar sind. Das steht zwar heute außer Frage, wurde aber vor der industriellen Revolution noch nicht so recht erkannt. Die Mehrheit der Bevölkerung nahm damals den Zustand, in dem sie lebte, als natürlich und vorgegeben hin, er schien ihr menschlichen Gestaltungsmöglichkeiten weitgehend entzogen. Solange die meisten Menschen auf dem Lande und von der Landwirtschaft lebten, bestimmten gleichsam Vorgegebenheiten ihr Leben, von Boden und Klima bis zum Rhythmus der Tages- und Jahreszeiten. Auch damals gab es Veränderungen, aber sie vollzogen sich selbst in den Produktionstechniken so langsam, daß sie nicht beherrschend ins Bewußtsein drangen. Heute ist das anders. In der Dynamik seines individuellen wie sozialen Lebens erfährt der Mensch die prinzipielle Veränderbarkeit aller Dinge: Er kann Bestehendes ändern oder in der Auseinandersetzung mit Änderungstendenzen vor Veränderung bewahren. Je mehr die sozialen Verhältnisse aber in den Bereich der Veränderung rücken, um so mehr werden sie auch politisch relevant. Politik ist nicht mehr etwas „Ephemeres, ein Luxusgut gleichsam für privilegierte Herrenschichten . . . , etwas, was man wie eine zweite Natur dulgend hinzunehmen hatte wie Sonnenschein oder Mißernte“ (Christian Graf von Krockow), sondern eine Angelegenheit, die jeden angeht.

In dieser Situation muß sich zwangsläufig auch die Einstellung zum Recht wandeln. Dieses verliert die Gloriele seiner Überzeitlichkeit und wird auf die Erde heruntergeholt. Es wird gleichsam entzaubert und als das entdeckt, was es im Grunde stets gewesen ist: ein Mittel, menschliches Verhalten zu steuern und zu kontrollieren.

2. Die zweite Ebene wird betreten, wenn man sich klarmacht, daß zur Politik das Machtmoment gehört. Macht ist die Voraussetzung politischer Gestaltung. Indessen besteht kein Zweifel, daß die Justiz auch dieses Erfordernis erfüllt.

Macht bedeutet nach Max Weber die Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen; Herrschaft soll nach demselben Autor die Chance heißen, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden. Daß der Richter nach dieser Definition Macht besitzt und Herrschaft ausübt, kann schlechterdings nicht geleugnet werden. Im Richter ist nicht nur, wie Adolf Arndt formuliert hat, Macht am Werk. Er besitzt sogar besonders große Macht und ist Bestandteil des rationalen Herrschaftssystems, als das sich der moderne Staat darstellt. Ich verkenne nicht, daß vielen Richtern das Bewußtsein, ein Machtfaktor zu sein, fehlt. Es handelt sich dabei jedoch um ein der gesellschaftlichen Realität inadäquates Bewußtsein, das auf der Selbsttäuschung beruht, in der die Doktrin des juristischen Positivismus den Richter lange gefangen hielt und teilweise auch heute noch gefangen hält.

3. Damit kommen wir zur dritten Ebene, auf der die politische Funktion der Rechtsprechung in ihrer vollen Bedeutung offenbar wird. Von Politik im engeren Sinne kann nämlich auch nach meinem Dafürhalten nur die Rede sein, wo ein gewisses Maß von Entscheidungs-, Wahl- oder Gestaltungsfreiheit gegeben ist. Die politische Entscheidung ist „das genaue Gegenteil der mathematischen oder logischen Schlußfolgerung“ (Flechtheim). Idealtypisch gehört sie nicht dem Bereich des Standardisierten und Stereotypen, sondern dem des Schöpferischen an.

Ein solches Maß von Freiheit hat der Richter. Schlichter Rechtsanwender ist er nur dort, wo das Gesetz die Rechtsanwendung eindeutig determiniert, etwa beim neuen 0,8 ‰-Gesetz. Da gibt es keinen Spielraum. Meistens aber gibt es Freiräume, wengleich in unterschiedlicher Art, Spielräume, wo, wie man gern sagt, die richterliche Persönlichkeit zum Zuge kommt. Aber was ist die Richterpersönlichkeit? Sie ist nicht fleischgewordene Objektivität, sondern von mannigfachen Einflüssen abhängig: psychischen und sozialen, insbesondere von den Sozialisationsprozessen, die jeder Mensch von Kindesbeinen an durchläuft, in Verbindung

und Abhängigkeit natürlich auch zum jeweiligen Gesellschaftssystem.

Den Nachweis dafür liefert die juristische Entscheidungstheorie, und zwar die neuere (die ältere hat gerade die Struktur der Entscheidung verhüllt). Mir scheint, ich kann darauf verzichten, im einzelnen darzulegen, welche Erkenntnisse diese Disziplin im einzelnen zutage gefördert und welchen Gang sie insbesondere in Hermeneutik, Psychologie und Soziologie eingeschlagen hat<sup>3)</sup>. Das Ergebnis reicht jedenfalls aus, um das Bild vom Richter als schlichtem Normanwender endgültig zu zerstören. Davon, daß das juristische Verfahren, wie Savigny meinte, eine Sicherheit habe wie sonst nur die Mathematik, kann nicht entfernt die Rede sein.

Was in der juristischen Ausbildung als logisches Schlußverfahren erörtert wird, sind Elemente der Gedankenordnung, aber nicht der Gedankenerzeugung: keine Gesetze der realpsychischen Vorstellungsfolge im Prozeß der richterlichen Entscheidung, sondern Darstellungsregeln für die Präsentation des Ergebnisses (Luhmann). In Wahrheit wird der Entscheidungsprozeß auf keiner seiner Stufen erschöpfend vom Recht gesteuert.

Das gilt, was vielfach übersehen wird, schon für die Ermittlung der Fakten, die der Richter der Entscheidung zugrundelegt. Kein Rechtsatz sagt dem Richter, ob eine Tatsache wahr ist oder nicht; maßgebend ist vielmehr seine Überzeugung. Auch die Ansicht, daß der Richter alle Informationen aufnimmt, die einen Sachverhalt ausmachen, erweist sich bei näherem Zusehen als Widerspruch zur Realität. Nur ein Teil der Informationen wird aufgenommen, ein noch geringerer verarbeitet, und das Interesse, das die Auswahl steuert, wird durch eine Normhypothese (Kriele) beeinflusst, die der Richter sich gebildet hat und im Verlauf des weiteren Entscheidungsprozesses ausbaut oder verändert.

Noch wichtiger aber ist der richterliche Spielraum bei der Normenfindung. Auch hier verfährt der Richter selektiv. Wenn wir unter Ermessen denjenigen Bereich des Entscheidens verstehen, der nicht oder nicht eindeutig vom formellen Entscheidungsprogramm gesteuert wird, so ist der Ermessensbereich außerordent-

<sup>3)</sup> Siehe R. Lautmann, Richterliches Verfahren, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, hrsg. von A. Görlitz, München 1972, aber auch J. Esser, Verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt (Main) 1970.

lich groß. Die Summe der Normen, die das Entscheidungsprogramm für den Richter bilden, ist keineswegs gleichartig, übersichtlich und widerspruchsfrei. Ist aber die Norm, die gefunden wurde, unscharf, mehrdeutig oder muß sie überhaupt erst formuliert werden, beginnt ein Prozeß der Bearbeitung und Interpretation.

Der juristische Laie glaubt vielfach, die Methodenlehre gebe dem Richter eine Anleitung, die sein Vorgehen bei der Auslegung auf klare Grundlagen stellt. Das ist indessen nicht der Fall. Zur Illustration mag genügen, was das Bundesverfassungsgericht<sup>4)</sup> zu den verschiedenen Auslegungsmethoden sagt:

„Der Wille des Gesetzgebers fällt zusammen mit dem Willen des Gesetzes, Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist also der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und aus dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Um den objektiven Willen des Gesetzgebers zu erfassen, sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt. Sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig.“

Das bedeutet, daß es ein Angebot von Lösungsvorschlägen gibt, die der Richter vertauschen und kombinieren kann, aus dem er also wählen kann. Die Rechtslehre billigt ihm dabei sogar zu, daß er den Wortlaut erweitern oder einengen kann (sog. extensive oder intensive Interpretation), wenn das Ergebnis nicht befriedigt. Läßt das Gesetz den Richter überhaupt im Stich, darf er im Wege der Gesetzes- und der Rechtsanalogie eine Regel auch auf Fälle erstrecken, die von ihr nach dem Wort-sinn nicht umfaßt werden. Als Kriterium wird dabei gern auf einen sog. Geist der Gesetze verwiesen. Was dieser besagt, bestimmen freilich wiederum die Richter. In jede richterliche Entscheidung geht im Grunde eine „Analyse der Gesellschaft“ ein, freilich bislang eine solche vorwissenschaftlichen Charakters.

Das Recht kennt darüber hinaus aber auch Normen, bei denen der Gesetzgeber von vornherein auf eine eindeutige Festlegung ihres Inhalts verzichtet. Diese sog. Blankettbegriffe und Generalklauseln sind Rechtsnormen, die den Richter nicht nur zur Ausfüllung und Ermessensbetätigung einladen, sondern diese geradezu von ihm verlangen. Sie stellen kein „materielles Regelrecht des Gesetzgebers“ dar, sondern sind „starting points oder Aufhänger für die konkrete richterliche Normbildung“ (Esser).

Nehmen wir als Beispiel den wohl bekanntesten Typ der Generalklauseln, die Gute-Sitten-Klauseln, wie sie beispielsweise im Privatrecht in den §§ 138, 826 BGB und § 1 UWG formuliert sind. Verstöße gegen die guten Sitten führen danach zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 138 BGB) und begründen eine Schadensersatzpflicht (§ 826 BGB, § 1 UWG). Was der Inhalt der guten Sitten ist, ist indessen so umstritten, daß sich einem Rechtsvergleicher und Zivilrechtler wie Erwin Deutsch der Stoßseufzer entrunnen hat, damit sei zu allen Zeiten und in allen Ländern der Wissenschaft ein Rätsel aufgegeben worden. Diese begriffliche Unklarheit hat weitreichende Folgen gehabt und äußert sich täglich neu. Im klassischen liberalen Kontext waren die guten Sitten als Verweisung auf gesellschaftliche Normen, nämlich auf die in der Gesellschaft herrschende Vertrags-, Verkehrs- und Geschäftsmoral gedacht. Das konnte indessen nur bei nicht-antagonistischen Interessenstrukturen funktionieren. Je stärker sich der soziale Kontext änderte und im Zuge der ökonomisch-gesellschaftlichen Entwicklung der Glaube an den Marktmechanismus als Instrument sozialer Gerechtigkeit zerbrach, um so pointierter haben sie sich jedoch zu Interventionsnormen entwickelt, mit denen die Gerichte in die Sozialordnung eingreifen.

Die Richter, die diese Normen ausfüllen, setzen damit Recht, nicht anders als der Gesetzgeber. Man verschleiert nur die Wahrheit, wenn man hier, wie das so gern geschieht, von Rechtsfortbildung spricht. Wo Blankettnormen vorhanden sind, geht die Normsetzung vom Gesetzgeber auf die Gerichte über, und nicht anders verhält es sich, wenn der Gesetzgeber gesellschaftlich relevante Konflikte und Probleme gar nicht regelt. Rechtsetzung, Rechtsschöpfung ist aber politische Aktion. Der Richter, der Recht schafft, handelt mithin politisch — nicht nur in dem anfangs erörterten allgemeinen Sinn, sondern ganz prononciert.

<sup>4)</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 11, Seite 130 f.

4. Damit wird nicht geleugnet, daß die richterliche Rechtsetzung sich in mehrfacher Weise von der Rechtsetzung durch den Gesetzgeber unterscheidet. Alle Unterschiede, so wesentlich sie auch sind, ändern aber nichts daran, daß beide Instanzen am Rechtsbildungsprozeß beteiligt sind. Die traditionelle Lehre, die den Richter auf eine rein vollziehende, unselbständige Gesetzesanwendung beschränkt,

stimmt mit der Wirklichkeit nicht überein. Die Verantwortung für Rechtspolitik und Sozialgestaltung, nämlich für die Steuerung der sozialen Verhältnisse durch das Mittel der Rechtsnormen, fällt nicht mehr, wie es das herkömmliche Verständnis will, allein den Gesetzgebungsorganen, sondern auch den Gerichten zu.

### III.

Es fragt sich, welche Konsequenzen aus der Erkenntnis, daß die Gerichte eine politische Funktion haben, zu ziehen sind. Daß solche Folgerungen notwendig sind, wird vor allem von zwei Lagern bestritten. Das eine bilden die „Romantiker“, die eine Rückkehr zum Gesetzesstaat des 19. Jahrhunderts für möglich halten. Das andere Lager teilt diese Hoffnung nicht, fordert aber eine einschneidende Reform des Gesetzgebungsverfahrens, die der Verlagerung der Rechtsetzung auf die Gerichte Einhalt gebieten soll.

Im Ruf „Zurück zum Gesetz“ artikuliert sich ein Heimweh nach der Vergangenheit, das auch sonst im politischen Leben der Bundesrepublik anzutreffen ist. Seine Erfüllung setzt die Restauration jener statischen und überschaubaren Verhältnisse voraus, wie sie im 19. Jahrhundert bestanden, als man meinen konnte, daß der Wandel „in der kurzen Spanne eines Menschenlebens“ in der Regel nicht groß genug sei, „um stark aufzufallen“ (so noch Eugen Ehrlich, der Begründer der deutschen Rechtssoziologie). Für die Wiederherstellung solcher Verhältnisse bestehen indessen keine Chancen, weil die gesellschaftliche Entwicklung nicht einfach umkehrbar ist. Wer in der Gegenwart lebt, muß sich damit abfinden, daß die Welt dynamisch geworden ist. Gesetzesrecht ist aber starr und auf Dauer angelegt. Dieser Vorzug wird zur Schwäche, sobald an die Stelle statischer Verhältnisse dynamische Formen des menschlichen Zusammenlebens getreten sind. Dann differenzieren Leistungs- und Gerechtigkeitserwartungen so rasch, daß es unmöglich wird, den veränderten Normierungsbedürfnissen *allein* durch das Mittel des Gesetzes Rechnung zu tragen. Ein flexibleres Instrumentarium wird nötig, das das Gesetzesrecht nicht etwa beseitigt, wohl aber ergänzt.

Die politische Wirklichkeit der Bundesrepublik liefert Jahr um Jahr Anschauungsunterricht dafür, wie sich die Erosion des klassischen

Gesetzgebungssystems unter dem Druck der sozialen Verhältnisse vollzieht.

Man braucht gar nicht an die Pattsituationen zu denken, die heute nicht nur in der Bundesrepublik, sondern auch in anderen Ländern aufgetreten sind und das Funktionieren des Gesetzgebungsmechanismus wenn nicht in Frage stellen, so doch in erschreckendem Umfang erschweren. Selbst bei größtem Fleiß kann der Gesetzgeber das Maß von Differenzierung nicht leisten, das heute von der Rechtsetzung unter dem Aspekt sozialer Gerechtigkeit erwartet wird. Deshalb ist es auch falsch, hier von einem Versagen der Legislative zu sprechen. Vielmehr muß man sich zu der Einsicht durchdringen, daß die „Zeit der großen Kodifikationen vorbei“ (Kübler) und das Richterrecht heute eine unvermeidliche Ergänzung des Gesetzesrechts ist. Die Aufweichung der Gesetze durch Ermessensbegriffe ist keine Flucht vor der Verantwortung, sondern ein „nötiges Ventil“ (Simitis), das es erlaubt, den sozialen Anforderungen, die heute an das Recht gestellt werden, gerecht zu werden.

