

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
===== **Heft 34** =====

Gerd Roellecke und Christian Starck

**Die Bindung des Richters an Gesetz
und Verfassung**

Rupert Scholz und Eberhard Schmidt-Aßmann

**Verwaltungsverantwortung
und Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Augsburg vom 1. bis 4. Oktober 1975



Berlin 1976

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Klaus Vogel

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Roellecke, Gerd

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung / Gerd Roellecke u. Christian Starck. *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit* / Rupert Scholz u. Eberhard Schmidt-Assmann. *Berichte u. Diskussionen auf d. Tagung d. Vereinigung d. Dt. Staatsrechtslehrer in Augsburg vom 1.—4. Oktober 1975.*

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 34)
ISBN 3-11-006695-5

NE: Starck, Christian; Scholz, Rupert: *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*

©

Copyright 1975 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30. Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Vereinigte Druckereien Chmielorz & A. W. Hayn's Erben, 1 Berlin 44
Buchbinderarbeiten: Berliner Buchbinderei Wübben & Co., 1 Berlin 42

Inhalt

Jahrestagung 1975	5
Erster Beratungsgegenstand:	
<i>Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Gerd Roellecke</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	40
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Christian Starck</i>	43
Leitsätze des Mitberichterstatters	89
3. Aussprache und Schlußworte	94
Zweiter Beratungsgegenstand:	
<i>Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Rupert Scholz</i>	145
Leitsätze des Berichterstatters	216
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i>	221
Leitsätze des Mitberichterstatters	269
3. Aussprache und Schlußworte	275
Verzeichnis der Redner	334
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	336
Satzung der Vereinigung	351

Jahrestagung 1975

Vom 1. bis 4. Oktober hielt die Vereinigung ihre Jahrestagung 1975 in Augsburg ab — die 35. Tagung seit ihrer Gründungsversammlung in Berlin im Jahre 1922, die 27. Tagung seit ihrer Wiederbegründung 1949 in Heidelberg. Den Vorsitz führte *Hans Peter Ipsen*, die Diskussionen leiteten die Vorstandsmitglieder *Klaus Vogel* und *Fritz Ossenbühl*. Mit 175 Teilnehmern und 102 ihrer Damen war der Besuch so groß wie nie zuvor.

Die Stadt Augsburg bot in ihrem Rathaus des Elias Holl Verhandlungsräume, lud alle Teilnehmer in ihren Ratskeller und unterstützte die Durchführung der Tagung ebenso wie die Regierung des Bezirks Schwaben. Der Präsident der Universität Augsburg, unser Kollege *Franz Knöpfle*, begrüßte und bewirtete uns im gastlichen Haus St. Ulrich der Diözese Augsburg, wo auch die Mitgliederversammlung stattfand und Tagungsteilnehmer beherbergt wurden. Der Staatsminister des Innern *Dr. Merk* gab in Vertretung des Ministerpräsidenten *Dr. h. c. Goppel* einen Empfang im Rokokosaal der Regierung von Schwaben.

Die Mitgliederversammlung gedachte der verstorbenen Kollegen *Rudolf Laun*, *Victor Böhmert* und *Rudolf Smend*. Neun Kollegen waren der Vereinigung, die damit 259 Mitglieder zählte, bis zur Jahrestagung neu beigetreten. Über die Beratungen des Gesprächskreises Verwaltungslehre berichtete *Werner Weber*. Zum neuen Vorstand wurden gewählt die Kollegen *Badura*, *Frowein* und *Isensee*. Die nächste Jahrestagung wird vom 6. bis 9. Oktober 1976 in Heidelberg stattfinden.

Nach Abschluß der wissenschaftlichen Arbeit versammelten sich die Tagungsteilnehmer mit ihren Damen im Hotel Drei Mohren und tanzten bis 2 Uhr.

Der Ausflug führte uns nach Ottobeuren und mit den weniger eiligen Teilnehmern noch nach Landsberg am Lech.

Daß die Tagung wissenschaftlich ergiebig war, ist den Referenten und den Diskussionsteilnehmern zu danken. Daß sie auch in allen anderen Beziehungen in ihrer unübertrefflichen Gastlichkeit und Perfektion des Ablaufs harmonisch war, ist das Verdienst unseres Kollegen *Knöpfle*, der sich in der Orga-

nisation als wahrer Meister der Verwaltungslehre erwies, und seiner um die Vorbereitung und Durchführung der Tagung unermüdlich tätig gewesenen Gattin.

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden an den Vormittagen des 2. und 3. Oktober im Rathaus gehalten, wo nachmittags jeweils von 15 bis 18 Uhr die Aussprachen folgten. Damit wurde die Behandlung zentraler Fragestellungen, die nach 25jähriger Geltung unseres Grundgesetzes veranlaßt und zur 1. und 2. Gewalt 1974 in Bielefeld begonnen worden war, mit Erörterungen zur Stellung der 3. Gewalt abgeschlossen.

Erster Beratungsgegenstand:

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung

1. Bericht von Professor Dr. *Gerd Roellecke*, Mannheim

Inhalt¹⁾

	Seite
A. Die Frage	8
I. Rechtsprechung	8
II. Staatsrechtliche Diskussion	9
1. Die verfassungsrechtliche Position	9
2. Die hermeneutische Position	11
3. Die kompensatorische Position	14
4. Zusammenfassung	16
B. Eine Antwort	16
I. Rechtstheoretische Voraussetzungen	17
1. Rechtsanwendung	17
2. Paradigmen	18
II. Politisch-historische Bedingungen	19
1. Die politischen Bedingungen	19
a) Das Urteil des Königs Salomo	19
b) Das Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching	21
c) Zusammenfassung	24
2. Die historischen Bedingungen	24
a) Der Richter als König	25
b) Der Richter als Justizbedienter	26
III. Dogmatische Folgerungen	29
1. Legitimation des Richters	30
2. Legitimation der Gerichte	31

¹⁾ Das Manuskript wurde am 20. September 1975 abgeschlossen. Herrn Assessor *Peter Kickartz* danke ich für Kritik, vielfältige Anregungen und Literaturhinweise. Zu Dank verpflichtet bin ich auch den Mitgliedern des Seminars, das ich im Sommersemester 1975 über das Vortragsthema gehalten habe, besonders den Studenten *Heinz-Hermann Knostmann*, *Jürgen Rühmann* und *Reinhard Trendler*.

3. Legitimation der Rechtsprechung	31
a) Bindung an das Gesetz	31
b) Bindung an die Verfassung	34
aa) Die Vereinbarkeit von Gesetz und Verfassung	34
bb) Das Gleichheitsproblem	37
c) Zur juristischen Methode	38
C. Schluß	39

A. Die Frage

I. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG): Klarer als das Grundgesetz scheint eine Verfassung das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz kaum bestimmen zu können.

Trotzdem judizieren die obersten Gerichtshöfe des Bundes gegen das Gesetz. Der Bundesgerichtshof²⁾ spricht den nicht rechtsfähigen Gewerkschaften trotz § 50 ZPO die aktive Parteifähigkeit zu. Das Bundesverwaltungsgericht³⁾ gewährt einem Studenten trotz § 24 RHO einen Anspruch auf Beihilfe aus Haushaltsmitteln des Bundesinnenministers. Das Bundesarbeitsgericht⁴⁾ erklärt, nicht alle Angestellten, welche die in § 5

²⁾ BGHZ 50 S. 325, 328; vgl. bereits BGHZ 42 S. 210, 215; 43 S. 275. — BGHZ 42 S. 210 beschränkte sich noch darauf, die Parteifähigkeit der Gewerkschaften nur insoweit anzuerkennen, als sich eine Gewerkschaft mit der Unterlassungs- und Schadensersatzklage gegen die Propaganda einer rivalisierenden Gewerkschaft wendet, um eine Beeinträchtigung ihres Bestandes und ihrer Betätigung abzuwehren. BGHZ 50 S. 325 gab diese Beschränkung auf. OLG München, NJW 1969 S. 617, übertrug diese Rechtsprechung allerdings nicht auf den Verband Deutscher Studentenschaften (VDS); kritisch dazu Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1970, S. 216.

Die Rechtsprechung des BGH hat überwiegend Zustimmung gefunden; vgl. die bei Kübler, Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung, 1971, S. 10 Fußnote 23 Genannten. Ablehnend: Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. 1974, § 43 II 3; Grunsky, a. a. O., S. 216; kritisch auch: Schönke/Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1969, S. 100; Detlef Merten, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, DVBl. 1975 S. 677, 678.

³⁾ BVerwGE 18 S. 352, betreffend die Anwendung des Sozialstaatsgrundsatzes bei der Bewilligung von Beihilfen nach dem sogenannten Honnefer Modell an Studierende des zweiten Bildungsweges.

⁴⁾ JZ 1974 S. 647, 648 mit den treffenden Bemerkungen von Rütters, Gesetzesanwendung oder Rechtspolitik? JZ 1974 S. 625 ff. Vgl. auch das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes über Verfallklau-

Abs. 3 Nr. 3 BetrVG 1972 genannten Merkmale für leitende Angestellte erfüllten, seien leitende Angestellte. Und das Bundesverfassungsgericht gibt dieser Praxis im Schmerzensgeld-Beschluß⁵⁾ den verfassungsrechtlichen Segen. „Dem unter Entscheidungszwang stehenden Richter“, meint es, „kann . . . kein Vorwurf gemacht werden, wenn er zu der Überzeugung gelangt, er dürfe nicht . . . formale Gesetzestreue auch um den Preis einer erheblichen Einbuße an Gerechtigkeit im Einzelfall üben.“

Dieser Satz würde die Diagnose *Ernst Forsthoffs*⁶⁾ bestätigen, der Justizstaat habe den Rechtsstaat abgelöst, zwänge nicht gerade sein überzogener Anspruch zu kritischen Fragen: Ist der Richter gerechter als das Gesetz? Gibt es eine höhere als die formale Gesetzestreue?

II. Staatsrechtliche Diskussion

Ich kann hier nicht alle Antworten der Staatsrechtslehre erörtern. Die Vielzahl der Meinungen⁷⁾ reduziere ich auf die drei Positionen, die das Feld der Argumentationsmöglichkeiten abstecken, auf die verfassungsrechtliche, die hermeneutische und die kompensatorische Position.

1. Die verfassungsrechtliche Position

Die verfassungsrechtliche Position meint: Wenn Art. 20 Abs. 3 GG die Rechtsprechung an Gesetz und Recht binde, gestatte er dem Richter nicht, das Recht gegen das Gesetz auszuspielen⁸⁾, sondern verweise ihn mit dem Wort „Recht“ insbesondere auf die Normenkontrolle nach Art. 100 GG⁹⁾. Als „Recht“ im Sinne

seln bei betrieblichen Versorgungsversprechen, JZ 1972 S. 700, mit Anmerkung von *Fenge*, S. 705; dazu besonders die kritische Würdigung von *Pawlowski*, Ein neues Verfahren richterlicher Rechtsfortbildung? ZFA 1974 S. 405 ff.

⁵⁾ BVerfGE 34 S. 289, 286 f., 292. Kritisch z. B.: *Jörn Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 100 ff., 103; *Knieper*, Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG, ZRP 1974 S. 137 ff.; *Menger*, Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, VerwA 65 (1974) S. 195; *Hans-Peter Schneider*, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DÖV 1975 S. 443, 445; *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 677, 680 f.

⁶⁾ Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), in: Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950 bis 1964, S. 176, 184.

