

Deutscher Mietgerichtstag 2003

Recht als Glückssache – Einblicke in den Justizapparat

Festvortrag von Dr. Rolf Lamprecht

Es gibt Fragen, bei denen sich darüber streiten lässt, ob sie unziemlich in die richterliche Intimsphäre eindringen oder ob sie ganz legitim nach der Wahrheit hinter der Wahrheit suchen. Hier ein paar Beispiele:

Wie tauglich für seine Aufgabe ist ein Familienrichter, dessen eigene Ehe mit einer Kampfscheidung zu Ende gegangen ist? Auf wessen Seite steht ein Mietrichter, der mehrere Wohnhäuser geerbt hat? Beurteilt ein Verkehrsrichter, der mit dem Porsche vorfährt, einen Unfall anders als sein Kollege, der immer mit dem Fahrrad zum Dienst kommt? Oder anders: Was tun Richter, damit ihre Urteile nicht von biographischen Impulsen und subjektiven Gefühlen geprägt werden?

Fragen wie diese lenken den Blick auf den Januskopf, von dem hier und heute die Rede sein soll. „Es gibt keinen Menschen, der nicht unter dem Recht lebt und ständig von ihm berührt und gelenkt ist“, notierte einst der Münchner Juraprofessor Karl Engisch¹. Eine zutreffende Beschreibung! Recht ist allumfassend und allgegenwärtig. Es ergreift Besitz von den Menschen – bis in die letzten Winkel ihrer Persönlichkeit. Doch der betroffene Bürger nimmt diese Allmacht nicht in ihrer Gänze wahr. Er erlebt sie als Gewitterhimmel, aus dem von Zeit zu Zeit Blitze zucken. Und mancher schlägt bei ihm persönlich ein – etwa wenn der Bundestag ein neues Gesetz beschließt oder wenn ein Richter in sein Leben eingreift.

Paragrafen, die den Kündigungsschutz für Arbeitnehmer oder den für Mieter verändern, können seine Existenz bedrohen. Ein Urteil, das den Führerschein kassiert, stellt seinen Alltag auf den Kopf. Wie oft er bei Zerrüttung der Ehe seine Kinder sehen darf, bestimmt ein Familienrichter. Ein Sozialrichter befindet über die richtige Rente, ein Finanzrichter über die Steuerschuld. Zwei andere entscheiden über das A und O des Lebens, über die beiden Abhängigkeitsverhältnisse, von denen das Wohl und Wehe der Menschen abhängt: der Arbeitsrichter über Lohn und Brot, der Mietrichter über die Sicherheit der eigenen vier Wände.

Die Akteure gehören zum Bestand eines imposanten Staatstheaters. Wer hinter die Kulissen schaut, stößt auf Mimen, die genauso gefühlsabhängig sind wie ihre Publikum – wer im Parkett sitzt, sieht Darsteller, die sich hinter schwarzen Gewändern verbergen und Distanz signalisieren. Es ist kein Zufall, dass sich Richter wie Pfarrer kleiden. Beide bedürfen des Respekts, den ihre Amtstracht dem Publikum abverlangt.

Der Rechtsgelehrte Herbert Tröndle vermutete sogar, die Ehrfurcht sei „eine Spätfolge der archaischen Vorstellung, wonach der Richter ein priesterliches Amt verwaltet“.² In dieses Bild passt, dass Robenträger Urteile „verkünden“. Mitunter wirkt ihr Spruch sogar wie ein Glaubens-

nicht wie ein Rechtssatz. Gesetze sind, der Bibel ähnlich, auslegungsfähig. Allein die Tatsache, dass es von Instanz zu Instanz oft zwei diametral entgegen gesetzte Meinungen gibt, zeugt von der Relativität des Rechts - ja, von seiner Subjektivität.

Wer den revolutionären Gedanken fortspinnt, versündigt sich an der reinen Lehre. Denn er rüttelt am Fundament – der Fiktion von der Rationalität des Rechts. Schlimmer: Er bezweifelt, was die meisten glauben. Der Laie hält Objektivität für eine Bedingung der Gerechtigkeit und erwartet, dass jeder Richter diese Tugend besitzt. Die Amtsinhaber wiederum suggerieren, dass Objektivität zu den Wesensmerkmalen ihres Berufs gehört.

An die Frage, was es bedeutet, wenn diese Voraussetzung nicht stimmt, verschwenden beide, Rechtsspender wie Rechtsempfänger, keinen Gedanken – bedauerlicherweise. Denn so viel ist klar: Falls sich erweisen sollte, dass subjektive Impulse die Wahrheitsfindung inspirieren und dirigieren, müssten alle umdenken. Dann wäre neu zu definieren, was „Recht“ überhaupt vermag.

Recht – das ist ein Begriff, der magische Wirkung entfaltet und eine Aura von Unnahbarkeit ausstrahlt. Ketzerische Fragen kommen daher selten vor. Alle Definitionen beschränken sich auf das Wünschbare, sie benennen unzählige Utopien des Sollens und Wollens. verlieren aber kaum ein Wort über die Kategorien des Seins. Erklärt wird zumeist, was Recht eigentlich sein sollte – nicht aber, was es wirklich ist.

Wer lange zuschaut, macht irritierende Beobachtungen. Vor allem der Dissens zwischen den höheren Chargen der Justiz gibt Rätsel auf. Wie kann es angehen, dass sich zwei hochrangige Spruchkörper, ein OLG und der BGH, von Fall zu Fall mit der Bewertung desselben Sachverhalts und mit der Interpretation derselben Rechtsvorschriften befassen – und trotzdem zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen?

Beide „Spruchkörper“ sind mit hochkarätigen Juristen besetzt. Jeder Oberlandesrichter ist ein potentieller Bundesrichter. Mancher Bundesrichter war noch kurz zuvor Oberlandesrichter. Er hat auf dem Weg von Hamburg, München oder Köln nach Karlsruhe sicher keinen zusätzlichen Qualitätssprung durchgemacht. Trotzdem sieht er, auf der obersten Sprosse der Leiter angekommen, die juristische Welt mit anderen Augen als vorher.

