

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Maus, Ingeborg

Justiz als gesellschaftliches Über-Ich

Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie

© Suhrkamp Verlag

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2229

978-3-518-29829-9

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2229

Mit den hier versammelten Texten zielt Ingeborg Maus auf ein Paradox der Demokratie: Einerseits setzen die Bürger großes Vertrauen in die Justiz, insbesondere das Verfassungsgericht, während das Parlament am unteren Ende der Vertrauensskala rangiert. Wenn aber Verfassungsnormen in unbestimmte »Werte« aufgelöst werden, die es erlauben, auch verfassungskonforme Gesetze auszuhebeln, erscheint das Gericht andererseits als Kontrahent der Volkssouveränität. Die Kritik dieser juristischen Praxis, die heute auch auf EU-Ebene zu beobachten ist, wird ergänzt durch einen Rückblick auf Methoden der NS-Justiz.

Ingeborg Maus ist emeritierte Professorin für politische Theorie und Ideengeschichte an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Im Suhrkamp Verlag zuletzt erschienen: *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie* (stw 2007) und *Menschenrechte, Demokratie und Frieden. Perspektiven globaler Organisation* (stw 2113).

Ingeborg Maus
Justiz als
gesellschaftliches Über-Ich

Zur Position der Rechtsprechung
in der Demokratie

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Erste Auflage 2018

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2229

© Suhrkamp Verlag Berlin 2018

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29829-9

Zur Erinnerung an Duško

In despotischen Staaten gibt es keine Gesetze: der Richter ist sich selbst Gesetz.

Unter der republikanischen Regierungsform entspricht es dem Wesen der Verfassung, daß die Richter sich an den Buchstaben des Gesetzes halten.

Montesquieu

Inhalt

Einleitung	11
I. Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Funktion von Rechtsprechung in der »vaterlosen Gesellschaft«	17
II. Zur Ideengeschichte der Gewaltenteilung und der Justizfunktion. Demokratie und Justiz in nationalstaatlicher und europäischer Perspektive	46
III. »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen	100
IV. Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus	123
V. Plädoyer für eine rechtsgebietsspezifische Methodologie oder: wider den Imperialismus in der juristischen Methodendiskussion	155
VI. Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers	175
VII. Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat. Zur Kritik juridischer Demokratieverhinderung	204
VIII. Zum Verhältnis von Recht und Moral	227
Literaturverzeichnis	250
Nachweise	265

Einleitung

Als »Herzkammern« unserer Demokratie wurden die beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts anlässlich des 60. Jahrestages des Beginns seiner Entscheidungen bezeichnet – nicht zuletzt, weil durch ihre Judikatur »scheinbar feste Verfassungstexte [...] bei immer erneuter Aktualisierung neue Gehalte gewinnen« können.¹ Was hier formuliert wird, ist aus gleichem Anlaß als Entgrenzung des Gerichts kritisiert: »Alle seine Aussprüche erzeugen Verfassungsrecht und können den demokratischen Gesetzgeber binden« – genau dadurch »entsteht ein Legitimationsproblem« hinsichtlich demokratischer Partizipation.² Während das Grundgesetz in der Präambel sich auf die »verfassungsgebende [...] Gewalt« des Volkes bezieht und in Artikel 38 die Gesetzgebung des Bundestags allein durch allgemeine Wahlen legitimiert, sich also auf Volkssouveränität beruft, muß das Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner Praxis als Kontrahent der Volkssouveränität bezeichnet werden.

Angesichts der dennoch quasi religiösen Verehrung des Bundesverfassungsgerichts in der Bevölkerung, die bereitwillig das Prinzip der Volkssouveränität an das höchste Gericht delegiert, ist es angebracht, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit psychischen Mechanismen dieses Vorgangs zu korrelieren. – Das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Justiz trat nur in wenigen Phasen öffentlicher Proteste zutage. Vor allem in den 1970er Jahren, als die sozial-liberale Koalition eine Reihe von Reformgesetzen beschloss, wies das Bundesverfassungsgericht alle diese Gesetze entweder ganz oder teilweise zurück oder unterwarf (wie im Mitbestimmungsgesetz für große Unternehmen) die Entscheidung des Gesetzgebers dem Vorbehalt einer Korrektur für den Fall einer zukünftigen Auswirkung des Gesetzes, die die »Funktionsfähigkeit der Unternehmen« und der »Gesamtwirtschaft« beeinträchtigen könnte.³ – Die harsche Kritik am Bundesverfassungsgericht

1 Michael Stolleis (Hg.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München 2011, Vorwort, S. 2.

2 Christoph Möllers, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 283-408, hier: S. 284, 332.

3 BVerfGE 50, 290, 332.

ist auf dessen Rechtsprechung in den 1970er Jahren fokussiert. Spätere (weniger kritikbedürftige) Phasen sind nicht berücksichtigt (Beitrag I).

