

Hubert Rottleuthner

Klassenjustiz?

Für die vielzitierten Liberalen im Lande scheint das Beunruhigende an den Prozessen gegen Mitglieder der Außerparlamentarischen Opposition weniger, daß damit eine sich demokratischen Idealen praktisch verpflichtende Bewegung in ihrer Existenz bedroht wird – also, da alles gesetzmäßig zugehe, nicht die politische Bedeutung –, als vielmehr, daß die Urteile der Gerichte, obwohl alles gesetzmäßig zugehe, inkonsistent sind. Die Rechtssicherheit sei bedroht; der Ruf nach einer gesetzlichen, zumindest einer autoritativen Klärung wird laut. Die Prozesse könnten aber auch einem liberalen, rechtsstaatlichen Bewußtsein zeigen, daß Gesetze nicht entscheidend sind. Die Gerichte, welche dieselben gesetzlichen Tatbestände »anzuwenden« haben, kommen zu völlig verschiedenen Resultaten. Nicht das Gesetz entscheidet, die letzte Instanz wird entscheiden: nicht eine abstrakte Norm, sondern eine autoritäre Institution.

Methodologische Exposition

Wenn aber die Gesetze keine Rechtssicherheit, also eindeutig Prognostizierbarkeit im institutionellen Rahmen verbürgen, dann lenken die Prozesse das Interesse auf die *Kriterien, unter denen Gesetze überhaupt angewandt werden*. Wenn die Frage nach solchen Bedingungen der Anwendbarkeit von Rechtssätzen sinnvoll ist, so liegt darin zugleich die Kritik am herkömmlichen Subsumptions-Modell, der Erklärung richterlichen Handelns als eines syllogistischen Prozesses begründet. Für diese haben ja Legalnormen den Status sowohl von Obersätzen einer Prämisse, als auch von Motiven des Richters selbst. Im klassischen Anwendungs-Modell ist »richterliche Überzeugung« austauschbar gegen »Gesetze«. Aus diesen – so ist zu interpretieren – lassen sich, als hypothetischen Imperativen, in Verbindung mit einem gegebenen Fall Rechtsfolgen ableiten; analog können wir in der pragmatistischen Tradition formulieren, daß aus einer Überzeugung (»belieb«) – also dem »upon which a man is prepared to act« (Peirce) – in einer Situation Handlungen resultieren. Wären für den Richter Gesetze und Maximen identisch, so erfüllte er das Konformitätstheorem: die Einheit von institutionalisiertem und internalisiertem Handlungsmuster (Rolle/Norm und Motiv) erlaubte lediglich eine rigide, zwanghafte, allerdings exakt berechenbare Anwendung von Normen – er wäre tatsächlich der Subsumptions-Automat.

Obwohl diese Erklärungsform in der juristischen Methodenlehre schon vor der Jahrhundertwende attackiert wurde und besonders seit den Arbeiten von Viehweg und Esser als überwunden gelten kann, scheint es mir zunächst notwendig, den Status subsumptiver Vorstellungen erneut zu diskutieren. Denn selbst Roland Dubischer kommt in seiner rechtstheoretischen Einführung zu dem Schluß, es sei nötig, »daß eine jede Entscheidung als von einer generellen Norm ableitbar

gedacht werden kann und so begründet werden muß. Dies sichert ihre Allgemeingültigkeit und ist die wirksamste Kontrolle gegen die »Willkür von Einfällen.«¹ Das ist keine theoretische Erklärung des richterlichen Handelns mehr – denn theoretisch hatte er zuvor die Bedeutung der »argumentatorischen Überzeugungsbildung« gezeigt² – sondern reines Postulat, das sich allein auf die Identifizierung von Gesetz-Freiheit-Sicherheit in der frühbürgerlichen Philosophie stützt, die aber heute, von Juristen über die Zeiten gerettet, gerade zur Diskussion steht.

Zweifellos ist allerdings, daß sich die richterliche Urteilsfindung in eine deduktive Form bringen läßt (»von einer generellen Norm ableitbar gedacht werden kann«). Eine solche objektivierte, normativ-analytische Betrachtung ist aber für den Richter nicht handlungsleitend. Das macht Abhandlungen über »Juristische Logik«, nicht nur für den Praktiker, so fruchtlos³. Der Sinn einer derartigen Perspektive liegt allerdings auch nicht in der Motivierung richterlichen Handelns, sondern in der Formulierung bedingter Prognosen von Gerichtsentscheidungen. Es ist die Perspektive des Anwalts. Gesetze müßten bei gegebenen Randbedingungen (Fall) die Voraussage von Urteilen erlauben. Daß dies nicht möglich ist, zeigen realistische und pragmatische Rechtstheorien. Für unser Ausgangsproblem, das der Inhomogenität von Entscheidungen – das ich als heuristischen Faden benutzen möchte –, macht das die Frage notwendig, welche zusätzlichen Hypothesen, jenseits des Gesetzes, eingeführt werden müssen, um richterliche Rechtsfolgenanordnungen vorauszusagen.

Dieses Problem möchte ich nicht auf psychologischer Ebene diskutieren, nicht dahingehend, daß private Eigentümlichkeiten von Richtern systematisch berücksichtigt werden sollen. Untersuchungen wie die von Ludwig Bendix⁴ sind ja, wenn sie nicht nur als Kompendien der Menschenkunde dienen sollen, theoretisch allein zu legitimieren, solange sie entweder ideologiekritisch gerichtet sind auf die Bestätigung der Mehrdeutigkeits-These, damit auf die Widerlegung einer falsch verstandenen Rechtssicherheit (als Eindeutigkeit und Voraussehbarkeit von Urteilen); zum anderen sollten sie, um ihrem Anspruch als einer soziologisch und erkenntnistheoretisch angereicherten Psychologie der Rechtsanwendung wenigstens zu genügen⁵, die Formulierung präskriptiver Regeln für rationales Verhalten erlauben und nicht darin enden, daß sie die Irrationalität des »seelischen Vernehmens« (169) auch noch als »ein höchstes, recht erfreuliches und nützliches Menschenglück« (171) rechtfertigen. Gleichwohl empfiehlt nämlich Bendix Mißtrauen, Kritik (171) und Selbstzucht (201) gegenüber der »tiefen Abgründigkeit menschlicher Stellungnahme« (144), bezeichnet die verschiedene Befähigung der Richterpersönlichkeiten als »Fehlerquelle« (183), um dann praktische Vorschläge dagegen zu unterbreiten. Schließlich – und das war unser Ausgangspunkt – müßten solche Untersuchungen die Aufstellung von allgemei-

¹ R. Dubischar, *Grundbegriffe des Rechts*, Stuttgart 1968, S. 94.

² S. 93. Statt diese aber zu analysieren, bringt er sie sogleich in Zusammenhang mit dem ohnehin belasteten »Rechtsgefühl«.

³ Gleichwohl sind sie nicht sinnlos: Juristische Logik hat ihren legitimen Ort bei der Überprüfung von Entscheidungen – also in der Revisionsinstanz; und bei der Klärung undurchsichtiger, technisch-dogmatischer Begriffsverhältnisse – also jenseits der Umgangssprache.

⁴ L. Bendix, *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, Neuwied u. Berlin 1968 – Solche Arbeiten scheinen besonders die lebensnahen Justizkritiker zu erfreuen: s. die Besprechung von Rasehorn, in: *NJW* 1968, S. 2370 f. und die von Ostermeyer, in: *DRiZ* 1969, S. 31, der Bendix schon als »Herbert Marcuse der Rechtswissenschaft« feiern möchte, weil Arbeiten beider Autoren – oh tertium comparationis – in der Reihe »Soziologische Texte« erschienen sind. – Vgl. dazu auch die Studie von Gotthold Bohne, *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung* (1948), Neudruck bei der Wiss. Buchges., Darmstadt o. J.

⁵ Zu diesem Anspruch s. a.a.O., S. 118, 147, 253. Er dürfte kaum mehr von Dilthey her zu erfüllen sein.

nen Zusatzhypothesen über richterliches Handeln gestatten, nicht bloß solcher Leerformeln wie »Lebensmacht« (255), »Zeitgeist« (143), »überindividuelle Gesichtspunkte« (216), die »soziale, historische und rechtliche Lagerung« der Fälle (177 f.) etc.

Was sich jedoch aus psychologischen Analysen gewinnen läßt, ist die Einsicht, daß die Zusatzhypothesen zur Erklärung richterlichen Handelns nicht unabhängig von der jeweiligen Gesetzesinterpretation und der intentionalen Konstitution des Sachverhaltes (des Untersatzes) aufgestellt werden können; oder schlichter: in die Urteilsprognosen muß der subjektiv vermeinte Sinn des Rechtsanwendenden selbst noch eingehen. Gesetze sind nicht reine Maximen des Handelns. Sie sind vergegenständlichte und problematisierte Normen zumal. *Vergegenständlicht*, weil sie Objekte möglicher Auslegung sind und nicht als »Selbstverständlichkeiten« den Horizont des richterlichen Bewußtseins definieren. *Problematisiert*, weil sie – obgleich Regeln der Konfliktlösung – selbst in soziale Konflikte miteinbezogen sind. Im sozialen Handeln sichern sie einen prekären Konsens; sobald sie aber nicht mehr als unbefragte Muster der Handlungsorientierung fungieren, sobald die Verhaltenserwartungen, die sie legitimieren, zerbrochen sind, entscheiden nicht mehr die Gesetze allein, sondern ihre »richtige« Auslegung⁶.

Dieses systematische Argument: Gesetze sind vergegenständlichte und problematisierte Regeln, verbunden mit dem anfangs formulierten Einwand der Inkonsistenz der Rechtsprechung, begründet, so möchte ich die bisherigen Ausführungen zusammenfassen, den Sinn der Frage nach den Kriterien, unter denen Gesetze erst angewendet werden. Diese Bedingungen möglicher Applikation nennt die neuere Methodenlehre »Grundsätze«, »Prinzipien« (Esser), »Topoi« (Viehweg) oder einfach: »Werte«. – Obwohl sie den legalen Rahmen längst hinter sich gelassen hat, bleibt sie in einem deduktiven Selbstmißverständnis befangen. Viehweg etwa kann mit seiner Trennung von Topik erster und zweiter Stufe⁷ ja nur dadurch dem unendlichen Regreß – was konstituiert die »leitenden Gesichtspunkte«? – entgehen, daß er jener unbewußte, nicht explizite Orientierungsmuster zuordnet – obgleich sie prinzipiell für den danach Handelnden bewußtseinsfähig sind; also das, was sie »an sich«, und d. h. für andere (darunter auch Viehweg), ohnehin schon sind. – Der Fehler der juristischen Methodenlehren scheint mir darin zu liegen, daß sie von einem einsamen Richter ausgehen, der für sich eine Entscheidung findet. Das Bild vom »Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt«⁸ ist kennzeichnend hierfür. Der Richter findet aber sein Urteil nicht in Klausur vor einem Text oder physikalischen Ereignis; er befindet sich – auch wenn er noch so regungslos dasitzt – in einer, selbst bei Einschränkung der Mündlichkeit lediglich virtualisierten, *Handlungssituation*, in der kommuniziert und argumentiert wird. In einem Prozeß werden kaum *deduktive* Argumente (Syllogismen), vielmehr *kommunikative Argumente* vorgetragen, mit denen die Überzeugung anderer getroffen werden soll – und das Gesetz ist nur eine unter zahllosen Argumentations-Instanzen, auf die man sich beruft, um eine Meinung zu begründen.

Welche Bedeutung etwa Begründungsformen zukommt, die sich nicht auf Gesetze beziehen, läßt sich exemplarisch an den hier zu diskutierenden Prozessen

⁶ Das schließt natürlich nicht prinzipiell den Konsens der Beteiligten vor Gericht aus: bei geständigen, unterwürfigen Angeklagten; Parteien, die zur »Einsicht« gelangen. Juristische Methodenlehre hätten eben Problematisierungsformen zu untersuchen.

⁷ Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 3. Aufl. München 1965, S. 18.

⁸ Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. Heidelberg 1963, S. 15.

bei der Frage nach den Kriterien der Glaubwürdigkeit von Zeugen darstellen. Daß ein Polizist deshalb glaubwürdig ausgesagt habe, weil er sich bemühte, »nichts zu sagen, was den Angeklagten etwa zu Unrecht belasten könnte«⁹, setzt voraus, was erst zu beweisen war und läßt den Schluß zu, daß der Richter insgeheim davon ausgeht, daß Polizisten sonst »mehr« aussagen; sonst wäre der Satz sinnlos für die Begründung der Glaubwürdigkeit. Verschwommene Situationsanalysen, deren Aspekte der Beliebigkeit des Richters anheimgestellt sind, werden herangezogen: »Es ist völlig unwahrscheinlich, daß ein Polizeibeamter in einer im allgemeinen doch völlig friedlichen Situation solche Gewalttätigkeiten begehen würde.« (Richter Röhr im Lübke-Pfeifer-Prozeß) Das sind alles Argumente, die sich auf kein Gesetz stützen können, die aber gleichwohl entscheidend sind.

Kommunikative Praxis ermöglicht die Anwendung von Gesetzen. Darin soll sich die richterliche Überzeugung durch die Argumente der an einem dramatischen Prozeß Beteiligten bilden. Plausible Argumente sollen das Urteil begründen. Das aber scheint tautologisch, denn »plausibel« sind ja für den Richter gerade die Gründe, auf die er seine Entscheidung stützt (oder zu stützen meint). Krasser: für jeden ist seine Überzeugung »überzeugend«. Unser Ausgangsproblem der uneinheitlichen Rechtsprechung läßt sich also derart umformulieren: wann sind für den einen Richter Gründe plausibel, die ein anderer nicht als solche realisiert, in seine Überzeugung aufnimmt? Zur Verdeutlichung greife ich wieder auf die Prozesse gegen Mitglieder der ApO zurück. Denn die Strategie der Argumentation der Verteidigung (wie der Staatsanwaltschaft) ist in den Verfahren gegen Anti-Springer-Demonstranten allemal die gleiche:

1. Auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit wird bestritten, daß die Tatbestände des StGB (Aufruhr, Auflauf, Landfriedensbruch) überhaupt für solche Fälle zutreffen; sie seien ursprünglich gegen Arbeiterunruhen im Kaiserreich gerichtet. Auf diesem Hintergrund seien auch die Begriffe »gewalttätige Zusammenrottung« etc. zu sehen. Eine historische Interpretation zeige die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Richter Schwalbe hat dieses Argument abgelehnt (N. 9); Richter Möller¹⁰ hat es insoweit realisiert, als er den Begriff der »friedlichen Demonstration« für eine restriktive Auslegung der »Gewalttätigkeiten« einer »zusammengerotteten Menschenmenge« heranzog.
2. Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit beruft sich die Verteidigung auf die Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit, auf ein Notwehr- oder Widerstandsrecht, demgegenüber die Presse- oder Meinungsfreiheit Springers zurücktrete (Blinkfüer-Urteil¹¹). Sich ans Parlament zu wenden, wird als sinnlos durch eine allgemeine Parlamentarismus-Kritik begründet. – Richter Schwalbe akzeptierte davon nichts (er berief sich – Art. 2 GG – auf die Goldene Regel, sah Grundrechte primär als Abwehrrechte gegen die Obrigkeit und berücksichtigte überhaupt nicht die Parlamentarismus-Kritik); Richter Möller akzeptierte die Grundrechtsinterpretation, verneinte für Springer eine wirksame Geltung der Pressefreiheit (Bericht der Günther-Kommission), ein Notwehrrecht gestand er gegenüber dem (unrechtmäßigen) Polizeieinsatz zu, nicht aber ein allgemeines Widerstandsrecht.
3. Auf der Ebene der Schuld verweist die Verteidigung – wenn die Rechtswidrigkeit an-

⁹ Richter Schwalbe im Urteil gegen G. Paar, AG Frankfurt v. 4. 10. 1968, in: Kritische Justiz 2/68, S. 180–185 (181).

