

ren staatlichen Institutionen gefährden könnte, ob von ihm eine Regelung verlangt wird, die herkömmlicher Weise andere Organe wahrnehmen, oder ob die zu treffende Entscheidung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum oder in der Presse Unterstützung findet. Dasselbe gilt natürlich auch für die möglichen Implikationen innerhalb des Subsystems Justiz, wonach sich u. U. dieselben Fragen im Lichte unterschiedlicher Machtstruktur, unterschiedlicher Kontroll-, Informations- und Sanktionsmöglichkeiten für Obergerichte ganz anders darstellen als für Untergerichte. Daß damit einer nur auf den Federal Supreme Court ausgerichteten Analyse richterlichen Handelns abgeschworen werden mußte, ist offensichtlich.

Es soll nun allerdings nicht das Mißverständnis erzeugt werden, als sei die amerikanische Justizforschung über das abstrakte Funktionsschema hinaus schon zu einer Vielzahl konkreter, dem empirischen Test zugänglicher Annahmen über das Verhältnis von politisch-sozialer Umwelt und Justiz gelangt. Die Lösung dieser wohl schwierigsten Aufgabe ist auch dort noch längst nicht in Sichtweite. Es gibt also keine ausgereiften Früchte, die die bundesrepublikanische Forschung einfach verspeisen könnte. Daß es aber darauf vorrangig nicht

ankommt, sollte selbst dieser notgedrungen allzu kursorisch geratene Abriß amerikanischer Justizforschung gezeigt haben. Wichtig allein ist der nach langer Durststrecke in den USA erreichte Bewußtseinshorizont, hinter den eine Analyse des faktischen Verhaltens der Justiz auch in der Bundesrepublik nicht mehr zurückfallen darf. Es ist das Bewußtsein davon, daß richterliches Handeln sich weder durch noch so minutiöse Erforschung der richterlichen Persönlichkeitsstruktur noch durch bloße Beobachtung des Geschehens im Gerichtssaal erfassen läßt, sondern erst die Einbeziehung der sozialen Ausgangsbedingungen der Struktur der Justiz und der Folgen ihrer Tätigkeit den Zugang eröffnet.

Allerdings: auch ein die Multidimensionalität richterlicher Entscheidungstätigkeit beachtender und die Wechselbeziehung einer Vielzahl von Faktoren berücksichtigender Ansatz mißbrät zum unverbindlichen Sandkastenspiel, wenn er nicht in einen gesellschaftstheoretischen, und das heißt auch polit-ökonomischen, Bezugsrahmen eingepaßt wird. Nur von dort sind Kriterien dafür zu beziehen, welchen Stellenwert justizielles Handeln in einer konkreten Gesellschaft haben sollte. Und nur dadurch könnte es einmal möglich werden, eine Justizreform zu betreiben, die diesen Namen verdient.

Vorüberlegungen zu einer politischen Theorie der Justiz

Von Dr. Gerd Winter, Wissenschaftl. Assistent, Konstanz

Der Stand der Justizforschung läßt sich kennzeichnen durch drei Entwicklungslinien, die ziemlich unverbunden nebeneinander laufen: zunächst empirisch-quantifizierende Untersuchungen vor allem in den USA, die Koch, Rottleuthner und Weiß kürzlich auch dem deutschen Publikum bekannt machten¹. Sodann, vor allem in der BRD, normative Studien, die ihre Ergebnisse ideengeschichtlich oder mit Verfassungsnormen begründen². Schließlich deskriptiv-theoretische Ansätze, die in der Weimarer Zeit beginnen³, in den USA teilweise fortgeführt wurden⁴ und seit einigen Jahren auch in der BRD ausgebaut werden⁵.