Wer diese Spur weiter verfolgt, kommt dem Rätsel näher. Er muss nur noch eins und eins zusammen zählen: Wenn sich zwischen Bundesrichtern und Oberlandesrichtern Gegensätze auftun, liegt das offenbar nicht an einem unterschiedlichen Wissen, sondern an einem unterschiedlichen Wollen. Denn Ursache für Divergenzen können schwerlich die objektiven Vorgaben des Rechts sein; sie verändern sich auf dem Weg durch die Instanzen um keinen Deut.

Den Ausschlag dürften vielmehr subjektive Impulse geben: Der BGH – genauer: einer seiner Senate, noch genauer: dessen Richtermehrheit – will im konkreten Fall etwas anderes als die Vorinstanzen.

Wer wissen möchte, wie Recht entsteht und Recht vergeht, muss sich auf den Moment konzentrieren, in dem Richter bei ihrer geheimen Beratung den Daumen heben oder senken. Für die Annahme, dass sie dabei öfter ihren (mehr oder weniger achtbaren) Gefühlen folgen als ihrem Verstand, sprechen viele Indizien.

Hinter solchen Zweifeln steckt, konsequent zu Ende gedacht, die Vermutung, dass Justitia, anders als überwiegend wahrgenommen, eigentlich Kopf steht. Was bekäme einer zu sehen, der sie auf die Füße stellt? Neben dem schönen Schein auch ein hässliches Sein? Mehr Subjektivität als Objektivität? Testen kann das jeder, der den politische Alltag als deprimierend empfindet. Womöglich stellt er dabei fest, dass ihm nur eine Alternative bleibt – zynisch oder weise zu werden.

Wer will, kann die Probe aufs Exempel machen. Was erwartet er (und was befürchten andere), wenn die Justiz gegen einen Prominenten ermittelt? Dem Skeptiker dürfte es wie den meisten Zeitgenossen ergehen: Er wird Objektivität – unter bestimmten Bedingungen – schlechterdings für unmöglich halten. Angenommen, das Verfahren gegen Helmut Kohl (wegen der illegalen Parteispenden) wäre nicht gegen eine hohe Geldbusse eingestellt worden: Dann hätten Richter entscheiden müssen, ob der einst so Mächtige schuldig geworden ist – mit ihrem höchst persönlichen Kanzlerporträt im Hinterkopf.

Wäre ihnen „der Angeklagte“ (in Erinnerung) zu groß oder (aus Enttäuschung) zu klein erschienen? Hätten sie deshalb besondere Milde oder besondere Härte walten lassen? Wie wären sie damit fertig geworden, dass ihnen keiner ein unparteiliches Urteil zutraut? Zweifel wie im Fall Kohl verlocken zu Folgefragen. Sie lenken den Blick auf die Menschen, die sich unter der Robe verbergen.

Ob sie wollen oder nicht – der Schatten, den sie werfen, hat bedrohliche Dimensionen. Jeder einzelne verkörpert den „Allmächtigen“, der gibt und nimmt. Der Bürger weiß lediglich, dass die Verfassung „seinem“ Richter Unabhängigkeit zusichert. Doch was bedeutet diese Garantie des GG? Tatsächlich soll sie dem Schutz gegen Eingriffe dienen, die dem Robenträger „von außen“ oder „von oben“ drohen.

Wie er mit Einflüssen umgeht, die von innen kommen, entzieht sich jeder Regel und damit auch der öffentlichen Kontrolle. Der Münchner Rechtsphilosoph Arthur Kaufmann brachte diese Anfälligkeiten der Psyche und des Intellekts auf den Punkt: „Die Unabhängigkeit des Richters wächst in dem Maße, wie er sich seiner Abhängigkeiten bewusst wird.“³

Abhängigkeiten gibt es, wie in jedem Betrieb, auch in den heiligen Hallen der Justiz. Schon der Wunsch, befördert zu werden, erzwingt An-

passung. Die Dominanz von Parteien und Kirchen ist mancherorts erdrückend. Sympathien oder Antipathien zwischen einem Vorsitzenden und seinen Beisitzern bleiben nicht ohne Einfluss auf die Rechtsprechung. Psychische Zwänge und Schikanen, die sich heute „Mobbing“ nennen, sind auch den Robenträgern nicht fremd.

Und was keiner gerne hört: Nach den Regeln der Statistik müssen sich unter rund 21 000 amtierenden Richtern etwa ebenso viele Alkoholiker und Labile verbergen wie in der vergleichbaren Gruppe von Normalsterblichen: 5% Alkoholiker und 10% Suchtgefährdete.

Bis vor wenigen Jahren wurde die Tatsache, dass es in der Justiz nicht anders zugeht als an jedem anderen Arbeitsplatz, perfekt verdrängt. Wer darüber auch nur eine Andeutung wagte, beging ein Sakrileg. Das - nach wie vor - gültige Gesetz des Schweigens ähnelt auf verblüffende Weise der sizilianischen „Omerta“ – mit einem Unterschied: Wer aus der Schule plaudert, wird nicht kalt gemacht, sondern kalt gestellt.

Kaum überraschend: Auch die Oberen der Justiz beherrschen die Gesetze der Verhaltenspsychologie. Sie vermitteln, fein dosiert, Lust und Unlust. Angepasste dürfen Belohnung erhoffen, Widerspenstige müssen Bestrafung fürchten; beides geschieht subtil und ist zumeist unangreifbar. Doch das Glasperlenspiel wird allmählich sichtbar. Im letzten Jahrzehnt haben kritische Richter mit der Diskretion aufgehört.

Die Revolution fand, von der Öffentlichkeit unbemerkt, im Stillen statt – in einer Diskurszeitschrift, die sich schlicht *„Betrifft: Justiz“* nennt. Das Geheimnis, das hier gelüftet wurde, widerspiegelt „Glanz und Elend der Justiz“. Neu und bemerkenswert daran ist, dass die Erfahrungen – anders als früher - nicht mehr hinter der hohlen Hand weiter gegeben werden, sondern mit vollem Namen gezeichnet und zitierfähig sind.