¹⁰ Urteil des AG Frankfurt (Jugendschöffengericht) v. 30. 10. 68, vollständig veröffentlicht als Arbeitsmaterial der Republikanischen Hilfe. Auszugsweise abgedruckt in: ZRP 1/1969, S. 21 – Vgl. dazu: W. v. Simson, Verfassungskonforme Demonstrantenbestrafung, in: ZRP 1/1968, S. 10 f. und Heinrich Hannover, Demonstrationsfreiheit als demokratisches Grundrecht, in: Kritische Justiz 1/1968, S. 51–59.

¹¹ Daß dieses Urteil allgemein kritisiert wurde, ist in diesem Fall kein Einwand, weil sich Springer hier nicht wirksam auf seine Meinungsfreiheit berufen kann, wie das dem kommunistischen Blatt hätte eingeräumt werden müssen.

genommen wird – auf die Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums (Hetze Springers gegen die Studenten, fundierte politische Überzeugung etc.). Richter Schwalbe anerkannte zwar »idealistische Motive« – um dem Angeklagten gleich darauf (in der mündlichen Urteilsbegründung) »verbrecherische Intensität« anzulasten; Richter Möller diskutierte ausführlich die »objektiven Gründe« der Demonstranten, schon bei der rechtlichen Würdigung.

5

Wir haben oben »Plausibilität« relativiert, nur vom Standpunkt des Richters, der urteilt, aus betrachtet. Deshalb kamen wir zu dem leeren Schluß, daß für ihn überzeugend sei, was seine Überzeugung ausmache. Tautologisch ist das nur, weil und solange wir einen faktischen Begriff von Plausibilität unterstellen und nicht einen normativen. Wir müssen jedoch allgemeine Kriterien der Plausibilität – und das Gesetz ist nur eines unter vielen – formulieren können, an denen gemessen sich Urteilsbegründungen als falsch erweisen. Das ließe sich zunächst durch Regeln der Argumentation erreichen, welche die Berufung auf bestimmte Instanzen verbieten, oder welche die Verbindlichkeit einer Diskussion sichern sollen durch Ausschaltung von Immunisierungstricks.

Die kommunikationstheoretische Übersetzung juristischer Methodenprobleme in Strategien der Konsenserzielung geht allerdings von der Existenz eines fundamentalen Konsens aus¹² sowie von der rationalistischen Annahme, daß Argumente tatsächlich Überzeugungen begründen können. Rationalität würde sich an der Fähigkeit bemessen, Argumente zu formulieren und zu realisieren. Solch lichter Cartesianismus – von den herrschenden Ideologen der Gewaltlosigkeit dahin übersetzt, daß eine Auseinandersetzung nur mit Argumenten geführt werden dürfe – muß freilich abstrahieren von Vorurteilen, die nur fiktiv – eben cartesianisch – bezweifelt werden (jeder ist verständnisvoll, aber . . .), von objektiven Bedingungen des Handelns überhaupt: allgemeinen Erwartungen, institutionell festgelegten, »etablierten« Entscheidungskompetenzen. Um diese tendenziell aufzulösen, die Befolgung von Handlungsanweisungen allein von deren Plausibilität abhängig zu machen, läßt sich die Notwendigkeit einer herrschaftsfreien Interaktion zumindest als regulative Idee formulieren. In ihr könnten sich divergierende Vorurteile der Kommunizierenden nicht mehr unbefragt und einseitig legitimiert durchsetzen. Solange aber im Prozeß der Richter die *Interpretationsherrschaft* ausübt – er bestimmt, was »zur Sache« gehört –, solange er auf Fragen des Angeklagten nicht einzugehen braucht – wenn der es in seiner Unterwürfigkeit überhaupt wagt –, solange er darüber bestimmt, was »Ungebühr« ist (§ 178 GVG ist eben anwendbar, wenn sich der Betroffene »ungebührlich« benommen hat¹³), solange er ohne Begründungszwang sitzungspolizeiliche Maßnahmen ergreifen kann (»Es ist so, weil ich es sage.« [Richter Schwalbe] »Das ist meine richterliche Entscheidung, nicht? Ohne alles!« [Richter Haile]), ist ein herrschaftsfreier Dialog und damit eine rationale Urteilsfindung nicht gewährleistet. Richter können sich, *ohne aus ihrer Rolle zu fallen*, jeder Diskussion mit den Beteiligten entziehen. Sie sind die inquisitorischen und zugleich stum-

¹² S. Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965, S. 60.

¹³ Natürlich lassen sich dafür imposante Gründe vorbringen. Das OLG Nürnberg entdeckte etwa das Naturrecht jetzt auch im Sitzungssaal (Beschl. v. 27. 8. 68, in: Kritische Justiz 2/1968, S. 188–190 und DRiZ 1968, S. 386 f.). Die Regeln des Gebührliehen »stellen einfach Vorschriften dar, die in einem Verhandlungsraum vorgegeben sind«. »Die Gesellschaft« gibt sie zur Beachtung auf. Daß das Stehen vor Gericht, um das es hier ging, nicht einmal im 19. Jhd. vorgeschrieben war, im Ausland (Schweiz) und auch in hiesigen Zivilprozessen nicht allgemein üblich ist, macht RA Vetter in seiner Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluß des OLG und die Ordnungsstrafen geltend. Es ist zu hoffen, daß das BVerfG nicht wieder nur den »einsichtigen Bürger« bemüht, der »selbstverständlich« dem Gericht die »schuldige Achtung« erweist. (Beschl. v. 3. 8. 1966, in: DRiZ 1966, S. 356, s. auch DRiZ, 1966, S. 274).

men Türhüter der Plausibilität. Die vielbeschworene »judizielle Sachlichkeit« hätte sich in der Rationalität von Argumenten zu zeigen, nicht in der Regungslosigkeit der Beteiligten, die bis zum Zynismus geht, wenn voller Gleichgültigkeit Freiheitsstrafen beantragt oder verkündet werden. Zudem verraten sich autoritäre Verhaltensweisen in Reflexionsverdrossenheit und Argumentationsdefizit. Der Richter erlaubt keine Fragen, die seine Äußerungen selbst befragen; er beläßt seinen Horizont im Unproblematischen, Unbewußten. Seine reduzierte Selbstdarstellung erweckt den Schein von Unparteilichkeit; sie verhindert aber für die Beteiligten, und für ihn selbst, eine Kontrolle der Urteilsbildung. Die ritualisierte Unterbindung von Meta-Kommunikation, also die Verständigung über das, was sich vollzieht, vereint das gerichtliche Drama mit anderen pathologischen Interaktionen. Das forensische Sprachspiel hat die Form der Kommunikation mit einem Orakel. Auch eine noch so gelockerte Atmosphäre¹⁴ hebt die prinzipiell einseitige Kommunikationsrichtung nicht auf; sie muß sich nicht einmal im Urteil zeigen, wie die Berufungsverhandlung gegen Cohn-Bendit unter Richter Grabert mit ihrer Offenheit der rechtlichen Problematik beweist. Wir werden unten sehen, daß die Notwendigkeit dieser Kommunikationsstruktur ganz andere Gründe hat als die der »Würde des Gerichts«, die noch zur »Würde des Rechts« aufgespreizt wird.

Das Verhalten der Kommunarden Teufel und Langhans¹⁵ hat Vorurteile im juristischen Verhalten bloßgelegt, welche die Richter als implizite Staatsanwälte erscheinen lassen. In diesen richterlichen Erwartungen – allgemeine Auffassungen über Ordnung, Anstand, gesittete und legale Verhaltensweisen – erkennen wir Kriterien, welche die Anwendung von Gesetzen erst ermöglichen und festlegen. Nicht nur dogmatisch-juristische Grundsätze, die Josef Esser in den Vordergrund stellt¹⁶, sondern auch allgemeine Standards von Ordnung und Autorität konstituieren die intentionale Seite eines Handlungssystems, das nicht mit Legalnormen zusammenfällt. Diese Folie nennen wir, wie es heute üblich ist, das richterliche »Vorverständnis«. Der von Topitsch im Anschluß an Popper gebrauchte Begriff des »sozialen Spielraums«¹⁷, der durch moralisch-politische Wertideen bestimmt ist, bezeichnet ähnlich die Variationsbreite aktuell möglicher Interpretationen. Durch seine Gegenüberstellung mit dem »Normgehalt« von Sätzen (ebd. S. 83) kann er den Status von Rechtssätzen in einem vorverstandenen Interpretationsschema klären helfen.

Die vorangegangenen methodologischen Erörterungen erlauben jetzt eine Formulierung der vorläufigen These, daß die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung durch die Inhomogenität dieses richterlichen Vorverständnisses bedingt ist. Unsere methodologische Exposition ermöglicht aber nunmehr auch eine Klärung des thematischen Begriffs der »Klassenjustiz«. Denn darunter läßt sich verstehen

¹⁴ Helmut Ostermeyers »Ratschläge für einen guten Strafrichter« (in: Rasehorn/Ostermeyer/Huhn/Hasse, Im Namen des Volkes? Neuwied u. Berlin 1968, S. 63–66): »Denke einen Augenblick an die Fragwürdigkeit allen Richtens und Strafens« hindern ja den Richter nicht, nach dem Augenblick eines »vertrauensvollen«, »persönlichen Gesprächs« den Angeklagten, was will er auch mehr, in ein ganz besonderes Gewaltverhältnis zu schicken.

¹⁵ S. dazu die verdienstvolle Kommune-I-Broschüre »Klau mich«, Voltaire Handbuch 2, Frankfurt a. M. u. Berlin 1968. Die »aktive« Überhöhung argumentativen Handelns ist zu legitimieren als anti-autoritäres Verhalten, das »Spaß« macht und, sehr sublim, zur Gewinnung theoretischer Einsichten in richterliche Attitüden, nicht aber (abgesehen davon, daß es kaum nachweisbar ist) durch die mögliche Erzielung günstigerer Urteile. Die Befriedigung, die darin liegt, Latentes endlich manifest gemacht zu haben, entspringt einer eigentümlichen Verschmelzung von Praxisfreudigkeit und purer Theorie.

¹⁶ J. Esser, Grundsatz und Norm, 2. Aufl. Tübingen 1964. Soziale Wertmaßstäbe sind für ihn immer schon rechtstechnisch transformiert.

¹⁷ E. Topitsch, Die Menschenrechte als Problem der Ideologiekritik, in: Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft, 2. Aufl. Neuwied u. Berlin 1966, S. 71 ff. (84).

die klassenspezifische Verschiebung von Interpretationsmöglichkeiten – nicht nur der Gesetze, sondern auch durch diese hindurch der einzelnen Sachverhalte. *Mit dem Begriff der Klassenjustiz bezeichnen wir eine Rechtsanwendung, die durch ein im objektiven Interesse einer oder mehrerer Klasse(n) verzerrtes Vorverständnis geleitet ist.* Im folgenden Teil läßt sich die Ausgangsfrage nach den Bedingungen der Uneinheitlichkeit verbinden mit der Diskussion des Begriffs der Klassenjustiz. Wir fragen also nach den konstitutiven Faktoren eines inhomogenen und interessenspezifischen Vorverständnisses.

Die traditionelle Theorie der Klassenjustiz

In der sozialistischen Tradition sind Probleme der Rechtsanwendung lange Zeit undiskutiert geblieben. Von Marx existieren spärliche Prozeßkritiken; die Justiz war allein definiert durch ihre Rolle im staatlichen Herrschaftssystem. Erst bei Karl Liebknecht, selbst Anwalt (und auch einigen Ehrengerichtsverfahren unterworfen), finden sich – soweit ich das Material überblicke – detaillierte Beschreibungen des judiziellen Verhaltens¹⁸, deren theoretisches Fundament aber durch ein stillschweigendes Einverständnis mit der sozialistischen Tradition ersetzt zu sein scheint. In einem Vortrag über »Rechtsstaat und Klassenjustiz« vom August 1907 führt Karl Liebknecht vier Richtungen an, in denen die Klassenjustiz sich äußere¹⁹: (1) in der *Prozeßführung*; Richter behandeln z. B. besser gekleidete Leute bevorzugt, stören sich an der Ungeschicklichkeit der Leute aus den unteren Klassen, ihrem Mangel an formaler Bildung (III, 25). (2) In der *einseitigen Auffassung des Prozeßmaterials* und der *einseitigen Würdigung des Sachverhalts* – »vielleicht das wichtigste Stück der Klassenjustiz« (II, 38 f.). Sie zeigen sich in doppelter Form: in einer »sozialen Befangenheit« (III, 5) und in einer »politischen Befangenheit« (IV, 49). Jene, eher »private« Form (IV, 49) der Voreingenommenheit, macht es dem Richter unmöglich, mit einem proletarischen Prozeßbeteiligten zu empfinden. In Unkenntnis der Lage der unteren Schichten appliziert er, bei bestem Willen²⁰, die Standards seiner gehobenen Klasse. Die »Einseitigkeit des politischen Standpunktes« (IV, 55) offenbart sich in Prozessen, in denen nicht soziale Probleme beurteilt werden, sondern der politische Klassenkampf unmittelbar zum Gegenstand der Verhandlung wird: im politischen Kampf gibt es keine Objektivität gegenüber dem Gegner (II, 117; IV, 50). (3) In der *Auslegung der Gesetze*: die Klassenjustiz schafft durch Interpretation besondere Gesetze für das Proletariat. (Damals standen Fragen des Koalitions- und Streikrechts im Vordergrund.) (4) Im *Strafmaß*: der »außerordentlichen Härte der Strafen gegen politisch und sozial Mißliebige« (II, 40) stehen gegenüber die »große Milde und das wohlwollende Verständnis für die Angehörigen der herrschenden Klassen, wenn sie einmal Objekte der Justiz werden« (II, 41)²¹.

¹⁸ Von seinen »Gesammelten Reden und Schriften« (Berlin 1958 ff.) ziehe ich vornehmlich heran: Rechtsstaat und Klassenjustiz, Bd. II, S. 17–42; Der Hochverratsprozeß gegen Liebknecht vor dem Reichsgericht, ebd. S. 81–162; Antimilitarismus und Hochverrat. Das Hochverratsurteil gegen Karl Liebknecht nebst einem kritischen Beitrag zur Naturgeschichte der politischen Justiz, ebd. S. 163–220; Gegen die preußische Klassenjustiz, Bd. III, S. 3–55; Justiz gegen die Arbeiterklasse, Bd. IV, S. 48–81; Kritik an der Klassenjustiz, ebd. S. 311–331.