⁷⁾ Hervorhebung verdient der Versuch *Willi Geigers*, Der Richter und seine Bindung an Gesetz und Recht, DRiZ 1963 S. 170 ff., Positivität der Gesetze und Naturrecht miteinander zu verbinden.

⁸⁾ So die Befürchtung *Forsthoffs*, a. a. O. S. 178.

⁹⁾ So wohl *Hans H. Klein*, Richterrecht und Gesetzesrecht, DRiZ 1972 S. 333; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechtes der

des Art. 20 Abs. 3 GG gilt also das Grundgesetz¹⁰⁾. Ich werde zu beweisen versuchen, daß nur diese Position mit der Verfassung vereinbar ist.

Freilich scheint gerade die Verweisung auf das Grundgesetz einen Einwand nahe zu legen. Bindet Art. 1 Abs. 3 GG nicht auch die Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht? Müssen die Gerichte nicht nach Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gewähren, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt wird? Gerät die verfassungsrechtliche Position also nicht gerade dann in Schwierigkeiten, wenn sie mit *Forsthoff*¹¹⁾ daran festhält, „in der Verfassung ein Gesetz zu erblicken“? Hier liegt in der Tat das Problem¹²⁾. Wenn man die Verfassung als höher- und vorrangiges Gesetz versteht, erlaubt Art. 20 Abs. 3 GG den Gerichten zwar nicht, das Recht, wohl aber die Verfassung gegen das Gesetz auszuspielen, was die Konsistenz der Rechtsordnung auch nicht gerade erhöht, wenn man an die Allgegenwart der Grundrechte denkt. Die Schwierigkeit des Art. 20 Abs. 3 GG scheint deshalb nicht im Verhältnis zwischen Gesetz und Recht, sondern in der Verfassung selbst zu liegen.

Auf der anderen Seite gilt die Verfassung als Einheit¹³⁾. Deshalb liegt es nahe, den Widerspruch dogmatisch aufzulösen und die Grundrechte als Inbegriff des materiellen Rechtsstaates zu verstehen, der vom Gesetzgeber ohnehin zu verwirklichen ist, so daß Gesetz und Recht zusammenfallen¹⁴⁾.

Diese Konzeption hält indessen keine Lösung für die Fälle bereit, in denen Gesetzgebung und Rechtsprechung die Grund-

Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 80; *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 680; gegen diese rechtstechnische Interpretation des Art. 20 Abs. 3 GG erhebt auch *Forsthoff* keine Bedenken, vgl. a. a. O. S. 183.

¹⁰⁾ Dieser Position scheint auch *Hans Heinrich Rupp*, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973 S. 1769 ff., nahe zu stehen, wengleich Wendungen wie: der Richter solle ein Mensch sein, „in dessen Denken sich das eigene Ich wiederfindet“, oder: die Dritte Gewalt habe eine „kritische Funktion“, mehr auf die hermeneutische Position weisen.

¹¹⁾ Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 39.

¹²⁾ Verkannt bei *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 677, 678.

¹³⁾ BVerfGE 1 S. 14, 32; 3 S. 225, 231; 19 S. 206, 220; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechtes, S. 28; *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963) S. 53, 77 ff.

¹⁴⁾ So *Maunz/Düring/Herzog*, GG (Lieferung 1960) Art. 20 Rdnrn. 72 f.; *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte Band III/2, 2. Aufl. 1972, S. 523, 532; *Hans H. Klein*, DRiZ 1972 S. 333, 338; *Hans-Peter Schneider*, DÖV 1975 S. 443, 448.

rechte unterschiedlich interpretieren. Beispielsweise hat das Bundesverfassungsgericht¹⁵⁾ ausdrücklich gebilligt, daß der Bundesgerichtshof die Verpflichtung zum Ersatz immateriellen Schadens aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG ableitet. Es gibt aber auch gute Gründe gegen den generellen Ersatz immateriellen Schadens¹⁶⁾. Dürfte also der Gesetzgeber gegen die Rechtsprechung den Ersatz auf Schäden im beruflichen und wirtschaftlichen Fortkommen begrenzen¹⁷⁾? Oder kann er sich nur vom „Einfluß der Wertentscheidung des Grundgesetzes (Art. 1 und 2)“¹⁷⁾ treiben lassen? Wer sagt, was gelten soll: der Richter oder der Gesetzgeber?

2. Die hermeneutische Position

Die Alternative: Richter oder Gesetzgeber, stellt sich freilich nicht, wenn man den Richtern mit dem Bundesverfassungsgericht¹⁸⁾ eine höhere Gesetzestreue unterstellt, die Verstöße gegen die formale Gesetzestreue zu rechtfertigen vermag. Diese Unterstellung enthält die Hypothese, der Richter wisse unabhängig vom positiven Gesetz um ein Recht, das sich der Gesetzgeber sofort zu eigen machen würde, wenn er es wüßte. Einen Gegensatz zwischen Gesetz und Recht kann es dann nicht mehr geben, weil das richterliche Urteil gleichsam als das bessere Gesetz erscheint. Der Richter wird zum Propheten, zum Sendboten des Rechtes schlechthin, weshalb man diese Lehre auch Hermeneutik nennt. Diese zweite, die hermeneutische Position versteht man besser, wenn man sich den philosophischen Ort vergegenwärtigt, aus dem sie stammt.

1927 stellt *Martin Heidegger*¹⁹⁾ die Frage: Wie findet der Mensch zu sich selbst? und gibt die vorläufige Antwort: im Gedanken an seine Endlichkeit. Vorläufig, weil diese Antwort den

¹⁵⁾ BVerfGE 34 S. 269, 281.

¹⁶⁾ Vgl. *Werner Flume*, Richter und Recht, Schlußvortrag auf dem 46. Deutschen Juristentag, 1966, Verhandlungen, Bd. II (Sitzungsberichte), K 6 ff.; siehe auch *Knieper*, ZRP 1974 S. 137, 138, allerdings ohne zureichende Reflexion des Gleichheitssatzes. Auch für die Entscheidung, Verfallklauseln bei betrieblichen Versorgungsversprechen nicht arbeitsrechtlich auszuschließen, sondern nur steuerrechtlich zu erschweren, lassen sich beachtliche Gründe anführen; vgl. *Pawlowski*, ZFA 1974 S. 412 ff. Das Bundesarbeitsgericht beruft sich jedoch auf die „Natur der Sache“ und das „Gebot sozialer Gerechtigkeit“, um der Entscheidung des Arbeitsgesetzgebers vorzugreifen; vgl. BAG, JZ 1972 S. 704.

¹⁷⁾ Fernsehansagerin-Fall: BGHZ 39 S. 124 ff. = JZ 1964 S. 291 ff. mit Anmerkung von *Hubmann*; dazu *Flume*, a. a. O., K 10 Fußnote 23.

¹⁸⁾ BVerfGE 34 S. 269, 292.

¹⁹⁾ Vgl. *Sein und Zeit*, 8. Aufl. 1957, S. 184 ff., und dazu *Werner Maihofer*, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 42 f.

Menschen mit sich allein läßt. Deshalb fragt Heidegger um die Mitte der dreißiger Jahre: Wie findet das Selbst die Ordnung der Welt? und gibt die Antwort: Indem der Mensch in sich hineinhorcht²⁰). Dort hört er die Urteile, die es vor dem eigenen Urteil gab: die Vorurteile. Da die Vorurteile einerseits dem eigenen Urteil vorausgehen, andererseits aber von irgendwoher kommen müssen, zeugen sie von der Verbindung des Menschen mit der Welt, „sind die Vorurteile des einzelnen“, wie *Hans-Georg Gadamer*²¹) schreibt, „weit mehr als seine Urteile die geschichtliche Wirklichkeit seines Seins“. Das heißt: Vorurteile sind Ausdruck des unverstellten Allgemeinen und insofern von höherem Rang als das bewußte Urteil.

Im Recht mußte diese Aufwertung des Innenlebens das Interesse an den Individuen des Justizbetriebes kräftig stärken und die sogenannte Justizforschung aufblühen lassen. Die Aufwertung des Innenlebens beantwortete nicht nur die Frage, was an den Einstellungen der Richter *unabhängig* von der richterlichen Entscheidung so untersuchenswert sei, sie lieferte der Justizforschung auch Methoden, Kapazitäten und Instrumente, indem sie die „Vorurteile“ der Richter als Wahrheitsbeweis zuließ²²). Seitdem glauben einige Justizjuristen, der Wahrheit zu dienen, wenn sie ihre Vorurteile verbreiten.

Die Aufwertung des Innenlebens verlieh ferner einem Werk eine Breitenwirkung, die der Autor wohl selbst nicht erwartet hatte: *Josef Essers* „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“ (1970)²³), dem juristischen Seitenstück zu *Ga-*

²⁰) Vgl. Brief über den „Humanismus“ (1947): „Nur sofern der Mensch, in die Wahrheit des Seins ek-sistierend, diesem gehört, kann aus dem Sein selbst die Zuweisung derjenigen Weisungen kommen, die für den Menschen Gesetz und Regel werden müssen“, in: *Wegmarken*, 1967, S. 145, 191. *Walter Heinemann*, Die Relevanz der Philosophie Martin Heideggers für das Rechtsdenken, Diss. jur. Freiburg i. Br. 1970, S. 50 ff., hält diesen Satz für den rechtsphilosophischen Grundsatz *Heideggers*.

²¹) *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. 1965, S. 261, unter ausdrücklicher Berufung auf *Heidegger*, S. 250 ff.

²²) Erst neuerdings mehren sich die kritischen Stimmen; vgl. *Herbert Tröndle*, Vom Fortschritt, der auf der Stelle tritt, MDR 1975 S. 617 f.; *Norbert Plassmann*, Mutmaßungen über Richter, JZ 1975 S. 41 f.; siehe auch die etwas älteren Äußerungen von *Hans Thierfelder*, Zu den Standpunkten und Möglichkeiten der Justizforschung in Deutschland, DRiZ 1972 S. 257, und *Walther Richter*, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, 1973, S. 45 ff.

²³) In: *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs*, JZ 1975 S. 555 f., hat Esser sein Buch authentisch interpretiert: es sei eine Deskription ohne normativen Anspruch — eine für einen Kritiker des Positivismus und Analytiker des Vor-

damers „Wahrheit und Methode“. Unter ausdrücklicher Berufung auf *Gadamer* geht es *Esser*²⁴⁾ darum, „die Vorstellungen von Konkretisierung und Aktualisierung des ‚geltenden Rechts‘ auf die Art und Herkunft des Vorverständnisses hinzulenken“, weil „es jenen Impetus des Rechtsanwenders (gibt), alle Gerechtigkeitserkenntnisse aus seiner Fallkonfrontation in den Normzusammenhang und seinen Sinn hinein zu projizieren“²⁵⁾. *Esser* kommt denn auch zu dem Ergebnis: „Die Arbeit mit dem Gesetz kann nur die bewußte Arbeit am Gesetz sein im Sinne jener Rückinformation der Gesetzesratio durch Werturteile der Kasuistik“²⁶⁾, wobei unter ratio legis jedenfalls die Folgen zu verstehen sind, „die von der Norm hintangehalten oder herbeigeführt werden sollen“²⁷⁾.

Auf das Folgenproblem komme ich noch zurück. Hier geht es zunächst um immanente Kritik.