Ist damit das Richterrecht zu unserem Schicksal geworden? Ich meine, ja. Unter dem Stichwort „Parlamentsreform“ wird zwar immer wieder diskutiert, durch welche Maßnahmen der Gesetzgeber in die Lage versetzt werden kann, seine Verantwortung voll auszufüllen und dadurch seine frühere Macht zurückzugewinnen. Wenn man näher hinsieht, vermag jedoch keiner der Vorschläge zu überzeugen. Die Forderung zum Beispiel, das Gesetzgebungsverfahren so umzugestalten, daß das Parlament nur noch die Direktiven gibt, während die Details auf spezialisierte Sonderbehörden übertragen werden (so Horst Ehmke auf dem SPD-Parteitag 1968 in Nürnberg), kennzeichnet die Zwangslage, in der wir uns befinden. Es steht in der Tat außer Frage, daß das Parlament Aufgaben delegieren muß, wenn es seine Führungs- und Kontrollfunktionen aktiv wahr-



nehmen will. Dafür, daß eine solche Delegation vorgenommen wird, bestehen indessen keine realen Chancen. Da der Teufel nun einmal im Detail steckt, hat das Parlament gute Gründe, sich vor solchen Delegationen zu fürchten. Bei nüchterner Betrachtung wird die Lage daher so bleiben, wie sie ist: Das Parlament wird versuchen, so viele Probleme zu regeln, wie es vermag, und wo seine Möglichkeiten nicht ausreichen, wird es die Probleme in der beschriebenen Form auf die Justiz delegieren. Davon abgesehen, wäre es ein Trugschluß, wenn man annehmen würde, mit der Delegation von Gesetzgebungsmacht auf die Verwaltung (über das bisherige Maß hinaus) wäre das Problem, um das es hier geht, prinzipiell aus der Welt geschafft. Denn auch die Verwaltung als Verordnungs-Gesetzgeber würde wiederum mit Allgemeinbegriffen arbeiten müssen, die dem Richter Gestaltungsfreiheit lassen.

Es hat daher keinen Sinn, den Kopf noch länger in den Sand zu stecken oder sich in Meditationen über die Gefahren des Richterrechts zu verlieren. Noch so bewegte Klagen können an der Realität nichts ändern. Nützlicher ist es, sich Gedanken darüber zu machen, in welcher Weise die politische Richterfunktion in die richtige Verfassung gebracht werden kann.

1. Die erste Konsequenz, die in dieser Richtung zu ziehen ist, scheint mir die *Aufklärung* zu sein. Die Gerichte müssen ihre politische Funktion kennen, um ihre Verantwortung zutreffend bestimmen zu können. Der Lernprozeß, der in diesem Sinne von der Justiz erwartet werden muß, gilt vor allem der Aufhellung von Vorzugswerten und unbewußten Voreingenommenheiten, die nahezu auf jede richterliche Entscheidung Einfluß nehmen können, bei gestaltenden Entscheidungen aber besondere Relevanz erhalten.

Der Richter muß wissen, daß und wann er eine politische Entscheidung zu treffen hat, und er muß sich über die psychischen und sozialen Bedingungen sowie politischen Implikationen seines Tuns im klaren sein. Wenn die gesellschaftliche Bedingtheit der richterlichen Entscheidungstätigkeit erkannt ist, verringert sich die Gefahr, daß schichten- oder gruppenspezifische Vorverständnisse Macht über das richterliche Urteil besitzen. Es erhöht sich die Chance, die Intentionen des Grundgesetzes zu treffen.

Für eine in diesem Sinne aufgeklärte Justiz wäre die Erfüllung von vier Forderungen charakteristisch, die alle in der Bundesrepublik seit längerem diskutiert werden.

Einmal handelt es sich um die Entwicklung von Entscheidungsalternativen bei der richterlichen Rechtsfindung. Zur Zeit geht eine noch weitverbreitete Anschauung davon aus, daß es für jeden Rechtsfall nur eine richtige Lösung gibt, die zu entdecken ist. In Wahrheit sind die politischen Entscheidungen des Richters Ermessensentscheidungen, bei denen der Richter zwischen Alternativen wählen kann. Solche Alternativen müssen nun im einzelnen Fall aufgezeigt und zur Wahl gestellt werden. Wenn man z. B. nicht mehr einfach einen Sittenverstoß (§ 138 BGB) damit begründen kann, daß das beanstandete Verhalten nach Überzeugung des Gerichts gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden verstößt, sondern wenn rational dargelegt werden müßte, aus welchen Gründen die eine Lösung den Vorzug vor den anderen möglichen verdient, würden sich nicht nur die Möglichkeiten der Selbstkontrolle erhöhen, sondern es würde auch die Rechtssicherheit zunehmen, die heute bei der richterlichen „Kryptopolitik“ in beklagenswerter Weise zurückgegangen ist.

Eng damit verknüpft ist die Forderung nach vermehrter Transparenz des Richterrechts. In der Entscheidung selbst müssen die Gründe offengelegt werden, die den Ausschlag für eine bestimmte Alternative gegeben haben. Der heutige Zustand läßt sich, zugespitzt, durch das Bonmot kennzeichnen, wonach es drei Arten von Urteilsgründen gibt, die geschrieben, die (in der Beratung) geäußert und die unausgesprochenen.

Immer wieder stößt man auf Begründungen, in denen durch die Berufung auf vage Begriffe wie Unzumutbarkeit, Verhältnismäßigkeit, allgemeines Rechtsgefühl und Gerechtigkeitsempfinden der Eindruck erweckt wird, das Urteil ließe sich aus gesichertem geltendem Recht oder allgemeiner Rechtsvernunft ableiten, während es sich in Wahrheit um politische Entscheidungen handelt. Zutreffend spricht Biedenkopf<sup>9)</sup>, der diesen Sachverhalt an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts demonstriert hat, von Scheinbegründungen, die für den irrationalen Charakter des Urteils kennzeichnend sind und die derzeitige Hilfslosigkeit der Richter gegenüber ihrer politischen Funktion unterstreichen.

Ein solches Versteckspiel mindert nicht nur die Berechenbarkeit des Richterrechts und damit die Rechtssicherheit, sondern macht eine ratio-

<sup>9)</sup> Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1970, S. 26.

nale Auseinandersetzung über das Für und Wider rechtspolitischer Vorstellungen, die hinter dem Urteil stehen, unmöglich. Würden dagegen die Entscheidungssituationen entwickelt und die Wertungen offengelegt, die der Entscheidung zugrunde liegen, hätte dies schon den Vorteil, daß der Richter ein Mittel zur Selbstkontrolle und inneren Widerspruchsfreiheit seiner Argumentation gewinnt. Vor allem aber hätten Wissenschaft und politische Öffentlichkeit die Möglichkeit, die Wertungen des Gerichts nachzuvollziehen, über ihre Hintergründe zu diskutieren, Bedenken geltend zu machen und Alternativen zu entwickeln.

Ein wichtiger Schritt zur Förderung solcher Transparenz wäre die Bekanntgabe abweichender Meinungen, der sog. dissenting opinions, zu Mehrheitsentscheidungen in Kollegialgerichten. Wenn die überstimmte Minderheit nicht zum Schweigen verurteilt ist, sondern ihre Ansichten darlegen darf, erhöht dies die Durchsichtigkeit des Richterrechts und schafft bessere Chancen für Diskussion und Kritik.

Schließlich ist die Bereitschaft der Justiz wichtig, die Hilfe der Kritik anzunehmen und nicht nur mit der juristischen Fach-, sondern auch mit der allgemeinen politischen Öffentlichkeit in einen Dialog zu treten. Wie der parlamentarische Gesetzgeber, so darf sich auch der rechtsetzende Richter nicht vor der Gesellschaft abschirmen, er muß vielmehr umgekehrt an ihren Sorgen, Nöten und Problemen teilhaben. Wenn die Öffentlichkeit fragt, warum die Gerichte bei politischen Entscheidungen ihr Ermessen so und nicht anders ausgeübt haben, so ist es falsch, wenn die Justiz versucht, die öffentliche Neugier mit dem Hinweis auf die traditionellen Schutzschilder „Gesetz“ und „richterliche Unabhängigkeit“ abzuwehren; der Richter sollte sich vielmehr der Kritik stellen.

2. Aufklärung zielt auf Bewußtseinsveränderung. Wandlungen dieser Art brauchen ihre Zeit. Sie führen bei den davon Betroffenen durch Identitätskrisen hindurch und rufen daher zwangsläufig Reibungen und Widerstände hervor. Diese verlieren an Kraft, je mehr in der Gesellschaft selbst der Prozeß demokratischer Bewußtseinbildung fortschreitet. Was dabei schulische Sozialisation zu bewirken vermag, ist bekannt. Aber auch *Reformen im Rechtswesen* können den Richter befähigen, seiner politischen Funktion besser gerecht zu werden.

a) Bisher wurde der Richter für Normanwendung und Subsumtion ausgebildet und nicht

dafür, daß er Normen schafft und soziale Beziehungen und Verhältnisse gestaltet. Der Richter, der zum Rechtsetzer geworden ist, darf nicht mehr Windscheids „Jurist als solcher“ sein. Er braucht mehr und bessere Kenntnisse über die soziale Wirklichkeit als sein Vorgänger, auch tiefere Einsicht in das komplizierte Gefüge unserer Verfassungsordnung. Er darf sich nicht mehr auf seine zufällige Alltagserfahrung verlassen, sondern braucht exaktere Informationen. Die konfligierenden Erwartungen, denen der Richterspruch genügen soll, muß er ebenso bedenken wie die sozialen Folgen seiner Entscheidung.

Da der unpolitische Jurist der Gegenwart das Produkt der herkömmlichen, auf Gesetzesausführung und nicht auf Sozialgestaltung gerichteten Ausbildung ist, ist die Konsequenz einer grundlegenden *Umorientierung der Juristenbildung*, wie sie zur Zeit in den sog. Einstufenmodellen (z. B. Niedersachsen, Frankfurt, Bremen, Hamburg) vorbereitet wird, unumgänglich. Das soziale Wissen des Juristen muß vermehrt, das vom juristischen Positivismus entpolitisierte juristische Denken wieder politisiert werden. Das erfordert den Einbau der Sozialwissenschaften in das Rechtsstudium. Die Rechtsdogmatik behält ihren Wert, aber sie wird relativiert: Wirtschaftsrecht darf nicht mehr losgelöst von Wirtschaft, Verwaltungsrecht nicht mehr isoliert von der Verwaltung, Staatsrecht nur im Zusammenhang mit der Politik und Arbeitsrecht nur noch im Bezug auf die soziale Problematik der lohnabhängigen Arbeit betrieben werden. Wenn die Gerichte z. B. wirtschaftspolitische Entscheidungen zu fällen haben, dann müssen die Richter auch die Strukturen und Handlungsabläufe, die dabei eine Rolle spielen, die sozialen und ökonomischen Gegebenheiten kennen, und zwar auf wissenschaftlicher Grundlage.

b) Die Verwissenschaftlichung des Rechtsstudiums durch seine Öffnung zu den Sozialwissenschaften stellt allerdings noch nicht sicher, daß der notwendige Repolitisierungsprozeß in Richtung auf die Aneignung demokratischer Werte verläuft. Entscheidend ist, daß der Richter auch den Willen hat, diese durch sein Verfahren und seine Entscheidung zu verwirklichen. Er muß sich mit dem Staat, dessen Recht er gestaltet, solidarisch fühlen, sich mit ihm identifizieren und die Prinzipien und Werte der Demokratie in sich aufnehmen, verinnerlichen.

Es liegt keine Übertreibung darin, wenn man darauf hinweist, daß das Funktionieren unse-

rer politischen Ordnung ganz wesentlich mit davon abhängt, daß der Justiz bei ihren politischen Entscheidungen diese Identifikation und Solidarisierung gelingt. Warnende Beispiele, wohin es führen kann, wenn der politischen Funktion, die den Gerichten zufällt, kein politisch-demokratisches Verantwortungsbeußtsein entspricht, liefert die Weimarer Republik.

3. Die Entdeckung der politischen Richterfunktion wirft indessen nicht nur Ausbildungs- und Sozialisationsprobleme auf, sondern auch *verfassungspolitische* Fragen. Dabei geht es um die *Einbindung der politischen Richterfunktion in das demokratische System*. Es müssen Regeln entwickelt werden, die den politischen Charakter der Richterfunktion voll anerkennen, aber die Gefahren vermindern, die ihr anhaften.

a) Im Vordergrund steht die *Neubestimmung des Verhältnisses des Richters zur Legislative*, wobei sowohl die Kompetenzen zwischen Legislative und Rechtsprechung abgegrenzt als auch die Beziehung zwischen den beiden Organen geklärt werden müssen. Wenn auch keine Rede davon sein kann, daß die richterliche Rechtsschöpfung das Gewaltenteilungsprinzip verletzt, so handelt es sich doch materiell um die Konkurrenz zweier Staatsorgane in einem Bereich, der nach dem ursprünglichen Demokratiemodell einem einzigen Organ, nämlich der Legislative, zugewiesen war. Die Problematik verliert jedoch an Schärfe, wenn man sich vergegenwärtigt, daß von der unterschiedlichen Aufgabenstellung gleichsam natürliche Grenzen die Rechtsetzung durch den Richter einschränken.

Diese Grenzen ergeben sich daraus, daß der Erlaß genereller Rechtsnormen unbestritten Sache der Gesetzgebung ist, während die Domäne des Richters der Einzelfall ist.

Das Gericht kann Recht nur punktuell schaffen, und auch das nur im Rahmen eines konkreten, vor ihm anhängigen Verfahrens. Sein Aktionsbereich ist daher wesentlich geringer als der der Legislative, die auf eigene Initiative den Kosmos der sozialen Beziehungen gestalten kann und dabei keine anderen rechtlichen Schranken als die von der Verfassung gezogenen zu respektieren braucht. Aus dem Bezug auf den Einzelfall ergibt sich zugleich das Gebot an den Richter, seine Rechtsschöpfung auf das zu beschränken, was zur konkreten Entscheidung notwendig ist, und im übrigen

die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit des Gesetzgebers festzustellen.

Zwischen Legislative und Justiz besteht aber nicht nur eine Arbeitsteilung (H. P. Schneider) in diesem Sinn, sondern auch eine unterschiedliche Gewichtung. Im parlamentarischen System nimmt die Legislative unbestritten deshalb eine Vorzugsstellung ein, weil ihr Hauptträger, das Parlament, unmittelbar vom Volk gewählt wird. In ihm verkörpert sich also der Volkswille ohne Zwischenschaltung anderer Gremien. Vom Gesichtspunkt der Verfassungstreue her kann die Rechtsschöpfung durch die Gerichte daher auch aus diesem Grunde nur als Ausnahme vom Prinzip angesehen werden. Da in unserem politischen System in erster Linie die Gesetzgebung berufen ist, Zielkonflikte zu entscheiden, müssen die Gerichte grundsätzlich die Prärogative der Legislative für Rechtsetzung anerkennen.