Die Untersuchungen zur Position der Justiz im politischen System beziehen sich nicht nur auf das Bundesverfassungsgericht im Kontext demokratischer Strukturen, sondern auch auf die Gerichtsbarkeit im Nationalsozialismus unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Methodologie, deren ungebrochene Kontinuität nach 1945 analysiert wird (Beiträge III und IV).

Diese Kontinuität besteht auch auf europäischer Ebene. Hier wird nicht nur die demokratische Gesetzgebung eliminiert, sondern auch die Rechtsprechung aufgrund der Kompetenzkonflikte der Gerichte im Mehrebenensystem und der Unterschiede zwischen den jeweiligen Rechtsgrundlagen auf extrem »weiches« Recht umgepolt. Dieser Vorgang verbindet sich mit der Reduktion des Prinzips demokratischer Gewaltenteilung, das unter anderem von Locke und Kant entwickelt wurde, auf das Modell des noch feudalistisch imprägnierten Gewaltensystems Montesquiens (der andererseits eine strikte Gesetzesbindung der Justiz forderte). Ausgerechnet Montesquiens Modell der »Gewaltenteilung«, das gegenwärtig als das einzig mögliche verstanden wird, beabsichtigt keine Teilung der Gewalten, sondern eine Souveränitätsteilung – während die demokratischen Modelle eine Gewaltenteilung gerade durch die Unteilbarkeit der Volkssouveränität hinsichtlich der gesetzgebenden »Gewalt« und deren strikte Trennung von der Exekutive erreichen. Bei Montesquieu hingegen besteht eine Koexistenz von Legislative und Exekutive in der Gesetzgebung aufgrund des Vetorechts des Königs. Abgesehen von Montesquiens Forderung, eine separate legislative Kammer des Erbades zum Schutz seiner Privilegien und als Zwischengewalt zu installieren, enthält seine Version die konstitutiven Prinzipien des heutigen hegemonialen Präsidialsystems. Wie man weiß, tritt hinsichtlich des Vetorechts gegen Gesetze der Präsident an die Stelle des Königs. Das parlamentarische System, das Volkssouveränität immerhin mittelbar organisiert, gerät seit längerem in die Defensive. Der früheste Angriff auf seine Prinzipien formierte sich in der Ratifizierungsdebatte um die US-amerikanische Verfassung, und bis zur Gegenwart bestehen in der US-amerikanischen Literatur Mißverständnisse hinsichtlich parlamentarischer Strukturen und des Volkssouveränitätsprinzips.

Was die richterliche Entscheidung im jeweiligen Gewaltenteilungssystem angeht, so stimmen die gegensätzlichen Protagonisten überein. Sowohl Montesquieu als auch die Kontraktualisten – Locke, Kant, Rousseau und sogar Hobbes – fordern eine strenge Gesetzesbindung der Justiz. Dagegen führen die seit Beginn des 20. Jahrhunderts vordringenden juristischen Methodenlehren zu einer Entformalisierung des Rechts und entlassen nicht nur die Gerichte aus jeder Bindung an die Gesetze, sondern zerstören auch das System der demokratischen Gewaltenteilung (Beitrag II).

Was die Entwicklung der juristischen Methodologie in der Bundesrepublik angeht, so ist der Methodenstreit zwischen verschiedenen Schulen ein auffälliges Phänomen. Es kann gezeigt werden, daß vor allem privatrechtliche Positionen einerseits und verfassungs- sowie strafrechtliche Positionen andererseits aufeinanderprallen, wobei jede Partei ihren spezifischen methodologischen Ansatz generalisiert. Die hierbei herrschende Dominanz zivilrechtlicher Methoden, die auf eine wachsende Beschleunigung gesellschaftlicher Veränderungen mit der Flexibilisierung des Rechts reagieren, würden in verfassungs- und strafrechtlichen Kontexten in letzter Konsequenz ein demokratisches politisches System in ein autoritäres verwandeln. Aus diesem Grund ist eine rechtsgebiets-spezifische Methodologie dringend zu empfehlen (Beitrag V).