Esser schließt aus der Verbindlichkeit der Entscheidung²⁸⁾ auf die juristische Vernünftigkeit und Legitimität der Begründung²⁹⁾. Die Verbindlichkeit der richterlichen Entscheidung vermag die Hermeneutik indessen nicht verständlich zu machen.

verständnis erstaunliche Erklärung. Außerdem dürfte es einigermaßen schwer fallen, die „Überwindung des ‚legislativen Totalitarismus‘“ und die Wiederentdeckung „jener nicht-etatistischen Rechtsquellenauffassung“ (Vorverständnis S. 189) rein deskriptiv zu verstehen.

²⁴⁾ Vgl. Vorverständnis, S. 79; siehe zu *Gadamer* auch S. 133 ff.; kritisch zu *Esser*: *Larenz*, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 292, 296; *Hans Ruyffel*, Rechtssoziologie, 1974, S. 232 ff.

²⁵⁾ Vorverständnis, S. 78.

²⁶⁾ Vorverständnis, S. 124.

²⁷⁾ Vorverständnis, S. 143.

²⁸⁾ In diesen Zusammenhang gehört, daß *Esser* dem Richterrecht den gleichen Rang zumißt wie dem Gesetzesrecht; vgl. Vorverständnis, S. 191 f., 194. Dazu mit Recht kritisch *Werner Flume*, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201, 1975, S. 41.

²⁹⁾ Vgl. Vorverständnis, S. 177 f. „Die Rechtsanwendung steht beim Lückenproblem abermals im offenen Feld eines Durchgriffs auf Zweckmäßigkeits- und Wertungsgesichtspunkte, die sich nicht aus dem dogmatischen und jedenfalls nicht allein aus dem systematischen Denken begründen lassen, sondern den Problemzusammenhang in den Vordergrund stellen — und seine vernünftige Behandlung“, siehe auch a. a. O. S. 9, 15, 20.

Der Schluß von der Verbindlichkeit auf die Vernünftigkeit ist überhaupt weit verbreitet; vgl. *Hans-Joachim Koch*, Das Postulat der Gesetzesbindung im Lichte sprachphilosophischer Überlegungen, ARSP 1975 S. 27, 41: „Die Richter ... entscheiden ... in den semantisch gesehen unentscheidbaren Fällen nicht in Bindung an das Gesetz; sie setzen vielmehr die Bedeutung des Gesetzes ...

Das seinsphilosophische Vorurteil der hermeneutischen Position zeigt, daß die „richterliche Entscheidungsverantwortung“ personengebunden ist³⁰⁾. Sie wird deshalb fragwürdig, sobald sie ohne Ansehung der Person argumentiert werden muß. Die kritische Frage *Pawlowskis*³¹⁾, „inwiefern jemand aufgrund der verantwortlichen ‚persönlichen‘ Entscheidung eines einzelnen verpflichtet werden kann, in das Gefängnis zu gehen oder DM 10.000,— zu zahlen“, könnte nur mit einem Konsensgrund beantwortet werden. Konsensgründe kann die Hermeneutik jedoch nicht anbieten, sie muß sie voraussetzen³²⁾. Auf die Möglichkeit „eines Konsenses über die Vernünftigkeit einer Lösung im Rahmen der legal gegebenen Alternative“, schreibt *Esser*³³⁾ denn auch, „ist das Vorverständnis des nach ‚Gesetz und Recht‘ entscheidenden Juristen abgestellt“.

Und was geschieht, wenn der Konsens ausbleibt? Wer oder was hält das Urteil bei Dissens? Niemand? Lassen Dissense Urteile zusammenfallen wie leere Säcke? Oder ist der Konsens kein wirklicher Konsens, sondern die objektive Vernunft³⁴⁾, mit der jeder zu konsentieren hat, will er nicht als unvernünftig abgeurteilt werden? Wenn irgendeine objektive Vernunft gemeint sein sollte, welchen Sinn hat dann die Rede von autonomer Verantwortung und Vorverständnis?

Das heißt, die Hermeneutik kann den Bereich der Subjektivität nicht verlassen. Wächter unter sich — mehr kann sie nicht beschreiben.

3. Die kompensatorische Position

Die dritte, die kompensatorische Position behauptet, der Richter müsse kompensatorisch urteilen und den Schwachen, den Unterbevorrechtigten helfen³⁵⁾. Damit wäre eine eigen-

allererst fest.“ Als ob das „semantisch gesehen“ zu entscheiden wäre!

³⁰⁾ Besonders deutlich bei *Arthur Kaufmann*, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, JZ 1975 S. 337, 341 rechte Spalte.

³¹⁾ Zum sog. Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers, *Eine Kritik der Interessen- und Wertungsjurisprudenz*, AcP 175 (1975) S. 189, 203.

³²⁾ Vgl. *Hans Ryffel*, *Rechtssoziologie*, 1974, S. 234.

³³⁾ *Vorverständnis*, S. 9.

³⁴⁾ Dafür spricht die jüngste Äußerung *Essers*: *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs*, JZ 1975 S. 555 ff.

³⁵⁾ Vgl. die Darstellung bei *Rolf Bender*, *Funktionswandel der Gerichte?* ZRP 1974 S. 235 ff. Daß die „neue Aufgabe für die Gerichte: Der Schutz des Schwächeren“, „nichts zu tun (habe) mit dem

ständige Aufgabe des Richters begründet und die Frage seiner Bindung an das Gesetz obsolet.

Selbstverständlich wird diese These nicht so primitiv präsentiert, wie ich es hier getan habe. Eine sehr feinsinnige Präsentation bietet *Helmut Ridder*. Unter der Überschrift „In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das Bundesverfassungsgericht“³⁶⁾ hat er sich bemüht, das Bundesverfassungsgericht auf die Seite der Opposition zu ziehen, weil die Opposition „durch den Ausschluß von der staatlichen Macht der ‚Regierung‘ gegenüber geschwächt und gefährdet (und ständig in Versuchung geführt)“, also unterbevorrechtigt sei, weshalb ein „gerechter“, d. h. materieller Gleichstand der Waagschalen nur durch volle Erfassung der sozialen Gewalt- und konstitutionellen Staatlichkeitsprärogativen für die über die Regierung und die Parlamentsmehrheit verfügende Macht und entsprechende Ausbalancierung durch Zu- und Abschläge zu erreichen war“³⁷⁾. Mit dem Oppositionszu- und Regierungsabschlag sollte das Bundesverfassungsgericht also nicht parteiisch, sondern gerechter werden.

Das war 1968. Inzwischen haben die politischen Parteien im Bundestag die Plätze getauscht. Aber die Zeitläufe kann man *Ridder* nicht entgegenhalten. Der Aufsatz müßte heute nur heißen: „In Sachen Opposition: Franz Josef Strauss und das Bundesverfassungsgericht“.

Ridder übersieht indessen, daß die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt werden (Art. 38 GG) und ihrerseits den Bundeskanzler wählen (Art. 63 GG). Die Macht der Regierung ist deshalb so demokratisch legitim wie der Ausschluß der Opposition von der Macht. Das Bundesverfassungsgericht entschiede daher nicht gerechter, sondern verstieß gegen ein Grundgesetz der Demokratie, wenn es der Opposition als Ausgleich für den Regierungsbonus einen Oppositionsbonus gewährte.

Ridder übersieht die demokratische Legitimation, weil er Regierung und Opposition dadurch von der demokratischen Wahlentscheidung löst, daß er Opposition als alles definiert,

Postulat einer ‚Befreiung des Richters aus der Bindung an Gesetz und Recht‘“, ist kaum kompatibel mit dem anderen Satz *Benders*: Die neue Aufgabe der Richter „wird sie weitgehend in die direkte Konfrontation mit den beiden anderen Gewalten bringen, die die Mehrheitsinteressen repräsentieren.“

³⁶⁾ Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 323 ff. Zum — wichtigen — Zeitpunkt der Ausarbeitung des Manuskriptes vgl. S. 327 Fußnote 10.

³⁷⁾ A. a. O., S. 313 ff.

was gegen die Regierung ist: „institutionalisiert oder nicht“. Auf diese Weise erhält die sogenannte außerparlamentarische Opposition den gleichen Rang wie die parlamentarische. Das ist aber nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch politisch falsch, weil sich die außerparlamentarische Opposition nicht dem Wählervotum stellt, deshalb nichts repräsentiert und insofern nicht demokratisch legitimiert ist. *Ridders* Forderung hätte nur dort einen Sinn, wo die politischen Rollen unabhängig vom Wählerwillen verteilt werden, wie in dem Teil Deutschlands, in dem die Parteien und Massenorganisationen in der Nationalen Front alle Kräfte des Volkes vereinigen (Art. 3 Abs. 2 DDRVerf 1968).

Diese Kritik läßt sich verallgemeinern: Die Idee einer kompensatorischen Rechtsprechung setzt die Existenz von Unterbevorrechtigten voraus. Die Unterbevorrechtigung bedarf aber der normativen Kriterien. Diese Kriterien müssen andere sein als die des geltenden Rechts. Denn wird jemand gegen das geltende Recht benachteiligt, dann ist ihm auch mit einem rechtmäßigen Urteil geholfen. Als Kriterium wird nur eines angegeben: Schwäche. Wie mächtig Schwäche sein kann, haben uns jedoch die Studenten gelehrt. Deshalb müßte man noch Grund, Verschulden und Relevanz der Schwäche unterscheiden. Unterscheidungskriterien werden aber nicht einmal angedeutet. Die begrifflose Berufung auf die Schwachen erinnert allenfalls an die Seligpreisungen der Bergpredigt.

4. Zusammenfassung

Das Ergebnis unserer Überlegungen ist: Die verfassungsrechtliche Position hat Schwierigkeiten mit dem Verfassungsbegriff. Die hermeneutische Position vermag die Verbindlichkeit des richterlichen Urteils nicht durchzuhalten. Und die kompensatorische Position vermag die Geltung des geltenden Rechtes nicht plausibel zu machen.

B. Eine Antwort

Die Erörterung der drei Positionen hat aber auch gezeigt, daß man die Frage nach der Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung nicht einfach positiv-rechtlich beantworten kann. Ich werde meine Antwort daher in drei Abschnitten entwickeln. In einem ersten Abschnitt versuche ich, einige rechtstheoretische Prämissen zu klären, in einem zweiten, die wichtigsten politisch-historischen Bindungen richterlichen Urteils zu beschreiben, und in einem dritten, die verfassungsdogmatische Arbeit zu leisten.

I. Rechtstheoretische Voraussetzungen

Von den rechtstheoretischen Voraussetzungen bespreche ich nur zwei Stichwörter: Rechtsanwendung und Paradigma.

1. Rechtsanwendung

Das Wort „Rechtsanwendung“ mag schiefe Bilder vom Gesetz und vom Richter provozieren³⁸⁾, gleichwohl ist es unentbehrlich, weil es das fundamentale Verhältnis zwischen Richter und Recht ausdrückt: Die Differenz zwischen Richter und Recht, die man vielfach einseitiger als Heteronomie, Allgemeinheit oder Objektivität des Rechtes bezeichnet. Diese Differenz liegt noch vor jedem möglichen Vorgriff auf irgendein Vorverständnis³⁹⁾. Die Versuche ihrer Überwindung nennt man Rationalisierung⁴⁰⁾.