Die angedeuteten Entwicklungslinien verkürzen den not-

wendigen Blickwinkel. Die erste ist oft pointillistisch, insofern sie einzelne Umstände des judiziellen Entscheidens herausgreift — es ist inzwischen üblich, zur Abhilfe das Systemschema zu empfehlen⁶ —, und sie bleibt untheoretisch, insofern sie die verwendeten Kategorien und Hypothesen (z. B. Konservativität der Richter) nicht in den Zusammenhang einer gesamtgesellschaftlichen Analyse stellt. Die zweite ist willkürlich und verschließt sich der Erfahrung⁷, und wird zudem (wohl meist unbewußt) ideologisch wirksam, insofern sie den Schein der unpolitischen Justiz konserviert⁸. Die dritte ist häufig zu allgemein, insofern sie aus einer gesamtgesellschaftlichen Theorie

¹ KOCH, Zur Analyse richterlicher Entscheidungen, Diss. Frankfurt 1971; ROTTLEUTHNER, Zur Soziologie richterlichen Handelns, Kritische Justiz 1971, S. 283 ff.; WEISS, Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt 1971. S. im übrigen den vorstehenden Aufsatz von Manfred WEISS.

² Z. B. HERZOG, in: Maunz, Dürig, Herzog, Grundgesetz. Kommentierung zu Art. 92 GG.

³ Z. B. FRAENKEL, Zur Soziologie der Klassenjustiz, in: Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–32, Darmstadt 1968 (Neudruck). KAHN-FREUND, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, Quellentexte 1918–33, Neuwied 1966 (Neudruck).

⁴ Z. B. in der political jurisprudence M. Shapiro's, s. M. SHAPIRO, Law and Politics in the Supreme Court, Glencoe 1964.

⁵ Z. B. MASSING, Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle, in: Probleme der Demokratie, Sonderheft 2/70 der PVS, Opladen 1971. LUHMANN, Funktionen der Rechtsprechung, in: Dritte Gewalt heute? Schriften der evang. Akademie in Hessen und Nassau, Heft 84, Frankfurt 1969. ROTTLEUTHNER, Klassenjustiz? in: Kritische Justiz 1969, 1 ff.

⁶ Z. B. JAHNIGE, GOLDMAN, The Federal Judicial System, New York 1968, S. 4; KOCH, aaO, S. 99 ff.; WEISS, aaO, S. 120 ff.

⁷ Z. B. sagt HERZOG zur Frage, ob der Terminus „rechtsprechende Gewalt“ in Art. 92 GG gegenüber z. B. Art. 14 Abs. 3 S. 4, 19 Abs. 4, 34 S. 3 zusätzlichen Gehalt hat, nach Rechtfertigung einiger Theorien über die Rechtsprechung als Institution der Rechtsanwendung, der Einzelfallentscheidung, der verbindlichen Rechtsfeststellung, des Rechtsschutzes, aaO, Rdnr. 44: „Keine der dargestellten Theorien geht ja wirklich ganz am Wesen der rechtsprechenden Gewalt vorbei, und das Spektrum ist auch so vollständig, daß sich kaum mehr ein wichtiges Kriterium der rechtsprechenden Gewalt denken läßt, das nicht bereits von einer dieser Theorien aufgegriffen worden wäre.“

⁸ In klassischer Reinheit erneut HERZOG, aaO, Rdnr. 26 zur Begründung seiner These, daß Rechtsprechung Rechtsanwendung ist: „Es ist hier nicht der Ort für grundlegende Ausführungen über die rechtsschöpfende Wirkung nicht nur der Gesetzesergänzung und Lückenfüllung, sondern ganz allgemein der Gesetzesauslegung... Nur ist sie (die rechtsschöpfende Funktion der Gerichte, G. W.) ohne Einfluß auf die hier entwickelte Abgrenzung von Gesetzgebung und Rechtsprechung; denn selbst wenn man einräumt, daß der Gesetzgeber bei der hier zu-

abgeleitet und nicht empirischen Daten konfrontiert wird⁹, und oft „unpraktisch“ insofern aus ihr keine konkreten Vorschläge zur Reform der Justiz, der Juristenausbildung, der juristischen Methodenlehre usw., sondern allein abstrakte Vorschläge für gesamtgesellschaftliche Reformen folgen.

Eine politische Theorie der Justiz müßte diese Verkürzungen der Perspektive vermeiden, also zugleich im Zusammenhang einer gesamtgesellschaftlichen Theorie stehen, empirischer Überprüfung zugänglich sein, eine Datenfülle verarbeiten können, Material für praktische Folgerungen bieten und aufklärend wirken.