¹⁹ II, 38 ff. Im folgenden ergänze ich Einzelheiten aus anderen Passagen.

²⁰ Daß der Begriff der Klassenjustiz ein objektiv gerichteter ist, muß man wohl nur noch denen sagen, die einen Angeklagten, der diesen Begriff einem Gericht vorhält, für drei Tage mit Ordnung bestrafen; so Richter Pietsch mit Chr. Boblenz.

²¹ K. Liebknecht vermischt mit diesen allgemeinen Erscheinungsformen der Klassenjustiz einige Phänomene, die nicht in den Bereich der klassenmäßig verzerrten justizförmigen Rechtsfindung

Vier Faktoren lassen sich herausdestillieren, mit denen Liebknecht die klassenspezifische Rechtsanwendung zu erklären versucht: (1) Daß die Richterschaft ihren befangenen »Klassenstandpunkt« zur Entscheidungsgrundlage macht, liegt daran, daß sie sich *aus den besitzenden Klassen rekrutiert*.

»Wenn wir sehen, woher unser Richterstand sich rekrutiert, 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, schon wegen der teuren Kosten der Ausbildung, wegen der verhältnismäßig niedrigen Gehälter in den unteren Stufen, die das Bedürfnis standesgemäßen Lebens, das dennoch besteht, allein nicht befriedigen können.« (III, 26 f.)

Die Klassenjustiz ist die Justiz der besitzenden Klassen: wegen der Ausbildungskosten, der unbesoldeten Wartezeit, der niedrigen Anfangsgehälter.

(2) Daneben verweist Liebknecht auf *das allgemein Menschliche*. Im Prozeß vor dem Reichsgericht (1907) wegen Hochverrats erklärte er, befragt, was er unter Klassenjustiz verstehe:

»Unter Klassenjustiz verstehe ich die gesellschaftliche Erscheinung, daß das Richteramt nur von Angehörigen der herrschenden Klasse oder Klassen ausgeübt wird. Solche Richter vermögen, wenn sie über Angehörige anderer Bevölkerungsschichten zu befinden haben, naturgemäß nicht objektiv zu urteilen. Wir sprechen von einer Klassenjustiz gegenüber der Sozialdemokratie, insofern es schlechterdings ausgeschlossen ist, daß Sozialdemokraten Richter sind, und es sich der Sozialdemokrat stets gefallen lassen muß, von den erbittertsten Feinden seiner Partei abgeurteilt zu werden. . . . Die Tatsache der Klassenjustiz beruht auf allgemein menschlichen Eigenschaften. Für mich besteht kein Zweifel, daß, wenn eine andere Klasse als heute judizieren würde, diese einer ihr feindlichen Klasse ebensowenig unbefangen gegenüberstände wie der heutige Richterstand der Sozialdemokratie.« (II, 116 f.)

(3) Weiter konstatiert er, daß sich die »soziale Befangenheit«, die »Weltfremdheit« der Klassenjustiz bei der Sachverhaltsklärung und -würdigung »einfach aus der Art der *Ausbildung* unseres Richterstandes ergibt, aus seiner Stellung im Staat.« (III, 15) Dieser Aspekt wird nicht systematisch diskutiert. Es findet sich dazu noch folgendes Zitat:

»Daß die Ausbildung der Juristen auf der Universität nebenbei bedauerlicherweise eine sehr unzureichende ist, daß speziell gerade in bezug auf die Ausbildung in sozialpolitischer Hinsicht nicht alles geschieht, das ist etwas, was ja nicht nur von der Sozialdemo-

gehören: die »allgemeine Ordnungsgewalt« des Richters (III, 17); die klassenmäßige Bedingtheit der Kriminalität (III, 6 ff., 25; IV, 48); die Art der Vollstreckung von Urteilen (III, 25); die Klassengesetzgebung (III, 303) (z. B. der dispositive Charakter von Privatrechtsnormen: I, 3 ff.; Forstgesetze: II, 459 ff.) – Klassenjustiz ist nicht schon durch ihre Existenz in einem Klassenstaat bestimmt; die auch für Proletarier korrekt erscheinende Anwendung bei einseitigen exekutiven Maßnahmen (antiproletarische Anwendung des Preßgesetzes durch die Polizei: III, 302): die Justiz wird dann zynisch. Heute zeigt sich das im Verhalten der Staatsanwaltschaften gegenüber »Prügelpersern«, »echten Berliner« bei der Gegendemonstration des Senats. (S. dazu: Horst Mahler, *Wie Westberliner Staatsanwälte den Landfrieden wiederherstellen und das Recht brechen*, Westberlin 1968). Auch die Zurückhaltung bei Demonstrationen anlässlich der Intervention in der CSSR und der Verfolgung polnischer Intellektueller gehört hierher. – In solch eklatanten Fällen sichern sich Richter gerne dadurch ab, daß sie sich von der Staatsanwaltschaft distanzieren, mit der sie sonst gute Kontakte (Personalaustausch etc.) pflegen. Das von der Staatsanwaltschaft abweichende, liberalere richterliche Verhalten (z. B. Aufhebung der U-Haft) ist zunächst nur ein Argument gegen die Staatsanwälte, aber nicht für »unabhängige Richter« oder die Effektivität eines solidarischen Protestes. Es besteht eben weder eine strikte »Gesetzesgebundenheit« des Richters noch eine totale Fungibilität der Anwendung angesichts von Omnipotenz-Phantasien.

kratie wiederholt hervorgehoben worden ist. ... Leider schon auf der Universität werden unsere Juristen, unsere künftigen Richter herangedrillt zu einer Beschränktheit der politischen Auffassung, die wir auf das lebhafteste bedauern müssen. Leider ist auf unseren Universitäten bereits eine Neigung zum politischen und sozialen Drillen der Studenten eingerissen, die, wie uns scheint, nur zu einer Gefährdung der künftigen Entwicklung unseres Volkes und unserer Jugend dienen kann. Sie wissen, wie unsere Studentenvereine aus politischen Gründen wiederholt aufgelöst, wie Vorträge bei den Studenten verboten worden sind usw.« (III, 27)

(4) Liebknecht sprach von der »Stellung im Staat« (III, 15). Gerade hierüber fehlt es an einer differenzierten Analyse. Es ist nur zu lesen, daß die Klassengerichte, das Fundament (?) der Klassenjustiz, vom Klassenstaat »in höchstem Maße abhängig« (II, 33) seien. Die Klassenjustiz sei die Justiz des Klassenstaates (II, 41), also des Staates – und diese Bestimmung steht unter Leerformel-Verdacht –, der »im Sinne derjenigen Teile der Bevölkerung, der den größten Einfluß besitzt« (II, 17), der herrschenden Klasse(n), organisiert ist.

*Ernst Fraenkel*²² hat diesen Punkt 1927 näher untersucht im Hinblick auf die gewandelten Legitimationsformen, das Staatsverständnis der Richterschaft. Das deutsche Richtertum bildete eine von starkem Standesbewußtsein durchzogene, homogene Schicht, ausgezeichnet mit der Fähigkeit gehorchen zu können. Einer Justiz, deren Rekrutierungsfeld und Qualifikation organisatorisch klar definiert war, ist durch die Revolution von 1918 die Legitimationsgrundlage entzogen worden; sie hat zugleich das richterliche Selbstverständnis transparent gemacht: »Das gesamte Beamtentum des alten Regime war monarchistisch, aus Erziehung, Überzeugung, Tradition. Der Richter war außerdem Monarchist aus innerer Notwendigkeit.« (8) Durch den Wegfall des Monarchen als Sanktionsinstanz geriet die Justiz in eine »tragische Vertrauenskrise« (5). Neue Legitimationen erwuchsen der Richterschaft während der Inflation. »Der Richterstand war nach den Vorstellungen seiner Vertreter im Jahre 1923 auf einem unterproletarischen Dasein angelangt.« (15) Die auch objektive Unterhöhung der ökonomischen Stellung der Justizmitglieder wurde kompensiert durch die Tabuisierung der rechtlichen Stellung, die Betonung der Unabhängigkeit. Ressentiments gegenüber dem Proletariat, den »Nutznießern der Revolution«, fanden ihre Entsprechung in neuen Idolen: »Die Führer der Wirtschaft wurden als nationale Helden bewundert.« (16)

Fraenkels Erläuterungen zur Stellung der Justiz im Staat zumindest unter dem Aspekt ihrer Legitimationsform erlauben, verbunden mit der Auffassung Liebknechts (die bei Fraenkel – was das Rekrutierungsfeld und die organisatorisch definierte Qualifikation betrifft – wieder auftaucht), eine kritische Auseinan-

²² E. Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz, in: Zur Soz. d. Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–32, Neudruck, Darmstadt 1968, S. 1–41 (Zur Richterschaft in der Weimarer Republik s. auch: H. u. E. Hannover, Politische Justiz 1918–1933, Frankfurt a. M. 1966, insbes. S. 22–34; und allgemein zum richterlichen Staatsverständnis: F. K. Kübler, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, in: AcP Bd. 162 (1963), S. 104–128) – Eine nähere Diskussion der methodologischen Auffassungen Fraenkels erspare ich mir. Sie sind recht dunkel und eher von politisch-taktischen Überlegungen geprägt (s. S. 41 und das Vorwort von 1967, XII). Zudem zeugen sie von einem eigentümlichen Vertrauen in die präskriptive Kraft juristischer Methodenlehren. – Fraenkels Definition der Klassenjustiz läßt schließlich zu viel offen: »Klassenjustiz bedeutet, daß die Rechtsprechung eines Landes einseitig von den Interessen und Ideologien der herrschenden Klasse beeinflußt wird, so daß trotz formaler Anwendung des Gesetzes (?) die unterdrückte Klasse durch die Handhabung der Justiz (?) beeinträchtigt wird.« (37) – Daß es »Rechtssprüche über gesetzlich eindeutig geregelte Fragen, Versäumnisurteile usw.« (37) gibt, die nicht klassengebunden sind, ist einsichtig. Daß es Klassenjustiz aber nicht bei Prozessen unter Angehörigen der herrschenden Schicht gibt (37/38), erscheint nur diesen so.

dersetzung mit der klassischen Version. Zuvor sind jedoch einige gängige Argumente noch zu betrachten, die heute gegen einen pauschal formulierten Vorwurf der »Klassenjustiz« gestellt werden. Dieter Brüggemanns Einwand gegen das Bestehen einer Klassenjustiz – »Der Einebnung der Gesellschaft folgte die Ergänzung der Richterschaft aus allen Schichten des Volkes.«²³ – war und ist ja nach den statistischen Erhebungen bei Albrecht Wagner, Walther Richter und Klaus Zwingmann²⁴ sowie der soziologischen Interpretation durch Ralf Dahrendorf²⁵ nicht aufrechtzuerhalten – es sei denn, man betrachtet die 2–4% Richter aus Arbeiterfamilien für repräsentativ. Weiter wird eingewandt, daß die Richter ein »nicht mehr bezweifertes soziales Verständnis« auszeichnet, weil sie größtenteils aus nicht begüterten Kreisen stammten²⁶. Da aber die Schichtenzugehörigkeit heute primär über die Einkommenshöhe, Wertschätzungen und die funktionale Stellung definiert wird, kann dieses Argument sich lediglich darauf stützen, daß die Mittelschicht nicht über aristokratische Pfründe verfügt; es vernachlässigt aber die relative Schichtung, und hier sind eben die höheren Schichten in der Richterschaft überrepräsentiert.

Unsere Verbindung der Frage nach klassenspezifischen Wertorientierungen und nach den Faktoren der Inhomogenität der Rechtsprechung setzt sich dem Einwand aus, daß diese Inkonsistenz und Pluralität gerade der These von der Klassenjustiz widerspricht. Klaus Zwingmann erläutert: »Eine Klassenjustiz kann aber nur ausgeübt werden, wenn die Richter ihre Rechtsprechung nach bestimmten Werten orientieren. Daran fehlt es heute. Die moderne pluralistische und antagonistische Gesellschaft kennt kein einheitliches Wertsystem, in das die ver-

²³ D. Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt. Wegmarken des Rechtsstaats in Deutschland, Berlin 1962, S. 3.

²⁴ A. Wagner, Der Richter. Geschichte-Aktuelle Fragen-Reformprobleme, Karlsruhe 1959, S. 136; W. Richter, Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufs- und sozialstatistische Analyse, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 5 (1960), S. 241–259 und ders., Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft, Stuttgart 1968; K. Zwingmann, Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland (Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 44) Berlin 1966, S. 14.

Weitere empirische Daten finden sich bei: Heidrun u. Wolfgang Kaupen, Der Einfluß gesellschaftlicher Wertvorstellungen auf die Struktur der deutschen Studentenschaft, in: KZSS 1964, S. 125–140; W. Kaupen, Zur Soziologie der deutschen Juristen, in: Recht und Politik 2/1966, S. 21–25 (ähnlich in: DRiZ 1966, 373–375); ders., Rechtssoziologische Marginalien, in: Recht und Politik 4/1966, S. 28.

²⁵ R. Dahrendorf, Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 5 (1960), S. 260–275 (= Gesellschaft und Freiheit, München 1961, S. 176–196); ders., Zur Soziologie der juristischen Berufe in Deutschland, in: Anwaltsblatt 1964, S. 216 ff.; ders., Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1965, insbes. S. 161 ff., 245 ff., 260 ff. – Hans Thierfelders Kritik (DRiZ 1965, S. 41–45; 1966, S. 297–300) an »unzulässigen«, »spekulativen« Verallgemeinerungen Dahrendorfs trifft sicher einen schwachen Punkt. Nur sind die vom Kritiker angebotenen Interpretationen ziemlich luftig: etwa, daß die Volksnähe u. a. dadurch hergestellt werde, daß die Studenten in der Regel bei Leuten aus Unterschichten in Untermiete leben. Der von Thierfelder und anderen formulierte Einwand, daß durch die vorgetragenen Rechtsfälle der Richter sich in engster Berührung mit der Realität befinde, vernachlässigt die Standards, die den Rahmen der Rechtsanwendung festlegen.