Alle Bemühungen, die Differenz zwischen Richter und Recht zu überwinden, können aber nur zu neuen Normen und Arbeitsanweisungen für den Richter führen. Ob diese Normen und Arbeitsanweisungen verwirklicht werden, ist indessen so fragwürdig wie, ob die Gesetze verwirklicht werden. Denn alle Methodenlehren, Praxistheorien und Botschaften sind genau so Sprache wie das Gesetz, und Sprache hat einen unaufhebbarsten Mangel: Die Anwendung von Worten auf das mit den Worten Gemeinte: auf den Gegenstand, läßt sich nicht mehr rationalisieren⁴¹⁾, weil jede Rationalisierung auf Sprache angewiesen, eine Erklärung mit Worten ist und deshalb ihrerseits das Anwendungsproblem aufwirft. Die Differenz zwischen Richter und Recht ist theoretisch nicht aufzuheben⁴²⁾.

³⁸⁾ Insofern mit Recht kritisch *Esser*, Vorverständnis, S. 8 f., 77.

³⁹⁾ Ohne die Differenz zwischen Rechtsanwender und Recht wäre das Vorverständnis identisch mit dem Verständnis, weshalb auch *Esser*, Vorverständnis, S. 40 f., nicht ohne das Wort „Rechtsanwendung“ auskommt.

⁴⁰⁾ Vgl. *Esser*, Vorverständnis, S. 11. Die Vertreter der verfassungsrechtlichen Position haben zwar die logischen Ansprüche des Positivismus, nicht aber den Rationalisierungsanspruch aufgegeben. Sie treiben jetzt Normkonkretisierungen oder Funktionsanalysen; vgl. z. B. *Hans H. Klein*, DRiZ 1972 S. 333, 334; *H. H. Rupp*, NJW 1973 S. 1769, 1770; *Hans-Peter Schneider*, DÖV 1975 S. 443, 449 f.

⁴¹⁾ Die Frage *Friedrich Müllers*, Recht-Sprache-Gewalt, 1975, S. 15, 32: „Was geschieht tatsächlich, wenn von einer bestimmten Rechtsordnung gesagt werden kann, sie funktioniere, sie sei ‚in Geltung‘?“ ist daher nicht zu beantworten, übrigens auch deshalb nicht, weil — wie *Hermann Heller*, Die Souveränität, 1927, S. 36, schreibt — „uns fremdseelisches Verhalten im letzten unberechenbar und ewiges Geheimnis“ bleibt.

⁴²⁾ Schon *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, ed. Lasson, 1930, Zusatz zu § 214, hat das Problem deutlich beschrieben: „Es ist wesentlich eine Seite an den Gesetzen und der Rechts-

2. Paradigmen

Aus der Unlösbarkeit des Anwendungsproblems folgt jedoch nicht, daß über die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung nicht mehr geredet werden kann, sondern nur, daß man sich vorab über Möglichkeiten und Grenzen der Verständigung verständigen muß. Darauf zielt das zweite rechtstheoretische Stichwort: Paradigma.

Wir erfahren, daß wir uns verständigen können. Die Verständigungsmöglichkeit beruht aber nicht nur auf Sprache. In einem fremden Land, dessen Sprache wir nicht verstehen, können wir uns immer noch verständlich machen, über Grundbedürfnisse wie Essen, Trinken und Schlafen sogar recht gut. Worte lassen sich tatsächlich bis zu einem gewissen Grade durch Zeichen und Zeigen ersetzen. Für uns wichtig ist der Grund dieser Erscheinung: Jede Sprache ist auf Kontext angewiesen⁴³⁾.

Aus der Abhängigkeit der Sprache vom Kontext folgt, daß eine Sprache umso verständlicher ist, je mehr Kontext sie ins Bewußtsein hebt. Und sie hebt umso mehr Kontext ins Bewußtsein, je vollständiger das Stück Welt ist, das sie zu gegenwärtigen sucht. Und das Stück Welt ist umso vollständiger, je mehr Anwendungsregeln und Analogien Sprache enthält. Die Überzeugungskraft von Erzählungen, Geschichten, Modellen, Beispielen und — jetzt wird es wieder juristisch — Fällen beruht genau darauf: daß sie „Gesetz, Theorie, Anwendung und Hilfsmittel einschließen“⁴⁴⁾. *Thomas Kuhn*⁴⁴⁾ hat solche relativ vollständigen Modelle „Paradigmata“ genannt. Von ihm habe ich den Begriff übernommen. Diese Art der Dis-

pflage, die eine Zufälligkeit enthält, und die darin liegt, daß das Gesetz eine allgemeine Bestimmung ist, die auf den einzelnen Fall angewandt werden soll. Wollte man sich gegen die Zufälligkeit erklären, so würde man eine Abstraktion aussprechen. Das Quantitative einer Strafe kann z. B. keiner Begriffsbestimmung adäquat gemacht werden, und was auch entschieden wird, ist nach dieser Seite zu immer eine Willkür. Diese Zufälligkeit aber ist selbst notwendig, und wenn man daraus etwa gegen ein Gesetzbuch überhaupt argumentiert, daß es nicht vollkommen sei, so übersieht man eben die Seite, woran eine Vollendung nicht zu erreichen ist, und die daher genommen werden muß, wie sie liegt.“

⁴³⁾ Allerdings wird sie durch den Kontext auch verunklärt, weil der Kontext als nichtsprachliche Erläuterung des Wortes mit Worten nicht mehr zu bestimmen ist; vgl. *Rainer Specht, Vorurteil, Kritik, Philosophie*, 1975 (im Druck) II 2.

⁴⁴⁾ Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen (1962), deutsch 1973, S. 28 f.; dazu *Rainer Specht, Vorurteil, Kritik, Philosophie*, 1975 (im Druck) IV.

kussion mit farbigen, material- und perspektivenreichen Verhaltensmodellen⁴⁵⁾ läßt das Problem der Sprachgenauigkeit genau in dem Maße verschwinden, in dem der Kontext, geschöpft aus dem Reichtum der Geschichte, die Dürftigkeit der Wörter bedeckt⁴⁶⁾.

Rechtstheoretisch gestattet der Paradigma-Gedanke andere Vereinfachungen als gebräuchlich. Wir brauchen uns nicht auf dürre Ableitungen oder auf Systemvergleiche sehr hohen Abstraktionsgrades zu beschränken. Wir können Theorien auch mit bezeichnenden Fällen argumentieren.

II. Politisch-historische Bedingungen

Die politisch-historischen Bedingungen richterlichen Urteils erörtere ich daher an drei bekannten Fällen: am Urteil des Königs Salomo, am Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching im chinesischen Kriminalstück „Der Kreidekreis“ und am Fall des Müllers Arnold. Die beiden ersten Fälle liegen uns besonders fern. Deshalb erläutere ich an ihnen die politischen Bedingungen. Der Fall des Müllers Arnold liegt uns besonders nah. Deshalb erläutere ich an ihm die historischen Bedingungen.

1. Die politischen Bedingungen

a) Das Urteil des Königs Salomo

Erinnern wir uns: Salomo, mit etwas unklarer Legitimation König von Israel, aber von Gott mit Gerechtigkeit begnadet, hatte über die Klage einer Hure auf Herausgabe ihres Kindes zu entscheiden. Die Klägerin behauptete, sie habe mit der Be-

⁴⁵⁾ Als Beispiel vgl. *Rainer Specht*, Innovation und Folgelast, Beispiele aus der neueren Philosophie- und Wissenschaftsgeschichte, 1972, in dem Specht eine hochmoderne Problemformulierung am Beispiel *Ockhams*, *Descartes*, *Spinozas* und *Lockes* diskutiert. Man hätte die gleiche Frage — allerdings beträchtlich perspektivenärmer — auch an der Prometheus-Sage erörtern können. Siehe auch *Hans-Martin Pawlowski*, Das Studium der Rechtswissenschaft, 1969, S. 197 ff., wo die Voraussetzungen rechtlichen Denkens an der Orestie des Aischylos dargestellt werden.

⁴⁶⁾ Diese Art der Diskussion unterscheidet sich von den Sprachspielen *Wittgensteins* (vgl. *Philosophische Untersuchungen*, 1958, deutsch 1967, S. 45 ff., 48) durch ihren konstruktiven Anspruch und durch ihre systematischen Möglichkeiten: Paradigmen schließen positive Orientierungen, Traditionen ein. Sie können so aufeinander bezogen werden, daß sie sich gegenseitig erläutern und erweitern. Sie zeichnen sich vor allem durch ihren Assoziationsreichtum aus, der es erlaubt, die sprachphilosophische Grundfrage nach der Entsprechung von Wort und Gegenstand: das Anwendungsproblem, zu überspringen.

klagten in einem Hause gewohnt. Die Beklagte habe kurz nach ihr einen Sohn geboren, ihn aber bald darauf im Schlaf erdrückt und das tote Kind gegen den Sohn der Klägerin vertauscht. Zeugen oder sonstige Beweismittel: keine. Die Beklagte behauptete, das lebende Kind sei ihr Kind. Da ließ der König Salomo ein Schwert holen „und sprach: Teilet das lebendige Kind in zwei Teile und gebet dieser die Hälfte und jener die Hälfte. Da sprach das Weib, des Sohn lebte, zum Könige: Ach, mein Herr, gebt ihr das Kind lebendig und tötet es nicht. Jene aber sprach: Es sei weder mein noch dein, laßt es teilen. Da antwortete der König und sprach: Gebt dieser das Kind lebendig und tötet es nicht. Dies ist seine Mutter. — Und ganz Israel hörte das Urteil, das der König gefällt hatte, und fürchtete den König. Denn sie sahen, daß die Weisheit Gottes in ihm war, Gericht zu halten“⁴⁷⁾.

Israel hatte gute Gründe, Salomo zu fürchten. Salomo hat eine geniale Leistung erbracht. Das non liquet, vor dem er stand, hätte jeden anderen entmutigt. Er hat es aufgebrochen, indem er in einem gewagten Experiment den Anlaß für die Klage: die Tötung des Kindes, verschärfte und dadurch die größere Opferbereitschaft der einen Frau zeigen konnte. Die tiefe Weisheit Salomos bestand darin, daß er überzeugend fallimmanent argumentieren konnte. Kein Merkmal außerhalb des Falles — wie Zahl der Vorstrafen oder Häufigkeit des Geschlechtsverkehrs — wies auf die Lösung hin. Beide Frauen waren Huren ohne Anhang und so gleich wie ihr Vortrag spiegelbildlich. Und trotzdem hat Salomo erreicht, daß sie sich vor ganz Israel selbst entdeckten.

Die Möglichkeit, mit der Zweiteilung des Kindes zu drohen, hatte Salomo allerdings schon als König. Insofern war seine Autorität staatliche Gewalt. Diese Gewalt mußte er einsetzen, um eine non-liquet-Situation aufzubrechen. Das Schwert wäre überflüssig gewesen, wenn es zwischen den Frauen und ihrem Vortrag Unterschiede gegeben hätte, mit denen man hätte argumentieren können. Die glatte Gleichheit der Parteien verlangte die Drohung mit Gewalt.

Das ist eine wichtige Einsicht. Sie zeigt, daß der Richter gerade dann nicht mehr nur mit Gründen arbeiten kann, wenn er einen Streit zwischen Gleichberechtigten entscheiden will⁴⁸⁾.

⁴⁷⁾ Altes Testament, 1. Buch der Könige, Kapitel 3, Vers 5 bis 28.

⁴⁸⁾ Unzutreffend daher *Rolf Bender*, ZRP 1974 S. 235: „Die Konfliktbereinigung unter (wirklich) Gleichen kann durch andere Prozeduren und Institutionen . . . effizienter bewältigt werden als durch den schwerfälligen Justizapparat.“

Da aber der faire Prozeß die — wie immer konkretisierte — Gleichheit der Beteiligten impliziert, muß die Autorität des Richters extern durch Staat oder Öffentlichkeit gestützt sein. Eine originäre Legitimation des Richters gibt es nicht. Sie könnte auch allenfalls aus der Überzeugungskraft des richterlichen Urteils folgen. Das Urteil liegt aber noch nicht vor, wenn der Richter um eine Entscheidung angegangen wird.