Einen Gegenpol zu den rechtsauflösenden Methodiken findet sich in der hochkomplexen Theorie Friedrich Müllers. Sie hat (als juristische Methodenlehre, Verfassungs- und Rechtstheorie) das Verdienst, die rechtsstaatlichen und demokratischen Defizite der herrschenden juristischen Methodologie gekennzeichnet zu haben, die seine eigene juristische Methodik vermeidet. Diese führt allerdings nicht zur klassischen rechtspositivistischen Interpretationslehre zurück, sondern besteht auf einer *nach*positivistischen Konzeption, die das Ausmaß an Rationalität verbürgt, das der Rechtspositivismus bereits erreicht hatte. Müllers Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulat fordert von der Justiz Methodenklarheit im Sinne der tatsächlichen Berechenbarkeit von Rechtsentscheidungen und dient zugleich der Analyse jener faktischen Abläufe richterlicher Entscheidungsfindung, die der Rechtspositivismus unbeachtet ließ. Müllers »strukturierende« Methodik entwirft eine Rangordnung der Konkretisierungselemente für das richterliche Arbeiten, die ein erhebliches Maß an Rationalität und Kon-

trollierbarkeit gerichtlicher Entscheidungen verspricht. Sie wird allerdings von der Rechtsnormtheorie konterkariert: Diese hält die Unterscheidung von Normprogramm und Normbereich aus rechtsstaatlichen Gründen für unverzichtbar, unterstellt aber, daß im Wortlaut einer Norm deren Normprogramm so unvollkommen enthalten ist, daß es nur mittels der Normbereichsanalyse entschlüsselt werden kann. In dieser Hinsicht ist die entschieden rechtsstaatlich und demokratisch orientierte Methodik kaum imstande, dem Gesetzgeber ein Stück des an die Justiz verlorenen Terrains zurückzugewinnen (Beitrag VI).

Das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Justiz ist auch hinsichtlich historischer Varianten des Rechtsstaats zu bestimmen. Der demokratische Rechtsstaat entstand im Kontext der Französischen Revolution. Er war ein *formaler* Rechtsstaat, der die totale Verrechtlichung der Staatsapparate forderte, während er den Bürgern rechtsfreie Räume jenseits präzise formulierter Gesetze garantierte. Unter den restriktiven Bedingungen des deutschen Konstitutionalismus war der Rechtsstaat nur auf eine Mäßigung der Staatsgewalt angelegt, aber die Ausweitung des Gesetzesbegriffs auf jeden beliebigen Gegenstand (wie Robert von Mohl forderte)⁴ stärkte die Gesetzgebung gegen Verordnungen der Exekutive und versuchte, das gesamte Staatshandeln unter die Gesetze zu stellen. Auch diese Rechtsstaatsversion war eine *formale*. Durch die heutigen Methoden der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde dagegen der Rechtsstaat *materialisiert*: Die zu einem Wertesystem substantialisierten Grundrechte werden gegen den Gesetzgeber ausgespielt, mit der Konsequenz, daß Staatsapparate im Durchgriff auf die »höheren« Normen sich aus der Bindung an »einfache« Gesetze befreien und zur Selbstprogrammierung übergehen. So erweist sich in jeder Hinsicht der formale Rechtsstaat als Bedingung der Möglichkeit von Demokratie (Beitrag VII).

Die verbreitete Abneigung gegen den Rechtspositivismus argwöhnt, daß er beliebige Rechtsinhalte und die quantitative Zunahme von Recht zu verantworten hat. Die gegenläufige Position vertritt eine Remoralisierung des Rechts, in der Hoffnung, durch die Einführung moralischer Prinzipien in das Recht die Beliebigkeit

4 Robert von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, Bd. I, Tübingen 1840, S. 67.

und Quantität von Rechtsetzung zu begrenzen. – Was die letztere Position betrifft, so kann gezeigt werden, daß das Gegenteil der Fall ist. Das positiv gesetzte Recht garantierte ursprünglich einen Rechtsformalismus, der rechtsfreie Räume zuläßt: Was nicht durch einen gesetzlichen Tatbestand im jeweils geltenden Recht erfaßt ist, unterliegt gar keiner rechtlichen Regelung und ist dem staatlichen Zugriff entzogen. Dagegen hat die Einbeziehung moralischer Prinzipien in das Recht zur Folge, daß die rechtsfreien Räume verschwinden: Die im Vergleich zu Rechtsnormen erheblich größere Unbestimmtheit moralischer Prinzipien läßt es zu, daß fast jeder Sachverhalt als ein rechtlich relevanter identifiziert und zum Gegenstand gerichtsförmiger Entscheidung gemacht werden kann. Insofern führt die Remoralisierung des Rechts zur Ausdehnung des Aktionsradius der Staatsapparate (Beitrag VIII).