– Weitere Interpretationen s.: René König u. Wolfgang Kaupen, Soziologische Anmerkungen zum Thema »Ideologie und Recht«, in: KZSS Sonderheft 11/1967 (Studien und Materialien zur Rechtssoziologie), S. 356–372; Theo Rasehorn, Wege zu einer Soziologie des Richters, in: KZSS 1968, S. 103–119; ders., Was formt den Richter? Über den soziologischen Hintergrund des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in: Wolfgang Böhme (Hrsg.), Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, Karlsruhe 1968, S. 1–19

²⁶ A. Wagner, (N. 24) S. 137. »Gerade auf sozialem Gebiet sind die heutigen Richter besonders aufgeschlossen.« (195) »Heute« – und da stimmt Wagner mit dem Deutschen Richterbund überein – »ist statt der Volksfremdheit der Richter die Rechtsfremdheit des Volkes zu beklagen.« (195) Andererseits beklagt er am Ausbildungssystem »die zu geringe Förderung der gerade für das Richteramt erforderlichen Berufs- und Lebenserfahrung.« (138)

schiedenen Wertauffassungen unter einem obersten Wert eingeordnet werden können. Die obere Mittelschicht, der die Richter angehören, ist soziologisch nicht eine Gruppe mit einheitlichen Wertvorstellungen, sondern enthält eine Vielzahl soziologischer Gruppen, die die verschiedensten, einander widersprechenden Wertsysteme vertreten.« (N. 24, S. 43) Daß die normativen Muster der (oberen) Mittelschicht nicht einheitlich sind, besagt nichts gegen deren soziale Distanz gegenüber den Unterschichten. Die Betonung des allgemeinen Pluralismus von Handlungsorientierungen schneidet die Frage nach den institutionell lizenzierten, faktisch wirksamen Werten ab. Das Wertsystem ist mit dem politischen System nicht identisch. Zwingmann vertauscht in seinen weiteren Ausführungen das Problem der Klassenjustiz mit dem der Klassengesetzgebung (S. 44). Weil Gesetze in der parlamentarischen Demokratie ein Kompromiß zwischen verschiedenen Interessentengruppen seien, könne der Richter bei der Gesetzesauslegung nicht mehr die Herrschaft einer bestimmten Schicht oder Gruppe ermitteln und bewußt berücksichtigen – als sei Klassenjustiz an eine »subjektive Auslegung« gebunden. »Eine andere Frage« – doch wohl die zentrale, aber nicht weiter erörterte – ist es für Zwingmann, »ob und inwieweit die soziale Herkunft der Richter aus den sozial führenden Schichten zu bestimmten Einstellungen und Haltungen führt, die dem einzelnen Richter unbewußt sind, und bei seiner Entscheidung als selbstverständliche Grundlagen stillschweigend vorausgesetzt werden.« (44)

Eine dritte Strategie – neben Hinweisen auf die soziale Herkunft und den Wertpluralismus – besteht darin, die Fähigkeit des Richters zur Distanz, seine Berufs- und Lebenserfahrung überhaupt geltend zu machen. Rudolf Wassermann²⁷ konzidiert zwar Martin Kriele, der anlässlich des Weigand-Prozesses von der »sozialen Befangenheit« der Richter gesprochen hatte: »Richter sind weder Automaten noch soziale Eremiten, sondern Menschen aus Fleisch und Blut. Daß richterliche Entscheidungen milieubedingt sind, daß Urteile gesellschaftlichen Einflüssen unterliegen können, ist daher eine Selbstverständlichkeit. Zumeist vollzieht sich diese Einwirkung außerhalb der Bewußtseinssphäre.« Das aber sei nicht unüberwindbar: »Der Richter kann sich kontrollieren und die ihm durch Ausbildung und Beruf ohnehin nahegelegte Fähigkeit zur Distanznahme von der Vorstellungswelt des »establishment« und seiner sozialen Schicht weiter entwickeln. Kraft intellektueller Anstrengung vermag er gleichsam aus dem Kreis herauszutreten, dem er sozial verhaftet ist.« Der Trick dieser Argumentation²⁸ besteht darin, hochgestochene Rollenerwartungen mit der Analyse des faktischen Verhaltens der Justiz zu vertauschen; was sich dann darin zeigt, daß Wassermann in einem Vortrag – er ist ja dem Fortschritt verpflichtet – eine »gründliche ideologiekritische Schulung« fordert, welche Richter und Staatsanwälte allererst befähigen soll, »Vorurteile als solche zu erkennen und die ihm von Berufs wegen nahegelegte Distanz zu der Vorstellungswelt ihrer sozialen Schichten weiterzuentwickeln.«²⁹ Für andere bildet sich bislang noch naturwüchsig im Kontakt mit den unteren Schichten die Fähigkeit aus, »sich in fremdes Milieu, in fremde Nöte hineinzudenken ... (Sie) ist es, die der Richter als Kardinal-

²⁷ Die Zeit 20/1966 = DRiZ 1966, S. 244.

²⁸ den Richter Wassermann besonders zu lieben scheint. Vgl. etwa sein Interview in der Frankfurter Rundschau v. 17. 9. 1968 anlässlich der geplanten Justizkampagne des SDS, in dem er sich auf die *nicht-realisierten* Reformbestrebungen beruft, um die Kritik des SDS an der *bestehenden* Justiz zu widerlegen. (Ähnlich in: Recht und Politik 3/1968, S. 103).

²⁹ Bericht von einem Vortrag Wassermanns »Wo steht die Justiz heute?«, in: DRiZ 1967, S. 97.

tugend im Laufe eines langen Berufslebens erwirbt.«³⁰ In der Justiz scheint das Problem der Erwachsenenbildung gelöst – allerdings durch mythologische Regression: »Der Richterberuf ist ein tragischer Beruf.« (Brüggemann, N. 23, S. 99) »Richter zu sein ist eine existentielle Forderung. Nur wer das Wagnis des Irrrens . . .« (84) »Richten ist sittlicher Vollzug. Es verlangt vom Richter . . . vor allem anderen die Demütigung unter das Ahnen all jener unerkannten Befangenheiten, zu denen vorzustoßen ein ganzes Richterleben wohl nicht ausreicht.« (82) »Verständlich, wenn er unter der moralischen Last seines Amtes im Alter oft genug resigniert.« (100) Derartiger Schaum erlaubt nur die Konsequenz, daß Klassenjustiz die Justiz der jungen, noch ahnungslosen Richter ist.

Der traditionellen Theorie der Klassenjustiz liegt die Annahme zugrunde, daß allgemein der »Klassenstandpunkt« des Bewußtseins durch die objektive Stellung im Produktionsprozeß definiert sei. Bei solch institutionellen Berufen wie denen des Richters verschiebt sich aber die Bewußtseinskonstitution abstrakt auf die soziale Herkunft. Dann wird, um die Verbindung der objektiven Interessen der Rekrutierungsbasis und den spezifischen Bewußtseinsgehalten zu zeigen, entweder pauschal erklärt: »Innerhalb einer klassengespaltenen Gesellschaft kann eine einseitige aus einer Klasse hervorgehende Richterschaft überhaupt – ob sie will oder nicht – gar keine über den Klassen schwebende Rechtsprechung vornehmen.«³¹ Oder man rekurriert auf biologische Kategorien: zum »naturgemäßen« Bindeglied wird der »Klasseninstinkt«³². Freilich entgeht Liebknecht andererseits solchen Reduktionen dadurch, daß er Zusatzbedingungen einführt, wie die des geldwerten Besitzes, der den Zugang zu Herrschaftspositionen ermöglicht. Dahrendorf hat diesen Gedanken aufgenommen in seiner Kritik an den Bildungsprivilegien. »Die Untersuchung von W. Richter legt es nahe, Aufstiegs-hindernisse weniger in den besonderen Merkmalen der richterlichen Karriere und des Richterstandes – außer insoweit diese bereits die Studienziele beeinflussen – als in den allgemeinen Problemen des Erziehungswesens und seiner Auswahl zu suchen. Zumindest gibt es kaum Anzeichen für eine erhebliche Benachteiligung der (wenigen) Richter aus den unteren Schichten im Laufe ihrer Berufskarriere.« (N. 25, 1960, S. 265, Anmkg. 14) Dann kippt aber das gesamte Erklärungsschema um: das Rekrutierungsfeld bestimmt sich nunmehr nach den Zugangsbedingungen des Ausbildungssystems. Damit werden nicht mehr objektive Klasseninteressen, gebunden an die soziale Herkunft, zum Kriterium, sondern die Organisationsform der juristischen Qualifikation. Das ist – sit venia verbo – die Nadelöhr-Theorie der Klassenjustiz: nur die Reichen haben genügend Geld, um in die Justiz zu gelangen. Deshalb endet auch Liebknechts Erklärungsversuch (der sich im Gegensatz zu Dahrendorfs Interpretation auch noch auf die Anstellung als Richter durch die Exekutive als letztes Glied bezieht) in der »absoluten Willkür der Verwaltungsbehörde« (III, 27).

³⁰ D. Brüggemann, Die geistige Orientierung des Richterstandes, in: Juristen-Jahrbuch, Bd. 7 (1966/67), Köln 1966, S. 17–46 (29) »Letzte Reife der richterlichen Persönlichkeit fordert Bewahrung und Bewährung, einen Schatz von Erfahrungen, Güte und Verzicht, nicht zum wenigsten die durch jahrelange Selbsterkenntnis gewonnene Einsicht in die eigene Menschlichkeit und Unzulänglichkeit. All das läßt sich nicht »ausbilden«. . . Richter sollte man – strenggenommen – erst im höheren Alter werden dürfen.« (S. 46).

³¹ E. Fraenkel, (N. 22) S. 37. – Fraenkels Bestimmung der Klassenjustiz vom *Ergebnis* ihrer Tätigkeit her (37) (im Gegensatz zur politischen Justiz, die durch die politische *Einstellung* des Rechtsanwendenden charakterisiert sei) trifft nicht das Spezifische justizförmiger Konfliktlösungen, sondern betrachtet die nicht intendierten Folgen judiziellen Verhaltens, deren objektive Funktion nur noch im Rahmen des politischen Systems, das als Klassenherrschaft heute erst noch ausgewiesen werden müßte.

³² Fraenkel, S. 34; Liebknecht IV, 88.

Dahrendorf steht vor der Schwierigkeit, die Richter von anderen Eliten (Unternehmer, Arzt, Lehrer) abzugrenzen, denen die gleichen Bildungsprivilegien zugute kommen, deren soziale Distanz gleichwohl geringer sein soll. Hier muß er nun das nachholen, was er bei der Kritik am gegenwärtigen Bildungssystem unterschlug: die Analyse der sozialen Rolle des Richters. Er umschreibt sie mit den Erwartungen von Pflicht, Ordnung und Sicherheit. »Unter beliebigen gesellschaftlichen Verhältnissen ist die soziale Rolle des Richters durch Erwartungen umschrieben, die man als konservativ bezeichnen mag.« (ebd. S. 273) Nach dieser Generalisierung löst Dahrendorf schließlich die Konstitution des richterlichen Gesellschaftsbildes vollständig ab von den Faktoren, die ihm zuvor das Spezifische der Richterschaft schienen; denn »die Verbindung einer konservativen Rolle mit Berufsvererbung, Herkunft aus der Oberschicht bzw. aus Beamtenfamilien (ist) keineswegs notwendig« (274). Dann aber käme es darauf an, die besonderen Techniken der »Juridifizierung« eines generell konservativen Bewußtseins zu klären.

So fasse ich zusammen: Die gegenwärtige Justiz ließe sich als Klassenjustiz bezeichnen, wenn mit diesem Begriff lediglich die einseitige soziale Herkunft der Richter gemeint wäre. Er bleibt dann aber nichtssagend, wenn nicht der *Zusammenhang von objektiven sozialen Interessen und der Konstitution der spezifischen richterlichen Interpretationskriterien* geklärt wird. Dem Rekrutierungsfeld, so vermute ich, kommt dabei nur eine Verstärker-Funktion zu. Was wir also zu untersuchen haben, sind die beiden Faktoren, die bislang nicht hinreichend beachtet worden sind: die institutionelle und organisatorische Stellung der Justiz und die Rolle der juristischen Qualifikation. Den ersten Punkt versuche ich zunächst in einer strukturellen Betrachtung exkursorisch zu beleuchten.

Justiz und politisches System

Die bürgerliche Rechtswissenschaft möchte es mit einem entpolitisierten Begriff des Politischen zu tun haben. Das Verfassungsrecht meint, sich in Organisationsregeln der Ermittlung sozialer Kompromisse keimfrei zu halten oder stellt die politischen Kriterien einer »kompetenten« Legislative anheim. Im Begriff der »politischen Justiz« bewahrt sie die, wenn auch anrühige Nähe zu einem Problemkreis, an dem sich unser Interesse entfalten kann. In seinem fundamentalen Werk zu diesem Thema bestimmt Otto Kirchheimer³³ das Moment justizförmiger Verfahren, das sie zu politischen macht, vom Gegenstandsbereich der Rechtsanwendung her. Politische Justiz habe es mit prinzipiellen Feinden eines Regimes zu tun. In dem Maße aber, in welchem der straf- und verfassungsrechtliche Staatsschutz »vorverlagert«³⁴ wird in eine Sphäre jenseits konkreter Gefährdung, auf die Zwecke, Absichten: Legitimationen eines Systemfeindes Bezug nimmt, verschiebt sich die Funktion der Justiz von der direktiven Lösung manifester politischer Machtkämpfe zu einer »Authentifizierung des politisch Legitimen«³⁵. Die politische, justizförmige Auseinandersetzung findet nicht mehr auf einer empirisch-manifesten, sondern auf der Ebene symbolischer Rechtfertigungen statt. Politisch werden die Standards, nach denen die im Machtkampf

³³ O. Kirchheimer, Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Neuwied u. Berlin 1965; ders., Politische Justiz, in: Politik und Verfassung, Frankfurt a. M. 1964, S. 96 ff.

³⁴ S. etwa: Helmut Ridder, Grundgesetz, Notstand und politisches Strafrecht, Frankfurt a. M. 1965; Hans Copić, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen 1967.

³⁵ O. Kirchheimer, 1965 (N. 33), S. 34.

institutionalisierten Gesetze, die nicht mehr bestimmbar auf das Äußere von Handlungen gehen, angewendet werden sollen.

Eine Interpretation der politischen Justiz, die zwischen der objektiven Steuerungsfunktion und der Qualität der Standards der Rechtsanwendung unterscheidet (s. N. 31), scheint mir ein taugliches, weil überdimensioniertes Modell zur Erklärung dessen abzugeben, was man heute als das Problem einer »politisierten Justiz« bezeichnen könnte. Aus der größeren Bedeutung, welche die Jurisprudenz heute den sozialen Konsequenzen einer Gerichtsentscheidung beimißt³⁶ und aus den, häufig noch verkappten, metajuristischen Argumenten eines Urteils wird derzeit die politische Relevanz der Justiz im allgemeinen abgeleitet. Mit dem Faktum richterlicher Rechtsfortbildung wird die Aufhebung einer gewaltenteiligen Differenzierung des staatlichen Systems begründet, ohne noch scharf die formal eingeräumte »Organtrennung« einer im Grunde einheitlichen Staatsgewalt zu analysieren. In »Partnerschaft« hätten Legislative und Justiz – so kündete der große Adolf Arndt³⁷ – »das politische Wesen des auf Gemeinschaftsbildung angewiesenen Menschen geschichtlich zu verwirklichen«.

Dagegen möchte ich die These formulieren: Die Justiz hat in Passivität partikuläre soziale Konflikte zu lösen; in ihren Konfliktlösungs-Strategien bedient sie sich eher moralischer als politischer Kriterien. Das politische System, in dem Legislative und Exekutive tendenziell verschmelzen, versucht dagegen, nach Regeln einer rationalen Sozialtechnik Gleichgewichtsstörungen im Kapitalverwertungsprozeß zu verhindern oder zu beseitigen. Es befolgt Verhaltensnormen einer technischen Rationalität, die bei definierten Präferenzen eine optimale Stabilisierung dieses Systems durch Informationen über relevante Wirkungsmöglichkeiten garantieren sollen. Dadurch, daß Gesetze selbst in den politischen Interventionszusammenhang einrücken, zu Instrumenten der Sozialtechnik werden, verdünnen sich die Formen einer legalen Legitimation der politischen Herrschaft. Deshalb wird in einer Zeit der politischen Instrumentalisierung, damit der Manipulierbarkeit des Rechts, das nicht mehr – wie bei Kant – der transzendente Ausdruck einer autonomen Privatrechts-Gesellschaft ist, die permanente Beschwörung der »freiheitlich-demokratischen Grundordnung« und des Rechtsstaats als eines Eigenwertes zum hohlen Ritual. »Das juristische Beharren auf der Gesetzlichkeit«, das »zur Anerkennung der Legitimität unserer Grundordnung führen« soll³⁸, ist deshalb ein falscher Anspruch, weil Gesetze – heute vornehmlich Maßnahmegesetze und Generalklauseln – fungibel sind: als Maßnahmegesetze im politischen Zusammenhang; als Generalklauseln durch richterliche Interpretation.