Die Justiz ist deshalb zur Zurückhaltung verpflichtet, wo die Verfassung der Legislative ausdrücklich Gesetzgebungsaufträge erteilt hat, wie etwa in Art. 6 Abs. 5 GG bezüglich der unehelichen Kinder. Weiter erfordert die Loyalität gegenüber dem Gesetzgeber, daß vom Parlament verworfene Änderungsvorschläge nicht durch die Rechtsprechung verwirklicht werden.

b) Eine große Rolle bei der Erörterung, wie das Richterrecht in das Verfassungssystem der Bundesrepublik eingeordnet werden kann, spielt seit längerem die Frage der *Richterwahl*. Dies zu Recht: Es ist eine Schwäche des Richterrechts, daß die Richter, die es setzen, nicht in dem Maße durch den demokratischen Souverän, das Volk, legitimiert sind wie das Parlament. Auch vom Justizminister oder der Regierung ernannte Richter können sich zwar auf eine demokratische Legitimation berufen, weil der Minister oder die Regierung vom Vertrauen des Parlaments abhängig sind. Es ist aber richtig, wenn darauf hingewiesen wird, daß ein parlamentarischer Wahlausschuß, der die Richter wählt, die demokratische Legitimation des Richters erhöhen würde. Für die Richter am Bundesverfassungsgericht und an den obersten Bundesgerichten, die in besonderem Umfang rechtsschöpferisch tätig sind, existieren bezeichnenderweise solche Wahlausschüsse bereits.

c) Nicht der demokratischen Legitimation, sondern der *Kontrolle* des Richters dient die Richteranklage, die die Bundes- und alle Landesverfassungen mit Ausnahme von Bayern ken-

nen. Es handelt sich um eine Neuschöpfung, die der erhöhten politischen Verantwortlichkeit des heutigen Richters Rechnung trägt. Sie hat nicht einmal den Vorwurf vorsätzlichen Verhaltens zur Voraussetzung: Angeklagt werden kann jeder Richter, der im Amt oder außerhalb seines Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes und die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt. Ankläger sind die Parlamente. Diese Institution ist auf den politischen Richter zugeschnitten; sie zeigt deutlich, welcher Richtertyp der Verfassung entspricht.

Eine darüber hinausgehende rechtliche Kontrolle des Richterspruchs scheidet aus. Das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit beschränkt die Dienstaufsicht und das Disziplinarrecht zur praktischen Bedeutungslosigkeit — und das ist gut so.

Die richterliche Unabhängigkeit ist zwar kein Privileg der Richter, aber ein Bollwerk der Bürgerfreiheit, auf das im Rechtsstaat auf keinen Fall verzichtet werden kann — erst recht nicht in einer Zeit, in der die Freiheit der Bürger immer wieder durch die Macht ökonomischer und sozialer Tendenzen in Frage gestellt wird. Der Begriff der Kontrolle ist jedoch zu eng gefaßt, wenn man darunter nur die Rechtskontrolle mit der Möglichkeit der Aufhebung von Entscheidungen und der Disziplinierung ihrer Urheber versteht.

Zu denken ist vielmehr an die Kontrolle, die durch die Öffentlichkeit ausgeübt wird. In der Bundesrepublik ist nicht etwa die „Skribative“ eine institutionalisierte Vierte Gewalt, die als Obergewalt die anderen Gewalten vor ihren Richterstuhl ziehen kann. Die Massenmedien haben jedoch eine Kontrollfunktion in dem Sinne, daß sie sich mit dem auseinandersetzen, was in der Justiz und durch die Justiz geschieht. Als „scharfäugige Wächter“ (Löffler) haben sie nicht nur Mißstände aufzuspüren, sondern auch die Entscheidungen der Justiz aus der Sicht der „Justizkonsumenten“ zu beurteilen und die schwachen Stellen der Begründungen aufzudecken.

Voraussetzung für einen solchen Dialog ist jene erhöhte Transparenz, von der bereits unter 1) die Rede war.

4. Zuguterletzt ein Hinweis auf die Konsequenz verbesserter *Information* über das Richterrecht. Wenn Richterrecht das Gesetzesrecht ergänzt, muß es ebenso wie dieses allgemein zugänglich sein. Man kann nicht die Existenz des Richterrechts bejahen und es dennoch im dunkeln lassen. Diese Situation erfordert, daß Anstrengungen zur Erhöhung der Publizität des Richterrechts unternommen werden.

Bei dieser Forderung treffen zwei Bestrebungen zusammen. Einmal ist es notwendig, den Informationsaustausch der Juristen untereinander zu verstärken. Richterrecht entwickelt sich in der Regel nicht sprunghaft, etwa durch kühne Innovationen, sondern auf einem kontinuierlichen Wege, den der große amerikanische Richter Cardozo zutreffend als Wachstumsprozeß bezeichnet hat: Die eine Entscheidung knüpft an die andere an, und selbst Entscheidungen, die zu grundlegend neuen rechtlichen Aussagen vorstießen, setzen meist eine Reihe von früheren Urteilen voraus, die sich erst langsam zu den Konsequenzen getastet haben.

Zum anderen bemühen wir uns seit längerem, den Bürgern der Bundesrepublik den Zugang zum Recht zu erleichtern, damit sie sich nach ihm richten und ihre Ansprüche durchsetzen können. Das Interesse, das die Presse an rechtsfortbildenden Entscheidungen der Gerichte nimmt, ist erfreulich; die dadurch bewirkte Publizität reicht aber zur Information der Rechtsuchenden nicht aus. Hier liegt in erster Linie eine Aufgabe für die Zukunft. Zusammen mit der Information für professionelle Konsumenten kann sie von solchen Informationssystemen geleistet werden, die auf elektronischer Datenverarbeitung beruhen. Aber auch zur Verbesserung der Publizität des Richterrechts mit den herkömmlichen Informationsmitteln läßt sich manches tun.

#### IV.

Die hier entwickelte Auffassung von der politischen Funktion des Richters wird als *sozialstaatslich-demokratische* These zum Verhältnis von Politik und Rechtsprechung bezeichnet<sup>9)</sup>.

Mir scheint, daß diese Charakterisierung zutreffend ist. In der geschichtlichen Transformationsperiode, die durch den *Übergang vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat* gekennzeichnet ist, versucht sie, die Frage nach dem Verhältnis von Politik und Rechtsanwendung unter den Bedingungen der Zeit zu beantwor-

<sup>9)</sup> So z. B. L. Helbig, *Politik und Recht, Studienbogen aus Recht und Gesellschaft, Heft 1, 1973.*

ten und der Justiz zu helfen, sich über ihre Situation und über ihre Aufgaben klar zu werden. Oft wird die Frage aufgeworfen, weshalb zur Kennzeichnung der sozialgestaltenden Funktion der Justiz nicht auf das Wort *politisch* verzichtet und an dessen Stelle von der *sozialen* Funktion der Justiz gesprochen wird. Das Wort *politisch*, so heißt es, ist ein „Reizwort“. Würde dafür eine andere Formulierung gewählt werden, so hätte die These es leichter, Anerkennung zu finden.

Ich kann dieser Anregung keinen Geschmack abgewinnen. Dadurch, daß man vor Vorurteilen zurückweicht, kann man keine Probleme lösen. Daß solche Vorschläge überhaupt gemacht werden, zeigt vielmehr umgekehrt, wie notwendig der Klärungsprozeß ist, zu dem die Erkenntnis der politischen Funktion des Richters einen Beitrag leistet.

Solange das Wort ‚politisch‘ für die Justiz noch ein Reizwort ist, hat die „Versöhnung von Ju-

stiz und Demokratie“ (Sontheimer), die der Justiz aufgegeben ist, noch nicht stattgefunden. Die Deutschen sind, was ihr Verhältnis zu Politik und Demokratie angeht, eine „verspätete Nation“ (H. Plessner). Für alle Zeiten darf es aber nicht bei dieser Verspätung bleiben. Wohin es führt, wenn Richter unpolitisch sein wollen, haben wir am Beispiel der Weimarer Republik gesehen. Es wäre daher falsch, vor „antipolitischen“ Stimmungen in der Justiz zurückzuweichen. Die Verwendung des Wortes ‚politisch‘ zur Charakterisierung der sozialgestaltenden Funktion der Justiz ist vielmehr selbst ein Moment im Prozeß der Identitätsfindung, von der im ersten Abschnitt die Rede war.

Der Richter ist seiner Funktion nach eine politische Persönlichkeit. Er sollte sich deshalb, wie Adolf Arndt, einer der großen Juristen unserer Zeit, einmal gesagt hat, auch nicht fürchten, eine solche genannt zu werden.

# Richterliche Rechtsfindung durch politisches Engagement?

## Zur Legitimation des politischen Richters

### I. Problemstellung

#### 1. Die Entdeckung der politischen Funktion der Rechtsprechung

Der Streit um den „politischen Richter“ entspringt vornehmlich zwei Entwicklungen, deren vorläufigen Höhepunkt wir gegenwärtig erleben.

#### *Notwendigkeit richterlicher Rechtsfortbildung*

Einmal hat sich die juristische Methodenlehre von der Vorstellung gelöst, daß die gesetzliche Normenordnung lückenlos sei und der Rechtsanwender jeden Rechtsstreit durch bloße Subsumtion des Tatsachenstoffes unter eine gesetzliche Norm lösen könne. Dieses mit dem Kodifikationsideal verbundene Dogma<sup>1)</sup>, das zu Beginn des Jahrhunderts noch herrschend war, mußte in dem Maße versagen, in dem das Gesetz den Richter im Stich ließ. Die großen Umwandlungen der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse haben seither den Gesetzgeber nur zu punktuellen, unvollständigen Regelungen<sup>2)</sup> veranlaßt, die überdies teilweise durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln dem Rechtsanwender einen gewissen Spielraum lassen. Zwangsläufig mußte sich die Methodenlehre mit der Frage beschäftigen, ob und in welcher Weise alte Gesetze den neuen Zeitverhältnissen in sinnvoller Weise angepaßt und ihnen damit ein Inhalt beigelegt werden kann, der über die Vorstellungen

bei Erlaß dieser Gesetze hinausgeht<sup>3)</sup>. Soweit eine gesetzliche Regelung Lücken aufweist (das Gesetz enthält eine Regel nicht, die nach seiner eigenen Teleologie erwartet werden muß<sup>4)</sup>) oder in einer generalklauselartigen Vorschrift besteht, fragt es sich, woher der Richter die Maßstäbe für seine Entscheidung nehmen soll und wo die Grenzen der richterlichen Rechtsfindung liegen.

#### *Die These von der Klassenjustiz*

Die zweite Entwicklung, deren Zeuge wir sind, ist die Renaissance justizpolitischer Vorstellungen, die auf der marxistischen „Überbau“-These beruhen und bereits zu Beginn unseres Jahrhunderts in ihren Grundlinien entwickelt worden sind<sup>5)</sup>.

Nach Karl Marx<sup>6)</sup> disponiert die Klasse, die die Mittel zur materiellen Produktion zur Verfügung hat, damit zugleich über die Mittel zur geistigen Produktion, so „daß ihr damit zugleich ... die Gedanken derer, denen die Mittel zur geistigen Produktion abgehen, unterworfen sind. Die herrschenden Gedanken sind weiter nichts als der ideelle Ausdruck der herrschenden materiellen Verhältnisse ... , also die Verhältnisse, die eben die eine Klasse zur herrschenden machen, also die Gedanken ihrer Herrschaft.“

<sup>1)</sup> Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, 1958, S. 17.

<sup>2)</sup> Badura spricht vom „instrumentalen und okkasionellen Charakter der wirtschafts- und sozialpolitischen Maßnahmegesetzgebung“, in: *Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. 10, 1973, S. 40 ff.

<sup>3)</sup> Fischer, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100, 1971, S. 16.

<sup>4)</sup> Larenz, *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 64, 1965, S. 2.

<sup>5)</sup> Vgl. die Übersicht bei Kaupen, *Historische Zitate zur Soziologie der Klassenjustiz*, Vorgänge Heft 1/1973, S. 99 ff.

<sup>6)</sup> Zit. nach Rasehorn, *Recht und Klassen*, Zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik, 1974, S. 13.

Unverkennbar knüpfen die Vorstellungen von einer politisierten Justiz, die von *Wassermann* maßgeblich mit entwickelt und beeinflusst worden sind, an diese Gedankengänge an, wenn es heißt, „daß das Recht, das der Richter handhabt, überwiegend von der herrschenden Schicht nach ihren Wertvorstellungen und Interessen gemacht“ worden sei <sup>7)</sup>.

Das in dieser Weise von der herrschenden Schicht im Wege der Gesetzgebung durchgesetzte Recht bevorzuge bzw. diskriminiere bestimmte Schichten und Gruppen <sup>8)</sup> und schaffe zwar nicht durch bewußte Verzerrung der Rechtsfindung zugunsten der herrschenden Schichten, aber doch durch um so wirksamere indirekte Mechanismen — insbesondere die soziale Struktur des Richterstandes und das politische System, in das die Justiz eingebettet sei <sup>9)</sup> — einen Privilegienstaat. Dieses System indirekter Mechanismen, die großen Einfluß auf die Rechtsprechung hätten, lasse sich mit dem Begriff Klassenjustiz umschreiben <sup>10)</sup> und müsse im Wege einer ‚Politisierung der Justiz‘ <sup>11)</sup> bekämpft werden <sup>12)</sup>.

Nicht Rechtsbeugung, sondern mangelndes politisches Engagement als Folge unzureichenden politischen Bewußtseins und gewachsene schichtspezifische Präferenzen sind danach ursächlich für Fehlentscheidungen, die der politischen Aufgabe der Rechtsprechung nicht gerecht werden könnten. Abgestellt wird vornehmlich auf folgende Gesichtspunkte:

- soziale Herkunft: 5 % der Bevölkerung (obere Mittelschicht und Oberschicht) stellen 46 % der Richter <sup>13)</sup>;
- rechtswissenschaftliche Sozialisation auf der Universität und im Beruf <sup>14)</sup>;
- Mangel an sozialwissenschaftlicher Ausbildung <sup>15)</sup>.

Diese Analyse stimmt in geradezu frappierender Weise mit den Gründen überein, die schon Karl Liebnecht im Jahre 1910 als „Quellen der Klassenjustiz“ beschrieben hat: „Wenn wir sehen, woher unser Richterstand sich re-

krutiert, so genügt das bereits, um zu kennzeichnen, aus welchem Milieu, aus welchen Auffassungen heraus unsere Richter der Regel nach urteilen werden. Es sind naturgemäß nur die besitzenden Klassen, die für den Richterstand in Frage kommen ... Daß die Ausbildung der Juristen auf der Universität nebei bei bedauerlicherweise eine sehr unzureichende ist, daß speziell gerade in bezug auf die Ausbildung in sozialpolitischer Hinsicht nicht alles geschieht ... Leider schon auf den Universitäten werden unsere Juristen, unsere künftigen Richter herangedrillt zu einer Beschränktheit der politischen Auffassung, die wir auf das lebhafteste bedauern müssen.“ <sup>16)</sup>

Zwar wird von den Verfechtern einer politisierten Justiz keineswegs verkannt, daß sich die heutige soziale Lage der Unterschicht nicht mit den Verhältnissen zur Zeit der Jahrhundertwende vergleichen läßt; daß Liebnechts Analyse — sollte sie je zutreffend gewesen sein — sich nicht ohne weiteres der modernen Justizpolitik zugrunde legen läßt, wird jedoch daraus nicht abgeleitet. Im Gegenteil soll die materielle Besserstellung der heutigen Unterschicht dazu geführt haben, daß sie Mitleid und Sympathie — die ihr früher gewährt worden seien — verloren und dafür teilweise sogar Antipathie eingetauscht habe. Damit sei die Unterschicht nunmehr endgültig aus der Gesellschaft herausgedrängt <sup>17)</sup>. Andererseits verstärke sich der Kontakt der Unterschicht mit der herrschenden Mittelschicht. Je stärker dieser Kontakt werde, desto stärker werde die Kultur der Unterschicht verfolgt: „In diesem Kulturkampf ist die Justiz eine gewichtige Waffe.“ <sup>18)</sup>

### Die Position Wassermanns

In vorstehendem Aufsatz, der sich eng an seine 1972 erschienene Schrift „Der politische Richter“ anlehnt, hat Wassermann zwar den Zusammenhang zwischen der These von der angeblich bestehenden rechten Klassenjustiz und der postulierten Politisierung der Justiz nicht erneut dargestellt, sondern insoweit auf sein Buch verwiesen und entscheidenden Wert auf die Behauptung gelegt, es solle lediglich erkennbar gemacht werden, daß politisches Richten bereits implizit — allerdings unbewußt — geschehe. Eine realistische Würdigung der von ihm verfochtenen Positionen und ihrer

<sup>7)</sup> Wassermann, *Der politische Richter*, 1972, S. 54.