Die Geständnisse der richterlichen Rebellen brachten zumindest eine Wahrheit an den Tag: In den Gefilden des Rechts werden die Irrationalismen, die aus den Tiefen der Psyche kommen, mehr verdrängt als anderswo. Ob das Sein wirklich das Bewusstsein bestimmt, will keiner so genau wissen. Der bekannte Satz von Karl Marx gehört nicht zu den geflügelten Worten der Jurisprudenz. Er passt auch schwerlich zum Selbstverständnis von Richtern.

Gleichwohl fußte die Erkenntnis, die der linke Vordenker einst notierte, auf präziser gesellschaftskritischer Beobachtung. Nun, nach rund 150 Jahren, ist sie von der Medizin verifiziert worden. Was die moderne Hirnforschung über die Wechselbeziehung von Gefühl und Verstand herausgefunden hat, geht sogar über Marx weit hinaus.

Nach dem neuesten Stand der Wissenschaft spielt für das Verhalten des Menschen – anders als viele glauben möchten – der Verstand nur eine untergeordnete Rolle. Es sind in erster Linie Gefühle, die ihn antreiben und steuern. Jedes Handeln, so der Bremer Gehirnforscher Gerhard Roth, erkläre sich aus der Tatsache, dass „bestimmte Nerven-

zellen mit einander verknüpft sind“ – und von Hormonen und „Botenstoffen“ geschmiert werden ⁴.

Die letzte Entscheidung falle „immer unbewusst, letztendlich verursacht über die Gefühle“ – eine Erkenntnis, die intellektuelle Bescheidenheit nahe legt. Vom Willen, auf den die Menschen so stolz sind, bleibt da – naturgemäß - wenig übrig.

Roths Düsseldorfer Professorenkollege Frank Schneider ergänzt: Die Impressionen, die der Mensch über „Nase, Ohren und Augen“ aufnimmt, werden „an das Zwischenhirn weitergegeben, das eine Art Schnittstelle darstellt“. Von dort aus wandern sie ins Archiv: zum „Hippocampus“, dem Wissensgedächtnis, und zum „Mandelkern“, dem Speicher für die Emotionen.

Es ist ein Wunderwerk der Natur, dass „alle Sinneseindrücke“, also das Gelesene, das Gehörte und das Empfundene, „mehrgleisig parallel verarbeitet“ werden.

Professor Roth: „Wir haben keine direkte Macht über unsere Gefühle... sie sind Kurzmitteilungen unseres gesamten Erfahrungsschatzes.“⁵ Was daraus folgt, klingt profan: Die Daten im Speicher melden sich von selbst zu Wort; das Gehirn gleicht ständig ab zwischen dem neuen Eindruck und den alten Erfahrungen; es sortiert nach gut oder schlecht und trifft dann seine Bewertung.

Dr. Wolfgang Prinz, Direktor am Max-Planck-Institut für psychologische Forschung in München, sieht den Willen auf ein Minimum reduziert: „Wir tun nicht, was wir wollen, sondern wir wollen, was wir tun.“⁶

Der Allgemeinplatz, dass Richter auch nur Menschen sind, gewinnt unter dem Eindruck dieser Forschungsergebnisse folgenschwere Bedeutung. Zwar bleibt es Medizinern vorbehalten, individuelle oder pauschale Diagnosen zu stellen, doch eine Schlussfolgerung ist auch dem Laien erlaubt: Was in einem Richter vorgeht, wenn er urteilt, scheint von dem Ideal einer lupenreinen Logik weit entfernt.

Die Interaktionen in seinem Hirn, die Wechselbeziehungen zwischen erlerntem Wissen und prägenden Erlebnissen, sind ebenso geheimnisvoll wie multikausal und bleiben nicht nur anderen, sondern weitgehend auch ihm selbst verborgen. Ein guter Jurist müsste also imstande sein, zwei Aufgaben zu bewältigen: alle einschlägigen Daten (Studienstoff und Präjudizien) aus dem „Hippocampus“ abzurufen und zugleich schädliche Einflüsterungen aus dem „Mandelkern“ abzuwehren.

Der „Erfahrungsschatz“, der in jedem Richter schlummert, gehört – anders als sein Examenswissen – zum individuellen Reservoir. Was aber kommt zum Vorschein, wenn seine Schaltstelle im „limbischen System“ neue Eindrücke und alte Erfahrungen miteinander abgleicht? Wie geht er mit den Reflexen „gut“ oder „schlecht“ um? Die Rückmeldungen lassen sich – so ist zu vermuten – nur selten bis zu ihren Ursprüngen ver-

folgen. Von Fall zu Fall mag die Lebenserfahrung weiter helfen – etwa wenn es um kollektive Vorprägungen geht, wie sie die Religion bewirkt.

Der Glaube spielt vor Gericht öfter eine Rolle, als die meisten vermuten – mal direkt, vielfach indirekt. Direkt, das ist evident, wenn es darum geht, ob ein Kruzifix im Klassenzimmer hängen soll. Indirekt zum Beispiel, wenn geschiedene Eheleute um das Sorgerecht streiten und der eine vorträgt, dass der andere – weil Atheist – nicht imstande sei, die Kinder gottesfürchtig zu erziehen.

Unterstellt, der Richter ist bekennender Christ. Dann hat er in einem streng gläubigen Elternhaus Gott kennen gelernt, im Kommunion- oder Konfirmandenunterricht die Lehren seiner Kirche verinnerlicht, seiner Frau vor dem Traualtar das Jawort gegeben und sein Kind über das Taufbecken gehalten. Alle diese Erinnerungen sind im Gehirn gespeichert. Welchen Einfluss nehmen sie, wenn er zwischen einem frommen und einem gottlosen Elternteil zu wählen hat? Dem „rechtsunterworfenen“ Bürger bleibt nur die Hoffnung, dass der Richter gelernt hat, seine mögliche innere Abhängigkeit zu erkennen und den Prioritäten von Lehre und Rechtsprechung zu folgen.

