

Friedhelm Hase

Meinungsfreiheit und Richteramt

I. Meinungsfreiheit

1. »Eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt . . .«

Spätestens seit dem »Lüth-Urteil« des Bundesverfassungsgerichts ist uns die überragende Bedeutung des »Grundrechts auf freie Meinungsäußerung« geläufig, das bekanntlich u. a. »als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt« ist, »für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung . . . schlechthin konstituierend« und »in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit«¹. Allerdings hat das Gericht, was häufig übersehen wird, in diesen (seit nunmehr einem Vierteljahrhundert in der Rechtsprechung zu Art. 5 GG gnadenlos immer wieder hergebeteten) Wendungen weniger die Bedeutung des Grundrechts für diejenigen im Auge, die selbst so frei sein und sich ungehindert und ungestraft äußern wollen. Hier ist vor allem von der »grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat«² die Rede, und sorgfältige Leser des Urteils haben denn auch schon bemerkt, daß die Verfassungsbeschwerde des Senatsdirektors Erich Lüth nicht deshalb Erfolg hatte, weil die von ihm geäußerte Meinung für die »geistige Auseinandersetzung« unverzichtbar war, sondern weil sein Eintreten gegen den NS-Regisseur Veit Harlan auch im wohlverstandenen Interesse des westdeutschen Staates lag³. Für diesen Staat hat die Meinungsfreiheit in der Tat »konstituierende« Bedeutung, ist sie doch einer der »Werte«, durch deren beständige Anrufung er der Tyrannis des Nationalsozialismus, noch mehr der des »real existierenden Sozialismus« gegenüber seine besondere »Freiheitlichkeit« geltend macht⁴. Diese »Freiheit« kann letztlich nur *negativ*, in globalen (äußereren wie inneren) Abgrenzungen dargestellt werden: Sie legitimiert sich nicht an Kritik und Abbau von Herrschaft in der Bundesrepublik, sondern beschwört eher allgemeine Gegensätze, in denen der bestehende Staat mit systemexterner Unterdrückung kontrastiert wird. Freiheit in diesem Sinne verpflichtet den Staat nicht zu viel, läßt den Bürgern aber keine Wahl: Letzten Endes pocht sie auf Identifikation mit dem »freiheitlichen Staat« und Übernahme der entsprechenden Feindbilder, und wer das verkennt und beispielsweise behauptet, in der Bundesrepublik – nicht, wie es richtig gewesen wäre, in der DDR, CSSR oder irgendwo in Südamerika – dürfe man die eigene Meinung nicht frei äußern, verfehlt diese Freiheit und darf just deshalb unterdrückt werden⁵. Gegen Kontrollen und Beschränkungen individueller und gesellschaftlicher Aktivitäten durch den Staat hat diese Freiheit (als globaler Wert) jedenfalls nichts Prinzipielles einzuwenden, vor allem wenn es ein »freiheitlicher« und kein »totalitärer« Staat ist, der sie anordnet.

¹ BVerfGE 7, 198 ff., 208.

² BVerfGE 7, 208, Hervorhebung vom Verf., F. H.

³ Vgl. H. Ridder in: J. Mück (Hg.), *Verfassungsrecht*, 1975, S. 156 ff.

⁴ Vgl. allgemeiner zur Ideologie des »westlichen« Staats P. Anderson, Antonio Gramsci, (dt.) 1979, insbes. S. 37 ff.

⁵ Vgl. z. B. OLG Düsseldorf DuR 1978, 218 ff.

Aus genau diesem Freiheitsverständnis heraus hat sich in der Bundesrepublik eine, doppelbödige juristische Rhetorik entwickelt, die zwar Meinungsäußerungen »in ihrer rein geistigen Wirkung« allgemein für »frei« erklärt, die aber keine Schwierigkeiten hat, das so wichtige Grundrecht *im konkreten Konfliktsfall* (in dem es »darauf ankommt«) hinter anderen, dort eben noch wichtigeren Gesichtspunkten oder »Rechtsgütern« zurücktreten zu lassen. So hatte es schon im »Lüth-Urteil«, in dem die »Güterabwägung« als flexible Schranke der Meinungsfreiheit etabliert worden war, geheißen: »Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen . . . von höherem Rang durch die Betätigung (!) der Meinungsfreiheit verletzt würden«, was sich nur »auf Grund aller Umstände des Falles feststellen lasse⁶. Als höherrangige Interessen sind seitdem nicht nur die »freiheitliche demokratische Grundordnung«⁷ oder das »Ansehen der Bundesrepublik Deutschland«⁸, sondern etwa auch die »Funktionsfähigkeit der Bundeswehr«⁹, das »allgemeine Persönlichkeitsrecht«¹⁰ und vieles mehr anerkannt worden. »Unterhalb« der wohlklingenden Deklarationen scheint es in der Bundesrepublik mit dem besonderen Gewicht der Meinungsfreiheit allzu weit auch nicht her zu sein, denn das Recht, in gehöriger Form das zu sagen, was man sagen soll (= was nicht höherrangigen Interessen widerspricht), ist ja nicht besonders viel wert!

2. Der Richter: ein Staatsbürger »wie jeder andere«?

Es ist nur konsequent, entbehrt aber nicht ironischer Aspekte, daß die Richter sich nicht darauf beschränkt haben, die Meinungsfreiheit *anderer* zu verkürzen. »Güterabwägung« hat, einmal in der Welt, universalistische Tendenzen, und so kann auch die Frage »Was darf ein Richter sagen?« nicht mehr prinzipiell beantwortet werden. Auch hier muß im Einzelfall mit potentiell höherrangigen »Werten« »abgewogen« werden¹¹, und die Grenzen scheinen für Richter noch erheblich enger als für andere gezogen zu sein. So hat der Berliner Justizsenator kürzlich erklärt, Richter und Staatsanwälte dürfen sich »wie jeder andere Staatsbürger« auf den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit berufen, aber die Freiheit unterliege bei solchen Personengruppen Grenzen, die durch die im Grundgesetz verankerten *besonderen* Pflichten zur Erhaltung einer intakten Rechtspflege bestimmt werden¹². Der Richter »hat« danach zwar dieselbe Freiheit wie alle anderen Bürger, aber er darf sie nicht wie sie, sondern nur in »besonderer« Weise gebrauchen!

II. Zum Beschuß des Bundesverfassungsgerichts (Vorprüfungsausschuß) vom 30. 8. 1983

Mit diesem rhetorischen Manöver, bei dem mit der einen Hand großzügig Garantien verteilt, mit der anderen aber sogleich wieder einkassiert werden, hat sich der Senator auf einen Beschuß des Dreierausschusses vom 30. 8. 1983 berufen¹³. (Der

⁶ BVerfGE 7, 210 f.

⁷ Vgl. z. B. BVerfGE 25, 44 ff., 55 ff.; zum »Schutz der Staatssicherheit« BVerfG NJW 1981, 1719 ff., 1720.

⁸ Vgl. etwa BVerfGE 47, 198 ff., 231 ff.

⁹ BVerfGE 28, 282 ff., 292.

¹⁰ BVerfGE 34, 269 ff., 290 ff.

¹¹ Vgl. dazu z. B. H.-J. Wipfelder, DRiZ 1983, 337 ff.; ders., ZRP 1982, 121 ff.; ders., DRiZ 1984, 41 ff.; K. Dürholt, ZRP 1977, 217 ff.

¹² S. dazu FAZ v. 1. 11. 1983, S. 4.

¹³ NJW 1983, 2691.

Beschluß macht allerdings einmal mehr die Problematik des *summarischen*, an der Arbeitsüberlastung des Gerichts legitimierten Vorprüfungsverfahrens nach § 93a BVerfGG deutlich. In ihm wird in der Sache gar nicht entschieden, und Nichtannahmebeschlüsse haben auch nach h. M. keine »materielle Rechtskraft« und über das konkrete Verfassungsbeschwerdeverfahren hinausreichende Bindungswirkung. Ihre Veröffentlichung ist gefährlich, weil die Beschlüsse damit aufgrund der starken Fixierung des juristischen Betriebs auf die Verfassungsgerichtsbarkeit zu Präjudizien aufgebaut werden. Die mit der Vorprüfung institutionalisierte summarische Verfügung über Grundrechte kann aber allenfalls dann erträglich sein, wenn ihre Wirkungen auf das konkrete Beschwerdeverfahren strikt begrenzt werden.) Dem Gericht lag die Verfassungsbeschwerde eines Richters vor, der einen disziplinarischen Verweis erhalten hatte, weil er in einer Zeitungsanzeige zusammen mit ca. 700 Personen unter Angabe seiner Berufsbezeichnung dagegen protestiert hatte, daß ein Lehrer »wegen der Wahrnehmung demokratischer Rechte, z. B. wegen einer Kandidatur für die DKP« an der Ausübung seines Berufs gehindert werden sollte. Die Unterzeichner hatten »allen vom Berufsverbot betroffenen Kollegen« ihre Solidarität versichert und das LAG, das über den konkreten Fall in zweiter Instanz zu entscheiden hatte, gebeten, »dem Grundgesetz Geltung zu verschaffen und dem bewährten Lehrer ... zu seinem Recht – zur Einstellung in den Schuldienst – zu verhelfen«.