Allerdings ist diese Legitimation des Richters eine völlig andere als die normative Ableitung des Richterspruches, die wir im Auge haben, wenn wir von der Bindung an das Gesetz sprechen. Offenbar muß man zwischen mehreren Legitimationen richterlicher Urteile unterscheiden. Bei einem Richterkönig wie Salomo von der Bindung an Gesetz und Recht zu sprechen, scheint abwegig, weil Norm und Entscheidung, Recht und Macht ununterscheidbar in seiner Person zusammenfallen. Das wiederum könnte an der undifferenzierten Einfachheit des Falles liegen, der es zuläßt, daß sich die Gerechtigkeit bruchlos in der Entscheidung spiegelt. Wenden wir uns deshalb einer komplexeren Abwandlung des salomonischen Urteils zu: dem Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching⁴⁹⁾.

b) Das Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching

Die Geschichte ist schnell erzählt: Fräulein Hai-thang, schön und geistreich, aus einer edlen, aber völlig verarmten Familie, ernährt Mutter und Bruder durch Prostitution. Dabei lernt sie den reichen, aber verheirateten Herrn Ma kennen, der sie zur Nebenfrau nimmt. Sie schenkt ihm einen Sohn, den Herr Ma zum Alleinerben einsetzt. Die erste Frau Ma vergiftet aber Herrn Ma, besticht Richter und Zeugen und klagt dann Hai-thang des Giftmordes und der Kindesentführung an, um sich in den Besitz des Kindes und des Erbes zu bringen. Hai-thang wird gequält und legt vor dem Ermittlungsrichter ein falsches Geständnis ab. Der ebenso gerechte wie gefürchtete Oberrichter Pao Tsching entdeckt jedoch im Ermittlungsbericht Lücken, wird mißtrauisch, nimmt die Ermittlungen noch einmal auf, vernimmt Hai-thang, Frau Ma und alle Zeugen, und erst dann läßt er die beiden Frauen versuchen, das Kind aus dem Kreidekreis zu ziehen. Hai-thang bringt es nicht über sich, das Kind zu verletzen. Damit beendet sie aber nicht den Prozeß, sie gibt ihm nur eine neue Wendung. Pao Tsching provoziert einen

⁴⁹⁾ Zitiert nach: Hwei-lang-ki, *Der Kreidekreis*, Chinesisches Schauspiel in vier Aufzügen und einem Vorspiel, Frei bearbeitet von (Anton Edmund) Wollheim da Fonseca, Reclams Universal-Bibliothek Nr. 768, Leipzig 1876.

Komplizen der Frau Ma, auspacken. So wird Hai-thang rehabilitiert.

Fast ein moderner Prozeß. 600 Jahre alt. Man sieht sofort, daß der chinesische Fall unvergleichlich viel reicher ist als der biblische. Aber die vielen Differenzierungen sind für den chinesischen Richter nicht Orientierungspunkte, sondern Verschleierungen der Wahrheit. Insofern ändert der Reichtum des Sachverhaltes nichts an der Situation des Richters. Insofern war auch der chinesische Richter gezwungen, die Undurchdringlichkeit des Falles mit einem Trick zu durchstoßen.

Die Frage ist nur: Warum hat er dann vor und nach dem Kreidekreisexperiment Beweis erhoben? Die Antwort ergibt sich aus dem Stück: Der Oberrichter war zweite Instanz. Vor ihm hatte schon ein staatlich legitimierter Richter entschieden. Pao Tsching sollte lediglich die Konsequenzen aus dem präparierten Sachverhalt ziehen. Diese Erwartung durfte er nur enttäuschen, wenn er zeigte, daß er es besser wußte als der Ermittlungsrichter. Deshalb genügte ihm der Trick mit dem Kreidekreis nicht. Er bedurfte der reproduzierbaren Beweise.

Nicht die Differenziertheit des Sachverhaltes, sondern die Differenzierung der Staatsorganisation zwingt also den Richter zur Begründung und zur Einhaltung bestimmter Beweis- und Verfahrensregeln. An der außengestützten Autorität ändert sich nichts — der Richter ist der Beauftragte des erhabenen Kaisers und spricht in dessen Namen Recht —, aber daß sich nicht mehr die gesamte Legitimation in der Person des Richters versammelt, sondern abgeleitet ist, schafft innerhalb der Justiz eine Wettbewerbs- und Kontrollsituation, die für jede Entscheidung eine Rechtfertigung nach Regeln verlangt, welche auch der konkurrierende Vorderrichter und der Kaiser akzeptieren können. Gegenüber den Prozeßparteien genügt eigentlich wie bei Salomo Evidenz ohne Begründung. Erfahren müssen die Gründe aber die, von denen der Richter seine Macht ableitet.

Das Urteil des Oberrichters Pao Tsching unterscheidet sich noch in einem weiteren wesentlichen Punkt von Salomos Urteil. Salomos Urteil regelte die Beziehungen zwischen drei Personen, sonst nichts. Im Kreidekreis-Urteil dagegen ging es nicht nur um die Strafbarkeit der Hai-thang. An der Strafbarkeit hing die Mutterschaft, an der Mutterschaft das Kind und am Kind das Erbe: das Vermögen des Herrn Ma. Im Gegensatz zu Salomos Urteil hatte das Kreidekreis-Urteil gesellschaftliche Konsequenzen, die weit über den konkreten Fall hinausreich-

ten, die also nach neueren Theorien⁵⁰⁾ von den Richtern diskutiert werden müssen.

Der Vergleich der beiden Urteile zeigt zunächst, worauf es beruht, daß Urteile Folgen haben: auf der Einbindung komplexer Sachverhalte in komplexe gesellschaftliche Verhältnisse. Salomos Urteil hatte wegen der undurchdringlichen Einfachheit des Falles fast keine weiterreichenden Folgen. Pao Tschings Urteil hatte wegen der zahlreichen Unterscheidungen, die im Sachverhalt angelegt waren, weitreichende Folgen. Das heißt, ob ein Urteil Folgen hat und welche, hängt von der Komplexität einer Gesellschaft ab. Darüber, daß in unserer komplexen Gesellschaft Urteile Folgen haben, die weit über den konkreten Fall hinausreichen, sollte man daher nicht mehr diskutieren.

Nur folgt aus diesem Umstand nicht einfach, der Richter müsse seine Entscheidung von den Folgen abhängig machen. Offensichtlich muß man zwischen — zum Beispiel — der Straffolge, die der Strafrichter natürlich zu berücksichtigen hat, und der weiteren Folge unterscheiden, daß ein Straftäter durch die Straffolge nicht mehr über seine Arbeitskraft verfügen kann, so daß vielleicht einerseits die Familie darbt und andererseits der Arbeitgeber geringeren Gewinn erzielt. Ob der Strafrichter diese weiteren Folgen berücksichtigen muß, bedarf jedoch der normativen Entscheidung. Wer diese Entscheidung unter welchen Bedingungen zu fällen hat, bedarf in einer arbeitsteiligen Organisation wiederum der Entscheidung, und so fort. Man könnte Zuständigkeit als die Befugnis definieren, Entscheidungsfolgen zu bestimmen. Deshalb besagen Entscheidungsfolgen nichts über die Befugnis des Richters, sie zu berücksichtigen.

Allerdings wird man über das Folgenproblem noch so lange reden, wie man über Kausalität, Objektivität und Rationalität geredet hat. Das alles sind Versuche, Dauer und Allgemeinheit

⁵⁰⁾ Vgl. *Adalbert Podlech*, Wertungen und Werte im Recht, AÖR 95 (1970) S. 185, 197, 209; *Jörg Berkemann*, Gesetzesbindung und Fragen einer ideologiekritischen Urteilskritik, in: Festschrift für Willi Geiger, 1974, S. 299, 306; dazu eindringlich *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 31 ff.

Für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes scheint die neuere Theorie allerdings nicht zu gelten. Jedenfalls geht der im übrigen reich dokumentierte Aufsatz von *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Beharrung oder Innovation — Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Der Staat 1974, S. 335 ff., nicht darauf ein. Allerdings ging es *Hoffmann-Riem* auch um die Frage, ob die Folgen des Hochschul-Urteils (BVerfGE 35 S. 79 ff.) z. B. auch Bremen treffen könnten.

unpolitisch zu denken, das heißt ohne die Frage: Wer entscheidet? Diskutierte man das Folgenproblem politisch als Zuständigkeitsproblem, dann fielen Folgen und Norminhalt wieder zusammen. Mit welchen Konsequenzen, zeigt der Oberrichter Pao Tsching. Er hat die weitverzweigte Komplexität seines Falles bewältigt, ohne auf die sozialen Folgen zu schießen, und gerade deshalb ist er als gerecht und unbestechlich in die Geschichte eingegangen⁵¹).

c) Zusammenfassung

Politisch lehren die beiden Fälle also:

(1) Die Entscheidungsbefugnis des Richters ist immer abgeleitet und außengesteuert. Der Richter bedarf der fremden Autorität.

(2) Eine Staatsgewalt kann so monolithisch organisiert sein, daß die Außenlegitimation des Richters nicht sichtbar wird. Dann ist eine Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung nicht denkbar, weil der Richter denkwortwendig immer schon im Recht ist. Eine Bindung setzt eine differenzierte Staatsorganisation und eine Ausdifferenzierung der richterlichen Tätigkeit voraus.

(3) Die Ausdifferenzierung bedeutet jedoch, daß der Richter nicht mehr prinzipiell im Recht ist. Er muß seine Entscheidungen rechtfertigen, und zwar gerade gegenüber der Organisation, von der er seine Entscheidungsbefugnis ableitet.

(4) Eine Rechtfertigung ist nur möglich, wenn die Verhältnisse reproduzierbare Unterscheidungen erlauben.

(5) Die Unterscheidungen sind jedoch nicht einfach von der Wirklichkeit abgezogen, sondern ihrerseits normativ bestimmt. Das gilt auch für die Projektion von Unterscheidungen in die Zukunft, für die Entscheidungsfolgen. Die Entscheidungsfolgen vermögen nichts zu rechtfertigen, sondern allein die Normen, nach denen sie bewertet werden. Wer die Bewertungsnormen verbindlich machen darf, ist eine Frage der Staatsorganisation.

2. Die historischen Bedingungen

Wenden wir uns nun den historischen Bedingungen zu, unter denen der deutsche Richter urteilt.

⁵¹) Vgl. auch *Hans H. Klein*, Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968, S. 31; *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 38; anderer Ansicht: *Folke Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973, S. 156, freilich ohne die Legitimationsfrage auch nur aufzuwerfen. Für die „richterliche Selbstbeschränkung“ (S. 161) gibt es keine verfassungsrechtliche Grundlage.

a) Der Richter als König

Wenn es auch die einheitliche Staatsgewalt immer nur als Legitimationsgesichtspunkt, nie als reale Organisation gegeben hat, so gab es in Deutschland doch immer eine Legitimationshierarchie, an deren Spitze im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation der erwählte römische Kaiser und deutsche König stand. Der Kaiser und König war bis zum Ende des Reiches der Theorie nach ein absoluter Herrscher, wenn auch durch vielerlei Verträge und Kapitulationen beschränkt.