Der Weg zu einer solchen Theorie läßt sich ebnen, wenn man zunächst mehrere denkbare Versionen einer Justiztheorie nebeneinanderstellt, also in einem schlichten Sinn „aufklärt“, statt den Blickwinkel durch Fixierung auf eine Theorie zu verengen. Diese Versionen sollten, um „verstanden“ zu werden, an die Hauptrichtungen der Gesellschaftstheorie anknüpfen. Sie sollten im Interesse der Überprüfbarkeit und praktischen Verwertbarkeit so konkret formuliert werden, daß eine Operationalisierung möglich ist. Sie sollten, damit die Daten innerhalb einer Theorie und zwischen den Theorien vergleichbar sind, in ein Systemschema¹⁰ gebracht werden¹¹.

Von den (historisch und aktuell) denkbaren Versionen möchte ich vier hervorheben:

1. Justiz als Instrument des Monopolkapitals (Klassenjustiz),
2. Justiz als technokratischer Nothelfer bei Gleichgewichtsstörungen der entwickelten kapitalistischen Gesellschaft (technokratische Justiz),
3. Justiz als pluralistisches Gegengewicht gegen private Macht zum Schutz vernachlässigter Interessen (pluralistische Justiz),
4. Justiz als konservative Stütze der Staatlichkeit (Obrigkeitsjustiz).

Die diesen Varianten zugrundeliegenden gesamtgesellschaftlichen Theorien müssen, sollen sie je miteinander kommunizieren können, auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden. Der scheint mir am ehesten in der Art Konflikt zu finden zu sein, den die jeweilige Theorie in den Mittelpunkt rückt: für die marxistische Theorie ist dies der Gegensatz zwischen Lohnarbeit und Kapital¹², für die Theorie des Spätkapitalismus das Verhältnis des Systemgleichgewichts zu Systembedrohungen¹³, für die Pluralismustheorie eine Vielzahl von prinzipiell gleichrangigen Interessengegensätzen¹⁴, für die (der These von der Obrigkeitsjustiz zugrundeliegende) liberale Theorie der Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft^{15 16}.

Prämisse aller justiztheoretischen Versionen ist, daß Rechtsprechung überhaupt politisch handelt, politisch einmal in dem Sinne, daß sie nicht lediglich Gesetze ausführt, sondern selbst Recht setzt, zum anderen in dem Sinne, daß sie zur Bewältigung von Strukturproblemen einer Gesellschaft beiträgt. Wäre die Justiz nicht auf beiderlei Weise politisch, so wäre die erfahrungswissenschaftliche Beschäftigung mit ihr als bloßem Epiphänomen wesentlicherer Strukturen uninteressant.

Daß die Rechtsprechung politisch in der erstgenannten Bedeutung ist, war (neben dem Interesse an Entscheidungsprognosen aus der Anwaltperspektive) lange Zeit das vorrangige Beweisthema der empirischen Justizforschung¹⁷. Man hat sich über Gebühr lange mit dieser These beschäftigt, denn sie wurde und wird von der juristischen Methodenlehre und zum Teil auch der Praxis des 20. Jahrhunderts gar nicht (nicht einmal, ja gerade

nicht von Kelsen) bestritten, vielmehr in die Zuständigkeit anderer, nichtjuristischer Wissenschaften verwiesen.

Wenn klar ist, daß Rechtsprechung Recht setzt, heißt dies aber noch nicht, —und das wird oft übersehen —, daß sie dabei politisch in der zweiten Bedeutung, d. h. gesellschaftlich relevant ist. Es könnte ja sein, daß im Justizsystem vorwiegend zufällige und nebensächliche Streitereien ausgetragen werden¹⁸, oder daß, soweit strukturell relevante Konflikte judiziell entschieden wer-

grundlegenden Auffassung von der Rechtsnorm und damit auch dem Gesetz allenfalls einen Rahmen absteckt, innerhalb dessen die rechts anwendenden Staatsorgane selbst rechts schöpfend tätig werden, bleibt es immer noch dabei, daß dieser Rahmen, d. h. das Gesetz, von den Legislativorganen erlassen, von den Judikativorganen aber nur angewandt wird.“ Ähnlich Rdnr. 24 u. 25.