1. Die Unabhängigkeit des Richters: zwischen amtlicher Macht und politischer Meinung

Meinungsäußerungen dieser Art gelten hierzulande bekanntlich nicht als harmlos, und der Verfassungsschutz hat schon zur Begründung von Berufsverboten vorgetragen, der Betroffene habe die Berufsverbotepraxis als verfassungswidrig hingestellt. Was das Bundesverfassungsgericht von Grundsatzkritik an der »Radikalenpraxis« hält, konnte man bereits dem »Radikalen-Beschluß« entnehmen, in dem es das »politische Schlag- und Reizwort« vom Berufsverbot ungehalten zurückgewiesen hatte¹⁴. Wären Meinungsäußerungen aber tatsächlich, wie es immer wieder heißt, »in ihrer geistigen Wirkung« frei, so könnte niemand daran gehindert werden, dieses (oder ein anderes) zu verwenden, ist doch sein »Schlag« allemal ein geistiger. Der Dreierausschuß jedoch hat die Verfassungsbeschwerde des Richters gar nicht erst zur Entscheidung angenommen. Zur – natürlich »abwägenden« – Begründung stellt er der Meinungsfreiheit des Richters seine Pflichten zur Erhaltung einer »intakten Rechtspflege« gegenüber, zu denen vor allem die gehört, »sein Amt politisch neutral als Diener des Rechts wahrzunehmen«. An dem zu entscheidenden Fall geht das natürlich – und mehr wäre dazu juristisch im Grunde gar nicht zu sagen – glatt vorbei, denn der Richter hatte gerade *nicht* von der ihm anvertrauten staatlichen Gewalt Gebrauch gemacht (d. h. sein Amt wahrgenommen), sondern sich am »geistigen Meinungswettstreit« beteiligt, wozu man ja kein Amt benötigt. Der Ausschuß verdrängt dies, weil er nicht versucht, die richterlichen Amtspflichten rational zu bestimmen, sondern sich sogleich auf überaus allgemeine Erwägungen zur richterlichen »Unabhängigkeit« verlegt: »... zum Wesen richterlicher Tätigkeit gehört, daß sie von einem nichtbeteiligten Dritten in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird. Die Stellung des Richters ... fordert daher, daß dieser unabhängig von sachfremden Einflüssen und vorurteilslos die ihm übertragenen Aufgaben erfüllt. Diese Bedeutung seines Amtes hat für den Richter persönlich zur Folge, daß er sich innerhalb und außerhalb des Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu

¹⁴ BVerfGE 39, 370.

verhalten hat, daß das Vertrauen in seine durch Art. 97 I GG garantierte Unabhängigkeit nicht gefährdet wird . . . Meinungsäußerungen eines Richters in der Öffentlichkeit sind danach verfassungsrechtlich nur dann durch Art. 5 I GG geschützt, wenn sie nicht mit dieser aus der besonderen Stellung des Richters folgenden, durch Art. 33 V GG gebotenen Pflicht, wie sie in § 39 DRiG Ausdruck findet, unvereinbar sind. – In diesen Sätzen zirkuliert eine schwach konturierte »Unabhängigkeit« in allen möglichen sprachlichen Variationen und Verknüpfungen, in denen argumentative Fortschritte nur vorgetäuscht sind: Unabhängigkeit gehört zum »Wesen« des Richtens, daher muß der Richter unabhängig richten, folglich . . . Nur worin diese Unabhängigkeit besteht und wodurch sie – zumal »außerhalb des Amtes« und bei politischer Betätigung – gefährdet werden kann, das bleibt ungeklärt.

So kann die alte Forderung nach richterlicher Unabhängigkeit, die im liberalen rechtsstaatlichen Kontext auf den Schutz bürgerlich-gesellschaftlicher Freiheit und gleicher Rechtsanwendung vor allem vor Übergriffen und Willkür der (monarchischen) Obrigkeit zielte, durch den Staat zur Beschränkung bürgerlicher Freiheit nutzbar gemacht werden. Allerdings wird hier nur ganz vordergründig Unabhängigkeit eingefordert, tatsächlich aber so ziemlich das Gegenteil, nämlich *mangelnde politische Anpassung* (also ein *Zuviel* an politischer Unabhängigkeit) geltend gemacht. Die Richter sind ja kaum zu zählen, die sich in den großen Parteien oder für die von ihnen vertretene Politik engagieren. Es gibt auch eine ganze Reihe von Richtern, die öffentlich die Berufsverbotepraxis unterstützen, also immerhin die Diskriminierung von Mitbürgern gefordert haben, die nach Art. 3 III GG wegen ihrer politischen Anschauungen nicht benachteiligt werden dürfen. Ihnen gegenüber ist die Frage nie gestellt worden, ob sich das mit ihrer Unabhängigkeit vereinbaren läßt. Ein Richter aber, der die »Radikalenpraxis« als grundgesetzwidrig bezeichnet, hat nach Ansicht des Dreierausschusses »Wunschvorstellungen gesellschaftlicher Kräfte« propagiert und »an einer öffentlichen Stellungnahme zu einem rechtshängigen Verfahren« mitgewirkt, »die in ihrer plakativen Aufmachung eine völlig einseitige, mit absolutem Gültigkeitsanspruch erhobene Forderung enthielt«, damit aber eine »Haltung« offenbart, die »das Maß an Offenheit und Distanz vermissen ließ, das der Richterschaft grundsätzlich gegenüber allen Rechtsangelegenheiten auferlegt ist«.

2. *Quod licet Jovi . . .*

Dieses Maß an »Offenheit und Distanz« ist offenbar außerhalb des politischen main streams und der von Obergerichten und Rechtsfakultäten verwalteten gefestigten Rechtsauffassungen nicht zu erlangen! Der Richter muß zwar nicht generell politische Abstinenz üben, darf sich aber keine »einseitigen« Meinungen zu eigen machen, denn er muß »offen« bleiben . . . für die »herrschende Meinung«: Qua »Unabhängigkeit« wird von ihm erwartet, daß er die Unterscheidung zwischen dem etablierten legitimen Wissen und »abwegigen« Ansichten von Minderheiten selbständig nachvollzieht und sich von letzteren freiwillig distanziert. Daß es um die Durchsetzung dieser Unterscheidung geht, wird durch die Selbstgerechtigkeit unterstrichen, mit der in dem Beschuß die von dem Richter vertretenen Auffassungen als bloße »Wunschvorstellungen« abgetan werden, über die gar nicht erst zu diskutieren ist, weil sie sich von selbst erledigen. Versuchen solche Auffassungen, das Grundgesetz für sich zu reklamieren und – noch dazu durch die Äußerung eines Richters – »Rechtsmacht« zu mobilisieren, so ist das bereits ein aggressiver Akt, mit dem die Rechtsprechung (hier des LAG) manipuliert und rechthaberisch »absolute Gültigkeitsansprüche« etabliert werden sollen. (Dieser Vorwurf klingt seltsam genug in

einem Land, in dem nahezu jeder wichtigere politische Konflikt auch als Rechtsfall inszeniert wird und sich – dementsprechend – Begründungen von Forderungen und selbst Programme von Parteien, Gewerkschaften und anderen pluralistischen Organisationen oft wie Paraphrasierungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen lesen. Daß dies als normal und sogar besonders rechtsstaatlich erlebt, Kritik an der herrschenden Praxis aber auch dort als intoleranter Versuch der Begründung absoluter Gültigkeitsansprüche zurückgewiesen wird, wo sie defensiv fundamentale grundrechtliche Freiheiten geltend macht, ist *prima vista* vielleicht verblüffend. Es erklärt sich daraus, daß die »Verrechtlichung« von Politik, wie sie in der Bundesrepublik im Medium der Konsense der etablierten Parteien betrieben wird, auf einer alle rechtlichen Diskurse und Verfahren überdeterminierenden negativen Fixierung auf »extreme«, »radikale« usw. Positionen aufbaut, die auch rechtlich bekämpft und ausgegrenzt werden, an der pluralistischen Börse des »materiellen Rechtsstaats« genau deshalb aber selbst nicht notiert sind. Die Chancen, rechtliche Ressourcen einzusetzen, sind daher keineswegs gleich verteilt. Die von oder zum Vorteil von »Extremen«, »Radikalen« usw. vorgebrachten Rechtspositionen können, was der Staat oft genug bewiesen hat, »vom Tisch gefegt« werden: Sie sind, zumindest latent und in einem tieferen Sinn, wertlos und können nur auf Wunschenken, Täuschung oder Fälschung beruhen, eben weil über sie verfügt werden kann. Aber die Zurückweisung »absoluter Gültigkeitsansprüche«, mit der das Gericht hier dem Richter gegenüber die Regeln einer fairen, paritätischen *Diskussion* geltend macht, ist scheinheilig, denn tatsächlich haben sich hier ja die Bürger, keineswegs aber die staatlichen Stellen auf die Abgabe von Meinungäußerungen, d. h. aufs Diskutieren beschränkt. Nur die staatlichen Stellen, die Berufsverbote praktizieren und dabei politische Bewertungen in rechtsverbindliche Entscheidungen (statt in Argumente) umsetzen, leugnen hier die Relativität der eigenen Position durch den Einsatz von Macht, und auch die Disziplinarverfügung gegen den protestierenden Richter war ja nicht als Diskussionsangebot gemeint.

3. Projektionen des »autoritären Pluralismus«: Meinungäußerung als mißbräuchliche Mobilisierung von Amtsmacht

Hier läßt sich exemplarisch das Funktionieren einer Projektions- und Verkehrsstrategie studieren, die bloße Erklärungen relativ einflußloser und isolierter, oft selbst der staatlichen Gewalt ausgesetzter gesellschaftlicher Minderheiten zur potentiell unwiderstehlichen (staatlichen oder quasi-staatlichen) Gewalt stilisiert, diejenigen aber, die tatsächlich über hoch organisierte staatliche und gesellschaftliche Macht verfügen, in Opfer oder – vergeblich! – auf fairer Diskussion insistierende Bürger verwandelt. Diese Verkehrung setzt den »autoritären Pluralismus« der Bundesrepublik instand, das aufklärerische Thema »Recht versus Macht« nun gegenüber machtlosen Minderheiten durchzuspielen. Hier wird der Bürger Staat, der Staat wird Bürger, und Machtkritik wird in Macht rhetorik verwandelt. So wird der Protest gegen die Erhöhung des Rüstungshaushalts oder gegen die Unterstützung der Militärdiktatur in Chile in einem AStA-Flugblatt zum »Eingriff« in die Rechte von RCDS-Studenten seitens einer ihre gesetzlichen Kompetenzgrenzen mißachtenden »Zwangskörperschaft«, der durch rechtsaufsichtlichen und gerichtlichen Zwang abgewehrt werden muß. So wird der Unterricht durch eine kommunistische Lehrerin zur Bedrohung des Bürgergrundrechts auf Nichtdiskriminierung aus Art. 3 III GG, die der Staat per Berufsverbot abzuwehren hat¹⁵. So wird die Erklärung zweier

¹⁵ BVerwGE 47, 330, 353 ff.