Was bei einem Urteil den Ausschlag gibt, fällt unter das Beratungsgeheimnis, doch der neutrale Beobachter entdeckt immer wieder, dass Richter ohne erkennbaren Grund Normen mal mit formaler Akribie und mal mit rechtsschöpferischer Phantasie auslegen. Warum sind Sitzblockaden für die einen, die Richter des Bundesgerichtshofs (BGH), kriminelles Unrecht und für die anderen, die Richter des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), nur eine Ordnungswidrigkeit, also eine lässliche Sünde?

Es lohnt sich, näher zu untersuchen, warum sie das eine tun und das andere lassen, was sie im Einzelnen müde oder wach macht, welchen Fall sie mit spitzen Fingern anfassen, und welcher andere ihre kreativen und innovativen Kräfte weckt, wie etwa beim „Herrenreiterurteil“ oder beim Verdikt über das „Geliebtentestament“. Rechts- und Wahrheitsfindung hängt offenbar von Initialzündungen ab, deren Auslöser keiner kennt, weil sie aus dem Unterbewusstsein kommen. Die Antwort auf die Frage, warum Richter mal in Routine verharren und mal über sich hinaus wachsen, könnte lauten: Weil subjektive Gefühle allgegenwärtig sind.

Doch Richter scheuen sich, mit so einem Gedanken auch nur zu spielen. Für sie wäre das ein Eingeständnis von Versagen. Schließlich haben sie ein Leben lang gelernt, dass Objektivität ein Wert an sich, ja, dass sie der Maßstab aller Dinge sei. Kein Wunder, dass bei manchem aus dem Ideal eine fixe Idee geworden ist.

Objektivität gilt als Tugend, Subjektivität als Makel. Dieses Denkmuster entwickelt seine eigene Dynamik. Wer Gefühle zeigt (etwa offen seine Meinung sagt), riskiert eine erfolgreiche Ablehnung wegen Befangen-

heit. Die aber gilt als ehrenrührig. Und wenn darüber befunden werden muss, will kein Kollege einem anderen diese Schmach antun.

Fast jeder, der sich Blößen gibt, wird mit Floskeln entlastet – eine grandiose Verdrängung, die sich von Generation zu Generation vererbt hat. Die Rechtsprechung zur Befangenheit füllt Bücherregale. Doch das kardinale Problem blieb bislang stets ausgespart. Dabei wäre jede Beratung über die etwaige Befangenheit von Kollegen der geeignete Anlass, über die Wurzeln des Berufs nachzudenken – über die Existenzfrage: Ob nicht Subjektivität zu den unabänderlichen Bedingungen des Richtens gehört.

Wer sich zu dieser Einsicht durchringt, müsste auch bereit sein, die Existenz von Vorurteilen zu thematisieren und öffentlich zu machen. Dann wäre nur noch zu definieren, wann Befangenheiten, die in der Biografie eines Richters begründet sind, seine Mitwirkung in einer konkreten Sache ausschließen.

Jeder, der bereit ist, die Subjektivität von Richtern als gegeben hinzunehmen, gewinnt zwangsläufig eine neue Sicht. Er begreift vielleicht sogar die Macht der Gefühle als individuelle Qualität. Hilfreich für diesen Sinneswandel könnten wiederum die Erkenntnisse der Hirnforschung sein. Professor Roth rekapitulierte: „Wären wir allein vom Verstand und von der Vernunft gesteuert, dann hätten wir keinen Zugriff auf unsere Erfahrungen und würden groteske Fehler begehen.“⁷

Bei wenigen Menschen, deren Mandelkern durch einen Virus zerstört war, fanden die Wissenschaftler heraus: Diese Patienten haben „keine Gefühle mehr“, sie können „zwar denken, tun aber völlig falsche Dinge, weil sie aus ihrem Verhalten nichts lernen“. Zum Beispiel: Einer, dessen Gefühlszentrum lädiert ist, kann sich noch so oft an der heißen Herdplatte verbrennen – er wird sie immer wieder anfassen.

Das bedeutet: Ohne Emotionen ist der Mensch ein Wrack – eine Erkenntnis, die den Blick nicht verdüstern muss, sondern auch erhellen kann. Dazu bedarf es nur eines mutigen Schritts. Es reicht schon, die Bedeutung der eigenen Gefühle nicht länger zu verdrängen, sondern sie als Kraftquelle zu begreifen. Zuvor ist freilich eine intellektuelle Bilanz vonnöten.

Noch im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts gehörte zum Selbstverständnis des richterlichen Berufsstandes die Überzeugung, dass ein „richtiges“ Urteil gleichsam das Ergebnis logischer Rechtsanwendung sei – etwa nach dem Schema: das Gesetz als Obersatz, der zu entscheidende Sachverhalt als Untersatz, der Richterspruch als Schlussfolgerung aus beiden Prämissen. Die meisten hielten diesen Vorgang für ebenso zwingend wie die Regel, nach der zwei und zwei vier ergeben.

Martin Draht entlarvte dieses „Subsumtionsdogma“, das die Jurisprudenz beherrschte, als richterlichen Selbstbetrug. Er nannte den Irrglaub-

ben „die Lebenslüge Nr. 1 der Juristen“.⁸ Der renommierte Verfassungsrechtler sprach als erster offen aus, dass auch individuelles Wünschen und Wollen den Richterspruch beeinflusse – und dieser Impuls könne „riesengroß sein, so dass mit dem Wechsel der Person des Richters in der Tat eine andere Entscheidung fällt“.