<sup>8)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 7) S. 55; Rasehorn, a. a. O., (Fn 6) S. 11.

<sup>9)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 7) S. 54.

<sup>10)</sup> Vgl. vorige Fn.

<sup>11)</sup> So der Titel der 1971 erschienenen Schrift von Rainer Litten.

<sup>12)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 7) S. 53 und passim.

<sup>13)</sup> Rasehorn, a. a. O., (Fn 6) S. 42.

<sup>14)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 7) S. 54.

<sup>15)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 7) S. 83 f.

<sup>16)</sup> Karl Liebnecht, *Gegen die preußische Klassenjustiz*, 1910, zit. nach Kaupen, a. a. O., (Fn 5) S. 101.

<sup>17)</sup> Rasehorn, a. a. O., (Fn 6) S. 17.

<sup>18)</sup> Rasehorn, a. a. O., (Fn 6) S. 26.

verfassungsrechtlichen und justizpolitischen Implikationen kann aber auf die Einbeziehung des ihnen zugrunde liegenden Verständnisses von der jetzigen Funktion der Justiz nicht verzichten. Freilich kann nicht übersehen werden, daß sich die Akzente gegenüber älteren Veröffentlichungen des gleichen Autors deutlich verschoben haben. Während der Begriff der Klassenjustiz — und damit die Kompensationsfunktion des politischen Richters — gemieden wird, tritt die Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Problematik der Bindung des Richters an das Gesetz in den Vordergrund. Diese Entwicklung gibt zu der Hoffnung Anlaß, daß die Bemühungen um eine sachgerechte Reform des Justizwesens und insbesondere der Juristenausbildung doch nicht in einem hoffnungslosen Stellungskrieg zwischen „Reformern“ und „Konservativen“ versanden werden.

## 2. Funktionen des politischen Richters

Es ist müßig, darüber zu streiten, ob es den politischen Richter bereits gibt oder ob die politische Funktion der Rechtsprechung ein rechtspolitisches Postulat ist. Die Diskussion darüber ließe sich sinnvoll nur dann führen, wenn vorher Einigkeit über den sachlichen Gehalt des Politikbegriffes geschaffen werden könnte.

Zutreffend geht Wassermann davon aus, daß richterliche Rechtsfortbildung Einflüsse auf das Verhalten der gesellschaftlichen Gruppen haben kann. Insbesondere kann die Änderung einer ständigen Rechtsprechung eine ähnliche Wirkung auf die Betroffenen haben wie eine entsprechende Gesetzesänderung. Wenn mit einer Verfestigung dieser neuen Rechtsprechung gerechnet werden muß — bei höchstinstanzlichen Erkenntnissen ist davon in der Regel auszugehen — so werden geschäftliche oder private Dispositionen unabhängig davon darauf eingestellt werden, daß der Richteranspruch keine allgemeinverbindliche Norm ist, sondern nur zwischen den am Rechtsstreit Beteiligten gilt.

Grundsätzlich ließe sich zur Umschreibung der damit verbundenen Probleme durchaus der Begriff „politische Funktion der Rechtsprechung“ verwenden. Er könnte im Rahmen rechtswissenschaftlicher Untersuchungen als Sammelbegriff in der Methodenlehre ebenso wie zur Kennzeichnung staatsrechtlicher Fragestellungen nützlich sein. Auch sozialwissenschaftliche Ansätze — etwa der Einfluß der

Rechtsprechung auf die sozialreformerische Gestaltung — könnten in dieser Weise gekennzeichnet werden.

Indessen ist nicht zu verkennen, daß mit „Politisierung“ mehr gemeint ist und weitergehende Probleme aufgeworfen werden. Der politische Richter soll sich nach den Intentionen seiner Protagonisten nicht etwa darauf beschränken, die Rechtsordnung zu wahren und — soweit das positive Recht lückenhaft ist — nach den anerkannten Grundsätzen der juristischen Entscheidungstheorie fortzubilden. Er soll vielmehr eine „folgenreiche und phantasievolle Innovationspraxis“<sup>19)</sup> entfalten und „politisch produktiv“<sup>20)</sup> sein.

Zwangsläufig und folgerichtig wird die strenge Bindung des Richters an das Gesetz, die das Grundgesetz verbindlich anordnet (Art. 20 Abs. 3 GG), gelockert, ohne eine methodisch gesicherte Schranke der „politischen Produktivität“ sichtbar werden zu lassen. Einer Rechtsprechung, die sich als Teil der politischen Praxis begreift<sup>21)</sup>, ist das Gesetz nicht verbindliche Norm des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, sondern „nur eine Empfehlung, ein Angebot“<sup>22)</sup>. Die methodisch und verfassungsrechtlich gleichermaßen bedeutsame Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Richter ein solches „Angebot“ des Gesetzgebers ablehnen darf, harret um so dringender der Beantwortung, als gleichzeitig ein neues „politisches Bewußtsein“<sup>23)</sup> des Richters geweckt werden soll.

## 3. Sozialwissenschaften und Politisierung der Justiz

Einen herausragenden Platz im Rahmen dieser Konzeption nehmen die Sozialwissenschaften ein. Ihr Studium soll helfen, die Wirkungen der Rechtsnormen und ihre Anwendung auf die abhängige Mehrheit der Bevölkerung zu erkennen<sup>24)</sup>. Dieses Programm zielt offen auf

<sup>19)</sup> Bericht und Modellentwurf der Hessischen Reformkommission für eine einstufige Juristenausbildung, vorgelegt im August 1973, S. 15.

<sup>20)</sup> Memorandum des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung, JuS 1969, S. 599 ff.

<sup>21)</sup> Wassermann, Politisierung der Rechtsprechung?, in: DRiZ 1970, S. 79 ff., 80.

<sup>22)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 21) S. 79 f.

<sup>23)</sup> Wassermann, Richter, Reform, Gesellschaft, 1970, S. 21 ff.; vgl. auch Litten, a. a. O., (Fn 11) S. 41 ff. und passim.

<sup>24)</sup> Lautmann / Grikschat, Ziele und Inhalte des sozialwissenschaftlichen Eingangsstudiums, in: Der neue Jurist, Ausbildungsreform in Bremen als Planungs- und Lernprozeß, 1973, S. 71 ff., 76.



politische Beeinflussung ab: Der Student soll dazu ansetzen, seinen politischen Standort zu überprüfen; „dabei hängt es von seiner Aufrichtigkeit und seinem Mut ab, ob er sich der bislang geübten Instrumentalisierung von Recht, Rechtswissenschaft und Juristen im Dienste der sozial Privilegierten entzieht.“<sup>25)</sup> Eine besondere Funktion haben dabei die Begriffe „Klassenrecht“ und „Klassenjustiz“; denn „wer diese Instrumente enttabuisiert und mit ihnen das Recht und den Rechtsbetrieb konsequent analysiert, der entreißt die Jurisprudenz ihrer traurigen Rolle als gutbezahlte Herrschaftsdienerin.“<sup>26)</sup>

Gewiß hat Wassermann in der vorliegenden Arbeit ambivalente Formulierungen dieser Art gemieden und in den Vordergrund seiner Bemühungen die Absicht gestellt, Fehlerquellen vermeiden zu helfen, die auf mangelnde „Internalisierung“ demokratischer Werte zurückgeführt werden könnten. Der Vorwurf, das Leitbild des politischen Richters sei der politische Kommissar<sup>27)</sup>, schießt deshalb an der Sache vorbei, sofern er pauschal auf alle „Reformer“ erstreckt wird. Die Bindung des politischen Richters an das Grundgesetz wird von Wassermann ausdrücklich betont<sup>28)</sup>, wengleich andererseits nicht übersehen werden darf, daß mit diesem Bekenntnis allein noch nicht viel gewonnen ist, weil nicht deutlich wird, ob es eine nachhaltige Distanzierung vom Bild des parteilich urteilenden Richters (Kompensationsfunktion des politischen Richters) bedeutet.

#### 4. Eingrenzung der verfassungsrechtlichen Fragestellung

Untersucht man nicht die Frage nach der inhaltlichen Übereinstimmung einer Entscheidung mit dem Grundgesetz, sondern forscht man nach den Grenzen der Legitimation der Justiz zu sozialreformerischer Gestaltung, so ist die Behauptung zumindest irreführend, auch der politische Richter sei an die Verfassung gebunden und schon deshalb seien verfassungsrechtliche Bedenken unbegründet. Natürlich ist die Rechtsprechung ebenso wie der Gesetzgeber an die Verfassung gebunden. Sollen jedoch die unterschiedliche Rechtsstellung und Funktion dargestellt werden, die Judikative und Legislative nach dem Grundgesetz haben, so hat es wenig Sinn, auf die grundlegende Gemeinsamkeit hinzuweisen, die alle Träger staatlicher Gewalt miteinander verbindet, nämlich die Unterworfenheit unter die Verfassung. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob nach unserer Verfassungsordnung die Entfaltung „phantasievoller Innovationsprozesse“ beim Gesetzgeber monopolisiert ist oder ob auch die Justiz für politische Gestaltungsaufgaben legitimiert ist. Nur im letzten Fall gestattet das Grundgesetz dem politischen Richter die Hoffnung, die „konservativ gestimmten unpolitischen Richter“ könnten zu „Revolutionären“ erzogen werden, „die darauf brennen, die demokratische Entwicklung voranzutreiben“<sup>29)</sup>.

## II. Die Legitimation der Justiz zu politischer Sozialgestaltung

### 1. Verfassungsrechtliche Legitimation

Die Unvermeidlichkeit richterlicher Rechtsfortbildung ist in den Verfahrensordnungen ausdrücklich anerkannt<sup>30)</sup>. Diese Regelungen besagen jedoch nichts über die Grenzen richterlicher Rechtsfindung; der Begriff „Rechtsfortbildung“ wird vorausgesetzt. Insbesondere läßt sich ihnen nicht entnehmen, ob der Richter im Wege der Rechtsfortbildung befugt ist, nach

bestimmten politischen Ordnungsvorstellungen die gesellschaftlichen Bedingungen zu verändern.

#### *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*

Immerhin räumt das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht Entscheidungskompetenzen über Gegenstände ein, die wesentlich politischer Natur sind. So kann es z. B. nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 1 GG über die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans abschließend befinden. Indessen lassen sich — und darüber besteht anscheinend Einigkeit — aus der besonderen Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit keine Schlüsse auf das Verhältnis zwi-

<sup>25)</sup> Vgl. vorige Fn.

<sup>26)</sup> Vgl. vorige Fn.

<sup>27)</sup> Papke, Die Situation in der deutschen Justiz, DRiZ 1970, S. 352.

<sup>28)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 7) S. 103.

<sup>29)</sup> Wassermann, a. a. O., (Fn 23) S. 33 f.

<sup>30)</sup> Vgl. hierzu im einzelnen Badura, a. a. O., (Fn 2) S. 41.

schen Judikative und Legislative ziehen. Die Problematik jeglicher Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>31)</sup>, deren von Legitimation und Funktion nach dem Grundgesetz her zu bestimmender staatsrechtlicher Standort im Raum zwischen Recht und Politik angesiedelt ist, verbietet es, ihre Ausgestaltung zum Ausgangspunkt von Erwägungen über die „politische Funktion“ der Rechtsprechung im allgemeinen zu machen.

### *Juristische Methodenlehre*

Lassen sich somit den Verfahrensvorschriften und dem Aufgabenkatalog des Bundesverfassungsgerichts keine Anhaltspunkte für die Begrenzung richterlicher Rechtsfindung entnehmen, so kann andererseits auch die juristische Methodenlehre allein nicht ohne Besinnung auf die in der Verfassung getroffenen Grundentscheidungen eine überzeugende Antwort geben. Die Methodenlehre kann uns zwar Maßstäbe dafür liefern, wie der Richter einen Fall zu entscheiden hat; die Grenzen richterlicher Macht im Verhältnis zur gesetzgebenden Gewalt und damit die Frage, ob der Richter über die Rechtsfortbildung hinaus zur Rechtsgestaltung als Sozialingenieur<sup>32)</sup> und Sozialarzt<sup>33)</sup> schreiten darf, ergeben sich dagegen aus dem Grundgesetz. Die Verschiebung des verfassungsrechtlich festgelegten Verhältnisses zwischen Judikative und Legislative in der Richtung auf einen Justizstaat liegt weder in den Kräften der Theorie noch in denen der Justiz allein<sup>34)</sup>. Die konkrete Ausgestaltung der Gewaltenteilung durch das Grundgesetz determiniert daher die juristische Methodenlehre, soweit diese die Frage nach den Grenzen richterlicher Entscheidungsmacht stellt<sup>35)</sup>.

### *Bindung an Gesetz und Recht*

Die Grundlage ist Art. 20 Abs. 3 GG; danach ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Der Verfassungsgeber geht,

wie Hans H. Klein<sup>36)</sup> nachgewiesen hat, von der „Vorstellung einer — zumindest prinzipiell einzuhaltenen — Rollenverteilung“ aus, „nach welcher Rechtsetzung und Rechtsprechung durch je besondere Organe“ wahrgenommen werden. Diese Regelung ist eine besondere positiv normierte Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, mithin eine verfassungsrechtliche und nicht, wie Wassermann meint, eine verfassungspolitische Frage. Der Rechtsstaat setzt voraus, daß die Träger staatlicher Gewalt sich an die Gesetze gebunden fühlen und daß die zur Kontrolle aufgerufenen Richter selbst dem Gesetz gehorsam sind<sup>37)</sup>.

Es geht nicht an, gesetzgeberische Entscheidungen mit Verfassungsrang in ihrer rechtlichen Bedeutung als unverbindliches „ursprüngliches Demokratiemodell“ (Wassermann) zu bagatellisieren und damit zur Disposition jedes einzelnen Richters zu stellen. Zutreffend hat Badura<sup>38)</sup> unlängst hervorgehoben, daß aus der Verfassung entnommen werden muß, was Aufgabe des gesetzgebenden Parlaments und was das Amt des Richters ist. Es handelt sich mithin nicht um rechtstheoretische, sondern um staatsrechtliche Fragen<sup>39)</sup>. Unbeschadet der unten zu erörternden Frage nach dem Verhältnis der juristischen Methodenlehre zur „politischen Funktion“ der Rechtsprechung im gesetzesfreien Raum kann daher schon hier festgestellt werden, daß die Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“<sup>40)</sup> jedem Versuch den Boden entzieht, die „dienende Rolle der Justiz“ gegenüber dem im Rechtssetzungsverfahren verbindlich normierten „Klassenrecht“<sup>41)</sup> zu unterlaufen. Eine derartige Kompensationsfunktion des Richters, die den „Unterprivilegierten“ im Rechtsstreit begünstigt, um die Nachteile auszugleichen, die ihnen durch die das Gesetzgebungsverfahren wirklich oder vermeintlich beherrschenden oberen Schichten zugefügt worden sind, läßt sich mit dem Grundgesetz nicht vereinbaren.