Erlanger Stadträte, die in einer Stadt bei Moskau im Verlaufe einer »auf eigene Kosten und eigene Faust« unternommenen Reise gegen die Stationierung neuer amerikanischer Mittelstreckenwaffen in der Bundesrepublik protestieren, zum Einsatz der mit ihrem gemeindlichen Amt verbundenen Macht, der die auf örtliche Angelegenheiten beschränkten kommunalen Kompetenzen überschreitet¹⁶. Und so wird auch hier so getan, als sei eine Stellungnahme gegen ein Berufsverbot deshalb mehr oder anderes als die Meinungsäußerung eines Bürgers, weil sie von einem Richter abgegeben und mit dem Grundgesetz begründet wird. Hier sind Stellung und Unabhängigkeit des Richters gleich dreifach betroffen: *Erstens* soll auf die Entscheidung des LAG unzulässig Einfluß genommen werden; *zweitens* setzt sich der protestierende Richter selbst dem Verdacht aus, nicht mehr »neutral«, sondern im Sinne seines »einseitigen« politischen Engagements zu entscheiden, d. h. die eigene Unabhängigkeit aufgegeben zu haben; und *drittens* setzt der Richter seine Amtsmacht mißbräuchlich in der Öffentlichkeit zur Begründung »absoluter Gültigkeitsansprüche« ein und verletzt dadurch das Bürgerrecht auf von staatlicher Manipulation freie politische Diskussion und Meinungsbildung.

In allen diesen Fällen wird ein – wenn auch noch so vordergründiger – Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Organisationsstrukturen oder staatlichen Funktionen dazu benutzt, bestimmten, in den auf das juste milieu der Bundesrepublik geeichten Diskurskontrollen als »einseitig«, »unausgewogen« o. ä. erkannten Meinungen nicht nur ihre Einseitigkeit, sondern auch und vor allem Mißachtung der Strukturprinzipien der Öffentlichkeit anzulasten. Scheinbar kann man sich dabei auf liberale Prinzipien berufen. Tatsächlich wird das liberale Konzept einer Trennung von Diskussion (Gesellschaft) und Amtsmacht (Staat) hier aber keineswegs ausgebaut, sondern durch eine ganz und gar nicht herrschaftskritische staatliche Meinungskontrolle ersetzt: An die Stelle der »räumlichen« Entgegensetzung einer Sphäre freier öffentlicher Diskussion und eines um die in den staatlichen Apparaten materialisierte (rechtlich regulierbare) Macht zentrierten »Herrschungsbereichs« tritt eine pseudo-liberale Unterscheidung zwischen Meinungen, die vorgibt, *privatgesellschaftliche* von aus öffentlichen Amtsstellungen abgeleiteter »Meinungsmacht« abzugrenzen. Das ist aber gar nicht möglich, weil auch aus den dichtesten öffentlich-rechtlichen Organisations- und Amtszusammenhängen keine rechtlich greifbare »Meinungsmacht« kondensiert¹⁷. Wer – als »Privatmann«, Funktionär, Politiker, Inhaber eines Amtes oder unter irgendeinem anderen Titel – Meinungen äußert, beteiligt sich am kommunikativen Prozeß, der zwar nicht herrschaftsfrei strukturiert, einer verdinglichten, auf staatliche Verfügungsbefugnisse und Kompetenzen fixierten Sicht aber nicht zugänglich ist. Daher scheitern alle Versuche, »private« von »mit Amtsmacht geäußerten« Meinungen zu unterscheiden: Amtsstellungen und

¹⁶ Die FAZ »vermutet« unter der Überschrift »Wenn die private Meinung ihre Bedeutung aus dem Amt bezieht«, die Regierung von Mittelfranken als die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde werde sich mit der Angelegenheit befassen, Ausg. v. 25. 1. 1984, S. 3.

¹⁷ Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß hier von Beiträgen zum kommunikativen Prozeß die Rede ist. Ganz anders sind *amtliche Verdachtserklärungen* zu beurteilen, mit denen etwa Individuen oder Gruppen als »Verfassungsfeinde«, potentielle Straftäter o. ä. abgestempelt werden: Dabei geht es um die Produktion von Bildern, Profilen und Prognosen, die behördlich implementiert werden und für die Betroffenen erhebliche – auch rechtliche – Nachteile haben können. Zu dieser Problematik kann hier nicht Stellung genommen werden. – Die Vorstellung, durch Meinungsäußerungen könne richterliche Amtsmacht ausgeübt werden, ist übrigens nicht ganz neu. Schon im Dezember 1848 beschwerte sich der Oberpräsident der preußischen Provinz Westfalen über Justizbeamte, »die als Leiter und Redner in den Volksversammlungen sich hervorhun und gerade durch ihren amtlichen Charakter und ihre Gesetzeskunde doppelt gefährlich werden. Letztere schützt sie selbst in den meisten Fällen gegen Übertretung positiver Strafbeschränkungen, während ersterer dazu beiträgt, ihrem freisinnigen und aufregenden Reden und Wirken bei den unteren Klassen Einfluß und Erfolg zu sichern« (zit. bei D. Blasius, Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland 1800–1980, 1983, S. 43 f.).

öffentliche Funktionen prägen unvermeidlich die *Bedingungen* von Meinungsaussagen, verleihen aber keine rechtlich regulierbare »öffentliche Meinungsmacht« (vgl. dazu genauer unten, III. 2.).

Es kann hier nur darauf hingewiesen werden, daß diese schein-liberale Sensibilität für den Mißbrauch einer aus öffentlichen Amtsstellungen abgeleiteten »Meinungsmacht« durch »einseitige« (linke) politische Äußerungen von Richtern und anderen in einer Zeit entwickelt wird, in der aufgrund wachsender »Verschränkung« von staatlichen und gesellschaftlichen Organisationsformen und zunehmender Vermachtung und Durchorganisierung der Öffentlichkeit die Grenzlinien weitgehend verwischt sind, die den liberalen Dichotomien einst Plausibilität verliehen hatten. Mit der »Freiheit« der Öffentlichkeit von Einflüssen staatlich bzw. öffentlich-rechtlich organisierter Macht ist es bekanntlich nicht mehr weit her, und wer liberale Prinzipien wiederherstellen wollte, hätte sich wohl mit anderen und wichtigeren Gegenständen als den Meinungsaussagen von Richtern zu befassen. Machtkritik läßt sich, nach dem »Ende des Liberalismus«¹⁸, durch diffuse Verallgemeinerung liberaler Grundsätze nicht leisten, ist hier aber auch gar nicht intendiert: Hier geht es nur um ein Verwirrspiel, in dem staatliche Eingriffe in die Meinungsfreiheit (des Richters) als Machtkontrolle dargestellt werden sollen, mit der die Meinungsfreiheit (der Bürger) vor der amtlichen Macht (des Richters) geschützt wird.

III. Zu den disziplinarrechtlichen Entscheidungen des Präsidenten des Kammergerichts vom 29. 11. 1983 und des Berliner Senators für Justiz vom 6. 2. 1984

1. »Einseitiger« Einsatz für den Frieden

Noch deutlicher wird dies in zwei Entscheidungen des Präsidenten des Kammergerichts vom 29. 11. 1983, mit denen gegen zwei Berliner Richter eingeleitete Disziplinarverfahren zwar eingestellt, deren Verhalten aber »mißbilligt« wird; die Richter werden aufgefordert, »künftig insbesondere bei politischer Tätigkeit das gebotene Maß an Distanz einzuhalten«. Durch Entscheidung des Senators für Justiz vom 6. 2. 1984 ist die dagegen eingelegte Beschwerde der Richter inzwischen als »unbegründet« zurückgewiesen worden. Die Richter hatten als »Kontaktadresse« auf einer Schrift firmiert, die den Aufruf der »Richter und Staatsanwälte für den Frieden« an die Abgeordneten des Bundestags vom Juni 1983 enthielt, in dem die Stationierung amerikanischer Mittelstreckenraketen in der Bundesrepublik als verfassungs- und völkerrechtswidrig bezeichnet wird. (Auch eine Zeitungsanzeige von 35 Richtern und Staatsanwälten des Landgerichtsbezirks Lübeck, in der die Stationierung als grundgesetzwidrig bezeichnet wurde, war bereits Anlaß zu dienstrechtlichen Kontrollen, die zu einer in den Personalakten der Betroffenen festgehaltenen »Ermahnung« der Unterzeichner führten¹⁹.) Der Kammergerichtspräsident meint, die Richter haben damit »unter Hinweis auf ihren Beruf als Richter . . . einseitig Partei ergriffen« und damit »die Grenzen des § 39 DRiG überschritten«, wobei erschwerend ins Gewicht falle, daß sie sich »als vermeintlich mit besonderem Sachverstand ausgestattete(r) Bürger, nämlich als Richter, zu Fragen des Verfassungs- und Völkerrechts geäußert haben«. Das »Vertrauen der Allgemeinheit« in die Objektivität

¹⁸ Vgl. dazu T. J. Lowi, *The End of Liberalism*, 1969.

¹⁹ Der Spiegel 33/1983, S. 70 f.

und Unabhängigkeit der beiden sei dadurch »erschüttert« worden. Wie die Allgemeinheit dem Kammergerichtspräsidenten das mitgeteilt hat, verrät er nicht.