Insbesondere war der deutsche König der oberste Richter und das königliche Hofgericht das höchste Reichsgericht⁵²⁾. Der König hatte das Recht, jede noch nicht rechtskräftig entschiedene Sache an sich zu ziehen, das *ius evocandi*. An allen Orten, an denen er sich aufhielt, wurden ihm die Gerichte ledig. „Jeder Mann hat sein Recht vor dem König“, heißt es im Sachsenspiegel⁵³⁾.

An der Entwicklung der Reichsgerichtsbarkeit — Stichworte: Reichskammergericht und Reichshofrat — ließe sich zeigen, daß sich die richterliche Gewalt des Kaisers bis zum Ende des alten Reiches am kräftigsten erhalten hat, obwohl gerade um sie am heftigsten gerungen wurde. Der Grund: Die ursprüngliche Herrschergewalt des deutschen Königs waren nicht Gesetzgebung und Regierung, sondern war — Rechtsprechung. „Der König . . . war Bewahrer des Rechtes, oberster Richter, aber nicht Gesetzgeber“ schreibt *Wilhelm Ebel* in seiner bemerkenswerten „Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland“⁵⁴⁾. Noch für *Eike von Repgow* war kaiserlich-königliche Gewalt Gerichtsgewalt und Herzogsgewalt. *Eike* knüpft an Gericht und Schwert an⁵⁵⁾, um die Kompetenzen zwischen Papst und Kaiser abzugrenzen. Kein Wunder also, daß die Unabhängigkeit von der Gerichtsbarkeit des Kaisers bis zum Ende des Heiligen Römischen Reiches als Gradmesser für die Majestät der Landesfürsten galt. Das *privilegium de non evocando* und das *privilegium de non appellando* gehörten denn auch zu den wichtigsten Majestätsrechten, welche die Goldene Bulle (c. XI) den Kurfürsten des Reiches zusicherte.

Aus der richterlichen Gewalt als dem ursprünglichen Kern der Staatsgewalt hat sich das entwickelt, was wir heute Gesetz-

⁵²⁾ Vgl. im einzelnen *Hermann Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, 2. Aufl. 1962, S. 378 f.

⁵³⁾ Der Sachsenspiegel (Landrecht), ed. *Weiske/Hildebrand*, 10. Aufl. 1919, III 33 § 1.

⁵⁴⁾ 2. Aufl. 1958, S. 13, 27.

⁵⁵⁾ A. a. O., Landrecht I 1.

gebung und Regierung nennen. Die Wege und Pfade der Entwicklung im einzelnen zu beschreiben, bin ich nicht imstande. Für unseren Zusammenhang ist nur die Feststellung wichtig, daß die ursprüngliche Legitimation der deutschen Staatsgewalt eine richterliche Legitimation war. Das wirft die Frage auf, bei wem die Majestät geblieben ist, als sich richterliche und gesetzgebende Gewalt institutionell trennten.

b) Der Richter als Justizbedienter

Im Heiligen Römischen Reich änderte die Ausbildung der landesherrlichen Gewalt nichts an der Gerichtsherrlichkeit. Die landesherrliche Gewalt „ließ die ursprünglich vom Reiche abgeleitete oberste Gerichtsgewalt in den Territorien zum eigenständigen Recht des Landesherrn, schließlich mit der Entstehung der Landeshoheit zum landesherrlichen Hoheitsrecht werden“⁵⁶⁾, das den Landesherrn berechtigte, selbst Gerichtsbarkeit auszuüben, das hieß aber auch: in die Rechtspflege einzugreifen.

Praktisch ausgeübt wurde die landesherrliche Gerichtsbarkeit durch Bediente, durch Behörden, die in Ermangelung jeder anderen Legitimation vom Landesherrn abhängig sein mußten und die beispielsweise in Kur-Brandenburg „Regierungen“ hießen und auch waren⁵⁷⁾. Der Standesherr richtet also aus eigenem Recht. Der Justizbediente entscheidet aus fremdem Recht.

Da das ständische Einungsprinzip eine relativ eindeutige Legitimationskette schuf, ist für die Frage nach dem Verbleib der Majestät vor allem wichtig, wie sich die Gerichtsbarkeit innerhalb des absolutistischen Staatsapparates verselbständigt hat.

Die Antwort kann uns ein Fall liefern, der zu Recht berühmt geworden ist: der Fall des Müllers Arnold⁵⁸⁾.

⁵⁶⁾ *Hermann Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, 1966, S. 282 f. Siehe auch II 17 § 18 PrALR.

⁵⁷⁾ Vgl. *Conrad Bornhak*, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, 1903, S. 251; *Eberhard Schmidt*, Rechtsentwicklung in Preußen, 2. Aufl. 1929, Neudruck 1961, S. 20; mißverstanden bei *Wilhelm Pötter*, Die aktuellen Probleme des Richterstandes im Lichte der historischen Betrachtung, in: Die Unabhängigkeit des Richters, Ein Cappenberger Gespräch, 1969, S. 9, 10.

⁵⁸⁾ Vgl. *Adolf Stölzel*, Der Prozeß des Müllers Arnold, in: Fünfzehn Vorträge aus der Brandenburg-Preußischen Rechts- und Staatsgeschichte, 1889, S. 170 ff. Ausführliche Darstellung bei *Karl Dickel*, Beiträge zum preußischen Rechte, 1. Heft, Friedrich der Große und die Prozesse des Müllers Arnold, Marburg 1891.

Der Müller Arnold war in einem Pachtstreit gegen den Grafen von Schmettau unterlegen und hatte sich hilfesuchend an Friedrich den Großen gewandt. Der König hielt das Urteil für ungerecht und verlangte vom Kammergericht eine Bestrafung der beteiligten Richter. Als das Kammergericht die Richter freisprach, entschied der König selbst und schickte die Richter auf eine Festung.

Der König hatte einen beträchtlichen Publikumserfolg⁵⁹⁾. Seine Entscheidung war kompensatorische Rechtsprechung. *Helmut Ridder* hätte sie dem Bundesverfassungsgericht als leuchtendes Beispiel vorhalten können.

Allerdings hatte der König den Publikumserfolg auch nötig. Wenn die Gerichtsherrlichkeit der Kern ständischer Herrschaft war, dann mußte der Ungehorsam der Richter an den Nerv der königlichen Macht rühren. Machtpolitisch war es daher richtig, daß der König ein Exempel statuierte.

In der Sache war der König im Unrecht, aber verfassungsrechtlich war er prinzipiell im Recht⁶⁰⁾. Als Kurfürsten von Brandenburg hatten seine Vorfahren dem Kaiser die Gerichtsherrlichkeit abgetrotzt. Im 18. Jahrhundert ließ der König dem Volk durch seine Diener, die Regierungs- und Kammergerichtsräte, Gerechtigkeit widerfahren. Und jetzt weigerten sich die Diener, ihm zu gehorchen. Verfassungsrechtlich war das Insubordination. Sonst nichts.

Wie wir wissen, eine außerordentlich erfolgreiche Insubordination. Vielen gilt der Fall des Müllers Arnold als erste Demonstration der Unabhängigkeit der Gerichte⁶¹⁾. Das ist richtig für den Richter als Justizbediensteten. Nicht richtig ist es für den Richturfürsten. Unabhängigkeit von der kaiserlichen Gerichtsherrlichkeit hatten etwa die Kurfürsten bereits mit den Privilegien *de non evocando* und *de non appellando* erreicht, aber mit einer eindeutigen Legitimation: durch ein Reichsgesetz, die Goldene Bulle. Und woher nahmen die preußischen Regierungs- und Kammergerichtsräte das Recht, sich dem ober-

⁵⁹⁾ Vgl. *Friedrich Holtze*, Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen, 3. Teil, 1901, S. 317; *Dickel*, Beiträge, S. 28.

⁶⁰⁾ Vgl. *Conrad Bornhak*, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, 1903, S. 257.

⁶¹⁾ Vgl. *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948, S. 87; *Eberhard Schmidt*, Rechtsentwicklung in Preußen, S. 27; *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 78; *Eduard Kern*, Der gesetzliche Richter, 1927, S. 82.

sten Gerichtsherrn, dem König zu widersetzen? Wer legitimier-
te sie dazu? Die Antwort muß lauten: Der König selbst.

Denn worauf beriefen sich die Richter gegen den König? Auf das Recht und den Namen des Königs. Sie haben den Müller Arnold nach Maßstäben verurteilt, die der König sanktioniert hatte. Auf die Beschwerde des Müllers verlangte der König eine Entscheidung von ihnen, die diesen Maßstäben nicht entsprach⁶²). Der König widersprach sich also selbst. Sein Machtspruch war willkürlich. Und sich gegen Willkür und Widersprüchlichkeit des Herrn zu wehren, ist das gute Recht und die Pflicht jedes Dieners. Die Unabhängigkeit, welche die preußischen Richter demonstriert haben, war die jedes aufrechten Menschen. Aber die Majestät des Richterkönigs hat sie nicht berührt.

Dabei ist es bis heute geblieben. Den preußischen Richtern sicherte die preußische Verfassung von 1850 zwar Unabhängigkeit zu. Sie blieben aber Justizbediente des Königs. Der König ernannte sie und sie sprachen in seinem Namen Recht (Art. 86 ff. prVerf 1850). Es ist auch kein Zufall, daß die Paulskirchenverfassung die richterliche Unabhängigkeit unter dem Abschnitt VI „Die Grundrechte des deutschen Volkes“ unmittelbar nach dem Eigentum regelte. Die Richter galten noch als Fürstendiener. Der Bürger mußte deshalb richterliche Unabhängigkeit verlangen, wenn er nicht weiter fürstlicher Willkür ausgeliefert sein wollte.

Nach dem Angriff der Beamten des Ständestaates auf die ständische Gerichtsherrlichkeit ist auch keine andere Legitimation des Richters mehr denkbar als das Dienstverhältnis und die Regeln des Souveräns.

Damit können wir die Frage nach dem Verbleib der Majestät bei der Ausdifferenzierung der Staatsgewalt beantworten: Der Justizbediente hat sie jedenfalls nicht mitgenommen.

Der Fall des Müllers Arnold zeigt aber noch ein weiteres: Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung ist kein Problem eines bestimmten Systems oder gar nur der Demokratie. Es stellt sich in allen Staatsordnungen, die dem Richter selbständige Entscheidungsbefugnis zusprechen. Die Legitimation der Staatsordnungen ist eine andere Frage.

⁶²) Im einzelnen war die Rechtslage allerdings viel komplizierter; vgl. *Adolf Stölzel*, Fünfzehn Vorträge, S. 178 ff.

III. Dogmatische Folgerungen

Für die Ordnung des Grundgesetzes zwingt der geschichtliche Rückblick zunächst, die Frage nach der Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung zu korrigieren.

Diese Frage tut so, als sei die Legitimation des Richters, verbindlich zu entscheiden, nicht zu bezweifeln⁶³), als komme es immer noch darauf an, mit Art. 86 der preußischen Verfassung zu sagen: die Gerichte sind keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfen. 1850 wußte man, wer diese „andere Autorität“ war: der König. Wenn das Grundgesetz aber etwas ausschließt, dann königliche Machtsprüche. Juristisch ist überhaupt keine Instanz mehr ersichtlich, die dem Richter Weisungen erteilen könnte. Das ist alles, was ich zur Gewaltenteilung⁶⁴) sagen kann.