<sup>31)</sup> Ausführlich dazu: Friedrich Klein, Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen, 1966; Leibholz, Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht, DVBl. 1974, S. 396 ff.

<sup>32)</sup> Zweigert, Vom Rechtsheligen zum Sozialingenieur, „Die Zeit“ v. 21. 2. 1969.

<sup>33)</sup> Rasehorn, Über den langen Marsch des kritischen Denkens durch die Institutionen der Justiz, in: Justizreform, hrsg. von Wassermann, 1970, S. 32 ff., 46 f.

<sup>34)</sup> Wieacker, a. a. O., (Fn 1) S. 16.

<sup>35)</sup> Schnorr, Die Rechtsidee im Grundgesetz, AöR 55 (1960), S. 121 ff., 132.

<sup>36)</sup> Richterrecht und Gesetzesrecht, DRiZ 1972, S. 333 ff.

<sup>37)</sup> Coing, Bemerkungen zu dem Modellentwurf für die einstufige Juristenausbildung in Hessen, JuS 1973, S. 797 ff., 798.

<sup>38)</sup> Badura, a. a. O., (Fn 2) S. 42.

<sup>39)</sup> So zutreffend Badura, vgl. vorige Fn.

<sup>40)</sup> Daß der Richter nicht nur an das „Gesetz“, sondern auch an das „Recht“ gebunden ist, berechtigt ihn nicht, das Gesetz an durch autonome richterliche Rechtschöpfung gewonnenem „Recht“ zu messen; vgl. dazu Hans H. Klein a. a. O., (Fn 36), S. 338 mwN.

<sup>41)</sup> Lautmann / Grikschat, a. a. O., (Fn 24) S. 76.

## 2. Demokratische Legitimation

Die freiheitliche Demokratie lebt, um mit *Kelsen*<sup>42)</sup> zu reden, von dem Verzicht auf den Anspruch, im alleinigen Besitz des Wissens um die richtige Entscheidung politischer Fragen zu sein. Deshalb trifft es zu, daß die parlamentarischen Entscheidungen nicht in einem wissenschaftlichen Sinn „richtig“ oder „gerecht“ sind. Vielmehr setzen sich — sei es durch Kampfentscheidungen oder im Wege des Kompromisses — bestimmte Wertvorstellungen und Interessen durch, die häufig heftig umstritten waren und bleiben. Mit der Verkündung des Gesetzes werden diese Wertvorstellungen und Interessen, so einseitig sie im einzelnen sein mögen, jedoch für die gesetzesunterworfenen Justiz verbindlich; das Stadium der Rechtspolitik ist — für den Richter im Amt, nicht natürlich für den Richter als Bürger und Wähler — endgültig vorbei<sup>43)</sup>. Zwar entspringt das Gesetz einer politischen bestimmten Entscheidung, es bewirkt jedoch eine allgemeinverbindliche Ordnung<sup>44)</sup>, deren Beachtung und Durchsetzung in der Praxis Aufgabe der Justiz ist, ohne daß es darauf ankäme, welche Schicht oder Klasse sich nach Ansicht des Richters im Gesetzgebungsverfahren ungerechtfertigte Vorteile einzuhandeln verstanden hat.

### Funktionspezifische Legitimation

Die demokratische Legitimation staatlicher Machtausübung ist je nach der Funktion des staatlichen Machtträgers unterschiedlich strukturiert. Die Legitimation des Richters fließt aus dem Auftrag des Volkes, wie er im Gesetz Gestalt gewonnen hat<sup>45)</sup> und dessen unverfälschte Anwendung positiv durch die Bindung an Gesetz und Recht und negativ durch die unverzichtbare Unabhängigkeit des Richters garantiert wird. Beides ist unlösbar miteinander verknüpft: „Die Bindung an das Gesetz ist die Bedingung für die Respektierung der Unabhängigkeit der Rechtspflege. Gibt der Richter die eine auf, so wird er auch die andere verlieren“<sup>46)</sup>.

Für politische Gestaltungsaufgaben dagegen ist nur der Gesetzgeber und in gewissem Umfang auch die Exekutive, die ihrerseits

weisungsgebunden und der parlamentarischen Kontrolle unterworfen ist, durch die Veranstaltung periodisch wiederkehrender Wahlen legitimiert. Er braucht seine Entscheidungen — soweit sie sich im Rahmen der Verfassung bewegen — nur politisch, nicht rechtlich zu verantworten und ist daher in seinem politischen Gestaltungswillen frei.

Diese umfassende Legitimation durch das Volk fehlt dem Richter. Zutreffend hat *Flume*<sup>47)</sup> darauf hingewiesen, daß die Aufgabe des Richters sich auf den Ausspruch „*ius est*“ beschränke und nicht auch den Ausspruch „*ius esto*“ umfasse. Diese Feststellung umschreibt nicht nur die auch von den Anhängern einer politisierten Jurisprudenz nicht bestrittene Tatsache, daß der Richterspruch nur *inter partes* gilt und im Unterschied zum Gesetz — jedenfalls rechtlich — keine Bindungswirkung für die Beurteilung späterer weiterer Fälle entfaltet, sondern er enthält darüber hinaus die mangelnde Legitimation des Richters zu politischer Gestaltung.

### Legitimationszuwachs durch „Demokratisierung“ und „Politisierung“?

Nur unzureichend durchdacht ist der Vorschlag, man könne die demokratische Legitimation des Richters durch neue Formen seiner Bestellung und Beförderung erhöhen (Richterwahlausschüsse, Engagement der politischen Parteien usw.). Die These von dem mit „Demokratisierung“ und „Politisierung“ verbundenen Legitimationszuwachs verkennt, daß Quelle der demokratischen Legitimation nicht eine einmalige Wahl — nach welchem Verfahren auch immer — ist, sondern die mit periodisch wiederkehrenden Wahlen verbundene Gefahr der Abwahl. Demokratie lebt, so hat *Herzog*<sup>48)</sup> zutreffend ausgeführt, von der Gefahr des Verlustes der Mehrheit. Daß die Möglichkeit einer Abwahl des Richters aus politischen Gründen das Ende der Unabhängigkeit der Justiz bedeuten würde, braucht nicht näher begründet zu werden. Der um den Preis der Unabhängigkeit hinzunehmende Legitimationsmangel zu politischer Gestaltung ist also unabänderlich.

Freilich ist angesichts mancher Forderungen der Reformen nicht mehr sicher, ob der noch

<sup>42)</sup> Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 101.

<sup>43)</sup> Henke, Wider die Politisierung der Justiz, DRiZ 1974, S. 173 ff., 176.

<sup>44)</sup> Badura, a. a. O., (Fn 2) S. 42.

<sup>45)</sup> Hans H. Klein, a. a. O., (Fn 36) S. 338.

<sup>46)</sup> Coing, a. a. O., (Fn 37) S. 798.

<sup>47)</sup> Richter und Recht — Grenzen der Rechtsfortbildung, Vortrag vor dem Deutschen Juristentag 1966 in Essen, Verhandl. d. 46. DJT K 1 ff., 25 f.

<sup>48)</sup> Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 354, 219 f.; so auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl. 1973, S. 63 ff.; vgl. auch BVerfGE 1, 14, 33; 18, 151, 154.

bestehende Konsens über die für den Rechtsstaat unverzichtbare Unabhängigkeit des Richters von Dauer sein wird. Man fragt sich, wie dieses Richterbild in eine politische Konzeption paßt, nach der es „nicht mehr um Recht im bisherigen Sinne und Ausmaße gehen“ werde, „weil die Gesellschaft eben nicht rechtlich, sondern politisch verfaßt“ sein müsse<sup>49)</sup>.

Nicht einen Zuwachs an Legitimation, sondern Vertrauenseinbußen und Autoritätsverlust bringt das von manchen<sup>50)</sup> erstrebte Eindringen der Parteipolitik in die Justiz, soweit es über ein unvermeidliches Mindestmaß hinausgeht. Das gilt nicht nur, aber in besonders offenkundigem Maße, für Bundesländer mit jahrzehntelang stabilen politischen Mehrheiten, in denen wegen der geringen Aussicht eines Machtwechsels politische Abhängigkeiten evident sind. Denn das Funktionieren des Gewaltenteilungssystems hängt u. a. wesentlich davon ab, daß die Teilgewalten nicht Marionetten der jeweiligen politischen Machthaber sind<sup>51)</sup>. Das für den politischen Richter erforderliche „neue Bewußtsein“ würde als Eignungskriterium Leistungsgesichtspunkte hinterrücken und damit Unparteilichkeit und Qualität der Rechtsprechung empfindlich beeinträchtigen. Dagegen wird entgegen Ostermeyer<sup>52)</sup> der unpolitische „Apparat“ — dessen Personalpolitik freilich auch nicht immer sachgerecht sein muß — vor allzu durchsichtigen Interessenverwicklungen durch die Notwendigkeit gebremst, Personalentscheidungen mit Argumenten der Leistung zu rechtfertigen. Vor allem provoziert er kein „Schielen“ nach dem richtigen Bewußtsein, das sich (Richter sind auch nur Menschen) in der Hoffnung auf Beschleunigung der Karriere in den

Urteilsbegründungen als Deklamationen politischer Überzeugungen niederschlagen muß.

Der politische Richter enträt demokratischer Legitimation zur Sozialgestaltung nicht nur wegen seiner Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit, sondern auch, weil das Verfahren des von der Bindung an das Gesetz befreiten Richters eine Rückkoppelung an demokratische Entscheidungen ausschließt. Die — zufällige — Besetzung der Spruchkörper, die Grundsätze der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit, die mangelnde Vorhersehbarkeit politischer Entscheidungen, die unschwer zu prognostizierende Zersplitterung der Rechtsprechung wegen unterschiedlicher Ansichten in rechtspolitischen Fragen und die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit — die Unterschiede zur Legitimation des Parlaments sind nicht zu übersehen.

### Brot für Lobby

Zudem muß zwangsläufig das (berechtigte) Interesse des Aktivbürgers an der politischen Gestaltungsaufgabe der Justiz den Richter denselben Pressionen aussetzen wie den Gesetzgeber schon heute<sup>53)</sup>. Die Lobby in den Wandelhallen der Gerichte würde zwar manchen Gutachter ins Brot setzen, müßte jedoch die Autorität der Richter und das Vertrauen in die Justiz noch mehr beeinträchtigen als dies den wesentlich besser gerüsteten Parlamenten bereits widerfahren ist. Es läßt sich unschwer prognostizieren, daß der Vorwurf, der jetzt dem Gesetzgeber gilt, wonach die herrschenden Schichten kraft ihrer finanziellen Überlegenheit im Gesetzgebungsverfahren ihre Interessen durchsetzen, ohne Abstriche auf die Justiz übertragen werde würde,

## III. Zur Methodendiskussion — politisches Engagement als außergesetzliche Rechtsquelle?

Die rechtsstaatliche Bindung des Richters an Gesetz und Recht und die fehlende demokratische Legitimation zu aktiver Sozialgestal-

tung schließen also stets eine Korrektur<sup>54)</sup> des im Gesetz objektivierten Willens des Gesetzgebers aus. Mit der Feststellung, daß der

<sup>49)</sup> Wiethölter, *Recht und Politik*, ZRP 1968/69, S. 155 ff., 157 f.

<sup>50)</sup> Vgl. z. B. Ostermeyer, *Justizreform — Quadratur des Kreises, Möglichkeiten und Unmöglichkeiten eines Systemwandels*, Vorgänge Heft 1/73, S. 61, 65.

<sup>51)</sup> Diederichsen, *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, ZRP 1974, S. 53 ff., 55.

<sup>52)</sup> A. a. O., (Fn 50).

<sup>53)</sup> Darauf hat mit Recht Diederichsen, a. a. O., (Fn 51) S. 55 aufmerksam gemacht.

<sup>54)</sup> Zur Frage, ob in extrem gelagerten Ausnahmefällen ein dem Gesetz fremder Rechtsgedanke, der sich im „allgemeinen Rechtsbewußtsein“ bereits Geltung verschafft hat, zur Umbildung der gesetzlichen Regelung führen kann, vgl. Larenz, *Methodenlehre*, 2. Aufl., S. 401 ff. Der gedankliche Ansatz zur möglichen Anerkennung solcher Fälle ist frei-

Richter sich nicht zum Zensor<sup>55)</sup> des Parlaments aufschwingen darf, ließe sich jedoch möglicherweise die Vorstellung vereinbaren, daß in vom Gesetzgeber noch nicht normierten „rechtsfreien“ Räumen sozialpolitische Konzeptionen durchgesetzt werden können, die nicht durch juristisch-exegetische Kunstregeln, sondern „politisches Engagement“ des Richters gewonnen werden. Freilich ist der Mangel an demokratischer Legitimation nach dem Gesagten auch in diesem Bereich nicht zu beheben, soweit die politischen Entscheidungen nicht methodengerecht und damit intersubjektiv aus außerrechtlichen Rechtsfindungsquellen abgeleitet werden können.

### *Unterschied zwischen Rechtsetzung und Rechtsfindung*

Rechtsetzung, also Schaffung verbindlicher Normen, setzt im Unterschied zur Beurteilung eines Einzelfalls eine politische Konzeption voraus, die über das zur Entscheidung des Gerichts gestellte Problem hinaus eine Parteilnahme im Kampf der Interessen erfordert. Zwar kann auch die Rechtsfortbildung als methodisch besonders problematischer Sonderfall der Rechtsfindung nicht darauf verzichten, die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende (politische) Interessenbewertung zu erforschen und damit die politische Wirklichkeit in die Betrachtung einzubeziehen. Dennoch bleibt zwischen Rechtsetzung und Rechtsprechung ein wesentlicher Unterschied, den Friedrich Klein<sup>56)</sup> für den Bereich des Verfassungsrechts treffend so beschrieben hat: Der Richter muß den einzelnen Rechtsatz, den er auszulegen hat, „in die politische Wirklichkeit hineinstellen, was aber nicht bedeutet, daß er aus der politischen Wirklichkeit“ Rechtssätze entwickeln dürfte. Dieser Satz gilt auch für die außergesetzlichen Quellen richterlicher Entscheidungskunst, die vornehmlich aus der „bewährten Rechtslehre“ mit ihrem vom Konsens der Fachgenossen getragenen Repertoire von Problemlösungsvorschlägen und dem „anerkannten Gerichtsgebrauch“ bestehen, dessen Legitimation ebenfalls im Konsens der Fachgenossen und in

lich nicht eine von den hier entwickelten Grundsätzen richterlicher Legitimation abweichende Auffassung, sondern die Vorstellung, daß ein auf andere Weise nicht zu behebender evidentier „Rechtsnotstand“ durch die Rechtsordnung nicht hingenommen werden soll.

<sup>55)</sup> Hans H. Klein, a. a. O., (Fn 36) S. 338.

<sup>56)</sup> Friedrich Klein, a. a. O., (Fn 31) S. 25.

reicher richterlicher Kasuistik begründet ist, die ihrerseits durch die ständige Kritik der Wissenschaft befruchtet wird<sup>57)</sup>.