Mit ähnlichen Gedanken hatte 1970 der Tübinger Rechtsphilosoph Josef Esser Furore gemacht. Er lenkte den Scheinwerfer auf eine banale, aber bis dahin immer vernachlässigte Alltagsweisheit: Dass Richter nämlich niemals jungfräulich und unbefleckt an einen Fall herangehen, sondern immer mit einem bestimmten „Vorverständnis“. Dies aber sei „weder homogen noch einheitlich, sondern entstammt Lernprozessen unterschiedlichster Art“.⁹ in solchen Denkschemata widerspiegelt sich ein „Traditionszusammenhang“, der „oft Generationen hindurch wirksam bleibt, bis sich plötzliche neue Zusammenhänge erschließen“.

Die Ausrufe- und Fragezeichen, die Draht und Esser gesetzt hatten, blieben nicht ohne Echo. Der große Münchner Rechtsphilosoph Arthur Kaufmann assistierte den beiden: „Dass dieses Subsumtionsdogma nicht stimmt, ist mittlerweile ein Gemeinplatz. Es aber nicht nur ausnahmsweise nicht, es stimmt überhaupt nicht.“¹⁰ Der Gelehrte fragte ironisch, wie man sich einen Richter vorstellen müsse, „den nichts, aber auch gar nichts anderes leitet als einzig das Recht?“¹¹

Kaufmann illustrierte seine Zweifel mit rhetorischen Fragen: Hat dieser Richter „kein Gewissen, das zum Recht Stellung bezieht, zustimmend, zweifelnd und mitunter auch ablehnend? Hat die <Welt>, in der er lebt, hat die gesellschaftliche, ökonomische, religiöse, kulturelle Atmosphäre, die ihn umgibt, keinen Einfluss auf sein Denken, Fühlen, Meinen, auf seine Weltanschauung?“

Der Rechtsphilosoph verfolgte diese Spur weiter und argwöhnte, dass ein Richter unabhängig vom konkreten Fall „recht genaue Vorstellungen davon“ habe, wie etwa „Mitglieder von Terroristen- und Anarchistengruppen rechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollen“. Letzte Frage: „Und spielen bei einer solchen sozusagen vorprozessualen Meinungsbildung nicht auch politische Gesichtspunkte eine Rolle?“

Kaufmann kam zu ähnlichen Schlussfolgerungen wie Esser: „Kein Richter – und überhaupt niemand, der auf methodischem Weg Recht zu finden trachtet“, gehe „jungfräulich an die Entscheidung eines Rechtsfalles heran“. Er habe vielmehr schon immer – „bevor er die erste Aktenseite gelesen, die erste Vernehmung durchgeführt hat“ – eine ganze bestimmte Vorstellung von „solchen“ Fällen und „ihrer Beurteilung“.¹²

Nahezu kongenial fortgesetzt wurden diese Gedankengänge 1986 von Winfried Hassemer, damals Rechtsprofessor in Frankfurt, seit 1996 Bundesverfassungsrichter und seit 2002 Vizepräsident des Hohen Hauses. Er warnte vor dem falschen Eindruck, als ob es „zum Vorverständnis eine Alternative gäbe, als sei <vorurteilsfreies> Verstehen möglich“.¹³ Hassemer ist vom Gegenteil überzeugt: Kein Mensch ver-

stehe irgendetwas „rein“ oder gar „objektiv“. Jeder sehe den Gegenstand „mit seinen eigenen Augen, aufgrund seiner eigenen lebensgeschichtlichen Hoffnungen, Enttäuschungen und Ängsten“. Und weiter: Er selektierte mit Hilfe „seiner individuellen Vorverständnisse“.

Diese müssten, so folgert der Gelehrte und Richter, müssten in der richterlichen Praxis aufgedeckt und „auf diese Weise kommunizierbar und kontrollierbar“ gemacht werden. Er halte es für „naiv und gefährlich“, den Richter auf eine sogenannte „vorurteilslose“ Gesetzesauslegung zum verpflichten und von ihm „die Vermeidung von Vorverständnissen zu verlangen“. Diese Empfehlung liefe „in praxi auf richterliche Taktiken von Verschleierung und Verschweigen hinaus“.

Den Adelschlag erhielten diese Gedanken durch einen Amtsträger, der sich sehr früh, 1987, zur selben Einsicht durchgerungen hatte: durch Gerd Pfeiffer, Präsident der Bundesgerichtshofes (BGH) von 1977 bis 1987. Er kehrte sogar den Einfluss der Gefühle ins Positive. „Ein Zustand völliger innerer Freiheit zur Ermöglichung einer optimalen Bindung an Gesetz und Recht ist aber“, so fand er, „nicht nur unerreichbar – es wäre nicht einmal wünschenswert.“¹⁴

Pfeiffer erläuterte diesen Gedanken, der sich 1987 noch ziemlich revolutionär anhörte: Grundeinstellung und Vorverständnis des Richters seien „nicht etwa bedauerliche“ Begleiterscheinungen der Rechtsfindung, sondern „notwendige Voraussetzungen“. Für den ehemaligen Präsidenten ist die Gesetzesanwendung „kein bloßer Subsumptionsvorgang“, er sieht in ihr einen „wertenden Akt der Rechtsschöpfung“.

Alle diese Ideen hatten ein merkwürdiges Schicksal: Sie gehören zum Wissensstoff, wurden aber nie verinnerlicht.

Pfeiffers These würden viele Richter gern den Stempel „streng vertraulich“ aufdrücken. Sie wissen (oder ahnen zumindest), dass ein Urteil, das wie das Ergebnis einer mathematischen Operation daherkommt, eher Akzeptanz findet als ein Kunstwerk, das stets dem Geschmack unterworfen ist. Über den kann man bekanntlich streiten. Das Bemühen um Gerechtigkeit zeigt, wenn es als kreativer Vorgang begriffen wird, naturgemäß mehr offene Flanken.

Die Dynamik, die so einem rechtsschöpferischen Akt inne wohnt, lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen, das zum Themenkreis dieser Tagung gehört. Erinnern wir uns an die Gemeinsame Verfassungskommission, die nach der Wiedervereinigung über eine Öffnung des Grundgesetzes diskutierte. Linke und Liberale wollten hoch hinaus. Sie formulierten Grundrechte auf Arbeit und auf Wohnung, die jeweils in einem Artikel 12a und 13a der Verfassung ihren Niederschlag finden sollten.