An dieser Stelle sind mehrere Danksagungen angebracht. – Interdisziplinäres Arbeiten steht in der Wissenschaft hoch im Kurs. Die Vermittlung zwischen Rechts- und Politikwissenschaft kann jedoch zu einem existenzgefährdenden Spagat führen, aus dem Jürgen Habermas mich durch die Aufnahme in seine »Arbeitsgruppe Rechtstheorie« rettete. Wie immer gilt ihm mein ganz großer Dank. Ich danke auch sehr meinem ersten akademischen Lehrer, Carlo Schmid, der mich für die Wissenschaft entdeckte und mir einen ersten Eindruck davon vermittelte, daß normative Politikwissenschaft ohne rechtswissenschaftliche Kenntnisse unzulänglich ist. Auch dem Nachfolger auf seinem Lehrstuhl, Christian Graf von Krockow, danke ich sehr für die herrschaftsfreie Zusammenarbeit und für seine Beteiligung an meinem Promotionsverfahren. Erhard Denninger danke ich insbesondere für seine Bereitschaft, aus rechtswissenschaftlicher Perspektive das externe Gutachten zu meiner Habilitation zu verfassen, ohne das dieses Projekt möglicherweise gescheitert wäre. Helmut Ridder habe ich mehrfach zu danken: Daß das Manuskript meiner Dissertation (über Carl Schmitt) nach mehrjährigen vergeblichen Versuchen doch noch von einem Verlag angenommen wurde, ist ausschließlich seinem fulminanten Gutachten zu verdanken. Es war auch seine Empfehlung, die Erkenntnisse dieses Buchs auf die herrschende juristische Methodenlehre und die Arbeitsweise des Bundesverfassungsgerichts anzuwenden. Die entsprechenden Erträge finden sich in

dem vorliegenden Band versammelt. Beitrag VIII entstand während der Zusammenarbeit mit Jürgen Habermas in der »Arbeitsgruppe Rechtstheorie«.

I. Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Funktion von Rechtsprechung in der »vaterlosen Gesellschaft«

Vor über 50 Jahren diagnostizierte Herbert Marcuse das »Veralten der Psychoanalyse«, genauer: das Veralten ihres Gegenstandes.¹ In der Familie wie in der Gesellschaft tritt die Bedeutung der Vaterfigur für die Konstitution des Ich und der »Massen« zurück. Nicht mehr bildet sich ein individuelles Gewissen in der Auseinandersetzung mit dem beherrschenden Vater, sondern unvermittelte gesellschaftliche Direktiven treten an seine Stelle. Die Gesellschaft wird immer weniger durch persönliche Herrschaft integriert, auf deren Träger noch ein klassisch gebildetes Über-Ich übertragen werden könnte. Beide Entwicklungen führen zu Verhältnissen, in denen Macht in dem Maße nicht mehr anschaulich und greifbar ist, wie gleichzeitig in der individuellen Sozialisation die Fähigkeit zur selbständigen Überprüfung gesellschaftlicher Gebote immer weniger ausgebildet wird. Dadurch befördert paradoxerweise die »vaterlose Gesellschaft«² den Infantilismus der Subjekte, denen auch noch das Bewußtsein ihrer Abhängigkeitsverhältnisse schwindet. Um so leichter können Individuen und Kollektive unmittelbar durch die Sachgesetzmäßigkeiten und Funktionsmechanismen der fortgeschrittenen Industriegesellschaft dirigiert und in Verwaltungsobjekte verwandelt werden.

Zu dieser Analyse Marcuses scheint auf den ersten Blick der Aufstieg der »Dritten Gewalt« seit dem 20. Jahrhundert im Gegensatz zu stehen, an der alle Züge der klassischen Vater-Imago erkennbar sind. Dabei handelt es sich nicht einfach um die objektive Funktionserweiterung der Justiz aufgrund der Ausdehnung ihrer Interpretationsmacht durch steigende Prozeßfreudigkeit und vor allem die Durchsetzung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle

1 Herbert Marcuse, »Das Veralten der Psychoanalyse«, in: ders., *Kultur und Gesellschaft* 2, Frankfurt/M. 1965, S. 85 ff. Diese Analyse stützt sich bereits auf die Arbeiten in Max Horkheimer (Hg.), *Autorität und Familie*, Paris 1936. Entsprechend: Alexander Mitscherlich, *Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft*, München 1973, besonders S. 307 ff.