Dagegen kann Rechtsetzung als verbindliche Normierung wirtschaftlicher, sozialer oder politischer Problemkomplexe nicht ohne eine umfassende, aus der politischen Wirklichkeit gewonnene Konzeption gedacht werden. Die Blickrichtung ist also entgegengesetzt: Der Rechtsanwender will methodisch nachprüfbar aus der Fülle der dem Richter offenen Erkenntnisquellen den Einzelfall gerecht entscheiden. Aus der dadurch entstehenden Kasuistik schälen sich im Laufe der Zeit unter der Kontrolle der Rechtswissenschaft und abweichenden Voten bestimmte Rechtsgedanken und Problemlösungen heraus, auf die der Gesetzgeber direkt oder indirekt — etwa durch Normierung ähnlicher Interessengegenstände auf anderen, vergleichbaren Rechtsgebieten — Einfluß nehmen kann und auch nimmt. Aus diesem stetigen Prozeß, der sich vor den Augen der Öffentlichkeit abspielt, gewinnt die richterliche Rechtsfortbildung ihre Legitimation. Grundverschieden davon ist die Haltung des Rechtsetzers: Er entwirft für eine politische Gestaltungsaufgabe ein Gesamtkonzept, dessen Grundlinien politischen Überzeugungen entnommen sind und dem sich die Einzelentscheidung unterordnen muß. Das Ziel der Rechtsentwicklung wird antizipiert, ohne eine (rechtliche) Legitimationsbasis für die entscheidungsbestimmenden Faktoren erkennbar werden zu lassen. Politische Prognosen und Wunschvorstellungen treten an die Stelle methodisch (wie zuzugeben ist: teils mehr — teils weniger) gesicherter Gewinnung der Wertmaßstäbe aus der bestehenden Rechtsordnung. Es sind eben, wie Coing zutreffend gesagt hat, zwei verschiedene Grundhaltungen, ob sich der Richter als freier „Gestalter sozialer Verhältnisse fühlt oder ob er dahin erzogen ist, in jedem Falle zunächst ernst und gewissenhaft nach den von Gesetz und Präzedenzien vorgeschriebenen Lösungen zu suchen und erst von da aus ggf. das Recht behutsam fortzuentwickeln. Hier liegen zwei durchaus verschiedene Grundhaltungen vor, die sich darin ausprägen müssen, wie der Jurist an die gestellte Aufgabe herangeht, und wollen wir nicht den Rechtsstaat aufgeben, so muß es dabei bleiben, daß der Jurist sich an die vorhandenen Normen gebunden fühlt.“<sup>58)</sup>

<sup>57)</sup> Ausführlich hierzu Wieacker, a. a. O., (Fn 1) S. 14 f.

<sup>58)</sup> A. a. O., (Fn 37) S. 798.

Dagegen meint Kühne<sup>59)</sup> einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts<sup>60)</sup> entnehmen zu können, nach Ansicht dieses Gerichts werde durch rechtskräftige Urteile „Recht“ gesetzt. Indessen zeigt sich bei genauerem Hinsehen, daß aus der genannten Entscheidung für die hier abgelehnte Auffassung keine Argumente hergeleitet werden können. Das Urteil führt u. a. aus: „Vor allem ist die Ansicht irrig, es stünde in aller Regel eindeutig und klar fest, welche Entscheidung richtig ist, und daß nur eine richtig sein könne... Welche Entscheidung richtig ist — und das ist ausschlaggebend — steht im konkreten Fall für die streitenden Parteien verbindlich erst durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung, aber sonst niemals fest, mag auch die Entscheidung der Kritik falsch erscheinen.“<sup>61)</sup> Die Bedeutung dieser Ausführungen erschließen sich dem Betrachter erst, wenn der Zusammenhang mit der Rechtsfrage, die das Gericht zu beurteilen hatte, hergestellt wird. Es ging um das Problem, ob der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht in einer Frage hatte, die wegen bindender tariflicher Regeln dem Arbeitgeber keine Ermessensfreiheit ließ oder ob Mitbestimmung Ermessensfreiheit des Arbeitgebers logisch zur Voraussetzung hat, wie die Rechtsbeschwerde annahm. Das Urteil<sup>62)</sup> stellte fest, daß trotz bindender Regeln Zweifelsfragen entstehen könnten, die endgültig erst durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung geklärt seien und hielt — neben anderen Gründen — deshalb ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats für sinnvoll. Danach bewirkt also erst das rechtskräftige Urteil eine endgültige Entscheidung darüber, was zwischen den Parteien „richtig“ ist. Daraus ergibt sich jedoch zugleich die Grenze dieser Aussage: Über die inhaltliche Richtigkeit und erst recht über die normative Verbindlichkeit des richterlichen Erkenntnisses kann aus dem Institut der Rechtskraft nichts gewonnen werden. Urteilen erwachsen nicht deshalb Rechtskraft, weil sie inhaltlich „richtig“ sind und umgekehrt wird die Rechtskraft auch nicht durchbrochen, wenn sich nachträglich die Unrichtigkeit des Urteils herausstellt<sup>63)</sup>. Ein Urteil eines

anderen Gerichts, das die gleiche Rechtsfrage abweichend beurteilt, ist für die Parteien dieses Rechtsstreits in obigem Sinne ebenfalls „richtig“.

### *Politisches Engagement und juristische Methodenlehre*

Die relative Unschärfe der juristischen Methodenlehre und die Unmöglichkeit, eine verbindliche Rangfolge der verschiedenen Auslegungsmethoden festzusetzen, veranlaßt die Justizkritiker zu der Behauptung, es fehle an wissenschaftlichen Kriterien für die richterliche Rechtsfindung. Diese fehlenden Maßstäbe sollen durch Heranziehung der unten zu erörternden sozialwissenschaftlichen Methoden und durch politisches Engagement und politisches Bewußtsein des Richters gewonnen werden.

Richtig ist, daß die Fülle der Gesichtspunkte, die der Rechtsanwender zu beachten hat, intersubjektivität des Ergebnisses nicht in der Weise garantiert, daß Zweifel nicht mehr möglich sind. Der hermeneutische Prozeß erfolgt nicht nach der Art einer Rechenaufgabe<sup>64)</sup>. Die Kritiker übersehen jedoch, daß der Auslegende zwischen den verschiedenen Auslegungsmethoden nicht beliebig wählen darf, insbesondere darf er nicht — wie Wassermann offenbar meint — eine bestimmte Regel gegen eine andere austauschen, wenn ihn das Ergebnis nicht befriedigt. Für den Vorrang des einen oder anderen Gesichtspunktes gibt es vielmehr methodologisch einsehbare Gründe<sup>65)</sup>.

Der Streit geht freilich in Wahrheit nicht darum, ob die juristischen Methoden ihre Aufgaben nach dem herkömmlichen Verständnis von der Funktion der rechtsprechenden Gewalt im Rechtsstaat zu erfüllen vermögen, sondern um die Frage, ob sie sich als Instrument politischer Sozialgestaltung eignen. Politische Entscheidungen im Sinne einer Veränderung des geltenden Rechts lassen sich allerdings nicht mit juristischen Ableitungen begründen, sie bedürfen politischen Entscheidungswillens und damit auch politischen Engagements. Insofern besteht also ein enger Zusammenhang zwischen der Inpflichtnahme der Rechtsprechung zum Zweck der Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse und in

<sup>59)</sup> Kühne, Die Richter und die Politisierung der Rechtsprechung, DRiZ 1971, S. 113 ff., 114.

<sup>60)</sup> BAG 2, 165 ff.

<sup>61)</sup> A. a. O., (Fn 60) S. 174.

<sup>62)</sup> A. a. O., (Fn 60) S. 173 f.

<sup>63)</sup> Die Ausnahmen, die teils verfahrensrechtlich positiv normiert sind, teils aus dem Gesichtspunkt des Urteilsmissbrauchs von der Rechtsprechung (vgl. BGHZ 13, 71) zugelassen werden, sind im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung.

<sup>64)</sup> Larenz, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für E. R. Huber, S. 291 ff., 295.

<sup>65)</sup> Vgl. vorige Fn.

der vermeintlichen Unvollkommenheit juristisch-exegetischer Verfahren. Es ist somit nur folgerichtig, wenn die Protagonisten des „politischen Richters“ die überkommenen juristischen Methoden als für ihre Zwecke ungeeignet ansehen. So läßt sich aus dem Begriff des Sozialstaats oder aus der Sozialbindung des Eigentums juristisch nicht herleiten, wie etwa das Bodenrecht oder die Eigentumsordnung im einzelnen gestaltet werden sollen<sup>66)</sup>. Die Verfassung gewährt dem einfachen Gesetzgeber einen weiten Regelungsspielraum<sup>67)</sup>. Der „politische Richter“, der die Funktion des Gesetzgebers teilweise übernehmen will, bedarf also außerjuristischer Methoden. Dieses Problem ist keineswegs neu, und mit Recht hat es deshalb das Bundesverfassungsgericht, dessen Sonderstellung oben bereits behandelt worden ist, in ständiger Rechtsprechung abgelehnt, in diese Domäne des Gesetzgebers einzudringen<sup>68)</sup> und auf diese Weise verhindert, daß sowohl Legitimation als auch Methode richterlicher Entscheidungen in unauf lösbare Widersprüche verstrickt wurden.

Das politische Engagement ist aber nicht nur ein sachfremder Gesichtspunkt im Bereich der Methodenlehre, es vergrößert darüber hinaus — wie oben bereits gezeigt wurde — die Gefahr, daß der Richter bestimmten politischen Präferenzen folgt. Der Einfluß des „Vorverständnisses“ auf die Entscheidung läßt sich um so schwerer kalkulieren, je „engagierter“ der Richter ist, und im Unterschied zur immerhin möglichen Bekämpfung privater Vorlieben kann vom politischen Richter wohl nicht mit Aussicht auf Erfolg erwartet werden, daß er seine eigene politische Überzeugung für falsch hält und nicht in die Entscheidung einfließen läßt. Dies hat besonders bei Kollegialgerichten groteske Konsequenzen: Wenn nicht juristische Methoden die Entscheidung stützen, so kann man abweichende Ansichten auch nicht mehr als „rechtsirrig“ bezeichnen, vielmehr würde man dissentierenden Richtern „falsches politisches Bewußtsein“ vorhalten müssen. Die Implikationen für die Atmosphäre in der Justiz sind überdeutlich. Aber darüber hinaus: Wäre es eigentlich vernünft-

ig, Leute mit „falschem politischem Bewußtsein“ einzustellen oder gar zu befördern? Müßte man nicht folgerichtig das „richtige“ politische Bewußtsein in den Dienstleistungszeugnissen besonders hervorheben?

Daß politisches Engagement Distanz und Sachlichkeit des Richters beeinträchtigen kann, hat erst jüngst einer der bekanntesten Justizkritiker<sup>69)</sup> bewiesen. Das Strafvollzugsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14.3.1972<sup>70)</sup> stellt er wie folgt dar: „Jahrzehntelang haben die Oberlandesgerichte den Strafgefangenen mit überlebten juristischen Tricks die Grundrechte entgegen der Verfassung aberkannt. Es hat 25 Jahre gedauert und dann noch einen neuen Präsidenten gebraucht, bis das Bundesverfassungsgericht den Oberlandesgerichten klarmachte, daß auch bestrafte und eingeschlossene Kriminelle Träger von Grundrechten sind, weil sie nämlich Menschen sind.“<sup>71)</sup>

Hier hat das Engagement die Urteilsfähigkeit getrübt. Die deutschen Oberlandesgerichte haben keineswegs die Ansicht vertreten, Strafgefangene genossen nicht den Schutz der Grundrechte. Im Gegenteil konnte Hesse<sup>72)</sup> schon in der 3. Auflage seines Lehrbuches feststellen, es bestehe Einigkeit darüber, daß die Sonderstatusverhältnisse (dazu gehört auch das Strafgefangenenverhältnis) nicht „von der Geltung der Grundrechte schlechthin eximiert“ seien. Umstritten war allein die Frage, ob die natürlich notwendige Einschränkung der Grundrechte der Strafgefangenen eines formellen Gesetzes bedurfte oder ob die Exekutive über die Figur des „besonderen Gewaltverhältnisses“ eine — durch die Verfassung und den Anstaltszweck begrenzte — Regelungsbefugnis besaß<sup>73)</sup>. Diese Frage ist vom Bundesverfassungsgericht nun zugunsten der Legislative entschieden worden.

Das Urteil ist damit zugleich eine Entscheidung gegen die Vorstellung von der politischen Funktion der Rechtsprechung; denn die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts bedeutet eine stärkere Bindung der Verwaltung an das Gesetz und damit eine geringere Abhängig-

<sup>66)</sup> Leibholz, a. a. O., (Fn 31) S. 399.

<sup>67)</sup> Zu den Bestrebungen, im Wege funktional-demokratischer und sozialstaatlicher Grundrechtsinterpretation die Eingrenzung dieses Spielraums durch die Grundrechte mit dem Ziel der Inpflichtnahme des einzelnen zu überspringen, vgl. Hans H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, in: res publica Bd. 26 (1972).

<sup>68)</sup> Ausführlich hierzu Leibholz, a. a. O., (Fn 31) S. 399.

<sup>69)</sup> Ostermeyer, Die juristische Zeitbombe, 1973, S. 119.

<sup>70)</sup> BVerfGE 33, 1 ff.

<sup>71)</sup> A. a. O., (Fn 69).

<sup>72)</sup> Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1969, S. 129.

<sup>73)</sup> Zum damaligen Streitgegenstand vgl. Schüler-Springorum, Strafvollzug im Übergang, 1968, S. 39 ff., 59 ff.

keit der Exekutive von der Rechtsprechung. Je weiter der Gesetzesvorbehalt ausgedehnt wird, desto kleiner wird zwangsläufig das Aktionsfeld des „politischen Richters“.

### *Verfassungskonforme Auslegung*

Ein weiteres methodisches Prinzip, das als Einbruchstelle für richterliche politische Gestaltung in Betracht kommt, ist die sog. verfassungskonforme Auslegung<sup>74)</sup>. Läßt sich ein Gesetz, dessen Wortsinn mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zuläßt, nur bei einer bestimmten Interpretation mit dem GG vereinbaren, so braucht es nicht als verfassungswidrig verworfen zu werden, sondern ist mit dem verfassungskonformen Inhalt wirksam<sup>75)</sup>. Das Problem besteht also darin, ob das Gericht dem Willen des Gesetzes Geltung verschaffen darf, obwohl die Formulierung, die der Gesetzgeber gewählt hat, auch Interpretationen zuläßt, die mit höherrangigem Recht unvereinbar sind. Verfassungskonforme Auslegung hat folglich eine auf Aufrechterhaltung des Gesetzes bedachte Tendenz<sup>76)</sup>. Die politische Entscheidung verbleibt dem Gesetzgeber; im Wege verfassungskonformer Auslegung kann der Richter demnach nicht Sozialgestaltung gegen Wortlaut und Sinn des Gesetzes oder gegen das gesetzgeberische Ziel betreiben<sup>77)</sup>.

### *Wertungsmaßstäbe durch die Sozialwissenschaften?*

Eines der Hauptanliegen der politisierten Justiz ist die Einbeziehung der Sozialwissenschaften in den richterlichen Meinungsbildungsprozeß. Nach Wassermann soll durch Heranziehung politischer Gesichtspunkte, die die Entscheidung tragen, die Rationalität der Begründung erhöht werden. Die politische Methodik habe einen Rationalitätsvorsprung vor der juristischen<sup>78)</sup>. Deshalb müsse die Justiz ihre Methoden „Durch Einbeziehung der rationalen Inhalte politisch betriebener Rationalitätseinschätzung“ rationaler machen<sup>79)</sup>.