149

2. Meinungsäußerung des Richters als »Privat-« und als »Amtsperson«

Auf Art. 5 I GG sollen sich die beiden Richter nicht berufen können: »Die Vorschrift des § 39 DRiG gebietet dem Richter, sich zu aktuellen politischen Fragen, insbesondere wenn die Diskussion darüber . . . stark mit Emotionen durchsetzt ist, in der Öffentlichkeit nur als Privatperson, nicht aber unter Hinweis auf seinen Beruf zu äußern. Andernfalls mißbraucht er sein Amt, um die Auseinandersetzung kraft der besonderen Stellung und des Ansehens, die der Richter aufgrund der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Dritten Staatsgewalt genießt, in eine bestimmte Richtung zu lenken. Außerdem mußt er sich damit in der Regel – so auch Sie – eine ihm nicht zukommende Sachkenntnis an, der er durch den Hinweis auf seine herausgehobene berufliche Stellung den Anspruch auf Ausschließlichkeit und juristische Unanfechtbarkeit zu verleihen versucht«. – Diese Argumentation wird in der Beschwerdeentscheidung des Senators für Justiz noch »verdeutlicht«, in der den Richtern vorgeworfen wird, sie hätten »durch den Hinweis auf Ihren Beruf«, »das Hervorheben der Wertung ›völkerrechts- und verfassungswidrig‹ und ›durch eine völlig einseitige Argumentation mit absolutem Gültigkeitsanspruch und durch das Fehlen jeder abwägenden Beurteilung in einer in der Öffentlichkeit überaus kontrovers diskutierten Frage . . . das, was zweifelhaft ist, als feststehend hingestellt und dabei unter Inanspruchnahme Ihres Amtsbonus versucht, der eigenen Auffassung um der politischen Wirkung willen die Ausschließlichkeit zu geben, die sie unanfechtbar macht«. Das sei umso bedenklicher, als das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt habe, daß »es sich bei der Frage der Nachrüstung um eine politische Entscheidung handelt, die allein den für die Außen- und Verteidigungspolitik . . . zuständigen Bundesorganen obliegt und die einer rechtlichen Wertung weitgehend entzogen ist«²⁰.

Ich habe große Zweifel, ob die hier vorgeschlagene Differenzierung zwischen der vom Richter »als Privatperson« und der »unter Hinweis auf seinen Beruf« geäußerten Meinung überhaupt ernst gemeint ist, ob man also den Richtern den Rückzug auf »Privatmeinungen« tatsächlich auch dort einzuräumen bereit ist, wo sie sich als »einseitig«, »radikal« o. ä. erkannte Meinungen zu eigen machen. Das Bundesjustizministerium hat bereits verlauten lassen, man könne zwar auch einem Richter seine »private Meinung« nicht verbieten, aber niemand könne sagen: »Jetzt lege ich mal die Robe weg und spreche als Privatmann, und jeder weiß, ich bin Richter«²¹. In dem Beschuß des Dreierausschusses wird das der Richterschaft auferlegte »Maß an Offenheit und Distanz« auch grundsätzlich ohne die vom Kammergerichtspräsidenten verlangte Differenzierung eingefordert und lediglich zu Lasten des beschwerdeführenden Richters als erschwerend gewertet, daß seine Unterschrift mit einem Hinweis auf das Richteramt versehen war. Die Unterscheidung zwischen »privaten« und »mit Amtsmacht« geäußerten Meinungen kann auch gar nicht aufgehen, weil es für die juristische Qualifizierung von Meinungsäußerungen überhaupt keine Rolle spielt, unter welchen Titeln, Berufs- oder Funktionsbezeichnungen ihr Urheber auf-

²⁰ Vgl. den Beschl. v. 16. 12. 1983, EuGRZ 1984, 39 ff. – Hier wird wiederum die charakteristische Ambivalenz der »Verrechtlichung« von Politik in der Bundesrepublik deutlich: Fast jeder Konflikt kann zwar rechtlich inszeniert werden, aber immer nur in dem durch die Konsense und Sichtweisen der großen Parteien abgesteckten Rahmen, in dem es sehr darauf ankommt, wer unter welchen Bedingungen und mit welchem Ziel »Rechtes« geltend macht.

²¹ Vgl. FR v. 6. 10. 1983, S. 8.

tritt. Ein Bäcker oder Fleischer, der politische Erklärungen »unter Hinweis auf seinen Beruf« abgibt, wird auch kaum in den Verdacht geraten, damit mißbräuchlich von seiner handwerklichen Stellung Gebrauch zu machen. Im übrigen ist die Meinung eines Richters (Bäckers, Fleischers usw.) unausweichlich *immer* die Meinung eines Richters (Bäckers, Fleischers usw.), ob er sie nun »unter Hinweis auf seinen Beruf« vorbringt oder nicht. Davon, ob dem Publikum bekannt ist, daß jemand von Beruf Richter ist, kann die Unterscheidung zwischen (freier) Meinungsäußerung und (unzulässigem) Mißbrauch der Amtsstellung ja wohl nicht abhängen. Andernfalls stünde der »Umfang« der Meinungsfreiheit eines Richters im umgekehrten Verhältnis zu seiner Bekanntheit: Am weitesten ginge die Freiheit bei Richtern, die fast keiner kennt, und bei den bekanntesten, die sich gerade am intensivsten öffentlich äußern, läge sie bei Null. Wie sollte ein Mitglied des Bundesverfassungsgerichts wie Hesse, Simon, Böckenförde oder Herzog, käme es auf die Bekanntheit der Amtsstellung an, jemals noch seine Meinung zu einer politischen Frage abgeben dürfen? Hier wäre ja die »besondere Stellung« und das »Ansehen« des Amts *immer* mit im Spiel. Aber nicht nur zum Vorteil der Prominenz ist diese Auffassung schon im Ansatz verfehlt: In den politischen, wissenschaftlichen und anderen Diskursen, kurz, in der Öffentlichkeit wird über Bedeutung und Wirkung einer Meinung zwar nach *Bedingungen* entschieden, die durch Beruf oder Amt wie durch Sachkompetenz, Einfluß, Klugheit, Verbindungen der sich äußernden Person und vieles mehr bestimmt werden, aber diese Bedingungen werden von der Garantie des Art. 5 I GG erfaßt und *entziehen* sich einer rechtlichen Verfügung und Kontrolle. Die meisten sind so komplex und unberechenbar, daß sie sich rechtlich gar nicht steuern lassen (ob z. B. die Meinung eines Richters ein höheres »diskursives Gewicht« hat als die der schon erwähnten Bäcker oder Fleischer, hängt von verschiedenen Umständen, nicht zuletzt vom jeweiligen Publikum und vom Gegenstand ab und ist jedenfalls eine Frage, die juristisch nicht zu bearbeiten ist). Im übrigen gilt, daß rechtliche Regulierungen, Differenzierungen und Bewertungen wegen der Garantie des Art. 5 I GG nur durch »allgemeine Gesetze« (bzw. durch Bestimmungen zum Schutze der Jugend und das Recht der persönlichen Ehre) angeordnet oder zugelassen werden dürfen, was jedenfalls *berufsspezifische Sonderregelungen* ausschließt: »Allgemein« heißt auch, daß der »Zugang« zur Öffentlichkeit nicht für bestimmte Berufe ausgeschlossen, beschränkt oder dadurch erschwert werden darf, daß man ihnen verwehrt, in der Öffentlichkeit ihre berufliche Stellung zu erkennen zu geben und damit eine der wichtigsten ihnen zu Gebote stehenden »diskursiven Ressourcen« einzusetzen. Diese Möglichkeit steht den Angehörigen aller anderen Berufsgruppen auch zu und wird häufig genutzt, nicht weil damit eine (rechtlich fassbare) »Berufsmacht« mobilisiert werden könnte, sondern weil dies den Bedingungen massenmedialer Kommunikation entspricht, unter denen der zunehmende Verlust persönlicher Bekanntheit zwischen Sendern und Empfängern von Informationen durch standardisierte Rollendefinitionen und Funktionsumschreibungen kompensiert werden muß, weil die Informationen sonst einfach nicht verortet werden könnten und bedeutungslos blieben. Diese Zusatzinformationen sollen natürlich (bei Richtern wie bei anderen) Rückschlüsse auf das jeweilige »Gewicht« der Information zulassen oder nahelegen, aber der Staat darf in den Prozeß, in dem die »diskursiven Gewichte« verteilt und gewogen werden, nicht beschränkend oder zum Vor- oder Nachteil einzelner Berufe »umverteilend« eingreifen, weil dieser Prozeß *frei* sein soll.

Nimmt ein Richter also öffentlich zu Rechtsfragen oder zu politischen Konflikten oder mit rechtlichen Argumenten zu politischen Konflikten Stellung und gibt er sich dabei als Richter zu erkennen, so gebraucht (oder mißbraucht) er damit nicht seine »Achtsmacht« oder einen rechtlich zu wiegenden »Amtsbonus«, sondern mobilisiert

»diskursive Ressourcen«, die mit seiner spezifischen Stellung in der Welt verbunden sind. Es ist gar nicht zu verhindern, daß die durch sie gesetzten Bedingungen über die Wirkungen seiner Meinungsäußerungen (mit)entscheiden, und zu dem – letzten Endes illusorischen – Versuch, dem entgegenzuwirken, ist der Richter nicht verpflichtet. Die Pflicht zur »Zurückhaltung« ist jedenfalls nicht so zu verstehen, daß er bei öffentlichen Auftreten die Angabe seines Berufs »zurückzuhalten« hat. – Die Frage schließlich, ob ein Richter sich »sachkundig« äußert oder sich eine »ihm nicht zukommende Sachkenntnis anmaßt«, ob er als tatsächlich oder nur »als vermeintlich mit besonderer Sachkunde ausgestatteter Bürger« Stellung nimmt, geht die Dienstaufsicht nichts an. Jeder darf die Äußerung eines Richters kritisch kommentieren, aber niemandem steht es zu, seine »Kritik« in disziplinarrechtlichen Verfügungen vorzubringen: Genau damit werden nämlich amtliche Befugnisse dazu mißbraucht, bestimmten Meinungen absolute Gültigkeitsansprüche zu verleihen, andere dagegen zu diskriminieren.