2 Marcuse, »Das Veralten der Psychoanalyse«, S. 96.

der Gesetzgebung besonders nach dem Zweiten Weltkrieg.³ Diese Entwicklung ist auch von einem Justizverständnis der Bevölkerung begleitet, das Züge einer religiösen Verehrung annimmt. Nur in wenigen Ländern können angesichts dieses Phänomens noch »linke« und »rechte« Positionen der Justizdiskussion identifiziert werden. Dazu gehört Finnland, wo der politische Willensbildungsprozeß (ebenso wie zum Beispiel in Großbritannien) bis heute ohne jede verfassungsgerichtliche Normenkontrolle auskommt. Hier forderten die Konservativen die Einführung einer solchen Funktion, während die Linke alle argumentativen Anstrengungen versammelte, eine solche Entwicklung zu verhindern. Die Bundesrepublik gehört bekanntlich nicht zu diesen seltenen Ländern. Jede Kritik der real existierenden Verfassungsgerichtsbarkeit zieht hierzulande den Verdacht auf sich, außerhalb von Demokratie und Rechtsstaat zu stehen – ein Verdacht, der sich auch innerhalb der »Linken« findet. Auch alle übrigen Justizfunktionen finden in der Bundesrepublik eine grundsätzliche Zustimmung, die weniger den Charakter einer nüchternen Einschätzung prinzipieller Freiheitssicherung durch eine weisungsunabhängige Justiz hat, sondern auf jene libidinösen Besetzungen verweist, die Marcuse zufolge zu entpersönlichten Funktionsträgern technokratischer Herrschaft nicht mehr bestehen.⁴

Die ausgeprägteste Wiederkehr der Vater-Imago scheint sich in der US-amerikanischen Bewertung der Verfassungsgerichtsbarkeit abzuzeichnen. In den USA, die mit der Durchsetzung einer verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine Sonderentwicklung begründeten, indiziert die neuere Ausbildung einer ganzen Literaturgattung von Richterbiographien diese Wiederkehr. Aus der Retrospektive des 20. Jahrhunderts strukturiert sich die Rechtsprechung des Supreme Court nach der Abfolge großer Richterpersönlichkeiten, die Verfassungsgeschich-

3 Dazu unten.

4 Marcuse, »Das Veralten der Psychoanalyse«, S. 97 ff. – Dieses Vertrauenssurplus, das der Justiz, insbesondere dem Bundesverfassungsgericht, in Deutschland entgegengebracht wird, ist in Umfragen quantitativ erfaßt. Trotz prozentualer Schwankungen erreicht das Bundesverfassungsgericht stets Spitzenwerte, gefolgt von Polizei und Bundeswehr, während das abgeschlagene Parlament nur etwas höher bewertet wird als die in ihm vertretenen Parteien. S. *Wikipedia*, Stichwort »Institutionenvertrauen«, (<https://de.wikipedia.org/wiki/Institutionenvertrauen>), letzter Zugriff 19. 10. 2017.

te machten.⁵ Die obersten Richter erscheinen als »Prophets«, als »Olympians of the Law«. ⁶ In den Darstellungen kommt mehr zum Ausdruck als der auch auf anderen Gebieten vordringende Trend zum Biographismus, der nur eine ohnmächtige Reaktion auf die Fungibilität der Persönlichkeit in einer von objektiven Mechanismen beherrschten Gesellschaft darstellt. Das Charakteristische dieser Richterbiographien scheint vielmehr in einer Vorstellung zu liegen, die wie eine justizstaatliche Reprise mittelalterlicher »Fürstenspiegel« anmutet, daß nämlich in der spezifischen Ausbildung der Richterpersönlichkeit eine Voraussetzung für vernünftige und gerechte Entscheidungen gegeben sei.