Die vom Bundesverfassungsgericht verwendete Formel von der wirtschaftspolitischen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers, die Legitimation der Direktionsbefugnis des Arbeitgebers durch das Bundesarbeitsgericht – heute die wichtigsten Sphären rechtsautonomen Handelns – sind Ausdruck der partikularen und passiven Position der Justiz überhaupt gegenüber einem System, dessen Friktionen nur noch in Einzelfällen und dann lediglich gemessen an Mißbrauchs-Kriterien (Willkür-Verbot etc.) justizförmig geregelt werden. Diesen Standards der Justiziabilität kommt nur eine geringe Steuerungsfunktion zu³⁹; sie dienen vielmehr,

³⁶ Vgl. Fritz Baur, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. Ein Beitrag zum Wandel des Richteramtes, in: JZ 1957, S. 193–197.

³⁷ A. Arndt, Das Bild des Richters, Karlsruhe 1957, S. 14.

³⁸ Martin Kriele, Antijustizkampagne – was tun? in: ZRP 2/1969, S. 38–40 (38).

³⁹ Eine Rechtswissenschaft, die soziales Geschehen lediglich unter Kriterien möglicher richterlicher Konfliktlösungen heute noch betrachtet, verdeckt sich die gesamtgesellschaftlich relevanten Bezüge und konstruiert erregend bedeutungslose Interessenkonflikte.

so ist zu vermuten, als objektiver Ausgleich für den Legitimationsschwund des sich auf Sachverstand und Sachzwang zurückziehenden oder sein Gewaltmonopol hervorkehrenden politischen Systems. Die Justiz mobilisiert hermeneutisch die kulturelle Tradition, frischt Vorstellungen einer »guten Ordnung« auf, kanalisiert kollektive Aggressionen, vermittelt Regeln über Sitte und Anstand. Ihren moralischen Konsensprinzipien, oft naiv und der allgemeinen Privatisierung ausgesetzt, könnte heute die Bedeutung zukommen, legitime Handlungsspielräume offenzuhalten.

Wir werden weiter unten sehen, welche Möglichkeiten der Dritten Gewalt aufgrund ihres Selbstverständnisses und der verinnerlichten dogmatischen Denkformen überhaupt dafür bleiben. Gegenwärtig sprechen die Erfahrungen mit den Prozessen gegen eine anti-autoritäre Gesellschaftsgruppe dagegen, daß die Justiz in der Lage ist, Lücken in einer sich autoritär verfestigenden Leistungsgesellschaft noch abzuschirmen. Zwar begegnete der Deutsche Richterbund den Ordnungsrufen der Politiker nach den Anti-Springer-Demonstrationen – »Die Richter sind nicht die Büttel der Nation.« Es könne der Eindruck erweckt werden, als sei die Justiz von Weisungen abhängig –, empfahl aber den Politikern zugleich, sie sollten die Studenten lieber über die Rechtslage informieren⁴⁰. Auf das perfide Verlangen nach rascher, und strenger, Aburteilung der »Unruhestifter« reagierte die Justiz mit einigen Ausnahmen zurückhaltend. Nur ist z. B. in der Ablehnung eines beschleunigten Verfahrens gegen Ch. Boblenz durch Richter Pietsch bereits zu lesen, daß die »Ausschreitungen ... eindeutig gegen den Bestand des Grundgesetzes gerichtet waren«; allein um eine »leidenschaftslose Ergründung« der Wahrheit zu garantieren, lehnte er ein Schnellverfahren ab⁴¹. – In den Prozessen stimmt nun die Justiz – und die wenigen Freisprüche sind hier kein Einwand⁴² – in die leeren, doch effektiven und darum autoritären Ordnungsrufe der Hüter des sozialen Friedens ein.

Nach der methodologischen Exposition des Problems der Klassenjustiz als eines der Rechtsanwendung, der Diskussion der klassischen Version unseres Themas möchte ich nun – im global definierten Rahmen, in dem heute die Justiz strukturell zu stehen scheint – die beiden Faktoren untersuchen, die bislang in ihrer Bedeutung für die Konstitution des richterlichen »Weltbildes« nicht hinreichend berücksichtigt wurden: die zuvor angedeutete Stellung der Justiz als Institution und Organisation, sowie die Bedeutung der juristischen Qualifizierung. Dort

⁴⁰ In einem Urteil des AG Hamburg v. 16. 10. 1968 heißt es denn auch: »Der Angeklagte ist Mitglied des Sozialistischen Deutschen Studentenbundes (SDS). Das hat offenbar dazu geführt, daß sein juristisches Wissen nicht entsprechend der Zahl seiner Semester gewachsen ist.« (in: Auditorium, 57, Nov. 1968, S. 7).

⁴¹ Wie leidenschaftslos es dann, nachdem ein Antrag wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden war, bei Richter Pietsch zugeht, s. in: Die Zeit 4/69, S. 32 – Unbefangen waren auch alle Richter Baden-Württembergs, die ein »Protokoll einer Besprechung« des Justizministers mit LG-Präsidenten, Oberstaatsanwälten und hohen Polizeibeamten über die Wahl »geeigneter« Verhandlungsräume »zur Kenntnis« genommen hatten. S. dazu: Prozeßbericht und Dokumentation Nr. 1/1968 des AStA und SDS Tübingen.

⁴² Es geht hier nicht um eine empirisch-analytische Theorie richterlichen Handelns, deren Hypothesen durch singuläre Abweichungen widerlegt werden könnten, sondern allererst um eine allgemeine Interpretation, die den Rahmen empirisch gerichteter Untersuchungen abstecken kann. Deren Gewicht bemißt sich allein an der Plausibilität gegenüber konkurrierenden Interpretationsvorschlägen. – In einer politischen Auseinandersetzung auf die Freisprüche zu verweisen, die Inhomogenität zum Argument dafür zu nehmen, daß es doch gar nicht so schlimm sei, ist deshalb nicht legitim, weil hier Ausnahmen, die sie nun einmal sind, nicht die Generalisierbarkeit des richterlichen Weltbildes aufheben. In der Ablehnung »unzulässiger Verallgemeinerungen« weiß ich mich im übrigen mit allen Menschen einig. Theoretisch scheint mir der Verweis auf die Inhomogenität – ohne Prüfung der Ursachen und Erscheinungsformen – nur, wie gezeigt, dafür tauglich, eine Gesetzesgläubigkeit zu kritisieren, die These von der Interessengebundenheit empirisch zu belegen.

wird sich eine Lösung des Problems der Inhomogenität der Kriterien der Rechtsanwendung ergeben; hier werde ich den Versuch unternehmen, in den dogmatisch stabilisierten Formen der Jurisprudenz soziale Interessen nachzuweisen, soweit dies, angesichts der begrenzten Funktion der Rechtsprechung im politischen System und ihrer moralischen Neutralisierung gegenüber dem politischen System überhaupt möglich ist.

Die Justiz als Institution und Organisation

Der Strukturwandel des staatlichen Steuerungs- und Integrationssystems bewirkt für die Rechtsprechung Funktionsänderungen, die sich unter doppeltem Aspekt betrachten lassen: Gegenüber einer Legislative, welche die anwachsenden sozialen Konflikte nicht mehr in den herkömmlichen Formen zu lösen vermag, wächst ihr eine vornehmlich substitutive Funktion zu: sie entwickelt selbständig Konfliktlösungsstrategien, die im Begriff des »Richterrechts« zusammengefaßt werden. Darüberhinaus kann sie Gesetze selbständig auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen. Gegenüber der Verwaltung, welche dahin tendiert, die Ausarbeitung von Gesetzen durch ihren Sachverstand zu monopolisieren, welche primär die Umverteilung und Verwertung von Kapital lenkt, kommt der Justiz eine vornehmlich kontrollierende Funktion zu. Mit den verfassungsrechtlich institutionalisierten Verfahrensweisen deckt sich die objektive Funktion jedoch nicht. Zwar sind das Prüfungsrecht (Art. 100 GG) und ein umfassender gerichtlicher Rechtsschutz – als formale Sicherungen – kaum problematisch; Schwierigkeiten bereitet jedoch die Legitimation des durch Richterrecht erworbenen Machtzuwachses. Artikel 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG, die hierfür herangezogen werden, belassen – zudem mit Art. 97 Abs. 1 GG konfligierend – der Richterschaft die Schwierigkeit einer konsistenten Rollendefinition.

Die hierfür angebotenen Interpretationen umfassen ein relativ weites Spektrum. Ungebrochen autoritäre Formeln wie die, daß es »in besonderem Maße« Aufgabe des Richterstandes sei, »der Unordnung abzuhelpen«⁴³, finden sich zwar selten; es gibt schönere Ausdrücke: die Herstellung des »sozialen Rechtsfriedens« etwa⁴⁴ oder die unverbindliche Bezeichnung des Richters als »Sozialarzt«, des Juristen als »Fachmann für soziale Ordnung, die rechtlich zu regeln ist«⁴⁵. Obrigkeitsliche Bestimmungen zeigen sich weniger unter diesem funktionalen Aspekt, als vielmehr in der Betonung und Charakterisierung der Richterpersönlichkeit, dieses »geborenen Einzelgängers«⁴⁶. Die Hauptvokabeln sind hier: das einsame, soziale oder existentielle Gewissen⁴⁷ und der Richter als »demütiger

⁴³ Senatspräsi. am OLG Celle, Friedrich Buchholz, Die Amtsbezeichnung des Richters, in: DRiZ 1967, S. 302.

⁴⁴ Die Justizminister Leverenz (Der Richter im sozialen Rechtsstaat, in: DRiZ 1966, S. 321–325 (321)) und Neuberger (Zur Richterbesoldung, in: DRiZ 1967, S. 92–95 (94)).

⁴⁵ K. Zwingmann, (N. 24), S. 80, 147.

⁴⁶ D. Brüggemann, (N. 30), S. 18. Von den speziellen Tugendkatalogen sehe ich hier ab. Vgl. Gelhausen, DRiZ 1967, 147; Kellermann, DRiZ 1963, S. 287; A. Wagner (N. 24), S. 84.

⁴⁷ »Zwang und Opfer, mit denen jegliche soziale Ordnung verbunden ist, werden dem Gewissen des Richters anvertraut.« (Baur, N. 36, S. 195) Er »muß sein eigenes soziales Gewissen sprechen lassen« (196). – »Richtertum ist Einsamkeit im Gewissen und in der Entscheidung.« (Brüggemann, N. 23, S. 80) »Der Richter kann das Gesetz nicht ändern, nach dem er Recht zu sprechen hat; er muß es in sein richterliches Gewissen hineinnehmen, daß entgegenstehende Gesichtspunkte politischer und sozialer Wünschbarkeit, selbst wo alle Wohlmeinenden sich hierüber einig wären, bei seinem Spruch durchaus außer Betracht zu bleiben haben.« (ebd. S. 183 f.) – Brüggemann macht klar, daß das Gewissen nicht urteilsbegründende Handlungsmaximen für den Richter impliziert, sondern zum Statussymbol der Richterschaft geworden ist: »Das Gewissen des Richters ist nicht Handlungsmaßstab, sondern Seinselement des rich-

Diener am Recht«⁴⁸. Sie werden zudem geziert mit Vorstellungen des »Sittlichen« und des »Ganzen«. Brüggemann betont, daß die Verantwortung des Richters »in stärkstem Grade sittlich bestimmt« sei (N. 23, S. 2/3); und für Albrecht Wagner ist klar, daß in dem »immerwährenden Streit um das Recht« der Richter nur bestehen kann, »wenn er unabhängig ist und an die ewigen Grundwerte des Rechts glaubt« (N. 24, S. 16); das Recht – eine »sittliche Wertordnung« (ebd. 18) – hält dafür viele Sätze von »Ewigkeitswert« (19) bereit. Doch: »Richten ist freilich zugleich eine politische Aufgabe, allerdings nicht im Sinne der Parteipolitik, sondern im Sinne der Ausrichtung auf das Staatsganze.« (18) »So ist der Richter einerseits dem Recht verpflichtet, aber zugleich der politischen Grundordnung des Staates, in dem er lebt.« (19)⁴⁹ Fritz Werner vermerkt, »daß die Rechtsprechung in einem bis dahin nicht gekannten Ausmaß als allgegenwärtiger Hüter unseres öffentlichen Lebens empfunden wird, der nicht nur Individualrechte gewährleistet, sondern die öffentliche Ordnung schlechthin in Takt zu halten hat.«⁵⁰

Aufs Ganze gehen auch jene Legitimationen, die der Justiz eine Hüter-Funktion zusprechen. Die Justiz sei »Eckpfeiler«, »Gewissen« des Rechtsstaats, sei zu dessen Garanten berufen⁵¹; sie habe die »Mission« zu erfüllen, die Freiheit zu garantieren⁵². Abgezogen von der Stellung des Bundesverfassungsgerichts wird die Rechtsprechung überhaupt zum »Hüter der Verfassung«; abgezogen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird sie zum »Wächter über den gesamten Verwaltungsapparat«⁵³. Eine »entfesselte Justiz« kontrolliert eine »entfesselte Exekutive«⁵⁴.

Abgeschirmt gegen mögliche Kritik werden diese unterschiedlichen, hohen Ansprüche mit Vertrauens-Apellen – und das übersetzen wir mit »Konformitäts-Erwartungen« –, die noch eine Atmosphäre substantieller Sittlichkeit für die Justiz herstellen sollen⁵⁵.

terlichen Amtes. Es konstituiert das richterliche Amt« – als »ethische Grundbefindlichkeit... primäres Moment geistiger Orientierung des Standes, Antwort auf die richterliche Unabhängigkeit und richtende Instanz über dem Richter.« (N. 30, S. 37 u. 38).

⁴⁸ A. Wagner (N. 24), S. 7; Wagner betont, »daß der Richter nicht nur Streitentscheider und Gesetzesanwender, sondern vor allem Rechtsdiener ist« (16). Darin, daß der Richter im Rechtsstaat dann zugleich Staatsdiener sei (16), trifft er sich mit Karl August Bettermann (Der Richter als Staatsdiener. Veröffentlichungen der Gesellschaft Hamburger Juristen Heft 7, Hamburg 1967, S. 10, 31), der das Moment des Dienstes über Art. 33 Abs. 5 GG auch für Richter betont, die er allerdings als ausschließlich »rechtsanwendende Amtsträger« (26) ansieht. (S. dazu: E. Philipp, DRiZ 1967, S. 345–347; auch den Bericht über einen ähnlichen Berliner Vortrag Bettermanns von E. Stalljohann in: DRiZ 1967, S. 13–15).