3. Exkurs: Von der »rechtsstaatlichen« Vermittlung von Staat und Gesellschaft zur Politik dezentraler Identifikationen

Aufgrund der starken Formalisierung des justiziellen Verfahrens bleiben Meinungsäußerungen des Richters von Handlungen, mit denen er Amtsbefugnisse in Anspruch nimmt, jederzeit unterscheidbar, so daß ein Mißbrauch von Amtsbefugnissen durch Meinungsäußerungen im Grunde gar nicht zu befürchten ist. Wenn hier gegenüber den »Richtern für den Frieden« (wie auch gegenüber dem gegen die »Radikalenpraxis« protestierenden Richter) so getan wird, als sei es anders, so – wie gezeigt – nur deshalb, weil ein staatlicher Eingriff in die Meinungsfreiheit von Bürgern als Selbstkontrolle des Staates im Interesse der Bürger dargestellt werden soll. Gewalt ausüben, Grundrechte einschränken, autoritativ entscheiden, das kann schließlich jeder Staat. Aber dies tun, dann aber immer wieder die Rolle des über Gewalt verfügenden Subjekts verlassen, diese dem – tatsächlich der Staatsgewalt unterworfenen – Bürger überstreifen (in seinen Händen ist Gewalt natürlich von vornherein illegitim!), um selbst den diskussionsbereiten Bürger zu spielen, der sich entrüstet gegen Amtsmißbrauch und eine mit dem »Anspruch auf Ausschließlichkeit und juristische Unanfechtbarkeit« operierende Kritik (am Staat!) zur Wehr setzt – zu einer solchen Flexibilität sind wohl nicht viele Staaten fähig. Im »liberalen« bürgerlichen Staat jedenfalls waren solche Rochaden und Rollenwechsel nicht möglich, weil dessen Funktionsweise relativ starre Grenzen zwischen »Staat« und »bürgerlicher Gesellschaft« voraussetzte, an denen die Strukturen der Gesellschaft ebenso wie die spezifischen Qualitäten »hoheitlicher Gewalt« zweifelsfrei identifizierbar blieben und Grenzüberschreitungen nur in der kuriosen Form z. B. von Köpenickiaden denkbar waren. An der Selbstverständlichkeit, mit der sie heute praktiziert werden, läßt sich einmal mehr ablesen, daß diese Grenzen in der nach-liberalen Ära durch eine spezifische »Vergesellschaftung« des Staats verflüssigt worden sind: Die zentralistischen, auf Gesetz und »objektives« Recht fixierten liberalen Methoden einer »rechtsstaatlichen« prozeduralen *Vermittlung* von Staat und Gesellschaft, über die die staatliche Praxis immer nur in einer fiktiven End- und Gesamtabrechnung mit den Interessen der »Allgemeinheit« rückgekoppelt war, werden zunehmend durch Methoden einer intensiven dezentralen *Identifikation*, Koalitionsbildung und Interessenverquickung ergänzt, transformiert und verdrängt, die im Zeichen flexibler »Werte« einen permanenten direkten »Austausch« zwischen staatlichen Praxen und gesellschaftlichen Organisationen und Bürgern organisieren. Das läßt sich in der Bundesrepublik besonders gut studieren, in der seit langer Zeit relativ stabile, z. T.

rechtlich festgeschriebene Allianzen zwischen staatlicher Politik und gesellschaftlichen politischen Organisationen und Tendenzen bestehen, deren Zusammenhalt durch die Fixierung auf »feindliche« Minderheiten entscheidend mitbestimmt wird. Dabei haben sich entlang repressiver staatlicher Politiken gegenüber minoritären Gruppen und Organisationen »Verbrüderungstendenzen« herausgebildet, in deren Kontext der »Wert« repressiver staatlicher Maßnahmen jederzeit direkt in einem Äquivalent von Interessen »des (»harmlosen«, »verfassungstreuen« usw.) Bürgers« ausgedrückt werden kann. So kann das Eingriffsmodell »alter Art«, in dem den einzelnen Bürgern ein gesellschaftstranszendentes einheitliches »Staatssubjekt« gegenübertrat, durch ein flexibleres Rechtskonzept umgepolzt und transformiert werden, das für strategisch-situative Kalküle, »Abwägungen« und für Differenzierungen nach pluralistischen Gegebenheiten und nach Notwendigkeiten offen ist, die sich in komplexen veränderlichen Terrains von Fall zu Fall anders stellen: Die Betroffenen haben es dabei nicht mehr mit dem einen, nach fixierten Regeln über ihre (wie anderer) Rechte verfügenden Subjekt, sondern mit staatlichen Instanzen und gesellschaftlich-pluralistische Kräfte verklammernden »Bündnissen« zu tun. Genau das wird in den hier beschriebenen Perspektiv- und Rollenwechseln ausgenutzt, indem der Staat gegenüber Positionen jenseits oder am Rande des Rechts- und Verfassungskonsenses nicht nur die Register des tradierten Eingriffsmodells zieht, sondern dies durch Sprachspiele aus der Bürgerperspektive begleitet.

4. Das einheitliche und unteilbare Richterbild

Daß es bei der disziplinarrechtlichen Kontrolle der Meinungsäußerung von Richtern gar nicht um den Schutz amtlicher Funktionen vor Mißbrauch und anderen Gefährdungen geht, wird – ungewollt – auch von denen, die sie praktizieren, dadurch eingestanden, daß sie die Kontrolle von der amtlichen Funktion des Richters *ablösen*. So läßt der Kammergerichtspräsident die betroffenen Richter wissen, es sei »für die dienstrechtliche Beurteilung ihres Verhaltens ohne Bedeutung, ob Sie von Berufs wegen mit solchen Angelegenheiten [zu denen sie sich öffentlich geäußert haben, F. H.] befaßt werden können oder nicht. Das öffentliche Ansehen des Richters verträgt es nicht, daß er auch nur den Anschein hervorruft, er könne sich im Ernstfall (wenn er über die Frage zu entscheiden hat) nicht von seiner persönlichen Meinung lösen. Das Richterbild in der Öffentlichkeit ist einheitlich und unteilbar«. Offenbar ist dem Präsidenten des Kammergerichts entgangen, daß ein Richter, der von Berufs wegen *nicht* mit einer Angelegenheit befaßt werden, auch *nicht* in den Ernstfall geraten kann, über sie zu entscheiden. Die auch vor solchen Widersprüchen nicht zurückschreckende Argumentation unterstreicht nur, daß es hier allein um eine bürokratische Kontrolle politischer Abweichung geht. – Auch der Senator für Justiz meint, es sei ohne Bedeutung, ob die betroffenen Richter amtlich mit Sachen befaßt sein können, »die in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang zu Ihrer politischen Äußerung stehen«; es komme auch »nicht darauf an, ob Sie [die Richter] selbst meinen, in Ihrem Amt trotz Ihrer politischen Äußerungen die notwendige Unabhängigkeit und Distanz zu haben; entscheidend ist vielmehr die Wirkung auf andere . . . Das Vertrauen in die durch Art. 97 I GG garantierte Unabhängigkeit der Richter insgesamt darf durch das Verhalten eines einzelnen nicht gefährdet werden«.

Genau darum, um die Wahrung eines »einheitlichen Richterbilds in der Öffentlichkeit« geht es hier – nicht des Bilds, das »die Öffentlichkeit« tatsächlich von »den Richtern« hat (das dürfte in einigen Punkten ganz anders aussehen und viel differenzierter sein, als vor allem höhere Richter meinen), sondern des geschlossenen

Bilds, das die das Disziplinarrecht verwaltenden Instanzen definieren und in der Öffentlichkeit etabliert sehen möchten²². »Einheitlichkeit« ist *das* Schlüsselwort einer Kontrolle hierarchisch strukturierter Organisationen, die sich an der bürokratischen Utopie widerspruchsfreier Homogenität orientiert (deren zeitgemäße Variante das »Partciwesen« nicht mehr generell abweist, sondern auf die Konsense des »autoritären Pluralismus« fixiert ist): »Einheitlichkeit« wird verlangt, wenn die Unabhängigkeit des Richters nicht an ihn *persönlich* betreffenden Bindungen gemessen, sondern die Vereinbarkeit seines Verhaltens mit der »Unabhängigkeit der Richter insgesamt« überprüft wird. Das Problem ist nur, daß Unabhängigkeit (anders als Abhängigkeit!) allein individuell, aber nicht kollektiv-einheitlich existieren kann. Das »einheitliche Richterbild« ist von einem »geschlossenen« Staats- und Rechtskonzept geprägt, das weder mit den normativen Regeln der Verfassung (Freiheitsrechte, richterliche Unabhängigkeit) vereinbar noch heute auch nur »faktisch« möglich, d. h. plausibel darzustellen und auf längere Sicht durchzuhalten ist (dazu genauer unten, V.).