In der Rechtstheorie der Weimarer Zeit finden sich in den zahlreichen Begründungen eines richterlichen Prüfungsrechts gegenüber dem gerade demokratisierten Gesetzgeber genaue Pendant. Erich Kaufmann spricht für die damals konservative Fraktion dieser Diskussion insgesamt, wenn er befindet, daß »mit dem Wegfall der Monarchie unzweifelhaft ein wichtiges Einheitssymbol für das deutsche Volk verlorengegangen« sei, und als »Ersatz« die Grundrechte der neuen Verfassung – und deren richterliche Interpretieren anbietet.⁷ Der Aufstieg des »königlichen Richters«⁸ wird über folgende Argumentationsschritte erreicht: Für das Verständnis der Grundrechte sei das rationalistische Naturrecht der Aufklärung überholt. Insbesondere der grundrechtliche Gleichheitssatz verweise auf einen Begriff von »Gerechtigkeit«, der »nicht bloß [...] eine Methode für Diskussionen, [...] sondern [...] eine materiale Ordnung« impliziere.⁹ Bis hierhin ist deutlich, daß ein diskutierendes Parlament – geschweige denn eine diskutierende Öffentlichkeit – auf keinen Fall als »Ersatz« für die kaiserliche Vaterfigur werden können. Die vom Gleichheitssatz geforderte Gerechtigkeit ist vielmehr, Kaufmann zufolge, eine der Ethik wie dem »Rechts-

5 So zum Beispiel Leon Friedman und Fred L. Israel (Hg.), *The Justices of the United States Supreme Court. Their Lives and Major Opinions*, New York, London 1969.

6 Diese Begriffe finden sich in Titel und Widmung von Alan Barth, *Prophets with Honor. Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, New York 1974. Die Widmung bezieht sich auf Hugo L. Black und Felix Frankfurter.

7 Erich Kaufmann, »Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung«, in: *VVDStRL* 3 (1927), S. 2-24, hier: S. 8 – hier im Anschluß an Formulierungen Friedrich Naumanns.

8 Zu diesem Topos insbesondere der Freirechtstheorie s. unten.

9 Kaufmann, »Gleichheit vor dem Gesetz«, S. II, 13 f.

gewissen« gleichermaßen vorgegebene höhere Ordnung, die sich in dem »reinen Gefäß« des gerechten Richters offenbart. Die durch »sittliche Erziehung« bewirkte »hervorragende Juristenpersönlichkeit« ist Indiz sogar für die reale Existenz einer gerechten Wertordnung, kurz: »Eine gerechte Entscheidung kann nur eine gerechte Persönlichkeit fällen.«¹⁰ In diesem Fluchtweg aus der Komplexität einer Gesellschaft, in der objektive Werte gerade in Frage stehen, ist unschwer das klassische Muster der Über-Ich-Delegation zu erkennen. Die Entlastung von Diskussion und Prozedere in gesellschaftlichen und politischen Konsensbildungsprozessen, in denen überhaupt erst über soziale Normen und Wertvorstellungen befunden werden könnte, wird durch die Zentralisierung des gesellschaftlichen »Gewissens« in der Justiz erreicht.

Daß in den modernen Theorien richterlicher Entscheidungsfindung Rechtsprechung und Moralverwaltung einander angenähert werden, bestätigt sich auch in sehr viel anspruchsvolleren Konzepten aktueller Theoriebildung. Ronald Dworkin bringt die ganz und gar herrschende Meinung zum Ausdruck, daß Recht und Moral in der Rechtsprechung nicht getrennt werden können. Ihm zufolge sind moralische Gesichtspunkte und Prinzipien auch dann, wenn sie in Gesetzestexten keinen Anhaltspunkt finden, dem Rechtsbegriff unmittelbar immanent und haben die richterliche Entscheidungsarbeit von Anfang an zu steuern.¹¹ Daß eine solche Theorie wider ihre bessere Absicht geeignet ist, einen richterlichen Dezisionismus moralisch zu verschleiern, liegt generell an der sehr viel größeren Unbestimmtheit moralischer Gesichtspunkte im Gegensatz zu Rechtsnormen, aber auch an dem ungeklärten Verhältnis, in dem die Verbindung von Moral und Recht die empirischen Moralüberzeugungen einer Gesellschaft und die persönliche Moral des Richters zueinander stehen sollen. Unter der ausdrücklichen Voraussetzung, daß keiner anderen gesellschaftlichen Gruppe als der der Richter bessere Fähigkeiten der moralischen Argumentation zuzutrauen sind, glaubt Dworkin das angegebene Dilemma so lösen zu können, daß er des Richters *eigenes* Verständnis dessen, was der objektive Gehalt gesellschaftlicher Moral (»community morality«) sei, zum ausschlaggebenden

10 Ebd., S. 12, 22.

11 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass. 1986, S. 3 ff.; ders., *Taking Rights Seriously*, Cambridge/Mass. 1978, S. 7, 81 ff.