Jedermann weiß: Aus den Plänen wurde nichts. Doch was das Wohnen anbelangt, hat später das Verfassungsgericht die Quadratur des Kreises gelöst – und mit einer verblüffenden Interpretation des Grundgesetzes die Rechtslage geschaffen, an der die Gemeinsame Verfassungs-

kommission gescheitert ist. Leitsatz des Urteils vom Mai 1993, das den Verfassungsgeber korrigiert: „Das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum im Sinne von Artikel 14, Absatz 1, Satz 1 des Grundgesetzes.“¹⁵

Die Karlsruher Richter erhöhten erst den Stellenwert der Paragraphen 556a und 564b BGB. Dann hoben sie die Güterabwägung zwischen dem Widerspruchsrecht des Mieters und dem berechtigten Interesse des Vermieters auf eine verfassungsrechtliche Ebene – und dies mit einem ebenso schlichten wie folgenschweren Satz: „Der Eigentumschutz des Mieters unterscheidet sich in seiner Struktur nicht von demjenigen des Vermieters und Eigentümers.“¹⁶

Deutlicher als mit diesem Urteil lässt sich der Wille, Neues zu schaffen, kaum ausdrücken. Dabei nahmen die Verfassungsrichter rechtspolitische Kollateralschäden billigend in Kauf. Wohneigentum, das wegen der eingeschränkten Dispositionsfreiheit kaum noch mit anderen Anlageformen konkurrieren kann, verliert als Alterssicherung für den Mittelstand jeden Reiz; es ist nun im wahrsten Sinne des Wortes immobil.

Was bei Rechtsschöpfungen dieser Dimension genau vor sich geht, bleibt das Geheimnis der Akteure. Jeder Richter weiß zwar, was seine Kollegen bei der Beratung gesagt, nicht aber, was sie gedacht und gefühlt haben. Deshalb bleibt die Rechts- und Wahrheitsfindung letztlich ein Mysterium – namentlich für den Außenseiter.

Der fragt sich: Was geht im stillen Kämmerlein vor sich, wenn Richter den Prozessstoff rekapitulieren und pointieren, wenn sie subsumieren, abwägen und werten? Argumentieren sie rational oder irrational? Wirken sich ihre politischen und religiösen Überzeugungen auf die Rechtsprechung aus? Werden Obsessionen verarbeitet oder verdrängt? Was passiert wirklich, wenn sich Justitias Waage nach der einen oder anderen Seite neigt? Es spricht alles dafür, dass es Gefühle sind, die das spezifische Gewicht der Gründe oder Gegengründe schwerer machen.

Wer diesem Phänomen nachspüren will, ist nicht auf Vermutungen angewiesen. Bei einer Instanz, beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in Karlsruhe, steht die Tür zum Beratungszimmer einen Spalt offen. Anders als die übrigen deutschen Robertträger dürfen die 16 Mitglieder des Olymp für den Fall, dass sie überstimmt werden, ihre „Abweichende Meinung“ veröffentlichen. Diese „Dissenting Opinion“ – auch „Sondervotum“ genannt – ist dem Urteil der Mehrheit beizufügen; beides bildet eine Einheit¹⁷.

Damit erhalten die Adressaten der Entscheidung – die streitenden Parteien, aber auch das interessierte Publikum – eine einmalige Chance. Sie dürfen teilnehmen an dem Schlagabtausch, der zuvor unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattgefunden hat. Plötzlich erkennen sie, dass Wahrheitsfindung stets auch Meinungskampf bedeutet.

Ihnen wird ebenso klar, dass Urteile nicht das Produkt einer sakralen Handlung sind, sondern durch einen ganz profanen Akt zustanden kommen. Richter heben am Ende der Beratung die Hand und stimmen ab, nicht anders als Politiker im Parlament. Wie dort entscheidet die Mehrheit. Das Urteil kann von einer Stimme abhängen.

Mit dieser Information über das „Wie“ weiß der Bürger freilich noch nichts über das „Warum“. Zunächst macht der Kontrast zwischen dem Urteil der Mehrheit und der „abweichenden Meinung“ der Minderheit nur den Dissens deutlich. Argumente stehen sich gegenüber. Doch die Motive schimmern bereits durch. Wenn nicht in den Zeilen, stehen sie zwischen den Zeilen.

Mal verrät die Sprache, welche Gefühle den Verstand geleitet haben. Mal findet sich die Information in der Rangfolge, die einzelne Argumente in der Beweiskette einnehmen. Immer aber haben die Optionen, die zur Wahl stehen, eine bestechende Aussagekraft. Keine Lösung ist ideologiefrei. Zu welcher sich ein Richter auch durchringt – er legt damit zugleich ein Bekenntnis über seinen individuellen Standort ab.

Der Intellekt bedient sich der Gefühle - und kleidet sie in Worte. Je virtuoser einer mit der deutschen Sprache und dem abstrakten Vokabular der Jurisprudenz umzugehen weiß, desto mehr verlieren die tiefenpsychologischen Impulse ihre Konturen; mitunter sind sie gar nicht mehr sichtbar. Der Kundige, der die Personen einzuordnen vermag, stößt beim Studium ihrer Voten und Sondervoten auf eine Fülle von Gefühlen. Gründe und Gegenstände in der Karlsruher Spruchpraxis illustrieren, wie emotional Recht sein kann.

Bisweilen entwickelten die Dissenter geradezu prophetische Gaben, etwa als es um das heiß umstrittenen Abhören von Telefonaten durch die Geheimdienste ging.¹⁸ Drei, die aus ganz verschiedenen politischen Lagern kamen, warnten vor einem Dambruch. Ihre Besorgnis: Wer, wie die Richtermehrheit, den Einbruch in die Privatsphäre gestatte, nehme in Kauf, dass Parlamentarier irgendwann einmal auch andere Essentials der Verfassung preis gäben - etwa die Unverletzlichkeit der Wohnung.