Obwohl die von den Berliner Richtern verbreitete Meinung nach Ansicht der Dienstaufsicht nicht in dieses »geschlossene Richterbild« hineinpaßte, hat der Kammergerichtspräsident die Disziplinarverfahren eingestellt und auf den Verweis verzichtet, der nach dem »objektiven« Gewicht des Dienstvergebens »eigentlich« hätte verhängt werden müssen. Er begründet dies mit einer bemerkenswerten Ermahnung der gesamten, vor allem der höheren Richterschaft: »Wenn ich ... von dieser Disziplinarmaßnahme absehe, berücksichtige ich dabei, daß die zunehmende Politisierung der Öffentlichkeit in letzter Zeit auch die Richterschaft ergriffen hat. Das hat dazu geführt, daß u. a. Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte öffentlich ihre persönliche Meinung zu politischen Themen (meistens mit rechtlichem Einschlag) geäußert haben. Nach meiner Kenntnis sind diese Richter für ihr Verhalten disziplinarisch nicht belangt worden. Zwar gibt es keine Gleichheit im Unrecht, aber das im Disziplinarrecht obwaltende Opportunitätsprinzip gestattet es, den genannten Umstand bei der abschließenden Entscheidung zu berücksichtigen«. Der Kammergerichtspräsident dürfte hier nicht zuletzt an den Bundesverfassungsrichter Simon gedacht haben, der sich mehrfach zum selben Thema wie die »Richter und Staatsanwälte für den Frieden« geäußert und auch über Fragen des »zivilen Ungehorsams« laut nachgedacht hatte. Die Gleichheit im Unrecht, die es, wie der Kammergerichtspräsident richtig schreibt, »nicht gibt«, wird allerdings auch in diesem Fall vielleicht bald schon hergestellt sein, denn inzwischen sind auch an der Unabhängigkeit Simons Zweifel laut geworden. F. K. Fromme, dem man ein Gespür für Machtverhältnisse zutrauen kann, hat in der FAZ bereits unverblümt die Ablehnung Simons in einem derzeit anhängigen Verfahren angeregt. Er berichtet, im Verfassungsgericht selbst gebe es »erhebliches Unbehagen über frühere und auch amtierende Richter, die sich mit allzuviel Unbefangenheit²³ über umstrittene rechtspolitische Fragen äußern, selbst dann, wenn diese Fragen den Kern von ihnen mit zu entscheidender Verfassungsprozesse bilden«. In einem anhängigen Verfahren habe »ein Richter mit zu entscheiden über die Verfassungsmäßigkeit des Verbots einer Demonstration, wobei besagter Verfas-

²² Die gewohnte politische »Einheitlichkeit« der Richterschaft kann in den letzten Jahren offenbar nicht mehr als selbstverständlich vorausgesetzt werden: Firmen beschweren sich über gewerkschaftlich engagierte Arbeitsrichter, Polizeigewerkschafter sehen die Gerichte von »extrem linken Kräften unterwandert«, Politiker rügen die »bewußte Verkennung des Gewaltbegriffs« in neueren Entscheidungen über »Sitzblockaden« und so fort.

²³ Hier ist Fromme wohl ein terminologischer Fehlgriff unterlaufen, denn Unbefangenheit ist ja eine der wichtigsten Forderungen an den Richter. Oder sollte insoweit ein Übermaßverbot zu beachten sein?

sungsrichter sich mindestens zweideutig²⁴ über »zivilen Ungehorsam« unter dem Gesichtspunkt von Gewissensfragen öffentlich geäußert« habe. »Bisher« sei er aber nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden²⁵.

IV. Unabhängigkeit und Befangenheit der Richter

Bleibt unter dem Gesichtspunkt der *Befangenheit* zu fragen, ob Richter ihre Unabhängigkeit durch öffentliche Stellungnahmen zu politischen oder rechtlichen Fragen beschädigen können. In der Bundesrepublik ist darüber meistens – und keineswegs zufällig – im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diskutiert worden. An sich ist nicht zweifelhaft, daß die in Art. 97 I GG garantierte Unabhängigkeit nicht nur durch Auswirkungen der hierarchischen Strukturen des Staatsaufbaus, sondern auch durch Festlegungen und Verwicklungen jenseits der staatlichen Sphäre gefährdet ist. Weil aber jedenfalls nicht alle von ihnen vermeidbar sind und der Richter nicht – sozusagen als Inkarnation des cartesianischen, an allem zweifelnden Ego²⁶ – von allem und jedem unabhängig sein kann, müssen hier »die von Rechts wegen schädlichen, daher verbotenen, die indifferenten, daher statthaften und die notwendigen, daher gebotenen Abhängigkeiten« auseinandergehalten werden²⁷.

1. Notwendige Abhängigkeiten

Daß kein Richter – »unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen« – entscheiden kann, ohne sich dabei auf seine Rechtsauffassungen zu stützen, war schon selbstverständlich, als den Richtern in den syllogistischen Subsumptionsmodellen der »positivistischen« Ära die Rolle eines »Mundes des Gesetzes« zugewiesen war: Auch diese Metapher gibt immerhin zu erkennen, daß das Gesetz nicht selber sprechen kann, sondern eines »Mundes« bedarf. Diese Binsenweisheit ist noch offener zutagegetreten, seit die zeitgenössische Topik die produktiven Funktionen des Richters stärker akzentuiert. Daß die Richter ihre den Fall betreffenden Rechtsauffassungen erst während der Entscheidung, nach der letzten mündlichen Verhandlung, bilden, wird niemand annehmen. Es kann ja niemand Gesetze »anwenden« und Richter sein, der nicht über einen umfangreichen, in einer um die 8 Jahre währenden Ausbildung mühsam antrainierten Fundus von juristischen Kenntnissen, Auffassungen und Fertigkeiten verfügt, die ihn zur Auslegung, Systematisierung etc. von Rechtstexten, zum juristischen Argumentieren, Folgern, Abwägen, analogischen Schließen, Begründen, zur Darstellung von und Entscheidung zwischen konkurrierenden Rechtsauffassungen usw. befähigen. Daher gehört es zu den Grundlagen des überkommenen Prozeßrechts, daß Rechtsanschauungen des Richters – die ja noch nicht das Urteil in der Sache sind – nicht zur Besorgnis der Befangenheit berechtigen: »Die Tatsache allein, daß er in den Rechtsfragen des Verfahrens bestimmte Rechtsansichten besitzt und vertritt, ist naturgemäß kein Indiz dafür, daß seine Ansichten auf unsachlichen Motiven beruhen oder diese Rechtsfragen von ihm parteiisch beurteilt werden«²⁸. Ob die Ansichten des Richters »richtig« oder »falsch«, »abwegig« oder

²⁴ Zweideutig heißt hier offenbar so ungefähr dasselbe wie einseitig.

²⁵ FAZ v. 20. 1. 1984, S. 4.

²⁶ Vgl. dazu E. Husserl, *Cartesianische Meditationen*, 1977, S. 20 ff.

²⁷ Vgl. H. Ridder, *DuR* 1973, 239 ff., 243.

²⁸ H. Zwirner, *AoR* 93 (1968), 86 m. w. N.

»vertretbar« usw. sind, kann keine Rolle spielen, solange Richter unabhängig sind. Richter sind zwar gegen »Irrtümer« nicht gefeit, doch das Korrektiv dafür liegt nicht im Institut der Befangenheit, sondern in den Kontrollen des Verfahrensganges selbst, vor allem denen des Instanzenzugs, allgemeiner auch in den kritischen Kapazitäten des wissenschaftlichen Betriebs. Ebenso wenig kann es darauf ankommen, ob ein Richter seine Auffassungen vor einem Verfahren öffentlich geäußert hat oder nicht, schon weil sich daraus der Grad seiner »Festlegung« gar nicht ablesen lässt. Es ist ja nur ein in der deutschen Justiztradition gepflegtes Vorurteil, daß »stumme« Richter unparteilicher und objektiver entscheiden als solche, die ihre Meinung in offene, kontroverse Kommunikationsprozesse einbringen.

2. Stathafte Abhängigkeiten

Noch weniger als Stellungnahmen zu Rechtsfragen können *politische Äußerungen* eines Richters seine Befangenheit zur Folge haben, weil sich politische Äußerungen eher von den amtlichen Funktionen des Richters ablösen lassen. Allerdings konstituieren politisches Engagement und politische Meinungsbildung durchaus Abhängigkeiten des Richters, und nur eine lebens- und weltfremde Fiktion von »Neutralität« kann übersehen lassen, daß sie sich unvermeidlich auch auf seine amtlichen Funktionen auswirken. Aber es gibt einfach keine unpolitischen Richter mehr, die zu den öffentlich verhandelten Themen und Konflikten keine Meinung haben, keine Partei bevorzugen, jeder politischen Richtung gleich gleichgültig gegenüberstehen, und im übrigen können sich auch Richter auf die Garantien der Art. 5, 8, 9, 21 GG berufen. Gerade in der deutschen Justizgeschichte dieses Jahrhunderts ist für Fiktionen eines unpolitischen Richters kein Platz. Die Poliisierung der modernen Gesellschaft macht vor keinem ihrer Subsysteme und vor keiner ihrer Funktionen halt, und diejenigen (wie etwa die großen Parteien), die sie zielstrebig vorantreiben, haben das geringste Recht, sich darüber zu beklagen. Auch hier liegt das Korrektiv in den unpersönlich-professionellen Kontrollen des juristischen und justiziellen Betriebs, die den Richter auf spezifisch juristische Argumentationsstile festlegen und ihn daran hindern, aus politischen Optionen Recht »abzuleiten«. Politik ist damit nicht aus der Welt der Justiz verbannt, aber auf die vielfältigen dezentral-indirekten modi der Einwirkung beschränkt, die nicht auf die Substituierung der spezifisch juristischen Argumentations- und Verfahrens rationalität zielen, sondern sich ihrer bedienen.²⁹

3. Verbotene Abhängigkeiten

All dem entspricht es, daß die tradierten Befangenheitstatbestände des Prozeßrechts (nach ihnen findet die Ablehnung »wegen Besorgnis der Befangenheit« statt, »wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen«³⁰) nicht auf politische Aktivitäten oder öffentliche Äußerungen von Richtern zugeschnitten sind, mit denen sie sich in politischen, wissenschaftlichen oder anderen Kontroversen engagieren. Aus den gesetzlichen Aus-

²⁹ Dies wird durch § 18 II, III BVerfGG unterstrichen, wonach Richter des Bundesverfassungsgerichts u. a. nicht wegen der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei »oder aus einem ähnlichen allgemeinen Gesichtspunkt« oder wegen der »Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer Rechtsfrage, die für das Verfahren bedeutsam sein kann«, von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen werden können. Der Sache nach ist dies keine Sonderregelung für das Bundesverfassungsgericht, vgl. H. Ridder, *DuR* 1973, 242 f.