⁴⁹ Für A. Arndt (N. 37), S. 18, ist der Richter »Organ des Ganzen der Gemeinschaft«. Nur in diesem Sinne der mittel- und kleinbürgerlichen Ideologie scheint mir die Legitimation des Richteramtes durch die Volkssouveränität verstehbar; H. Krabbe spricht stattdessen von »Rechtssouveränität«. (zit. bei Christian-Friedrich Menger, Moderner Staat und Rechtsprechung, Recht und Staat Heft 361, Tübingen 1968, S. 25).

⁵⁰ F. Werner, Das Problem des Richterstaates. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin Heft 2, Berlin 1960, S. 2/3 »Die Juristen aller Sparten sollten davor warnen, daß unsere öffentliche Ordnung schamlos wird.« So ders., Über den Standort des Juristen in der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik, in: JuS 1962, S. 329–334 (332).

⁵¹ z. B. bei Brüggemann (N. 23), S. 6, 179; Eberhard Schmidt, Richtertum, Justiz und Staat, in: JZ 1953, S. 321–326 (323/324); Wassermann, Wege und Ziele aktiver Justizpolitik, in: DRiZ 1967, S. 41–45 (42).

⁵² A. Wagner (N. 24), S. 181; Brüggemann (N. 23), S. 3, 188.

⁵³ A. Wagner, ebd. S. 124, auch 256.

⁵⁴ Dazu mit eindrucksvollen Metaphern aus dem Bereich des Kanalbaus: Hans G. Joachim, Kritik und Selbstkritik der Richter, in: Kritische Justiz 1/1968, S. 22–28; Wassermann (N. 51), S. 41: »Garant der Freiheitsrechte und eine Gegenkraft zur Exekutive«.

⁵⁵ Einmal hat sie bereits Vertrauen erworben zusammen mit einem »Kapital an Sauberkeit« (Brüggemann, N. 30, S. 24). Die Entscheidungen der Gerichte »bedürfen im Letzten und Tiefsten der sittlichen Resonanz aus dem Kreise der Rechtsgenossen« (Brüggemann, N. 23, S. 181). Vertrauen muß dann stets erst gefordert werden. So bei A. Arndt N. 37, S. 19; Ehard,

Im Mittelpunkt der unüberschbaren Beiträge zur Justizreform stehen weniger Versuche, die institutionell nur schwach definierte Rolle durch Selbstverständigung zu konturieren; sie befassen sich primär mit Fragen der *Organisation*. Es geht dabei – wie Rasehorn kritisiert⁵⁶ – bislang eher um eine Rationalisierung der Justiz als um eine Demokratisierung. Als analytische Trennung innerhalb dieser beiden Komplexe führe ich noch die zwischen der organisatorischen und der prozessualen Stellung ein. Für die *Rationalisierung* auf der *organisatorischen* Ebene werden vorgeschlagen: Verbesserung der technischen Ausstattung; Einschränkung der Rechtsmittel und Kollegialgerichte (Einzelrichter in der ersten Instanz); einheitlicher dreistufiger Aufbau der Gerichte, mitunter auch ein Einheitsgericht aller Gerichtszweige, zumindest aber die Vereinheitlichung der Verfahrensregeln; ein Rechtspflegeministerium; Vorschaltung anderer Organe (Rechtsämter mit Rechtsräten; größere Kompetenzen für Rechtspfleger), spezielle Familiengerichte; wissenschaftliche Hilfskräfte bei den oberen Bundesgerichten; Gerichtsassessoren, die den Richtern zugeteilt werden; Richterakademien, Fortbildungsmöglichkeiten überhaupt. – Auf der *prozessualen* Ebene: Vereinheitlichung der Verfahrensregeln (s. o.), verbunden mit Rechtsunterricht zur Aufhebung der Rechtsfremdheit der Bevölkerung (was nicht nur prozessuale Bedeutung für die Betroffenen haben soll, sondern darüberhinaus zur allgemeinen Öffentlichkeitsarbeit gehört); Konzentration auf eine mündliche Verhandlung; Einschränkung der Schreibjustiz.

Die *Demokratisierungsvorschriften* im *organisatorischen* Bereich der Justizverwaltung beinhalten vornehmlich eine Kritik an den hierarchischen Strukturen und exekutiven Einflüssen. Es werden verlangt die Erweiterung der Selbstverwaltung in Haushaltsfragen (bis zur Vertretung des Etats vor dem Parlament), bei Ernennungen und Beförderungen (Ausbau der Richterwahlausschüsse), in den Gerichtspräsidien; die Offenlegung des Pensenschlüssels; die »funktionale« (und nicht »hierarchische«) Differenzierung der Instanzen. – Was dagegen die bekannte Forderung nach einer »leistungs- und funktionsgerechten« Besoldung und die Angleichung der Titel betrifft, so zielt sie – und das macht in der Spalte »Demokratisierung« eine weitere Trennung notwendig – auf das Prestige des Richters und nicht seine Rolle allein im Justiz-Apparat⁵⁷. Der allgemeine Titel »Richter« soll dabei eher als formaldemokratisches Statussymbol fungieren, das seine Reverenz dem Instanzenzug (ihn »funktional« differenzieren zu wollen, ist pure Beschwichtigung) durch den jeweiligen Zusatz »am Amtsgericht«, »am Landgericht« etc. erweist. In die Diskussion um die Richterbesoldung fließen, vermittelt durch die Justizorganisation, die oben angeführten Interpretationen der verfassungsrechtlichen Stellung der Dritten Gewalt ein. Den Reformern geht es um eine »Entbeamtung« des Richters, um eine höhere Einschätzung gegenüber der Exekutive. »Anders als die Beamtenbesoldung dient die Besoldung des Richters nicht bloß zur Deckung seiner privaten Bedürfnisse zwecks Erhaltung der Arbeitskraft und Einsatzbereitschaft, sondern vor allem zur Sicherung seiner spezifischen Aufgaben und Stellung als Verfassungsgorgan.«⁵⁸ Selbst einem

Über das Amt des Richters, DRiZ 1966, S. 75; A. Wagner, N. 24, S. 198 und vielen anderen. Um den »Tag des Rechts« ist es stiller geworden – um die Forderung nach »aktiver Öffentlichkeitsarbeit« um so lauter.

⁵⁶ In: Rasehorn et al. (N. 14), S. 199 – In unserem Zusammenhang interessiert die organisatorische Stellung nur als Spannungsfeld, wie es in den Reformbestrebungen sichtbar wird.

⁵⁷ Auch bei den Rationalisierungsvorschlägen verbergen sich hinter der Forderung nach Einzelrichtern in der ersten Instanz und der Verringerung der Richterzahl (= Erhöhung der Besoldung = bessere Qualifikation) Prestigevorstellungen von einem königlichen Richter.

⁵⁸ VerwG. Frankfurt a.M., Beschl. v. 25. 5. 1966, in: DRiZ 1966, S. 233–235 (235). Das Verwaltungsgericht droht übrigens in seiner Formel von der wirtschaftlichen »Kümmerexistenz«,

»den äußeren Tätigkeitsmerkmalen nach »vergleichbaren« Beamten« gegenüber habe er wegen des »höheren Verfassungsgrades (Art. 92 GG)« (ebd.) Anspruch auf eine bessere Alimentierung – zumal die »verfassungsmäßige Substanz« von der Exekutive bedroht wird⁵⁹. Aber – und das betrifft die abstrakten, weil die Stellung im Staatsdienst und bürokratische Tätigkeit nicht aufhebenden Entbeamtungs-Versuche – »solange nicht für sämtliche Richter eine im wesentlichen gleiche Besoldung und gleiche Amtsbezeichnung vorgesehen ist, bleibt die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt gegenüber der Exekutive auch bei verfassungsgerechter Alimentierung der Richter nicht ausreichend gesichert.« (ebd.)

Im *prozessualen* Bereich geht es etwa um den rotierenden Vorsitz bei Kollegialgerichten, die Zulassung von dissenting votes. Schließlich – und hier treffen wir auf die kommunikative Seite der Rechtsanwendung, die wir oben unter methodologischem Aspekt betrachtet hatten – soll sich ein »Stilwandel« im Prozeß vollziehen. Nicht als »anonyme Behörde«, sondern als Person soll der Richter dem Bürger gegenüberstehen. »Der Richter braucht nicht als schweigsamer, griesgrämiger Löwe auf der sella curulis zu sitzen. Durch Einsatz seiner Persönlichkeit kann er vielmehr eine Atmosphäre im Gerichtssaal herstellen, in der alle Verfahrensbeteiligte einschließlich des Angeklagten zu dem Gericht Vertrauen fassen, jenes besondere Vertrauen nämlich, daß das Gericht den zur Entscheidung stehenden Tatbestand unvoreingenommen, gründlich und gewissenhaft prüft und gerecht und menschlich entscheidet.«⁶⁰ Der Prozeß werde heute gar zum »Rechtsgespräch«⁶¹. »Vor allem ist mit der Erkenntnis Ernst zu machen, daß der Prozeß seinem Wesen nach auf Kooperation zwischen den Verfahrensbeteiligten angelegt ist und kein Herrschaftsverhältnis darstellt. Soweit dieser Erkenntnis Mythen aus der Zeit des Obrigkeitsstaates entgegenstehen, müssen wir sie begraben.« (Wassermann, N. 60, S. 293) Was aber mit den Mythen aus der Zeit vor dem Obrigkeitsstaat? Den Statussymbolen Robe und Barett etwa. Selbst Rasehorn mag seinen Kittel nicht missen⁶².

Die Darstellung des richterlichen Selbstverständnisses von Institution und Organisation der Justiz hat uns relative Spannungen gezeigt: den Vorstellungen vom subsumptiv unterwürfigen Dienst am Recht widerspricht das Faktum des Rich-

welche die Fähigkeit zu »lebendiger Anschauung der gesellschaftlichen Strukturen und Probleme«, die »Weite des geistigen Horizontes« beschränke, mit der Gefahr einer Klassenjustiz (S. 237) – Ebenso im Urteil v. 15. 3. 1967, in: DRiZ 1967, S. 353–358 (355).

⁵⁹ VerwG. Ffm., Urteil v. 30. 6. 1966, in: DRiZ 1966, S. 344–348 (348).

⁶⁰ LG-Präsident Rudolf Wassermann, Innere Justizreform – Aufgabe der Gerichtspräsidenten, in: DRiZ 1968, S. 293 f. (294).

⁶¹ F. Werner, N. 50, 1960, S. 8; Konrad Zweigert, in: Die Zeit 8/69 v. 21. 2. 1969, S. 56; Brüggemann, N. 23, S. 116: »Der Bürger vor Gericht soll nicht Objekt, sondern Subjekt des Verfahrens sein. Er soll es mitgestalten . . . Erst aus dem »Rechtsgespräch« in Verantwortung und Gegenverantwortung sieht das GG die Wahrheit im Rechtsgang aufleuchten.« – »denn Wahrheit und Gerechtigkeit sind der Offenheit wesensverwandt und abhold dem Heimlichen.« (ebd. S. 184) Andererseits trägt die Rechtsprechung »das Siegel der Zurückgezogenheit, wie denn die reine Gerechtigkeit in der Stille gesucht wird.« (182): im Beratungszimmer – dieser Rationalisierungskammer –, wo sich »das Gewissen des Richters zum Entschluß durchringt.« (Werner, ebd. S. 10).

⁶² Weil er die Amtshandlung dadurch erleichtert, daß er erregte Rechtssuchende zügelt, Abstand und Autorität des Richters fördert. Aber – er meint's wohl ironisch – »die Robe bedeutet nicht nur Schutz vor aus der Außenwelt kommenden Infektionen wie der Ärztekittel. Es geht um mehr: sie soll stets ins Bewußtsein rufen – bei den Rechtssuchenden wie aber auch beim Richter selbst –, daß es bei unseren Verhandlungen nicht um die Austragung juristischer Probleme geht, sondern um Grundfragen der Existenz und des Menschseins, also um metaphysische Vorgänge, die heute noch die gleichen sind wie vor Hunderten von Jahren, ja, die heute gerade infolge der Bedrohung der Humanität durch Technik und Apparaturen . . . das Rechtsbewußtsein bestimmen.« Das Barett ist allerdings für ihn »eine geschwärzte Bäckermitze«: Theo Rasehorn, Kommentar zur richterlichen Robe, in: DRiZ 1968, S. 13 – Zur Metaphysik des Barett's.: von Sperber, DRiZ 1967, S. 272 f. und dag. J. Remé, DRiZ 1967, S. 352.

terrechts. Der hierarchische Justizapparat (mit Dienstaufsicht und Fachaufsicht der Rechtsmittelinstanzen⁶³) das Fehlen einer Kommandogewalt über seine Hilfskräfte konfliktieren mit dem Anspruch auf Selbständigkeit und einer über die formelle Bedeutung von Weisungsfreiheit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit hinaus verschwommenen generalisierten »Unabhängigkeit« – auch eher ein Prestigesymbol. Das Besoldungsgefälle gegenüber einer suspekten Exekutive, mit der man beamtenrechtliche Regelungen teilt, werden einem »Hüter des Rechtsstaats« etc. nicht gerecht. Obrigkeitliche, traditionelle, sittlich aufpolierte, formaldemokratische Interpretationen werden angeboten. Diese *Rollenkonflikte* erlauben dem Richter einen relativen Spielraum des individuellen Selbstverständnisses; sie sind, so lautet nun die These, zugleich *der Grund für die Inhomogenität des richterlichen Vorverständnisses*.

Es gibt jedoch im richterlichen Selbstverständnis einen gemeinsamen Nenner, der neuere Arbeiten aller Provenienz eint: der Richter wird letztlich begriffen als »verantwortliche Persönlichkeit«. In ihr liege die Autorität einer jeden Entscheidung begründet. »Persönlicher Einsatz« wird verlangt, die »Personalisierung der Justiz«. Der Richter trägt für die »höchstpersönliche« Entscheidung die Verantwortung – und das ist natürlich »eine Verantwortung, die ihm nach Idee und Wesen des Richters niemand abnehmen kann«. Mit dieser Formel ist das erreicht, was Eberhard Schmidt 1953 (N. 51, S. 324) verlangte: »Die *Imponderabilien* des Richterberufes müssen wieder zugkräftiger werden.« Sie ist die kolossale Legitimation der Irrationalitäten heutiger Gerichtsentscheidungen; in ihrer Substanzlosigkeit macht sie die Justiz abhängig von beliebigen sozialen und politischen Faktoren, damit zu dem, was sie ehemals sein sollte: *pouvoir neutre*. Mit ihr stellt sie sich in den mythologischen Zusammenhang, in dem Rechtsprechung und charismatische Verkündung eins sind⁶⁴. Für Konrad Zweigert – unverdächtig, wie's scheint – ist denn auch »im Grunde der Sache . . . Richten Tun Gottes und nicht des Menschen.«⁶⁵ In einer Gesellschaft mit selbständiger richterlicher Rechtsfortbildung aufgrund ethischer Prinzipien seien dem Richter heute Aufgaben zugewachsen, »die ohne Charisma gar nicht mehr zu bewältigen sind« (302). »Da nun mit der zunehmenden Ethisierung des Rechts das irrationale Moment angewachsen ist, muß dem Richter von der Gesellschaft ein Vertrauen entgegenfließen, das nicht nur ein Vertrauen in seine Sache, sondern in das Charisma, Vertrauen in seine Person ist.« (310)

Die Befangenheit in kaum durchschauten Mythologien entwertet anti-autoritäre, oppositionelle Äußerungen⁶⁶ wie die von Diether Huhn zu bloß formellem

⁶³ Diese Unterscheidung macht Theo Rasehorn, Was formt den Richter? (N. 25) S. 11 f.