Das Unvorstellbare ist inzwischen geschehen; die Warnung, „schon den Anfängen zu wehren“, hat keiner ernst genommen. Was die hartnäckigen Propheten darüber hinaus vorbrachten, fiel unter das Juristenverdict „abwegig“. Tatsächlich entwarfen sie ein Horrorszenario, das damals jeder für undenkbar hielt: Politiker, die A sagen, könnten - so ihre Befürchtung - dereinst auch B sagen und noch Schlimmeres absegnen - etwa „verschärfte Vernehmungen“ (also Folter) oder „auch Geheimmikrophone“ (also Wanzen).

Eine der beiden Angstvisionen, die sich 1970 wie Hirngespinnste ausnahmen, ist mit dem „Großen Lauschangriff“ bereits Wirklichkeit geworden. Über die zweite wird zumindest diskutiert.

Die Gefühle, die durchschimmern, sind keineswegs irrational. Im Gegenteil: Die meisten Begründungen sind bestechend - und leben nicht selten von einem Rückgriff auf die Ideen des Naturrechts. Begriffe wie Würde des Menschen, Unantastbarkeit von Leib und Leben, Freiheit der Gedanken und des Glaubens sind unabhängig von der Jurisprudenz entstanden – als Forderungen, die Philosophen, Theologen und politische Freiheitskämpfer erhoben haben. Das Gefühl für diese Werte ist, wie zahllose Prozesse vor dem Bundesverfassungsgericht gezeigt haben, bei vielen ungebildeten Laien besser ausgeprägt als bei manchem verbildeten Volljuristen.

Bekanntlich unterscheiden die Juristen zwischen dem einfachen, mehr oder weniger nachgiebigen Recht und übergeordneten elementaren Prinzipien. Das sind die "unveräußerlichen Menschenrechte". Auch sie lassen sich freilich nicht immer auf den ersten Blick erkennen. Um die Unterschiede deutlich zu machen, hat die Bonner Verfassung den imposanten Katalog der "Grundrechte" aufgestellt - und das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zum Wächter dieses kostbaren Guts berufen.

Die Grundrechte bedeuten eine, wenn nicht überhaupt die Zäsur im deutschen Recht. Thomas Dieterich, bis 1999 Präsident des Bundesarbeitsgerichts und davor Mitglied im Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts, erinnerte an das Diktum Radbruchs von 1946: „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.“ Dieterichs Kommentar dazu: „Allen war klar: Juristisches Denken darf sich nicht mit dem Satz begnügen: Gesetz ist Gesetz.“¹⁹ Und weiter: Diese Erfahrung mit dem Unrechtsstaat habe „der Suche nach einer materialen Rechtsethik, dem uralten Problem des Naturrechts, große Popularität“ verschafft.

Diesem Gedanken des überpositiven Rechts hat das Grundgesetz aufgenommen und das Bundesverfassungsgericht hat ihn fortentwickelt – übrigens mit Hilfe der Bürger. Denn sie dürfen – erstmals in der deutschen Geschichte - den Staat in die Schranken fordern. Aus gutem Grund sprach Dieterich, mit Blick auf die Verfassungsbeschwerde und die Rechtsweggarantie, von einer „kopernikanischen Wende“. Obwohl die Beschwerden nur in etwa zwei Prozent aller Fälle Erfolg haben, ist das Vertrauen der Bürger in die Weisen von Karlsruhe ungebrochen. Wenn sie obsiegen, erweist sich der höchstrichterliche Spruch nicht selten als „rechtsschöpferischer Akt“ mit hohem ethischen Anspruch.

Doch bei allem Respekt: Keiner – weder der Verfassungsrichter, noch der Amtsrichter – kann auf Dauer losgelöst vom Zustand des Gemeinwesens entscheiden. Die meisten Richter tun sich schwer mit dem Eingeständnis, dass der Zeitgeist auch auf sie Einfluss haben könnte. Dabei wird nie ganz klar, ob es nur der Begriff ist, den sie als obszön empfinden. Oder ob sie nicht akzeptieren wollen, dass sich das gesellschaftliche Bewusstsein permanent verändert – und sie an dieser Entwicklung teil haben. Nichts anderes meint der Begriff Zeitgeist.

Mitunter ist es sogar die Justiz, die ihn prägt. Den allgemeinen Konsens, dass Alkohol am Steuer kein Kavaliersdelikt ist, haben Richter mit

einer eindringlichen und nachhaltigen Spruchpraxis zustande gebracht. Umgekehrt hat sich die Justiz der verbreiteten Stimmung gebeugt, die nach den Attentaten der RAF im Volk aufkam – oder auch der Sensibilisierung für die Umweltkriminalität, die den „Grünen“ zu verdanken ist. Mal hat die Gesetzgebung, mal die Rechtsprechung auf den Zeitgeist reagiert – und oft beide gemeinsam.

Doch andererseits ist das Unbehagen, das manchen Richter bei dem Gedanken an den Zeitgeist beschleicht, nicht unbegründet. Wer ihn als Monster empfindet, hat gute Gründe. Die Geschichte der deutschen Justiz kennt barbarische Beispiele – nach dem Motto: Richter sind zu allem fähig! Wenn es darauf ankommt, brauchen sie nicht mehr als dreißig Zeilen, um zu erklären, warum ein Mensch, der eben noch lebendig vor ihnen gestanden hat, eigentlich längst tot sei. Und je „qualifizierter“ sie sind, desto besser gelingt es ihnen, das makabre Spiel nach den Regeln ihrer Kunst zu begründen.

Opfer solcher juristischen Magie wurde 1933 ausgerechnet ein Mann, der selbst mit Imaginationen sein Brot verdiente: ein Filmregisseur und Drehbuchautor. Doch seine eigene schöpferische Phantasie hätte kaum ausgereicht, um so ein jenseitiges Diesseits zu erfinden. Da waren ihm die Rechtsgelehrten über.