Hier werden zwei Gesichtspunkte unzulässig miteinander vermengt:

Zutreffend ist, daß die Vorstellung, Rechtsprechung sei allein mechanische Subsumtion des dem Richter unterbreiteten Sachverhalts unter eine Rechtsnorm, der Vergangenheit angehört. Bereits die klassische Interessenjurisprudenz hat erkannt, daß das Gesetz den Richter häufig im Stich läßt<sup>80)</sup>. Der Rechtsanwender kommt in diesen Fällen ohne sorgfältige Analyse des — politischen, wirtschaftlichen oder sozialen — Interessengegensatzes nicht aus.

Freilich ist damit weder die Ermächtigung zu einer Eigenwertung des Richters nach seinen politischen Präferenzen verbunden, noch ergeben sich aus der Tatsachenermittlung Sollenssätze. Vielmehr sind die Werturteile dem Gesetz und den in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Vorstellungen zu entnehmen: „Die Übertragung des Werturteils vollzieht sich durch eine Vergleichung des entscheidungsbedürftigen Interessenkonfliktes mit dem autoritativ entschiedenen. Deshalb hat der Richter nicht die konkreten Interessen in der Gesamtheit des wirklichen Bestandes zu erfassen, sondern diejenigen Merkmale herauszuheben, welche in der Rechtsordnung gewertet sind.“<sup>81)</sup>

Die Aufhellung der hinter der Entscheidung stehenden Interessenbewertung und die Darlegung der maßgeblichen Gesichtspunkte in den Entscheidungsgründen ermöglichen mehr Transparenz, erhöhen die Vorhersehbarkeit von Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung und führen damit zu Rationalität und Rechtssicherheit. Darüber hinaus vermeiden sie die Rechtfertigung einer Entscheidung durch „Scheinbegründungen“. Insoweit bewegt Wassermann sich also auf gesichertem theoretischen Boden.

Hiervon ist jedoch scharf die Heranziehung sozialwissenschaftlicher Methoden zur Gewinnung von Wertmaßstäben zu unterscheiden. Die Sozialwissenschaften können als empirische Wissenschaften nur Methoden zur Gewinnung vertiefter Einsichten in die soziale Wirklichkeit, nicht aber rechtliche Sollenssätze entwickeln, nach denen die Wirklichkeit zu gestalten ist<sup>82)</sup>. Gibt eine „unaufge-

<sup>74)</sup> Hierzu ausführlich Hesse, 6. Aufl. 1973, S. 31 ff.

<sup>75)</sup> BVerfGE 2, 266, 282; 19, 1, 5.

<sup>76)</sup> Badura, a. a. O., (Fn 2) S. 53.

<sup>77)</sup> Vgl. Hesse, a. a. O., (Fn 74) S. 32 mit weiteren Nachweisen; Leibholz, a. a. O., (Fn 31) S. 399.

<sup>78)</sup> Ostermeyer, a. a. O., (Fn 50) S. 66.

<sup>79)</sup> Vgl. vorige Fn.

<sup>80)</sup> Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, neu veröffentlicht in: Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, hrsg. von Esser, Bd. 2, 1968, S. 46 ff., 102 ff.

<sup>81)</sup> Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, vgl. vorige Fn, S. 35 f.

<sup>82)</sup> Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, 1973, S. 12.



klärte oder ideologisch verhüllende Krypto-soziologie" <sup>85)</sup> vor, Entscheidungen zu liefern, so wird mangels präexistenter Wertmaßstäbe eine Prognose künftiger politischer Entwicklungen zugrunde gelegt, die sich rechtlicher Beurteilung — nicht Normierung durch den zuständigen Gesetzgeber (diese Verwechslung nimmt den Schlußfolgerungen, die Wassermann aus der „Machbarkeit“ des Rechts zieht, die Überzeugungskraft) — entzieht. Der Unterschied zwischen der politischen Methode und der rechtswissenschaftlichen Methode liegt in dem unauflöselichen Widerspruch zwischen dem Wesen des Rechts und dem Wesen des Politischen begründet: Das Wesen des Politischen ist mehr in der dynamisch-irrationalen Sphäre verhaftet und muß sich den dau-

ernd verändernden Lebensverhältnissen anpassen. Dagegen ist das Recht etwas Statisch-Rationales, das die im politischen Bereich wirkenden vitalen Kräfte zu bändigen sucht <sup>86)</sup>. Auch wenn sich dem Gesetz keine Lösung entnehmen läßt, muß die Entscheidung des Richters sich widerspruchlos in die bestehende Rechtsordnung einfügen und vom allgemeinen Rechtsbewußtsein getragen werden können <sup>87)</sup>. Politischen Zukunftserwartungen können keine Maßstäbe für die richterliche Rechtsfindung entnommen werden. Ist es nicht Aufgabe des Richters, politische Programme zu entwerfen, wie Wieacker <sup>88)</sup> zutreffend festgestellt hat, so darf er auch im Unterschied zum Politiker nicht für eine bestimmte Entscheidung engagiert sein <sup>89)</sup>.

#### IV. Ausbildungsreform

Neben der sozialgestaltenden Funktion des rechtsetzenden politischen Richters, die sich — wie ich deutlich gemacht zu haben hoffe — nicht auf eine hinreichende Legitimationsbasis stützen kann, gelten die Bemühungen um die Politisierung der Justiz vornehmlich der Reform der Juristenausbildung. Besondere Aufmerksamkeit hat dabei die Experimentierklausel des § 5 b Deutsches Richtergesetz zur 10jährigen Erprobung einer einstufigen Juristenausbildung gefunden, die eine Abkehr von der traditionellen Zweistufigkeit (erst Hochschulstudium, danach Einführung in die Praxis im Rahmen des sog. Vorbereitungsdienstes) erlaubt.

In jenen Bundesländern (im einzelnen: Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen), in denen sich die von Wassermann maßgeblich mitbegründeten Vorstellungen vom „politischen Richter“ der — freilich nicht immer vorbehaltlosen — Unterstützung durch die Regierungsparteien erfreuen, werden die Einstufenmodelle als besonders geeignete Instrumente zu einer „grundlegenden Umorientierung der Juristenausbildung“ (Wassermann) angesehen. Die Experimentierklausel wird nicht nur als Aufforderung zur Erprobung neuer Ausbildungsformen verstanden, sondern als Einfallstor einer inhaltlichen Ausbildungsreform, die mit der Formel „Rechtswis-

senschaft als Sozialwissenschaft“ <sup>90)</sup> gekennzeichnet wird.

Nun ist die Ergänzung des juristischen Studiums durch Einbeziehung speziell der Rechtstatsachenforschung, aber darüber hinaus auch der Grundzüge der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften im Grundsatz keine Streitfrage mehr. Insbesondere besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß bestimmte Rechtsgebiete wissenschaftlich nur dann erschlossen werden können, wenn Grundkenntnisse über die tatsächlichen Strukturen der Regelungsgegenstände vorhanden sind. So werden z. B. wirtschafts- und steuerrechtliche Probleme ohne wissenschaftlich geschultes Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge ebensowenig sinnvoll erarbeitet werden können wie das Studium des Staatsrechts ohne die Problematisierung politischer Gegebenheiten unvollständig sein muß <sup>91)</sup>. Freilich muß man sich der Grenzen bewußt sein, die jedem Nebenfachstudium schon aus zeitlichen Gründen gesetzt sind. Die sozialwissenschaftliche Ausbildung wird daher „kaum über das Niveau hinausgelangen, das die juristischen Unterrichtsveranstaltungen im Rahmen der

<sup>84)</sup> Leibholz, a. a. O., (Fn 31) S. 397.

<sup>85)</sup> Voß, nochmals: Politisierung der Justiz, DRZ 1972, 312.

<sup>86)</sup> Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 1957, S. 701 ff., 705.

<sup>87)</sup> Henke, a. a. O., (Fn 43) S. 176.

<sup>88)</sup> Vorwort zu: Der neue Jurist, hrsg. von Wassermann, 1973, S. 9.

<sup>89)</sup> Ausführlich hierzu: Loos (Fn 83) S. 166.

<sup>89)</sup> Loos, Die Funktion der Sozialwissenschaften in der Juristenausbildung, ZRP 1974, S. 162 ff., 165.

wirtschaftswissenschaftlichen Studiengänge erreichen.“<sup>90)</sup>

Die auf den sozialgestaltenden Richter abgestellten Ausbildungsordnungen gehen indes sowohl in bezug auf das Ziel als auch die Methode sozialwissenschaftlicher Ausbildung von einem grundsätzlich anderen Ausgangspunkt aus. Ziele sind u. a.: Politisierung des juristischen Denkens (Wassermann), Schaffung eines neuen Bewußtseins, Nutzbarmachung „juristischer Professionalisierung“<sup>91)</sup> zur Veränderung der Gesellschaft usw. Auch die Ausbildung strebt also — ebenso wie der methodische Ansatz — nicht Zieloffenheit, sondern politisches Engagement im Kampf der Meinungen und Interessen an.

Bevorzugtes Mittel ist das „integrierte sozialwissenschaftliche Eingangsstudium“, das u. a. den Jurastudenten gemeinsam mit Soziologen, Politologen usw. von Bindungen befreien soll, „die seinen tatsächlichen Interessen nicht entsprechen“<sup>92)</sup>. So schreibt z. B. § 9 Satz 1 Bremisches Juristenausbildungsgesetz vom 3. Juli 1973 (GBl. der Freien Hansestadt Bremen 27, S. 177—187) vor: Die Ausbildung beginnt „mit dem integrierten sozialwissenschaftlichen Eingangsstudium, das die Universität Bremen als gemeinsame Eingangsstufe mehrerer Studiengänge veranstaltet“. Der durch die bürgerliche Sozialisation in Elternhaus und Schule mit „fremdgesetzten Erwartungen“ befrachtete Student wird angeleitet, seinen politischen Standort zu überprüfen und erfährt, wo seine tatsächlichen Interessen liegen: in der Befreiung der Jurisprudenz aus ihrer „traurigen Rolle als gutbezahlter Herrschaftsdienerin“<sup>93)</sup>.

Unbeschadet der grundsätzlichen Bedenken<sup>94)</sup> gegen die Zweckmäßigkeit eines sozialwissenschaftlichen Eingangsstudiums, das natürlich schon wegen der begrenzten Lernfähigkeit der Studenten zu nur oberflächlicher Beschäftigung mit den juristischen Kernfächern führen muß, überrascht es angesichts solcher Formulierungen und mancher Merkwürdigkeiten bei der Auswahl der Hochschullehrer in den genannten Bundesländern nicht, wenn zunehmend die Besorgnis geäußert

wird, manche Befürworter einer sozialwissenschaftlich orientierten Juristenausbildung erstrebten eine neue „Ideologisierung unseres Rechtswesens“<sup>95)</sup>. Obwohl den Ausführungen Wassermanns eine solche Zielsetzung gewiß nicht entnommen werden kann, wäre ein klärendes Wort gerade dieses Autors im Interesse der auch von ihm gewünschten Versachlichung der Diskussion nützlich. Die Grenzen der erstrebten Verdrängung der Rechtswissenschaft aus der Juristenausbildung müssen endlich deutlich werden. Wenn von einem der einflußreichsten „Reformer“ allen Ernstes gefordert wird, daß der juristisch-dogmatische Teil der Richterausbildung von heute 70 % auf 10 % zugunsten der Sozialwissenschaften absinken soll<sup>96)</sup>, so ist die Frage berechtigt, ob damit nicht der Boden des Grundgesetzes bereits verlassen ist. Der Politologe oder Soziologe, der nebenher ein Semester Rechtswissenschaften — das entspricht etwa 10 % der Ausbildungszeit — studiert hat, läßt sich mit dem Richterbild des Art. 92 Grundgesetz nicht vereinbaren, der in der Tradition des kontinental-europäischen Rechtsdenkens vom Typ des „rechtsgelehrten Richters“<sup>97)</sup> ausgeht, von dem allein nach geschichtlicher Erfahrung Bindung an Gesetz und Recht und damit die Sicherung des Freiheitsraums des einzelnen erwartet werden kann.

Wenn die Feststellung zutrifft, daß der Ausbildung des Juristen eine „sehr viel größere Bedeutung“<sup>98)</sup> für den Entscheidungsprozeß zukommt als der sozialen Herkunft, dann bietet die neue Juristenausbildung, worauf Heldrich<sup>99)</sup> erst jüngst hingewiesen hat, „ein geradezu ideales Betätigungsfeld für eine Strategie der Systemüberwindung“, die „die rechtsprechende Gewalt gegen die gesetzgebenden Körperschaften“ zu mobilisieren versucht. So nimmt es nicht wunder, wenn in der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages am 25.3.1971 der Vertreter des Verbandes Deutscher Studentenschaften den Gedanken des integrierten sozialwissenschaftlichen Grundstudiums lebhaft begrüßte: „Dieses Studium soll integriert sein in das Studium der anderen Gesellschaftswissenschaften — Soziologie und Politik — unter Anleitung von Nicht-Ju-

<sup>90)</sup> Heldrich, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts? JuS 1974, S. 281 ff., S. 283.

<sup>91)</sup> Wiethölter, Zur politischen Einschätzung der Einstufenmodelle und -versuche, in: Der neue Jurist, 1973, S. 231 ff., S. 240.

<sup>92)</sup> Lautmann / Grikschat, a. a. O., (Fn 24) S. 75.

<sup>93)</sup> Lautmann / Grikschat, a. a. O., (Fn 24) S. 76.

<sup>94)</sup> Ausführlich: Loos, a. a. O., (Fn 83) S. 166.

<sup>95)</sup> Heldrich, a. a. O., (Fn 90) S. 283.

<sup>96)</sup> Rasehorn, a. a. O., (Fn 33) S. 46.

<sup>97)</sup> Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 92 Rdnr. 79.

<sup>98)</sup> Richter, a. a. O., (Fn 82) S. 47.

<sup>99)</sup> A. a. O., (Fn 90) S. 285.

risten, weil uns der wissenschaftliche Verwe-  
sungsprozeß der Jurisprudenz bereits soweit  
gediehen zu sein scheint, daß Hilfe nur noch  
von außen kommen kann.“<sup>10)</sup>

Die auch von Wassermann befürwortete  
Identifikation des Richters mit dem Staat  
wird durch die sozialwissenschaftliche Aus-  
bildung nach den bisherigen Erfahrungen  
kaum gefestigt werden können. Anscheinend  
besteht jedoch selbst innerhalb der Gruppe  
der etablierten „Reformer“ keine Einigkeit  
darüber, ob Systemüberwindung oder Identifi-  
kation angestrebt werden soll, was um so  
merkwürdiger anmutet, als die verschiedenen  
Modelle des sozialwissenschaftlichen Grund-  
studiums weitgehend übereinstimmende Züge  
tragen. Mit rechtsstaatlichem Denken ist die  
Funktion schwerlich vereinbar, die den So-  
zialwissenschaften im Rahmen der Juristen-  
ausbildung nach Rasehorn<sup>101)</sup> zukommt:  
Zwar habe der Kapitalismus keine Zukunft,  
doch müßten für die Zeit bis zur Verwirkli-  
chung des Sozialismus mittelfristige, reforme-  
rische Strategien entwickelt werden, um die  
Herrschaft der Mittelschicht zu zerschlagen.  
Wirksamste Waffe gegen die bürgerliche  
Klassenjustiz sei eine neue sozialwissen-  
schaftliche Juristenausbildung.