⁶⁴ Ernst Forsthoff hat in seinem Königsberger Vortrag von 1940 über Recht und Sprache (Neudruck: Darmstadt o. J., S. 5 ff.) diesen Zusammenhang von personhaft verantwortlicher Rechtsprechung und Verkündung als »ideale Gestalt« gezeigt: »Zwei Momente sind es, welche die Verkündung über die Mitteilung erheben und ihr eine andere logische Qualität geben: Es ist zunächst die personhafte Entäußerung des Verkündenden, der nicht nur eine Mitteilung macht, sondern ein persönliches Erkenntnis von sich gibt, für das er, indem er es ausspricht, auch personhaft eintritt. Ein Erkennen also, dessen er sich entäußert, um sich zugleich verantwortlich mit ihm zu verbinden.« (5) Sie setzt weiter voraus, daß sie »öffentlich« im Rahmen »urtümlicher Ordnungszusammenhänge« geschieht. »Der Priester und der Richter sind darum Urgestalten der volklichen Welt, die mit ihr selbst als notwendig gegeben sind.« (6).

⁶⁵ K. Zweigert, Zum richterlichen Charisma in einer ethisierten Rechtsordnung, in: Festgabe für Carlo Schmid, Tübingen 1962, S. 299–311 (299). Die Hoffnung auf ein neues Charisma hat Zweigert mittlerweile aufgegeben. Für ihn ist nunmehr der Richter »social engineer« (Die Zeit 8/69, S. 56).

⁶⁶ Der Satz von Wassermann, »Sie können die Justiz heute nicht mehr zu den Autoritäten zählen, sondern sie müssen sie als Antiautorität ansehen.« (Frankfurter Rundschau v. 25. 9. 1968), auf einem teach-in im Frankfurter Gerichtsgebäude ist nur auf die subversive Kraft solcher Veranstaltungen zurückzuführen, die Wassermann seine frühere Ansicht revidieren ließ. Vor-

Aufmüpfen: »Es gibt nur eine Opposition gegen den Gesetzgeber und gegen die Exekutive . . . : Das ist die Opposition der Richter. . . Sie müssen Widerstandsgest aufbringen.«⁶⁷ Reformern wie Rasehorn ist nicht vorzuhalten – wie es häufig geschieht –, daß sie völlig theorielos seien. Ihre Kritik an der gängigen Dogmatik, den Scheinproblemen der »herrschenden Universitätskamarilla«, an einer fungiblen Methodenlehre, ihre Aufdeckung psychologischer Entscheidungsgrundlagen ist bei allem Gepolter nicht frei von theoretischer Einsicht. Ihnen ist aber vorzuhalten, daß sie, indem sie ebenso wie die Akteure ihres Gegenstandsbereichs eine Formel wie die von der »engagierten« oder »verantwortlichen Persönlichkeit« an zentraler Stelle⁶⁸ verwenden, ihre analytischen Bemühungen vorzeitig – vor einer Herrschaftskritik – abbrechen, um nach vehementer Polemik das wieder zu erlangen, was der Kritiker des »Paragaphenturms« (1966, S. 15) den Richtern als spezifische Differenz attestierte: das unerschütterlich gute Gewissen.

Die mythologische Antwort auf den Legitimationszwang, welcher der Justiz durch ihren Funktionswandel auferlegt worden ist, begründet unsere Skepsis, daß es der Dritten Gewalt gelingen könne, legitime Handlungsspielräume gegenüber verfestigten Institutionen im politischen System offen zu halten. Weder die Betonung ihrer verfassungsrechtlichen Stellung noch die Demokratisierungsbestrebungen *innerhalb* des Justizapparats lassen den Schluß auf eine demokratische, zumindest anti-autoritäre Rechtsprechung zu⁶⁹. Inwieweit aber könnte es der Justiz überhaupt gelingen, Konflikte, die durch bewußte und begrenzte Regolverletzungen entstanden sind, nicht autoritär zu lösen, sondern durch flexible Anwendung von Legalnormen; eine Anwendung, in der die Ansprüche, Zwecke der Handelnden nicht durch Privatisierung und Applikation eingespielter Konformitätserwartungen unterdrückt, sondern selbst noch in einen Reflexionsprozeß über eine historisch mögliche Praxis mit hineingenommen werden. Inwieweit könnte es der Justiz gelingen, statt verletzte institutionalisierte Verhaltenserwartungen unnachgiebig legal zu stabilisieren, die Verletzungen noch als deren Produkt zur Geltung zu bringen? Dies, so scheint mir, ist das allgemeine Problem, vor das die Prozesse gegen Mitglieder der ApO die Justiz, und darüberhinaus das herkömmliche Rechtsverständnis, stellen. – Aktive Proteste, bewußte Provokationen der »Neuen Linken« indizieren ein anti-autoritäres Verhalten, das, jenseits psychologischer und moralischer Momente, einem in experimenteller Selbsttätigkeit organisierten politischen Lernprozeß entspringt, dessen ursprüng-

dem hieß es bei ihm: die Justiz »bleibt Autorität, aber sie ist nicht mehr autoritär, sondern nimmt menschliche Züge an.« (»Neuer Typ von Richter gesucht«, in: FR v. 13. 6. 68).

⁶⁷ In: Rasehorn et al. (N. 14), S. 190; s. auch S. 211: »Opponent der Gesellschaft«, Hoffnung der Nonkonformisten – dag. Rasehorn, ebd. S. 229, der eine Opposition zur Gesellschaft für verfehlt hält, statt dessen das Eintreten des Richters für Humanität und Freiheit in den Vordergrund stellt. – S. ebd. S. 60 (Fritz Hasse): »Wer, wenn nicht wir Richter, besitzt die Unabhängigkeit, um die Lügen und die Scheinheiligkeit des Establishments zu zerfetzen und die Freiheit und die Würde des Menschen zu schützen. Wir könnten – besser als Regierungs- und Ministerialräte – demokratisches Bewußtsein in die Gesellschaft transportieren. Wir müssen uns nur bemühen . . . die herrlichen Möglichkeiten des Richteramtes . . .« – Hinter der vielgepriesenen Kritik des DRB am klageunwilligen Bundespräsidenten stand übrigens weniger anti-autoritäres Verhalten, als vielmehr das Vertrauen der Justiz in sich selbst: eine klare, demokratische Rechtsprechung werde schon einen »kurzen Prozeß« ermöglichen. S. Herbert Arndt, DRiZ 1968, S. 131.

⁶⁸ (N. 14), etwa S. 17, 20, 22, 25, 99, 134, 184, 186. – Auf S. 33 findet sich ein Freisler-Zitat: »Soll verantwortungsvolle Richterpersönlichkeit oder Abstimmungszahlenspiel Grundlage des Urteils sein?«

⁶⁹ Hans Peter Bull, Der Richter – »königlich«, »demokratisch« oder was sonst?, in: ZRP 3/1968, S. 64–69 (66), weist darauf hin, daß durch die Selbstbestimmung einzelner Gruppen, deren Entscheidungen nicht mehr allgemein transparent sind, gerade undemokratische Tendenzen gefördert werden können.

liche Sensibilität gegenüber verdeckten Gewaltverhältnissen nicht mehr empörende Unterprivilegierung, Erfahrungen einer geknechteten, ausgebeuteten Klasse voraussetzt⁷⁰. Nicht deshalb, weil in diesen Verfahren der Mittelstand unter sich bleibt⁷¹, sondern weil ihre Kritik über die an Klassenherrschaft, was auch immer das heute sein soll, hinauschießt, nimmt sich der Vorwurf der ApO, die Rechtsprechung über Klassenjustiz, eigentümlich aus.

Unsere Frage zielt nun nicht mehr auf die soziale Rolle des Richters und sein Selbstverständnis, vielmehr auf Denkformen der Rechtsanwendung, auf historisch variable Kategorien der richterlichen Urteilsfindung. Wir fragen nicht abstrakt nach einem teleologisch bestimmten »Weltbild«⁷², sondern nach quasi-transzendentalen Mustern, die auf einer bestimmten historischen Stufe während der akademischen Ausbildung die Umsetzung dogmatischer Sedimente in motivische Handlungsinformationen ermöglichen.

Die Bedeutung der akademischen Qualifikation

Die Bedeutung der rechtswissenschaftlichen Sozialisation konnte solange unterschätzt werden, wie die Rechtsordnung die Interessen derer unmittelbar traf, die in ihre Techniken eingeübt werden sollten. Heute dagegen nimmt für die Studenten die Internalisierung von zu sozialtechnischen Regeln vergegenständlichten Interessen im Rahmen einer unveränderten Dogmatik zwangshafte Züge an. In der Erfahrung der Härte (oder Bedeutungslosigkeit) des Materials, mit dem das Bewußtsein juridifiziert werden soll, wächst zugleich die Empfindsamkeit für dessen hintergründige Organisationsprinzipien. Nicht mehr stehen dogmatische Konstruktionen im Vordergrund, »herrschende« oder »abweichende« Meinungen, juristische »Theorien«, sondern die Bedingungen ihrer Anwendbarkeit. Es geht mir in diesem begrenzten Rahmen auch nicht um die Ausbildungsformen, die die Entfaltung einer politischen und soziologischen Phantasie restringieren und dadurch nur scheinbar vor der »Willkür von Einfällen« sichern. Als Komplexe, die das handlungsleitende Interesse der Jurisprudenz jeweils – neben der institutionalisierten Rolle und den Selbstinterpretationen ihrer Träger – festlegen könnten, möchte ich abschließend diskutieren: juristische Methodenlehren, Falllösungs-Techniken und Zurechnungsformen.

Die bislang angebotenen juristischen Methodenlehren oder methodologischen Untersuchungen legitimieren oder kritisieren faktisches richterliches Verhalten, ohne aber jemals dieses »naturalistisch« wiedergegeben zu haben. Sie erwecken den Schein einer normativen Methodologie; ihre Standards definieren aber einmal nur abstrakte Bezugssysteme (»Interessen« des »Lebens«, abzuwägende »Werte«, soziologische Analysen) oder Grade der Loyalität gegenüber dem Gesetz (rigide Subsumption und Begriffszerlegung, »denkenden Gehorsam«, »Gesetz

⁷⁰ S. Oskar Negt, Einleitung zu: Die Linke antwortet Jürgen Habermas, Frankfurt a. M. 1968, S. 17 ff. – Man kann sich natürlich auch so ausdrücken, wenn man bislang vergeblich nach der metaphysischen Entität »Klasse« gesucht hat.

⁷¹ Karl Liebknacht konnte noch schreiben (III, 32): »Es ist ja leider eine sehr bekannte Erscheinung, daß man, sooft Studenten auf die Anklagebank kommen, das volle Verständnis dafür hat, daß sie nur in jugendlichem Übermut einen Unfug begangen haben, daß man aber, wenn ein Arbeiter einen äquivalenten Exzeß begeht, mit Vorliebe von einer ungeheueren Verrohung des Arbeiterstandes spricht und daß Dame Justitia den Arbeiter mit einer Wucht am Kragen packt, die man bei der Verfolgung von Angehörigen der besseren Stände in ähnlichen Fällen durchaus vermischen muß.«

⁷² Wie es Karl Engisch, Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl. Heidelberg 1965, für die juristische Begriffsbildung gezeigt hat. Daran läßt sich allgemein das handlungsleitende Interesse der Jurisprudenz nachweisen.

und Recht«), Problemlösungs-Attitüden für notwendige »Anpassung«, Lückenfüllung, »geglückte Fortbildung« des Rechts; stellen jedoch keine Kriterien der Plausibilität dar: sie sind fungibel in dem Sinne, daß sie zu Argumentations-Instanzen in einem Handlungsgefüge werden, das objektiv ganz anderen Regeln folgt. Die Schallplattenverleger-Entscheidung des Bundesgerichtshofs macht das deutlich⁷³: während das Gericht meint, »systematisch« zu interpretieren, verfährt es längst »teleologisch«. Juristische Methodologie zielt nicht auf Überprüfbarkeit von Entscheidungen, sondern erhebt den Anspruch, intentional präskriptiv zu verfahren: ihre Anweisungen könnten zu verbindlichen Maximen des Interpretieren selbst werden. Sie lebt von der Fiktion, daß, wenn eine Frage normativ gelöst sei, sie überhaupt gelöst sei. Und ihre normativen Regeln, unabhängig von irgendwelchen Sinnkriterien, welche die neuere Wissenschaftstheorie entwickelt hat, erschöpfen sich darin, »abzuwägende« Gesichtspunkte zu formulieren (Gleichrangigkeit der Interpretationsregeln), die bloß die Entscheidungskompetenz dezisionistisch auf den jeweils Anwendenden verschieben⁷⁴. Sie ist zitier-, aber kaum motivfähig. Ihr Einfluß auf die aktuelle Rechtsanwendung besteht anscheinend darin, daß ein Richter die angebotenen Subsumptions-Vorstellungen für sich beanspruchen kann: er sei ja ans Gesetz gebunden – eine Aussage, die nichts über die Anwendung enthält, sondern nur den Schluß auf freilich formale Skrupel des Richters zuläßt.

Weniger das, was explizit formuliert wird, als das, was hinterrücks eingeübt wird, scheint praktische Lernprozesse zu charakterisieren. Während der ApO-Verfahren hat sich in ungewöhnlicher Transparenz gezeigt, daß die *Falllösungs-Techniken* – und ich behandle hier vornehmlich die strafrechtlichen – nicht die Plastizität der Interpretation garantieren, um einem Fall gerecht zu werden. Rechtsgesetze knüpfen zwar ans Äußere der Handlungen an; es ist aber eine fatale Fiktion, die Beurteilung des Sachverhalts und die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit als eine »wertneutrale Subsumption« hinzustellen, wie das z. B. Richter Schwalbe im Paar-Urteil machte – als ob für einen Richter solche Begriffe wie »Aufruhr«, »Zusammenrottung« und »Gewalttätigkeit« neutral seien, der im Verfahren selbstverständlich verkündet: »Ordnung muß sein.« Die »wertneutrale Subsumption« erweist sich als Abwehrstrategie gegen eine historische Auslegung, gegen eine Betrachtung der Interessen, die in die gesetzlichen Begriffe eingegangen sind. Indem der Richter diese verdrängt – gleichwohl seine privaten Konnotationen verrät – stellt er sich objektiv auf den Standpunkt des Obrigkeitsstaats von 1871. Die juristische Technik verrät sich freilich selbst: denn die Erfüllung der Tatbestandsmäßigkeit soll die Rechtswidrigkeit »indizieren«. Der Sprung von der puren Tatsachenfeststellung zur Konstatierung des Unrechtsgehalts zeigt jedoch an, daß in die Gesetzesbegriffe Wertungen eingeschlossen sind. Bevor dann das »Recht des Willens«⁷⁵ – die Schuld – als drittes betrachtet wird, hat der Täter erst einmal Unrecht. »Schuld« ist bloß noch eine Residual-Kategorie. Exemplarisch ist das am Urteil gegen die vier (?) Brandstifter zu belegen. Mit unerhörter Akribie wird der äußere Tathergang zu rekonstruieren verursacht, die Zusammenkunft der Angeklagten, ihr Verhalten am Tattag, die Gebäudeverhältnisse, das Ausmaß des Brandes, die Brandsätze etc. – was alles nicht zu kritisieren wäre, wenn nicht der politische Aspekt – der das Lösungsschema zerreißt, weil er nicht mehr im äußeren Geschehen wiederzuerkennen ist – zu kurz käme,

⁷³ Kartellsenat, Urt. v. 30. 6. 1966: BGHZ 46, S. 74–87. Die vorzüglichen Beispiele von K. Zwingmann, (N. 24) S. 35 ff., zeigen darüberhinaus die allgemeine Austauschbarkeit der methodischen Standards.