³⁰ §§ 24 StPO, 42 ZPO.

schließungstatbeständen, in deren unwiderleglichen Vermutungen ein »Grundstock von richterlicher Befangenheit« umrisSEN wird³¹, ist zu erschließen, daß Richter nicht (in einem weiteren Sinne) »in eigener Sache«, d. h. über Rechtesstreitigkeiten entscheiden sollen, in die sie (oder engere Verwandte) mit *persönlichen* Interessen verstrickt oder in denen sie sonst in besonderer Weise persönlich exponiert sind (vgl. im einzelnen §§ 41 ZPO, 22 StPO). Die prozeßrechtlichen Befangenheitstatbestände wurzeln »in der Struktur der Privatheit« und dürfen im »Bereich« öffentlicher Vorgänge und Auseinandersetzungen nicht »analog« verwertet werden³². Wenn heute darauf insistiert wird, so soll nicht der – ziemlich aussichtslose – Versuch unternommen werden, *liberale* sphärische Dichotomien wiederzubeleben. Vielmehr wird die Konsequenz daraus gezogen, daß es nicht (mehr) zulässig oder auch nur möglich ist, politisches Engagement und Rechtsauffassungen der Richter auf inhaltliche Richtigkeit oder Intensität hin zu überprüfen. Wird das versucht, so haben darunter im allgemeinen unorthodoxe Minderheitsmeinungen zu leiden, die von der »h. M.« als »einseitig o. ä. abqualifiziert werden können³³. – Genau diese Gefahr ist in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Befangenheit³⁴ angelegt, weil Befangenheit in ihnen *extensiv* verstanden, nicht auf die persönliche Stellung des Richters bezogen wird. Dies ist vor allem durch den Strukturwandel des Rechts und der juristischen Methodik bedingt, der sich an Funktionen und Verfahrensweisen des Bundesverfassungsgerichts besonders deutlich ablesen läßt, darüber hinaus aber die juristische Praxis insgesamt betrifft. Definitiv beendet ist die Dominanz des »positivistischen« Rechtsanwendungsmodells, das Rechtsentscheidungen als lineare Ableitungen aus Texten dargestellt hatte, in denen der »Wille des Gesetzgebers« statisch vergegenständlicht ist. Die juristische Praxis in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus hatte sich bereits der Deutung in diesem Modell weit hin entzogen. Daß dies aus besonderen Bedingungen temporärer Krisen und Umbruchsituationen nicht hinreichend erklärt werden kann, ergibt sich schon daraus, daß der »Wille des Gesetzgebers« in der Bundesrepublik keineswegs wieder in seine alten Rechte eingesetzt, sondern durch ein flexibles »topisches« Rechtskonzept verdrängt worden ist. In ihm ist eine situative Konkretisierung und Kompatibilisierung *offener* »Werte« und »Gesichtspunkte« (die Herstellung »praktischer Konkordanz«) vorgegeben, an der die tradierten quasi-philologischen Methoden juristischer Hermeneutik versagen. Dieses Recht kann nicht durch Subsumption in Verhaltensimperative umgesetzt werden, indem generalisierte normative Regeln auf eindeutige binäre Unterscheidungen hin (»richtig«/»falsch«, »rechtmäßig«/»rechtswidrig«, »zulässig«/»unzulässig« usw.) befragt werden, sondern muß immer wieder neu *implementiert*, d. h. nach den konkreten Bedingungen eines in verschiedene Teilbereiche und »Arenen« zerfallenden, sich immer rapider wandelnden, zunehmend durchorganisierten und vermachten gesellschaftlichen Kontexts – vorläufig – bestimmt werden (wobei es vor allem auf die jeweils involvierten organisierten Interessen, die Machtverteilung, Kompromißmöglichkeiten, Konsense usw. zwischen ihnen ankommt). Daher reicht es nicht mehr aus, daß die »Rechtsanwender« juristische Texte »lesen«

³¹ H. Ridder, DuR 1973, 241.

³² H. Ridder, DuR 1973, 242 f.

³³ Vgl. dazu VG Stuttgart JZ 1976, 277 f. zu einem Befangenheitsantrag des Landes Bad.-Württ. gegen Richter, die an einem Beschuß mitgewirkt hatten, in dem die »Verfassungsfeindschaft« der DKP als »nicht offensichtlich« angesehen wurde (JZ 1976, 209 ff.). Das Land trug vor, die Begründung dieses Beschlusses »weiche so stark von der Auffassung anderer, insbesondere im Instanzenzug höher stehender Gerichte ab . . ., daß daraus nur geschlossen werden könne, das Ergebnis der Entscheidung habe für die abgelehnten Richter bereits festgestanden, ehe sie in die juristische Beratung des Falles eingetreten seien.«

³⁴ Vgl. insbes. BVerfGE 20, 1 ff.; 35, 171 ff. und 246 ff.; 43, 126 ff.; 46, 14 ff.

und bearbeiten können: Sie müssen, ebenso wie die je beteiligten Interessenten, Parteien, gesellschaftlichen Gruppen etc., einen Set von »Werten« »internalisieren«¹⁵, in dem dieses Recht erst – flexibel, von Fall zu Fall – strukturierbar wird.

Genau damit hängt es zusammen, daß die Bedeutung des prozeßrechtlichen Instituts der Befangenheit eine entscheidende Veränderung erfahren hat: Es soll im vorherrschenden Verständnis nicht mehr nur verhindern, daß Richter »in eigener Sache« judizieren, sondern darüber hinaus sicherstellen, daß sie für den *Pluralismus* (potentiell) relevanter »Werte« offen sind. Von einem solchen Verständnis sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Befangenheit bestimmt. In ihnen geht es – oft in relativ hoch politisierten Konflikten, in denen verschiedene Richtungen des pluralistischen Kräftefeldes unterschiedliche Strategien verfolgen (und dementsprechend verschiedene »Werte« geltend machen) – um die Frage, ob einzelne Mitglieder des Gerichts im Einzelfall die prinzipiell gleiche Berechtigung der verschiedenen involvierten »Werte« und »Gesichtspunkte« anerkennen. So wurde in einem Fragen der Parteienfinanzierung betreffenden Verfahren die Ablehnung des Richters Leibholz für begründet erklärt, der auf einer Staatsrechtslehrertagung gesagt hatte, »Liberale und Demokratieablehner« haben sich zu einer »unheiligen Allianz« gegen die staatliche Parteienfinanzierung verbunden. Damit war nach Ansicht des Gerichts der zu starke Eindruck einer »deutlich abwertenden Beurteilung derjenigen erweckt, die die Finanzierung der Parteien durch den Staat für unzulässig halten«¹⁶. In dem Verfahren über den »Grundlagenvertrag« wurde die Ablehnung des Richters Rottmann für begründet erklärt, der in einem Brief die Vorstellung des juristischen Fortbestands des Deutschen Reichs kritisiert hatte. Nach Einschätzung des Gerichts hatte er dabei zu erkennen gegeben, »daß er die seiner Auffassung entgegengesetzte Auffassung für so unvertretbar hält, daß er sie nur als Wunschedenken, als Vernebeln der Realität, als bloßes Gerede, als These ansehen kann, die von den Realitäten hinweggefegt worden ist«¹⁷. Dem Richter Hirsch hingegen wurde in einem Verfahren über die dienstliche Suspendierung eines »radikalen« Studienrats zwar »ungewöhnliche(s), mit der gebotenen Zurückhaltung schwer verträgliche(s), persönlich gefärbte(s), wiederholte(s) Eingreifen in die öffentliche Diskussion um den sog. Radikalenbeschuß des Bundesverfassungsgerichts« attestiert, dabei aber zugute gehalten, er habe den Beschuß aus Entrübung darüber, daß er »in der Öffentlichkeit nicht die von ihm erwartete Wirkung der Herbeiführung eines allgemeinen Konsenses in der sog. Radikalenfrage hatte«, »zu »verteidigen« und zu »verdeutlichen« versucht.¹⁸

Von diesen Fällen unterscheiden sich die hier behandelten – des Richters, der Berufsverbote für verfassungswidrig hält bzw. der »Richter und Staatsanwälte für den Frieden« – dadurch, daß den Betroffenen nicht der Vorwurf gemacht wird, im Einzelfall zu sehr auf einen der – an sich vertretbaren – »Rechtswerte« fixiert zu sein und konkurrierende »Gesichtspunkte« zu sehr abzuwerten. Sie stehen vielmehr in dem Verdacht, überhaupt nicht abzuwagen (also prinzipiell nicht »offen« zu sein), son-

¹⁵ K.-H. Ladeur, ARSP 1983, 463 ff., 474 f. – Ganz in diesem Sinne meint G. Schmidt-Rätsch (DRiG, 3. A. 1983, § 39 Rz. 3), der Richter solle »sich nicht von seiner Umwelt abschließen, sondern im Leben stehen und sich mit den Problemen seiner Zeit vertraut machen. Er soll werbezogen entscheiden. Auf der anderen Seite hat er aber Bindungen zu vermeiden, die ihn äußerlich als abhängig oder innerlich als voreingenommen oder unfrei... erscheinen lassen. Wo im Einzelfall die Grenze zu ziehen ist, kann nicht allgemein bestimmt werden...«

¹⁶ BVerfGE 20, 7.

¹⁷ BVerfGE 35, 254.

¹⁸ BVerfGE 46, 16 f. Deshalb wurde der Ablehnungsantrag des Kultusministeriums des Landes Baden-Württemberg gegen Hirsch zurückgewiesen.

dern *doktrinär* zu argumentieren und zu entscheiden³⁹). Es ist zwar nicht schwer, die von ihnen propagierten Ziele – Beendigung der »Radikalenpraxis«, Abbau von Massenvernichtungswaffen – als »Rechtswerte« auszudrücken (was ja tatsächlich auch häufig geschieht). Aber die so zustandekommenden »Werte« unterscheiden sich von anderen dadurch, daß sie sich nicht qua *Abwägung* in ein ausgleichendes Rechtskonzept integrieren lassen, dessen »Nullpunkt« durch die Bedingungen des *status quo* besetzt ist und in dem Veränderungen nur als Resultante eines kompromißhaften Arrangements der verschiedenen innovatorischen und beharrenden Tendenzen möglich sind. Wer sich auf die Freiheitsrechte der Verfassung beruft und die Beendigung der Berufsverbote fordert, wer sich gegen den Ausbau der atomaren Vernichtungspotentiale (oder beispielsweise gegen den Bau neuer AKWs, gegen die Umweltzerstörung) einsetzt, fordert grundsätzliche Veränderungen, die den Bruch mit bisher betriebenen Politiken erfordern. Der Sache nach läßt er sich nicht mehr auf Abwägungen mit staatlichen (»Verteidigungs-«, »Verfassungsschutz-«) Aufträgen und anderen legitimen »Werten« ein, auch wenn er kein Anhänger kompromißloser Interessenvertretung und Politikformulierung ist: Ihm kommt es nicht darauf an, in dem Spiel der Abwägungen einen neuen Chip zu plazieren, sondern das Spiel selbst und seine Regeln zu verändern.