Der Schriftsteller hatte einen Vertrag mit der Ufa, Deutschlands größter Filmgesellschaft. Sein Unglück: Er war als Jude plötzlich unerwünscht. Deshalb wollte die Ufa von ihm nichts mehr wissen. Doch ein Rücktritt vom Vertrag war nur bei Krankheit oder Tod vorgesehen. Die Justiz half großzügig aus. Und es war nicht etwa ein linientreuer kleiner Amtsrichter, der den Rechtsbruch sanktionierte, sondern Deutschlands höchste Instanz - das Reichsgericht, der Vorgänger des heutigen BGH.

Die Roten Roben in Leipzig urteilten: „Die frühere (liberale) Vorstellung vom Rechtsinhalte der Persönlichkeit machte keine grundsätzlichen Wertunterschiede nach der Gleichheit oder Verschiedenheit des Blutes; sie lehnte deshalb eine rechtliche Gliederung und Abstufung der Menschen nach Rassegesichtspunkten ab.“²⁰ Damit habe die „nationalsozialistische Weltanschauung“ Schluss gemacht. Sie erkenne „nur Deutschstämmige“ als „rechtlich vollgültig“ an und unterscheide zwischen „voll Rechtsfähigen und Personen minderen Rechts“.

Zur Festigung ihres Standpunktes beriefen sich die Spitzenjuristen des Deutschen Reiches auf Bräuche aus primitiver Vorzeit: „Den Grad völliger Rechtlosigkeit stellte man ehemals, weil die rechtliche Persönlichkeit ganz zerstört sei, dem leiblichen Tode gleich.“ So seien die Begriffe des „bürgerlichen Todes“ und des „Klostertodes“ entstanden. Auf den Fall des jüdischen Autors bezogen: Die aus „rassepolitischen Gründen eingetretene Änderung“ der Gesellschaft begründe eine Auflösung des Vertrages mit ihm, „wie Tod oder Krankheit es täten“.

Wer heute dieses Produkt einer partiell hohen, aber zugleich morbiden Intelligenz liest, reibt sich die Augen - und bekommt es, gleich doppelt, mit der Angst zu tun. Er weiß nun, was sich alles im Beratungszimmer

eines höchsten Gerichts zusammenbrauen kann. Er weiß aber auch, dass die sogenannte Qualifikation, von der das berufliche Fortkommen abhängt, heute noch an denselben Kriterien gemessen wird wie zu Zeiten des Reichsgerichts. Erfolg hat jeweils der Klassenbeste. Benotet wird hoch gestochene Perfektion, nicht aber moralische Integrität.

Spitzenjuristen, die imstande sind, Persionen des Rechts ebenso gut zu begründen wie ethische Höhenflüge, können gemeingefährlich werden. Wer garantiert, dass ihre Qualifikation nicht mal (wie 1933 in Leipzig) ins Gegenteil umschlägt? Wie das vor sich geht, machen gerade die US-Amerikaner vor, deren Nation der Welt bis vor kurzem noch als Vorbild eines demokratischen Rechtsstaates diente.

Auf Guantanamo haben sie Menschen eingesperrt, die weder den Schutz von Straf- noch den von Kriegsgefangenen genießen. Es sind Vogelfreie, Outlaws, Rechtlose. Und natürlich finden sich hochmögliche Juristen, die den Rückfall ins Mittelalter scheinbar schlüssig begründen.

Ich will, wie ich begonnen habe, mit einer Frage enden: Sind wir Deutsche gegen vergleichbare Anfechtungen gefeit? Ich weiß es nicht. Aber ich habe immer eine Warnung von Thomas Mann vor Augen: Er sagte, als der berühmte amerikanische Senator McCarthy sein Unwesen trieb: „Die Freiheit“ stirbt an ihrer Verteidigung.“²¹

QUELLEN

¹ Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956, Verlag W.Kohlhammer, 6.Auflage 1975, S.7

² Tröndle, Herbert: DriZ 1970, 213

³ Kaufmann, Arthur: NJW 1988, 2582

⁴ Apotheken Umschau, 15.1.2002, S.43, auch im Internet unter der Überschrift „ie Gefühle entstehen: <http://www.saxer.claranet.de/gefuehl.htm>

⁵ wie vorher, Seite 44

⁶ <http://www.morgenwelt.de/wissenschaft/9902-gehirn.htm>

⁷ wie Fn.5, Seite 45

⁸ Martin Draht: DER SPIEGEL 39/1972, Seite 51

⁹ Josef Esser: „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“, Frankfurt am Main, 1970, 1972, Seite 10

¹⁰ Arthur Kaufmann: „Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit“, 1974, in „Über Gerechtigkeit“, Berlin, Bonn, München 1993, Seite 144

¹¹ wie zuvor: Seite 141

¹² wie zuvor: Seite 146,147

¹³ Winfried Hassemer: „Juristische Hermeneutik“, zunächst in „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“, 1986, Seite 195-212, neu in „Freiheitliches Strafrecht“, Berlin, 2001, Seiten 32,33

¹⁴ Pfeiffer, Gerd: Die innere Unabhängigkeit des Richters, in „Festschrift für Wolfgang Zeidler“, Berlin-New York, 1987, Seite 73

¹⁵ BVerfGE 89, 1 ff

¹⁶ BVerfGE 89, 8

¹⁷ Lamprecht, Rolf: Richter contra Richter – Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur, Nomos Baden-Baden, 1992, mit weiteren Nachweisen

¹⁸ BVerfGE 30, 1ff; 33 f

¹⁹ Thomas Dieterich: „Das Verhältnis von Recht und Politik“, in: „Auftrag Grundgesetz – Wirklichkeit und Perspektiven“, Stuttgart 1989, Seiten 46, 47

²⁰ „Der Nationalsozialismus – Dokumente 1933-1945“, Hsgb. Walter Hofer, Frankfurt am Main, 1957, Seite 287f, Dokument 162

²¹ Thomas Mann, zitiert bei Richard von Weizsäcker „Dreimal Stunde Null“, Berlin, 2001, Seite 39