⁷⁴ S. N. Luhmann, (N. 12) S. 60, 81.

⁷⁵ G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 118.

nicht nur sieben von zweiundvierzig Seiten einnahme. Zudem zeigen sich in der – selektiven – Darstellung der persönlichen Verhältnisse gewisse ordnungsliebende, sittenreine Dispositionen der Richter, die doch so gerne neutral verfahren möchten⁷⁶.

Was in den Faliösungs-Techniken zum Ausdruck kommt, sie erst verständlich macht, aber in den routinemäßigen Schritten von einer zur anderen Stufe unterdrückt wird, sind *Zurechnungsformen*, die nicht mehr Instrumente juristischer Vernunft sind, sondern selbst objektive Interessen bezeichnen. Daß Rechtsgesetze auf das Äußere von Handlungen gehen heißt, daß an diese, als einem »Sachverhalt«, Erwartungen, Interessen herangetragen werden und zwar so, daß sich dem physikalisch vergegenständlichten Ereignis »Handlung« gegenüber die legitimierte Erwartungen (»Rechtsgüter«) ungebrochen durchsetzen. Inwieweit, so nehme ich die Frage von oben auf, kann es nun im Rahmen der juristischen Kategorien gelingen, daß diese objektive Zurechnung sich gegenüber der »Innenseite« des Handlungssystems als legitim noch ausweisen muß, sie überhaupt erst einmal zur Kenntnis des Betrachters gelangen läßt? In welchem Maße ist es möglich, die Ziele von Handlungen zu interpretieren, ohne vorgängig die eigenen Interpretationen zu applizieren: gegen die eigenen Vorstellungen des (polizeilichen) Beobachters von Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, Radau, Krawall usw., die als intentional dem Betrachteten unterlegt werden – als ob jemand um des Störens willen stören wollte –, die Interpretationen der Agierenden noch zur Geltung zu bringen⁷⁷? Um diese Frage für das richterliche Weltbild zu diskutieren, ziehe ich eine Formel heran, die in einigen Urteilen explizit, sonst beim verfassungskonformen Schaukeln zu finden ist: die »Goldene Regel«. An dem Aufsatz von Günter Spindel in der Festschrift für Fritz von Hippel⁷⁸ möchte ich verdeutlichen, von welchem Konzept einer kommunikativen Interpretationsstruktur das juristische Verständnis beherrscht ist. Spindel vermerkt, daß für den Juristen eine vom äußeren Verhalten ausgehende Betrachtungsweise charakteristisch sei, die natürlich subjektive Momente nicht ausschließe (502). Um aber diesen objektivierenden Aspekt begründen zu können, muß er den »Normal-Fall« unterstellen, »daß die Menschen in dem übereinstimmen, was sie nicht erleiden wollen« (511). Das sei eine »notwendige Grundlage für ein rechtliches Zusammenleben der Menschen« (511) – der »normalen« Menschen (509), zu denen nicht gehören die feinfühlig, exzentrischen, törichten oder abgestumpften. Was er also unterstellt, sind *stabile Konformitätserwartungen*, innerhalb derer die

⁷⁶ Es sei noch, auch als Nachtrag zur richterlichen Kritik der Exekutive, vermerkt, daß bei der Betrachtung polizeilichen Handelns das Schema umkippt: daß der Beamte »im Bewußtsein seiner Verantwortung« handelte, indiziert die Rechtmäßigkeit seines »entschlossenen« Handelns und ermöglicht, daß andere einen Straftatbestand erfüllen können. S. z. B. LG Bremen, Urt. v. 17. 4. 1968, in: NJW 1968, S. 1889.

⁷⁷ Erhard Denninger hat in einem Beitrag über »Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt«, ZRP 2/1968, S. 42–46, dieses hermeneutische Problem kurz behandelt unter der Perspektive polizeilicher Beurteilung. Seine Unterscheidung von Reform und Revolution ist allerdings auch eher eine äußerliche, Barzelsche. – Die Erwiderung von Guradze, ZRP 1/1969, S. 6/7, geht haarscharf an diesem Problem vorbei, doch nicht ohne selbst ein Problem zu exemplifizieren. – Wie man unangekränkt sein ordnungsliebendes Vorverständnis durchsetzt, demonstriert auch Konrad Zweigert (Die Zeit 8/69, S. 56): »Mit der Kampagne gegen die Justiz, die von radikalen jungen Leuten der sogenannten APO organisiert wird, kann man sich geistig nicht auseinandersetzen, weil hinter dieser kleinen Minderheit – es wäre bitter unrecht, sie mit den Studenten zu identifizieren – kein Geist, Ziel oder Programm steht, sondern nur die dumpfe und unreflektierte Absicht, unser ganzes Justiz- und Rechtssystem zu zerstören. Hier wird keine Meinung geäußert, die unter dem Schutz des Artikel 5 des Grundgesetzes stünde, sondern linksfaschistischer Terror praktiziert, der mit staatlichen Mitteln abzustellen ist.« Solche Sätze sind nicht mehr nur ein wahrnehmungspsychologisches oder hermeneutisches Problem, sondern eines der autoritären Restauration.

⁷⁸ Tübingen 1967, S. 491–516.

Handelnden prinzipiell austauschbar wären. »Im übrigen sorgt schon die menschliche Natur dafür, daß keine zu großen Abweichungen darin bestehen, was die Menschen nicht erleiden wollen.« (515) Das delikate, von Kant formulierte Problem, ob denn nicht auch der Delinquent die Goldene Regel wider den Richter kehren könne, macht die Notwendigkeit einer möglichen Rollenvertauschung klar; denn unser Prinzip funktioniere, so Spindel, nur, wenn auch der Richter straffällig geworden sei; dann solle er aber auch nicht mehr urteilen, er solle sich vielmehr schämen; aber der Delinquent vermag sich nicht durch diesen Hinweis »seiner verdienten Strafe zu entziehen«. Die Rechtfertigung der Strafe hänge nicht davon ab, ob der Richter »persönlich rechtlich handelt« (514). Es werden also unter dem Schein persönlicher Beziehungen kollektive Erwartungen appliziert, in denen beschlossen ist, wann eigentlich eine Strafe »verdient« sei. Ein derart rigides Rollenkonzept – und das eint den kategorischen Imperativ mit der Goldenen Regel – erklärt legitime Abweichungen von Handlungsinterpretationen für unmöglich. Jedes vernünftige Individuum befolgt die Erwartungen, die an es gestellt werden und garantiert damit eine überstabile Komplementarität der Rollenschemata. Nur dadurch, daß jedes Subjekt ohnehin schon (autonom) weiß, was es zu lassen hat, stellt sich ein rechtssicherer, sprachlich eindeutiger Zustand her. Dieses Modell bestimmt die richterliche Interpretation noch und gerade dann, wenn es durch soziale, rechtlich relevante Konflikte zerbrochen ist. Dann bildet es die Grundlage, auf der sich der forensisch verwaltete *sensus communis* unerschüttert durchsetzen kann.

Mit dem Postulat der Reziprozität ist aber noch kein inhaltliches Kriterium gegeben. Es kommt auf die Setzung von »Schranken« an; bei den Anti-Springer-Demonstrationen darauf, ob die Begriffswelt der Bild-Zeitung auf die Handlungen angewendet werden soll (»Das war kriminell!«), oder die Ziele der Demonstranten, die intentional nicht dadurch erfaßt werden, daß dabei »von vorneherein Menschen und Sachen geschädigt werden und durch die gewaltsam die Auslieferung von Presseerzeugnissen verhindert werden sollten« (Richter Schwalbe). Damit macht sich der Richter die Betrachtung Springers zu eigen, stellt sich objektiv auf dessen Seite. Die Forderung nach verfassungskonformer Auslegung hilft hier nicht, weil sie nur eine beliebig lange währende Abwägung verlangt, die sich, ohne auf die Handlungsinterpretationen eingehen zu müssen, dann in allgemeinen Gesetzen oder anderen Grundrechten als denen der Demonstrationsfreiheit bricht.

Es geht darum, daß den Juristen ein Bildungsprozeß⁷⁹ zugemutet wird, in dem sie auch die Interessen der »autonomen Persönlichkeiten« – die ja die Angeklagten sein sollen –, die aber gar nicht so privat und persönlich sind, zu treffen haben. Der bürgerliche Prozeß lebt bislang von der Fiktion, daß das willensfreie Subjekt an seinen eigenen Maximen gemessen werde, von denen es – situativ, zufällig – abgewichen sei. Als Fiktion erweist sich das dann, wenn die legale Legitimation selbst problematisiert wird: konkurrierende Interpretationen angeboten werden. Und die herrschende Justiz, ihrem Anspruch untreu, stilisiert die abweichenden Vorstellungen in den ApO-Prozessen zu »idealistischen Motiven« oder umgekehrt zu einer privaten »extremistischen Einstellung«, die unter dem Schleier des Personalismus, nicht ausgewiesener Legitimitätsmuster des Systems begraben werden.

Der Personalismus ist nicht funktional notwendig auf Klassenherrschaft bezogen; er schneidet vielmehr die Reflexion auf historisch Gebotenes vorweg dadurch

⁷⁹ Im Privatrecht hat die technische Entwicklung neue, nicht persönlich-schuldhaft zurechenbare Haftungsgründe hervorgerufen, die sich auf soziale Funktionen beziehen.

ab, daß ein Begriff wie »soziale Verantwortlichkeit« tabuisiert wird. Nur so läßt sich wohl die ambivalente Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die dem Begriff der Klassenjustiz noch am nächsten kommen könnte, interpretieren: die personale Betrachtung verdeckt soziale Herrschaftsverhältnisse (und führt zur Beschränkung des Streikrechts), ermöglicht aber bei sozial irrelevanten Fällen eine caritative Praxis. – Die punktuelle Reduktion der Zurechnung aufs Wissen und Wollen eines personalen Täters ist allemal entpolitisierend: ob nun die Berliner Senatspolitik in der »vegetativen Labilität« eines Kurras verschwindet oder etwa nur noch die Handbewegung untersucht wird, mit der Steine geworfen worden sein sollen (vielleicht auch Herr Rehse im Beratungszimmer, seine ausdrückliche Absage ans Gesetz formulierend). Objektive politische Gehalte von Handlungen werden zur puren Vorsatzform⁶⁰. Das Beharren von Zeugen und Verteidigern auf einer Betrachtung der politischen Hintergründe und des Verhaltens der Polizei wird beendet durch den ungeduldigen Hinweis des Richters, daß man doch wieder »zur Sache« kommen wolle. Darin, daß der Richter Agentur allgemeiner Konformitätserwartungen ist, liegt der Grund seiner Interpretationsherrschaft. Sein stellvertretendes Verständnis würde bedroht, hätte er sich einer verbindlichen Diskussion zu stellen. »Die politischen Argumente sollte man anhören, respektieren und evtl. subjektiv berücksichtigen, die Replik aber darauf beschränken, daß Sozialismus legitim, aber kein genereller Rechtfertigungsgrund ist.« Solche Zurückhaltung empfiehlt Martin Kriele angesichts der »Justizkampagne« der ApO, sowie die »weitestmögliche Reduktion des Verhaltens- und Ausdrucksstils auf den Ton funktionaler Sachlichkeit« (ZRP 2/69, S. 40). Darin sind aber die »politischen Argumente« nurmehr private Äußerungen, die eine »souveräne Richter-Persönlichkeit«⁶¹ im Unverbindlichen belassen kann (»evtl. subjektiv berücksichtigen«). Die Atmosphäre »funktionaler Sachlichkeit« ist eine der Unverbindlichkeit. Indem die argumentative Kommunikation im Prozeß zum irrationalen, nur scheinbar das Urteil begründenden Geschehen herabgesetzt wird, kann der Richter seine Herrschaft ungetrübt – funktional – ausüben. Im Urteil kann er dann den Angeklagten vielleicht von seinen Lernprozessen Zeugnis geben etwa in der Form, daß der Vietnam-Krieg »ein Erlebnis (sei), das jeden human gesinnten Menschen berühren sollte« (Brandstifter, S. 40). »Verstehen« ist an kommunikative, und d. h. verbindliche argumentative Praxis gebunden. In ihr löste sich Herrschaft auf. Der Richter aber, um Herrschaftsinteressen durchsetzen zu können, entzieht sich vernünftigem Reden. Er braucht nicht die Betroffenen niederzubrüllen; er schweigt.

⁶⁰ Das Brandstifter-Urteil gibt sich fortschrittlich; es geht von einem »politischen« Begriff der Schuld aus »in dem Sinne, daß der Täter sich bewußt der geltenden Rechtsordnung nicht »anpaßt« (38). Die politischen Reflexionen gehen vielversprechend von der Frage nach der Legitimität der Gewalt in politischen Konflikten aus. Dann aber holt es die vertrauten Formeln hervor: daß die BRD die freieste Verfassung besitze, die Deutschland je besaß; und auch die Verfassungswirklichkeit gewährleiste (?) einen, wenn auch nicht vollkommenen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Deshalb könne von einer Widerstandssituation – und das »wird jeder rechtlich gesinnte Mensch leicht einsehen« – in der BRD nicht die Rede sein. Und ohne Beachtung der Differenz von direktem und symbolischem Widerstand: gewaltsamer Widerstand sei nur »in äußersten Notsituationen als äußerstes Mittel zur Abwehr äußersten staatlichen Unrechts erlaubt« (36). Statt nach diesen pragmatischen Leerformeln endlich auf das Problem der Gewalt einzugehen, fließt die Goldene Regel wieder ein; denn bei »gewaltsamen Aktionen« würden Unbeteiligte und Unschuldige in Mitleidenschaft gezogen, wenn sie nicht gar getötet würden. Ohne Kriterien dafür anzugeben, wann die Beeinträchtigung anderer rechtlich relevant wird, operiert das Gericht mit Vorstellungen einer überstabilen, gleichgeschalteten, nur verbal unruhigen Gesellschaft. Und schließlich: »Mangels wirksamer Effektivität ist schon um deswillen politischer Widerstand unrechtmäßig.«

⁶¹ Die von R. Wassermann (Interview in: Der Spiegel 6/69 v. 3. 2. 69, S. 23) angeführte Charakterisierung des Richters als »souveräne Persönlichkeit« scheint die der »verantwortlichen Persönlichkeit« abzulösen.