V. Offenheit

1. »Relativismus« als Disziplinierungsstrategie

Solche Forderungen aber werden nicht nur Richtern übelgenommen. Es ist wohl auch bereits deutlich geworden, daß die mit disziplinarischen Maßnahmen und über ein extensives Verständnis von »Befangenheit« praktizierten politischen Kontrollen keineswegs nur die Richter betreffen, wenn sie auch ihnen gegenüber besonders glaubhaft dargestellt werden können. Schon in den zwanziger Jahren läßt sich das Vordringen eines (»pluralistischen«) Stils der Legitimation politischer Disziplinierung und Ausgrenzung beobachten, der Feinderklärungen nicht so sehr *inhaltlich* (mit der »Unrichtigkeit«, »Schädlichkeit« usw. der Ziele der bekämpften Richtungen) begründet, sondern *Verfahrensgrundsätze* in den Vordergrund zu stellen scheint, die dem Modell einer Diskussion gleichberechtigter Sprecher nachgebildet sind: Bekämpft wird, wer die eigene Position (Meinung) verabsolutiert und sich nicht um den kompromißhaften Ausgleich mit anderen bemüht.⁴⁰ Nun kann man m. E. die Bedeutung dialog- und ausgleichsorientierter politischer Konzepte und Verfahren kaum hoch genug veranschlagen, sofern sie wirklich die Vielfalt und Heterogenität der politischen Meinungen, Richtungen und Organisationsformen zur Geltung bringen. Darauf zielen die hier in Rede stehenden Kontroll- und Disziplinierungsstrategien aber gerade nicht, weil sie die Herstellung von Kompromißfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft als staatlichen Kampfauftrag gegen unkonventionelle, »radikale«, »extreme« usw. Minderheiten begreifen und Differenzierungen nur innerhalb der Konsense des etablierten Pluralismus erlauben: Wer sich mit *ihm*, seinen Herrschaftsansprüchen und der von ihm verwalteten Macht nicht arrangiert,

39 Am klarsten kommt dies in der Beschwerdeentscheidung des Berliner Senators für Justiz zum Ausdruck, in der es heißt, die Argumentation der Richter sei »durch das Fehlen jeder abwägenden Beurteilung« charakterisiert.

40 Vgl. dazu F. Hase in: D. Deiseroth, F. Hase, K.-H. Ladeur (Hg.), *Ordnungsmacht*, 1981, S. 69 ff.

wer mit den von ihm repräsentierten Interessen nicht zu vereinbarende Veränderungen propagiert, der vertritt eben »einseitige« Ansichten und setzt seine eigene Meinung absolut.

159

»Offenheit«, »Pluralismus«, »Relativismus« werden so zu kämpferischen Formeln, mit denen die Meinungsvielfalt und -heterogenität durch Ausgrenzung nicht-integrierbarer Meinungen zwangsläufig immer wieder auf ein Spektrum kompromißfester Meinungen eingeengt werden kann. So sind in den fünfziger Jahren die »totalitären« Kommunisten eliminiert worden, um die »Freiheit« zu schützen. So werden vor allem seit den siebziger Jahren »Wissenschaftspluralismus« und »Ausgewogenheit« zur Disziplinierung unbequemer Minderheitsmeinungen (z. B. in Universitäten, Rundfunkanstalten) eingesetzt, die neben sich angeblich keine anderen Auffassungen gelten lassen wollen. Und um nichts anderes geht es auch bei der disziplinaren Kontrolle der Richter, die sich »einseitig« für den Frieden und gegen Berufsverbote ausgesprochen und damit zu erkennen gegeben haben, daß sie z. B. den Regierungskurs in diesen Fragen nicht für eine von mehreren akzeptablen Möglichkeiten halten. Die scheinbar verfahrensorientierte, um das Verbot der Verabsolutierung der eigenen Meinung zentrierte Kontrollstrategie läßt sich gegenüber Richtern besonders überzeugend inszenieren, weil sich in der Rollendefinition des Richters sowohl das Gebot deliberativer Offenheit als auch die Gefahren der Begründung ausschließlicher Gültigkeitsansprüche (über vage Analogien zum Urteil) darstellen lassen. So wird der Richter zu einer Art *Muster* der »offenen« pluralistischen Persönlichkeit⁴¹, die prinzipiell alle Positionen des etablierten Pluralismus für vertretbar und berechtigt (und alle großen Parteien für wählbar) hält, zwischen ihnen nur zu vorläufigen, relativierenden Festlegungen bereit, dafür aber zur umso härteren Abgrenzung von »extremen« Meinungen entschlossen ist.

2. Das Ende der »offenen Persönlichkeit«?

Allerdings bestehen erhebliche Zweifel daran, ob dieser Typus von »offener Persönlichkeit« (dessen Verabsolutierung in rechtsverbindlichen staatlichen Entscheidungen mit den Freiheitsrechten der Verfassung nie vereinbar war) sich noch auf der Höhe der Zeit befindet. Es mehren sich die Anzeichen dafür, daß die »Offenheit« des auf ihn gegründeten Abwägungsmodells keineswegs ausreicht, alle für die Entwicklung einzelner gesellschaftlicher Teilbereiche wie des Gesamtsystems wichtigen Informationen und Innovationsanstöße auch nur wahrzunehmen: Diese »Offenheit« ist zu stark macht- und status quo-fixiert und zu sehr auf die Ausgrenzung von Alternativen bedacht, als daß sie die Sensibilität, Phantasie und Innovationsbereitschaft zulassen könnte, ohne die sich die Veränderungen der nächsten Jahre und Jahrzehnte kaum bewältigen lassen werden⁴².

Es zeigt sich in immer mehr Bereichen und immer deutlicher, daß die Konzeptionen eines *linearen*, von den bestehenden Organisationen in den bestehenden institutionalen Formen mit den überkommenen Methoden und Mustern (der Planung, der Bearbeitung von Risiken, der Regelung von Verantwortlichkeiten, der Reflexion, der Bewertung usw.) gesteuerten *Wachstums* zum Scheitern verurteilt sind. Deshalb wird ein Rechts- und Kontrollmodell gefährlich, das dazu tendiert, grundsätzliche Alternativen und Innovationsimpulse, die nicht von dem institutionalisierten Plura-

⁴¹ Dies wird deutlich, wenn etwa G. Schmidt-Räntsch schreibt (a. a. O., § 39 Rz. 7): »Unabhängig von dem Gegenstand hat der Richter sich auch im alltäglichen Leben Zurückhaltung aufzuerlegen und sein Verhalten stets so einzurichten, daß er nicht als uneinsichtig oder rechthaberisch erscheint oder sonst als einer einseitigen Betrachtungsweise verhaftet oder als voreingenommen gilt«.

⁴² Vgl. dazu die Überlegungen von K.-H. Ladeur in ARSP 1983, 463 ff., insbes. 475 ff.

lismus ausgehen oder aufgegriffen werden, als »einseitig« o. ä. aus den Diskursen herauszudrängen.

Die Disziplinarmaßnahmen gegen die »Richter und Staatsanwälte für den Frieden« sind dafür ein gutes Beispiel. Mit welchem Recht können Behörden eigentlich heute die Option für die Beendigung des seit ca. 35 Jahren betriebenen, nun aber neue Gefährdungsdimensionen erreichen atomaren Rüstungswettkaufs als *einseitig*instellen und als Dienstvergehen verfolgen? Die Betroffenen werden das zwar vermutlich verkraften, aber das ist gar nicht der entscheidende Gesichtspunkt: Auch der konservativste Dienstvorgesetzte kann heute einfach nicht sicher sein, daß *nicht* in Wirklichkeit das Weiterdrehen der Rüstungsspirale höchst »einseitig« ist, also wichtige, in unser aller Interesse zu berücksichtigende Gesichtspunkte außer acht läßt. Das Problem ist, daß einige in den über Macht verfügenden Institutionen (obwohl die Mehrheit der Bevölkerung für diese Gefahren sensibilisiert ist) so tun, als könnten sie sicher sein. Es ist zu befürchten, daß sie damit nicht nur die treffen, gegen die ihre Aufsichtsmaßnahmen gerichtet sind.

Wolfgang Schluchter

Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat

Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik

Hermann Heller gehört zum kleinen Kreis derer, die schon in der Weimarer Republik die Basis für eine empirische und praxisorientierte Staatstheorie legten. Dennoch bleiben seine Werke heute in der Regel unberücksichtigt. Der Autor weist nach, daß sich in Hellers Werk eine Argumentation entdecken läßt, mit der nicht nur theoretisch eine Alternative zu Naturrecht, Rechtspositivismus und Marxismus formuliert ist, sondern mit der auch politisch die Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat begründet werden kann. Da diese Argumentation in Hellers Schrift nicht offen zu Tage tritt, erschließt sich die Bedeutung vieler Gedanken Hellers erst dann, wenn sie an denen seiner Konkurrenten gespiegelt werden. Der Autor analysierte deshalb Hellers Werk vor dem Hintergrund der staatstheoretischen Diskussion in der Weimarer Republik.

Aus Anlaß des 50. Todestages sind neben dem vorliegenden Werk noch folgende Werke bei NOMOS im Programm.

Gerhard Robbers

Hermann Heller: Staat und Kultur

1983, 205 S., 39,- DM

Christoph Müller/Ilse Staff (Hrsg.)

Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller: 1891–1933

i. Vb.

1983, 300 S., Salesta brosch., 45,- DM
ISBN 3-7890-0967-9

Nomos Verlagsgesellschaft
Postfach 610 · 7570 Baden-Baden