Mit der „anderen Autorität“ ist aber mehr weggefallen als die Möglichkeit von Machtsprüchen. Weggefallen ist auch die Möglichkeit eigener Legitimation des Richters. Die Richter, einschließlich der des Bundesverfassungsgerichtes, sind Justizbediente geblieben. Die fehlende Weisungsgebundenheit legitimiert sie zu nichts⁶⁵). Deshalb ist zu fragen: Wer oder was berechtigt den Richter eigentlich, für Dritte verbindlich zu entscheiden?

Eine Antwort mit dogmatischem Anspruch muß an die Unterscheidungen des Grundgesetzes anknüpfen. Das Grundgesetz unterscheidet zwischen der persönlichen Rechtsstellung des Richters (vgl. Art. 60, 97, 98 GG), den Gerichten als Institutionen (Art. 94 ff. GG) und — allerdings mit unterschiedlichen Worten — der Rechtsprechung als Funktion (vgl. Art. 20, 92, 103 Abs. 1, 104 GG)⁶⁶).

⁶³) Dieser Konzeption ist noch ganz verhaftet: *Dieter Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 182 ff., der die Legitimationsfrage deshalb auch nicht klar formuliert.

⁶⁴) Näher *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 62, 63 ff.; vgl. aber auch *Fritz Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, bes. S. 31 ff. (Pluralismus und Gewaltenteilung).

⁶⁵) Das wird freilich meist verkannt. Repräsentativ ist *Otto Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, der auf die Frage, warum gerade dem Richter die Bewahrung der rechtsstaatlichen Ordnung anvertraut sei (S. 25), mit dem Mißtrauen in den Gesetzgeber antwortet (S. 30), und folgert, der Richter sei wegen seiner Unabhängigkeit vertrauenswürdiger (S. 32). Ähnlich: *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 56 ff.

⁶⁶) Vgl. allgemein *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 43 ff.

1. Legitimation des Richters

Fragen wir also zunächst nach der persönlichen Legitimation des Richters. Hat der Richter mit der Aushändigung der Ernennungsurkunde (§ 17 DRiG) auch das Recht bekommen, verbindlich zu entscheiden? Offensichtlich nicht. Nach dem Richter-gesetz wird der Ernante durch die Ernennung Justizbedienter (§ 46 DRiG), ohne besondere Weihen, vor allem ohne das persönliche Recht zur verbindlichen Entscheidung, nur mit dem Anspruch auf Einordnung in eine bestimmte Organisation, in ein Gericht (§ 27 DRiG⁶⁷).

Man wird einwenden, der Rückgriff auf die Ernennung der Richter sei zu kurz. Man müsse auch das Verfahren berücksichtigen, das der Ernennung vorausgehe, zum Beispiel eine Richterwahl, und die demokratische Legitimation des Richters prüfen⁶⁸). Ich halte diesen Einwand nicht für stichhaltig.

Eine Wahl — und sei es eine unmittelbare Volkswahl — kann die Legitimation des Richters, verbindlich zu entscheiden, nicht verstärken. Seine Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) verbietet es ihm, sich zur Begründung seiner Entscheidungen auf die Art und Weise seiner Bestellung zu berufen. Noch nicht einmal das Bundesverfassungsgericht hat das bisher getan⁶⁹). Wenn aber die Entscheidungsautorität des Richters nicht von der Art und Weise seiner Bestellung abhängt⁷⁰), kann es für

⁶⁷) Siehe vor allem *Karl August Bettermann*, *Der Richter als Staatsdiener*, 1967, bes. S. 10, 21.

⁶⁸) Vgl. *Fritz Säcker*, *Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechtes*, ZRP 1971 S. 145, 149. Daß eine Wahl die Legitimation der Richter erhöht, verbindlich zu entscheiden, wird besonders für das Bundesverfassungsgericht immer wieder behauptet: vgl. *Franz Klein*, in: *Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 5 Rdnr. 3; *Klaus Stern*, in: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 1950 ff. (Zweitbearbeitung 1964 ff.), Art. 95 Rdnr. 61 ff., 65; *Billing*, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, S. 93 ff., 95; *Friesenhahn*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 1963, S. 18 f.; *Folke Schuppert*, *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt*, 1973, S. 214.

⁶⁹) Treffend *Willi Geiger*: „Man kann sodann fragen nach der Legitimation des (Bundesverfassungs-)Gerichts qua Gericht. Das ist nach meiner Meinung die Frage nach der Qualität seiner Rechtsprechung und sonst nichts“, in: *Frowein/Meyer/Schneider*, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt*, Symposium zu Ehren von Ernst Friesenhahn, 1973, S. 73.

⁷⁰) Auch unter diesem Aspekt ist *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, S. 27, beizupflichten, wenn er grundsätzlich ein volles Recht der Regierung bejaht, die Richter zu ernennen.

seine persönliche Legitimation nur auf die Rechte ankommen, die er mit der Begründung des Dienstverhältnisses erhält. Und dazu gehört nicht die Befugnis, verbindlich zu entscheiden.

2. Legitimation der Gerichte

Anders könnte es mit der Legitimation der Gerichte als Institutionen stehen. Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Gerichten anvertraut. Was rechtsprechende Gewalt ist, definiert das Grundgesetz indessen nicht. Eine solche Definition war auch überflüssig, weil es in den Art. 92 bis 101 GG gar nicht um Rechtsprechung geht, sondern um die Einordnung der Gerichte in die Staatsorganisation⁷¹⁾, um Kompetenzabgrenzungen (Art. 93 ff., 99, 100 GG) und die Prinzipien des Gerichtsverfassungsrechtes (Art. 97 f., 101 GG). Die Art. 92 ff. GG bieten den Gerichten das, was wir die externe Stützung der richterlichen Autorität genannt haben, die Zusicherung von Macht, ganz unabhängig von den einzelnen Entscheidungen. Sie legitimieren die Einrichtungen, aber nicht die Entscheidungen.

Die Verbindlichkeit richterlicher Entscheidungen kann deshalb nur auf Ordnungsprinzipien beruhen, die nicht in der Gerichtsbarkeit selbst liegen. Wir können die Legitimationsfrage daher präzisieren: Woher nimmt der Richter des Grundgesetzes das Recht?

3. Legitimation der Rechtsprechung

a) Bindung an das Gesetz

Da alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und da Rechtsprechung Ausübung von Staatsgewalt ist (Art. 20 Abs. 2 GG), muß der Richter das Recht vom Volke nehmen. Das Volk, so wird nun weiter gefolgert⁷²⁾, habe den Gesetzgeber durch Wahlen unmittelbar legitimiert. Also habe der Gesetzgeber die höhere demokratische Legitimation. Und deshalb sei der Richter an das Gesetz gebunden. Wir haben aber nach dem Recht gefragt, und diese Frage wird durch Mehrheitsentscheidungen allein nicht beantwortet.

Ausgangspunkt muß vielmehr das Recht im Sinne des Grundgesetzes sein. Da nach dem Grundgesetz das Volk die einzige Quelle des Rechtes ist, muß das Recht durch das Volk definiert werden. Das höchste Recht kann deshalb nur die reale Allgemeinheit aller Bürger sein. Das Recht als reale Allgemein-

⁷¹⁾ Vgl. BVerfGE 18, S. 241, 253; 22, S. 49, 75 ff.

⁷²⁾ Helmut Quaritsch, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, 2. Aufl. 1961, S. 30 ff.

heit aller Bürger ist freilich weder Rechtssatz noch gar Realität, sondern nur eine heuristische Hypothese, die klären soll, welche der Staatsgewalten, von denen keine mit dem Volk identisch ist, nach positivem Verfassungsrecht den Anspruch auf größte Allgemeinheit erheben kann. Das ist unter allen denkbaren Aspekten der Gesetzgeber: unter dem Aspekt der quantitativen Beteiligung der Bürger an der Bestellung der Gesetzgebungsorgane, der Öffentlichkeit der Entscheidungsfindung und der möglichen Dauer und Breitenwirkung der Entscheidungen. Deshalb kann es im Staat Bundesrepublik Deutschland kein höheres Recht und keine vollkommenerer Gerechtigkeit geben als die des rechtsstaatlich-demokratischen Gesetzes⁷³).

Wenn aber das rechtsstaatlich-demokratische Gesetz das höchste Recht für sich beanspruchen kann, dann kann es außerhalb des Gesetzes und gegen das Gesetz kein Recht geben, und dann kann der Richter das Recht nur aus dem Gesetz nehmen, dann kann es nur das Gesetz sein, das die richterliche Entscheidung legitimiert⁷⁴).

Wie der Fall des Müllers Arnold gezeigt hat, führt indessen gerade die Legitimation am Gesetz und durch das Gesetz zu Widersprüchen und offenen Fragen. Die Gründe liegen indessen nicht nur in sprachlichen Schwierigkeiten, sondern vor allem darin, das der Gesetzgeber mit dem Volk, mit der realen Allgemeinheit nicht identisch ist. Hier setzt die Aufgabe des Richters ein. Er hat die relative Allgemeinheit des Gesetzes in die reale Allgemeinheit des Volkes umzusetzen. Der Richter hat die Aufgabe, die einzelnen Normierungen des Gesetzgebers in Übereinstimmung zu bringen: einerseits mit anderen geltenden Normierungen — er hat die Widersprüche zwischen speziellen und generellen, älteren und jüngeren Gesetzen aufzuheben — und andererseits mit der realen Allgemeinheit der

⁷³) Wie schwer man sich mit dieser Einsicht tut, zeigt die negative Formulierung in BVerfGE 3 S. 225, 233 f.: „Doch ist eine Verletzung äußerster Gerechtigkeitsgrenzen in einem Gremium wie dem Parlamentarischen Rat ... schwer vorstellbar“. Also sei das Grundgesetz verbindlich. Aber doch wohl nicht, obwohl oder weil es nicht äußerste, sondern nur äußere Gerechtigkeitsgrenzen verletzt? Daß man sich scheut, das rechtsstaatlich-demokratisch legitimierte Recht „gerecht“ zu nennen, dürfte damit zusammenhängen, daß man dem Recht von jeher eine formalisierte utopische Gerechtigkeit entgegeng gehalten hat; vgl. etwa Karl Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 186 f.

⁷⁴) In der Gesetzesbindung steckt zugleich die demokratische Legitimation der Funktionsausübung. Problematisch daher: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 72.

Bürger: mit der Wirklichkeit. Der Richter muß also die einzelnen Gesetze mit der übrigen Rechtsordnung vereinbar machen⁷⁵⁾. Damit festigt er einerseits die Rechtsordnung und sichert andererseits die Gleichbehandlung aller Bürger im Rahmen der hic et nunc möglichen Gerechtigkeit⁷⁶⁾.

Der Auftrag des Richters, Unvereinbarkeiten der Gesetze aufzuheben, läßt auch eine bessere Interpretation der richterlichen Unabhängigkeit zu (Art. 97 Abs. 1 GG⁷⁷⁾. Entscheidender Gesichtspunkt ist die Bindung an das Gesetz. Der Richter kann die Widersprüchlichkeit und Lückenhaftigkeit des Gesetzes nur dann aufheben, das gesetzte Recht nur dann verfestigen, wenn ihn der Gesetzgeber oder ein anderes staatliches Organ nicht desavouiert, wenn er selbständig entscheiden kann. Der Richter ist unabhängig, weil er die Widersprüche der Gesetze nicht aushalten, sondern ausräumen soll⁷⁸⁾.

⁷⁵⁾ Das kann durchaus zu selbständigem Juristenrecht führen; vgl. *Werner Flume*, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201, 1975, S. 39 f.