Daß sich diese Speerspitze gegen den demo-  
kratisch-legitimierten Gesetzgeber richtet, ist  
unübersehbar. Mit Recht warnen deshalb  
nicht etwa nur „konservative“, sondern zu-  
nehmend auch „progressive“ Wissenschaftler  
vor einer Überbetonung der sozialwissen-  
schaftlichen Fächer in der Juristenausbil-  
dung.

Zunächst ist es schon nicht sachgerecht, die  
Sozialwissenschaften vor das eigentliche  
Fachstudium „vorzuschalten“. Regelmäßig  
bringen die Studenten von der Schule her ei-  
nige politologische und soziologische Grund-  
kenntnisse mit, ein Umstand, auf den Thilo  
Ramm<sup>102)</sup> aufmerksam gemacht hat. Dagegen  
wird Rechtskunde an den allgemeinbildenden  
Schulen nicht oder kaum gelehrt. Darüber

<sup>100)</sup> „Zur Sache“, Reform der Juristenausbildung,  
aus den parlamentarischen Beratungen, der öffent-  
lichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deut-  
schen Bundestages und aus Diskussionen 1970/71,  
hrsg. vom Presse- und Informationszentrum des  
Deutschen Bundestages S. 87.

<sup>101)</sup> Referat auf der 2. Arbeitstagung der Sektion  
Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für  
Soziologie am 27./28. 3. 1974 in Bremen; zitiert nach  
„Klassenjustiz“, Bericht von W. Böhm, ZRP 1974,  
S. 172 ff.

<sup>102)</sup> Vgl. Fn 100, S. 92.

hinaus haben die Sozialwissenschaften, so-  
weit sie sich als empirische Wissenschaften  
verstehen, im Rahmen des Jurastudiums eine  
legitime Aufgabe erst im Zusammenhang mit  
dem jeweiligen Rechtsgebiet, dessen Tatsa-  
chenhintergrund sie aufzuhellen vermögen,  
also erst im Haupt- und insbesondere im  
Wahlfachstudium.

Vor allem aber sind die Methoden der Sozial-  
wissenschaften und der Rechtswissenschaft  
notwendig verschieden. Der Sozialwissen-  
schaftler kann angesichts eines empirischen  
Befundes fragen: Wie würde ich diesen Kon-  
flikt entscheiden? Dagegen kann und darf der  
an das Gesetz gebundene Richter nur fragen:  
Wie hat der Gesetzgeber entschieden? War-  
um hat er so entschieden? Welches waren die  
tragenden Gesichtspunkte seiner Entschei-  
dung?<sup>103)</sup> Mit anderen Worten: Der an die  
Rechtsordnung gebundene Richter kann sich  
mit einer rechtspolitischen Frage erst dann  
sinnvoll beschäftigen, wenn er vorher ver-  
möge seiner methodischen Fertigkeiten ermittelt  
hat, welche Lösung der fragliche Interessen-  
konflikt nach geltendem Recht gefunden hat.  
Er muß sich bewußt bleiben, daß er seiner  
Entscheidung immer nur das geltende Recht  
zugrunde legen darf. Dieser Gesichtspunkt  
muß auch in der Gestaltung der juristischen  
Ausbildung, insbesondere in der Gewichtung  
der juristischen Kerngebiete und der Neben-  
fächer und in der zeitlichen Abfolge der Lehr-  
gegenstände seinen Niederschlag finden.

Abschließend soll noch auf zwei besonders  
wichtige Details hingewiesen werden, die die  
Ausbildungsreformkonzeptionen der Justizkri-  
tiker gemeinsam haben, ohne daß an dieser  
Stelle eine erschöpfende Würdigung möglich  
wäre. Einmal handelt es sich um die Zusam-  
mensetzung des Lehrkörpers, die erkennbar  
von der Überzeugung geleitet wird, daß poli-  
tisches Engagement — natürlich für die Ziele  
der „Reformer“ — eines der wesentlichsten  
Qualifikationsmerkmale darstellt. Dies läßt  
Zweifel daran begründet erscheinen, ob wis-  
senschaftlicher Pluralismus in der Juristen-  
ausbildung in das Reformkonzept paßt. Zum  
anderen befremdet die Tatsache, daß die Ge-  
staltung der Prüfungen und die Beurteilung  
des Experiments nach § 5 b Deutsches Rich-  
tergesetz nicht Gremien übertragen werden,  
die am Ergebnis nicht direkt interessiert sind.  
So werden also die „Reformer“ am Ende  
selbst darüber urteilen, ob ihr Experiment ge-  
lungen ist oder nicht.

<sup>103)</sup> Henke, a. a. O., (Fn 43) S. 176.

## Ausblick

Die politisierte Justiz ist nach alledem ein Irrweg. Weder „Demokratisierung“ noch „Politisierung“ können das Legitimationsdefizit des „politischen Richters“ zu aktiver Sozialgestaltung ausgleichen.

Diese Feststellung bietet freilich noch keinen Ausweg aus dem Dilemma, daß weite Kreise der Bevölkerung der Justiz fremd gegenüberstehen. So trifft es zu, daß insbesondere die unteren Bevölkerungsschichten die rechtsprechende Gewalt regelmäßig nur als „Beklagte“ oder „Angeklagte“ erleben und ihr deshalb reserviert gegenüberstehen. Die Möglichkeiten, die das Armenrecht bietet, reichen bei weitem nicht mehr aus, um effektiven Rechtsschutz zu leisten. Der Justizgewährungspflicht des Staates wird nicht genügt, wenn für einen beträchtlichen Teil der Bevölkerung das Risiko eines Zivilprozesses zur unübersteigbaren Barriere wird.

Die damit angedeutete Problematik läßt sich jedoch nicht durch eine Verschiebung der Gewaltenbalancierung in Richtung auf einen Justizstaat und schon gar nicht durch die Anerkennung einer Kompensationsfunktion des Richters zugunsten Unterprivilegierter lösen. Sinnvolle Reformen werden vielmehr erschwert, wenn der durchaus vorhandene Reformwille durch unüberlegtes Nachgeben gegenüber systemüberwindenden Bestrebungen mißbraucht wird. Die Gefahr, daß durch überzogene Forderungen der Begriff der Reform

selbst in Mißkredit gerät, ist nicht mehr von der Hand zu weisen. Es kommt jetzt alles darauf an, in der Richterschaft die Bereitschaft zur Äußerung rechtspolitischer Vorschläge zu fördern. Die reichen Erfahrungen, die die Richter in der Anwendung des Rechts gesammelt haben, müssen stärker als bisher in der Gesetzgebung Berücksichtigung finden. Zutreffend ist erst jüngst<sup>104)</sup> wieder darauf aufmerksam gemacht worden, daß unsere Rechtsordnung vom Richter keine rechtspolitische Enthaltensamkeit fordert, vielmehr ist dem Richter im Gegensatz zu vielen anderen Ländern<sup>105)</sup> sogar parteipolitische Aktivität gestattet. Der im Amt unparteiische, als Bürger aber aktive Richter entspricht dem Richterbild unserer Verfassung. Setzt sich diese Auffassung durch, so bleiben uns die Richter erspart, vor denen Werner Weber<sup>106)</sup> gewarnt hat, „abstrakte und beliebig gestaltungsfähige Funktionäre, die man bloß als Richter etikettiert“ hat.

<sup>104)</sup> von Münchhausen, Die Stellung des Richters im politischen Leben, DRiZ 1969, S. 3 ff.

<sup>105)</sup> Z. B. Großbritannien, Frankreich, Schweiz, Japan usw., vgl. von Münchhausen, vorige Fn, S. 4 mit weiteren Nachweisen.

<sup>106)</sup> Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970, S. 86 unter Hinweis auf Art. 92 GG.

Um den Anmerkungssystem in erträglichem Umfang zu halten, wurde vom Nachweis von Fundstellen abgesehen, soweit auf Ausführungen Wassermanns in seinem vorstehenden Aufsatz verwiesen wird.

Justiz und Politik erscheinen im Bewußtsein der Richter meist als konträre Welten, was darauf zurückzuführen ist, daß das Richteramt in Deutschland noch von der Vorstellung geprägt ist, der Richter spreche lediglich aus, was das Gesetz für den Einzelfall vorschreibt. Diese Auffassung hält indessen der Kritik durch die moderne Theorie der juristischen Entscheidung nicht stand, die zeigt, daß überall dort, wo das formelle, aus den Gesetzen bestehende Entscheidungsprogramm keine eindeutigen Anweisungen gibt, der Richter Möglichkeiten der Wahl zwischen Alternativen hat. Der Richter wendet daher schon bei der Auslegung nicht lediglich gesetzesvollziehend vorgegebenes Recht an. Das trifft vor allem auch zu bei der Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln (wie etwa Gute Sitten, Treu und Glauben, Unzumutbarkeit, Verteidigung der Rechtsordnung usw.), wo er schöpferisch und zwischen Alternativen wählend, zugleich machtausübend an Stelle des Gesetzgebers tätig wird. Er handelt mithin politisch, gleichviel, ob er sich dessen bewußt ist oder nicht.

Das Recht, das der Richter in dieser Weise bildet, tritt als Richterrecht ergänzend zum Gesetzesrecht. Es handelt sich um die Konsequenz einer spezifischen gesellschaftlichen Entwicklung: Je dynamischer unsere Gesellschaft wird, um so schwerer fällt es, den wachsenden Normierungsbedürfnissen allein durch das Mittel des Gesetzes Rechnung zu tragen. Ermessensbegriffe, mit deren Hilfe der parlamentarische Gesetzgeber Probleme an die Rechtsprechung weiterreicht, bezeugen keine Flucht vor der gesetzgeberischen Verantwortung, sondern sind ein nötiges Ventil, um den sozialen Anforderungen, die heute an das Recht gestellt werden, überhaupt gerecht werden zu können. Da diese Entwicklung nicht rückgängig zu machen ist, ist es unerlässlich, sich Gedanken darüber zu machen, wie die Realität der politischen Richterfunktion in das demokratische Verfassungssystem eingebunden werden kann.

Die erste reformerische Konsequenz ist die der Aufklärung. Der Richter muß sich seiner politischen Funktion bewußt sein, um seine Verantwortung richtig bestimmen und an der Verwirklichung des sozialen Rechtsstaats mitwirken zu können. Entscheidungsalternativen dürfen nicht mehr verschwiegen, sondern müssen mitsamt den ausschlaggebenden Präferenzen offengelegt werden, damit Kritik daran möglich wird.

Gleichzeitig braucht der sozialgestaltende Richter, der kein „reiner Jurist“ mehr sein kann, eine tiefere Einsicht in die soziale Wirklichkeit und das politische Gefüge der modernen Demokratie. Durch die Einbeziehung der Sozialwissenschaften (einschließlich der Politikwissenschaft) in die Juristenausbildung muß das soziale Wissen des Richters vermehrt, das vom juristischen Positivismus entpolitisierte juristische Denken wieder ‚politisiert‘, d. h. das Erkennen und die verantwortliche Ausübung seiner im Grunde politischen Funktion erlernt werden.

Die Neubestimmung des Verhältnisses zwischen Rechtsprechung und Legislative muß der Tatsache Rechnung tragen, daß Rechtsetzung durch das Parlament und Rechtsbildung durch den Richter sich funktionell kaum unterscheiden lassen, aber andererseits die Vorrangstellung der Legislative im parlamentarischen System respektieren.

Die politische Funktion des Richters erfordert schließlich eine breitere demokratische Legitimation und einen Dialog mit der demokratischen Öffentlichkeit, die die Entscheidungen der Justiz aus der Sicht des „Justizkonsumenten“ beurteilen kann. Erhöhte Publizität des Richterrechts ist nicht nur notwendig, damit der Bürger das Recht kennen kann, nach dem er sein Verhalten ausrichten soll, sondern auch zur Kontrolle der Richtermacht.

### **Dierk-Peter Steffan: Richterliche Rechtsfindung durch politisches Engagement? Zur Legitimation des politischen Richters.**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 47/74, S. 15—29

Die These von der „Politisierung der Rechtsprechung“ ist — ebenso wie die im theoretischen Ausgangspunkt und in der Zielsetzung gleichen Thesen von der „politischen Funktion der Rechtsprechung“ und dem „politischen Richter“ — Ergebnis einer Verschränkung neuer Fragestellungen der juristischen Methodenlehre mit einem bestimmten politischen Verständnis von der Funktion der rechtsprechenden Gewalt im pluralistischen Staat.

Nach der Zerstörung des positivistischen Glaubens an die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung sieht sich die Rechtswissenschaft neben der Notwendigkeit methodischer Durchdringung des vielgestaltigen Geflechts außergesetzlicher Rechtsfindungsquellen vor die

Aufgabe gestellt, die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung neu zu bestimmen. In diese wissenschaftliche Diskussion versuchen auf marxistische Ansätze zurückgehende Vorstellungen einzudringen, nach denen die Justiz wegen ihrer personellen Struktur (Herkunft und Ausbildung der Richter) und vermöge der Übermacht der herrschenden Schichten, die im Gesetzgebungsverfahren allein in der Lage seien, ihre Wertvorstellungen und Interessen durchzusetzen, als Klassenjustiz die unteren Bevölkerungsschichten diskriminiere. Der „politische Richter“ soll nach den Intentionen seiner Protagonisten aus der Not der Lückenhaftigkeit des positiven Rechts eine Tugend machen und — durch sozialwissenschaftliche Ausbildung mit neuem politischem Bewußtsein ausgestattet — die Begünstigung der herrschenden Klassen durch Engagement und politische Produktivität kompensieren, indem er sich nicht mehr auf die Rechtsfortbildung beschränkt, sondern bewußt zu autonomer Rechtsetzung übergeht.

Eine so verstandene politische Funktion der Rechtsprechung läßt sich nicht nur nicht mit der verfassungsrechtlich abgesicherten Bindung des Richters an Gesetz und Recht vereinbaren, ihr fehlt darüber hinaus die demokratische Legitimation. Die vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffene Interessenbewertung ist für den Richter auch dann bindend, wenn er aufgrund wirklich oder vermeintlich besserer Einsicht zu einem anderen Ergebnis kommen möchte.

Auch soweit der Gesetzgeber die zu entscheidende Rechtsfrage noch nicht geregelt hat, darf der Richter sich nur an den in der Rechtswissenschaft anerkannten Wertungen orientieren, weil das demokratische Legitimationsdefizit des Richters, das aus seiner Unabsetzbarkeit folgt, der Justiz politische Gestaltung nach eigenem Ermessen nicht erlaubt. Der Umfang demokratischer Legitimation ist nach dem Grundgesetz funktionsspezifisch limitiert und deshalb nicht beliebig abänderbar. Die wegen der unverzichtbaren Unabhängigkeit des Richters notwendige Unabsetzbarkeit bedingt, daß richterliche Entscheidungen rechtlich begründet werden müssen, während allein die der Gefahr der Abwahl ausgesetzte Parlamentsmehrheit legitimiert ist, sich zur Rechtfertigung ihrer Entscheidung — rechtlich nur durch die Verfassung gebunden — auf politische Argumente zu beschränken. Folglich kann nur der Gesetzgeber im Kampf der Interessen frei entscheiden.

Auch die verstärkte Heranziehung sozialwissenschaftlicher Methoden verschafft dem „politischen Richter“ keinen Legitimationszuwachs, weil empirische Wissenschaften keine rechtlichen Sollenssätze begründen können. Dagegen erwachsen aus der Überbetonung sozialwissenschaftlicher Methoden in der Juristenausbildung und dem geforderten politischen Engagement der Richter für einige der miteinander ringenden Ideen und Interessen schwere Gefahren für die Qualität und Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Der Richter als Bürger, nicht aber der Richter im Amt ist zu politischem Engagement legitimiert.