⁷⁶⁾ Diesen Gedanken haben bereits *Wilfried Schaumann*, Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip, JZ 1966 S. 721 ff.; *Karl Michaelis*, Die Entscheidung, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 311, 330 ff., und *Hans-Martin Pawlowski*, Ein neues Verfahren der richterlichen Rechtsfortbildung?, ZFA 1974 S. 405, 427 ff., zutreffend entfaltet; siehe auch *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 18; *Hans H. Klein*, DRiZ 1972 S. 333, 338.

Meist wird dagegen versucht, die Aufgabe des Richters abstrakt, unabhängig von der Legitimationsfrage zu bestimmen. Die Versuche haben sich jedoch als unfruchtbar erwiesen; siehe *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 21 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 88, mit Annäherung an den hier vertretenen Standpunkt S. 89 f.

⁷⁷⁾ Das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 4 S. 331, 346; 14 S. 56, 69; 18 S. 241, 255; 36 S. 174, 185) beschreibt die richterliche Unabhängigkeit als Weisungsfreiheit und begründet die Weisungsfreiheit mit der richterlichen Unparteilichkeit. Das ist aber — auch wenn man von möglicher Ideologiekritik absieht — mindestens schief, weil sich die Unparteilichkeit auf die Parteien, die Weisungsfreiheit jedoch auf die Staatsorgane bezieht — und Weisungen sehr gut gemeint sein können, wie der Fall des Müllers Arnold lehrt. Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht: *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, *Die Grundrechte*, Band III/2, 2. Aufl. 1972, S. 523, 527.

⁷⁸⁾ Den gelegentlich angestellten Vergleich zwischen Richter und Wissenschaftler (vgl. *Ernst Benda/Eckart Klein*, Bemerkungen zur richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1975 S. 166 ff.; *Ernst Friesenhahn*, Richterliche Objektivität, in: *Mainzer Universitätsgespräche* WS 1959/60, S. 26) halte ich für irreführend. Er beantwortet nicht

b) Bindung an die Verfassung

Die Bindung des Richters an die Verfassung ist schwerer zu beschreiben als die an das Gesetz, weil die Verfassungsinterpretation stark von der Auseinandersetzung um die Frage: Ausgrenzung, Freiheitssicherung oder Organisationsprinzip? belastet wird⁷⁹⁾. Belastet, weil man jede Rechtsnorm, besonders jede Verfassungsnorm, als Ausgrenzung und Freiheitssicherung und Organisationsprinzip interpretieren kann⁸⁰⁾. Denn jede Rechtsnorm trifft auf Verhältnisse, in der die Verteilung der begehrten Güter immer schon geregelt ist⁸¹⁾. Vom Standpunkt der jeweils vorauszusetzenden Verhältnisse muß man deshalb sagen: Dieselbe Rechtsnorm ist eine Ausgrenzung, soweit sie die Verteilungsordnung nicht berührt, Freiheitssicherung — fragt sich allerdings: für wen? — soweit sie sie ändert, und Organisationsprinzip, soweit sie die Zuständigkeit regelt. Die Bindung des Richters an die Verfassung diskutiere ich deshalb auf einer Abstraktionsebene oberhalb dieser Unterscheidungen.

aa) Die Vereinbarkeit von Gesetz und Verfassung

Bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Richter und Verfassung ist davon auszugehen, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG). Das Verhältnis zwischen Richter und Verfassung muß deshalb so konstruiert werden, daß es mit der Bindung an das Gesetz vereinbar ist. Diese Vereinbarkeit ist gegeben, wenn das Gesetz mit der Verfassung vereinbar ist.

nur die Legitimationsfrage falsch, nämlich mit quasi höherer Einsicht des Richters, sondern provoziert geradezu den Vorwurf der Standesideologie — der aber natürlich nicht von den Protagonisten eines „neuen Richterbildes“ kommen wird; vgl. dazu treffend *Hans H. Klein*, DRiZ 1972 S. 333, 334.

⁷⁹⁾ Vgl. jüngst *Konrad Hesse*, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, DÖV 1975 S. 437 ff.; siehe auch *Hans Peter Ipsen*, Über das Grundgesetz — nach 25 Jahren, DÖV 1974 S. 289, 290, 295 ff.

⁸⁰⁾ Das Fernseh-Urteil, BVerfGE 12 S. 205, 259 f., ist ein Beispiel für die Interpretation eines Freiheitsrechtes — der Rundfunkfreiheit — als Organisationsprinzip; vgl. im einzelnen *Christian Starck*, Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem, 1973, S. 7 ff. Ein anderes Beispiel ist die Umfunktionierung der Berufsfreiheit in ein Teilhaberecht im Numerus-clausus-Urteil, BVerfGE 33 S. 303 ff. Für die Gerechtigkeit war es nie problematisch, daß man sie unter verschiedenen Aspekten betrachten konnte; vgl. *Karl Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 147 ff.

⁸¹⁾ Vgl. *Niklas Luhmann*, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, Der Staat 1973 S. 1, 15 (zum Eigentum) und 19 (zur Planung); *Christian Tomuschat*, Güterverteilung als rechtliches Problem, Der Staat 1973 S. 433, 446 ff.

Das Grundgesetz verhält sich indessen auf zweierlei Weise zum Gesetz:

Einerseits legt es den Grund für die Gesetze, insofern es die Gesetzgebung verfaßt. Da die rechtsstaatlich-demokratisch verfaßte Gesetzgebung die prinzipielle Richtigkeit der Gesetze verbürgt und da nur richtige Gesetze das richterliche Urteil zu legitimieren vermögen, muß der Richter um der Legitimation seines Spruches willen, verpflichtet und berechtigt sein, Gesetze auf ihre formelle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Insofern muß und kann er unmittelbar auf das Grundgesetz zurückgreifen⁸²⁾.

Andererseits soll das Grundgesetz nach der herrschenden Lehre die Gesetze auch materiell bestimmen⁸³⁾. Und hier beginnen die Schwierigkeiten, auf die ich eingangs aufmerksam gemacht habe.

Nach dem Grundgesetz liegt das Recht eindeutig beim rechtsstaatlich-demokratischen Gesetz. Das Grundgesetz kennt keine Einrichtung, die höher und allseitiger legitimiert wäre als die Gesetzgebung. Ihre Legitimation ist auch der des Bundesverfassungsgerichtes weit überlegen. Wenn aber das Grundgesetz selbst die Gesetzgebung prinzipiell ins Recht setzt, dann kann es nicht gleichzeitig als „objektive Wertordnung“ oder „subjektives Recht“⁸⁴⁾ der Gesetzgebung die Legitimation und das Recht ebenso prinzipiell wieder nehmen. Auf dieses Problem hat *Carl Schmitt*⁸⁵⁾ schon für die Weimarer Verfassung hingewiesen, ohne daß es bis heute befriedigend gelöst worden wäre⁸⁶⁾.

⁸²⁾ Darüber ist man sich im Ergebnis einig; vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 100 Rdnr. 15; *Leibholz/Rupprecht*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1968, § 80 Rdnr. 14; *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl. 1973, § 13 Nr. 11 Anm. 5; *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, III/2, 2. Aufl. 1972, S. 523, 533.

⁸³⁾ Das betont besonders nachdrücklich *Otto Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, S. 19.

⁸⁴⁾ So *Dieter Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 50 ff. Daß eine überzogene Personalisierung der Verfassungsrechte für den einzelnen nicht ganz ungefährlich ist, zeigt folgender Satz: „Das Grundgesetz . . . schafft durch diese Garantie selbstverantwortlicher Persönlichkeit überhaupt erst die notwendige Voraussetzung jeder Demokratie“. Ist Großbritannien also keine Demokratie?

⁸⁵⁾ Verfassungslehre, 3. Aufl. 1957, S. 200 ff.; besonders: Legalität und Legitimität, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 263, 293 ff.

⁸⁶⁾ Repräsentativ für die Diskussionslage ist die Forderung *Dürigs* (*Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 3 Abs. 1 Randnr. 13), das Bundes-

Die Lösung muß bei der Gesetzgebung ansetzen. An der prinzipiellen Richtigkeit rechtsstaatlicher Gesetze ist schon deshalb festzuhalten, weil sonst die staatliche Rechtsprechung nicht gerechtfertigt werden könnte⁸⁷⁾. Wenn aber die Gesetze prinzipiell richtig sind, kann die inhaltliche Begrenzung der Gesetze nur die Begrenzung von inhaltlich Richtigem sein. Das heißt: Wenn die Gesetze prinzipiell richtig sind, kann das Verhältnis zwischen Gesetz und Verfassung nur dann widerspruchsfrei gedacht werden, wenn die Verfassung als Begrenzung nicht der Macht, sondern des — Rechtes verstanden wird: als Zurücknahme möglicher Gerechtigkeitsansprüche⁸⁸⁾. Das Grundgesetz verhindert eine totale Gerechtigkeit, die das Gesetz zwingen müßte, in jede Mauerritze zu kriechen, in jedem Herzenswinkel zu nisten, in jede Gedächtnislücke zu dringen⁸⁹⁾. Aber das, was das Recht hindert, total zu werden, kann nicht die Gerechtigkeit, sondern muß jene Vernunft sein, die darauf verzichtet, alle „Widersprüche ins Gleiche und Gerechte zu bringen“⁹⁰⁾.

Die Zurücknahme möglicher Gerechtigkeitsansprüche ist auch für den Richter verbindlich, nicht obwohl, sondern weil er an das Gesetz gebunden ist. Denn der Richter würde sich widersprüchlich verhalten, wenn er die Konstituierung der Gesetzgebung durch das Grundgesetz akzeptieren, die mit der Konstituierung unvermeidlich gesetzten Grenzen der Gesetzgebung aber ablehnen würde.

verfassungsgericht möge sich gegenüber den Werken des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zurückhalten. Für diese Forderung gibt es auch nicht den Schatten eines verfassungsrechtlichen Arguments. Dagegen mit Recht: *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 677.

⁸⁷⁾ Letztlich auch nicht der Staat; vgl. *Roman Schnur*, „La Révolution est finie“, Zu einem Dilemma des positiven Rechts am Beispiel des bürgerlichen Rechtspositivismus, in: *Standorte im Zeitstrom*, Festschrift für Arnold Gehlen, 1974, S. 331 ff.

⁸⁸⁾ *Niklas Luhmann*, Politische Verfassungen im Kontext eines Gesellschaftssystems, *Der Staat* 1973 S. 1, 165, hat die obigen Erwägungen wesentlich angeregt. Die hier vertretene Konzeption unterscheidet sich von der seinigen jedoch in der Gerechtigkeitsfrage. *Luhmann* hält sie für obsolet (vgl. S. 168). Ich meine, entweder wir beantworten sie — oder andere. Insofern trifft die Kritik *Hans Ruffels*, *Rechtssoziologie*, 1974, S. 111, an *Luhmann* einen richtigen Aspekt. *Ruffel* verkennt indessen, daß „der konkrete Mensch mit seinem phänomenalen Erlebnisbereich“ eine Abstraktion weit höheren Grades ist als irgendein System der Systemtheorie. Das Verdienst der Systemtheorie besteht gerade darin, Allgemeinheiten als solche zu diskutieren und sie nicht in abstrakten Konkretionen aufgehen zu lassen.

⁸⁹⁾ Im Ergebnis wie hier: *Richard Bäuml*, *Die rechtsstaatliche Demokratie*, 1954, S. 57.

⁹⁰⁾ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. *Lasson*, 1930, § 214.