⁹ Z. B. LUHMANN, aaO. Zum Teil auch MASSING, aaO.

¹⁰ Zu Ordnungszwecken, also nicht — wie es Systemtheorien tun — mit inhaltlicher Bedeutung z. B. der Ausgrenzung, der Bestandserhaltung. Zum Nutzen des Systemschemas (organizing, heuristic, predictive and mensurate function) vgl. GOLDMAN, JAHNIGE, *The Federal Courts as a Political System*, New York 1971, 277 ff. Da die in Betracht kommenden Variablen sehr vielfältig sind, läßt es sich strecken durch die inzwischen übliche Unterscheidung von input-withinput (externe-justizinterne Einflüsse) und output-outcome. Eine weitere Differenzierung könnte man treffen zwischen allgemeinen und spezifisch auf eine bestimmte Entscheidung bezogenen Variablen (z. B. richterliche Einstellungen einerseits, persönliche Bekanntschaft zwischen Richter und einer der streitenden Parteien andererseits), die meist in der Weise zusammenwirken, daß die konkrete Variable die latent vorhandene allgemeine aktualisiert (z. B.: die Unterschichtszugehörigkeit des Angeklagten mobilisiert das entsprechende Vorurteil des Richters, der Eingriff in die Geschäftsverteilung wird vom zuständigen Richter geduldet, weil er ein angepaßter „organisation man“ ist und es in der Justiz Karrierestufen gibt.) Darstellbar ist diese Unterscheidung dadurch, daß man das Systemschema horizontal in zwei interagierende (eine allgemeine und eine konkrete) Schichten teilt.

¹¹ Gegen dieses Verfahren läßt sich natürlich einwenden, daß es selbst im Grunde bereits den Standpunkt einer Theorie einnimmt, die es bloß als eine unter anderen zu behandeln vorgibt: der hier propagierte Wissenschaftspluralismus ließe sich z. B. von marxistischer Warte als Ideologie verstehen, die die faktischen Abhängigkeiten der Wissenschaft verschleiert. Ich habe auf diese Frage bisher noch keine Antwort. — Erkennt man dem Wissenschaftspluralismus aber einmal Existenzberechtigung zu, so ist das weitere mögliche Argument gegen die hier empfohlene Synopse unzulässig, daß z. B. eine Theorie technokratischer Justiz selbst die Funktion einer Verschleierung des realen Klassenkampfes hat oder die Theorie der Klassenjustiz selbst systemfunktional und deshalb notwendig ist insofern, als verschlichtete Systemsteuerung Ventile der Irrationalität benötigt, um effektiv zu bleiben. Denn durch solches gegenseitiges Einverleiben würde sich eine Theorie auf eine höhere Ebene begeben als die anderen, was dem Pluralismus widerspricht.

¹² Z. B. MARX, *Manifest der kommunistischen Partei*, in: Marx, *Die Frühschriften*, hrsg. v. Landshut, Stuttgart 1964, S. 525 ff.

¹³ Z. B. OFFE, *Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. Zur Analyse spätkapitalistischer Gesellschaftssysteme*. In: Kress, Senghaas, *Politikwissenschaft*, Frankfurt 1969, S. 155 ff.

¹⁴ Z. B. DAHL, *Pluralist Democracy in the United States. Conflict and Consent*. Chicago 1967.

¹⁵ Z. B. DAHRENDORF, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, München 1965, bes. S. 24—29.

¹⁶ Eine weitere Explikation muß hier unterbleiben. Die einzelnen Theorien sind stark vereinfacht, eine genauere Untersuchung müßte je nach historischem Bezugspunkt Zwischenformen oder ganz andere Versionen in Betracht ziehen.

¹⁷ Vgl. etwa SCHUBERT, *Judicial Decision-Making*, New York 1963, Preface.

¹⁸ Zu diesem Ergebnis kommt z. B. DOLBEARE, *Trial Courts in Urban Politics. State Court Policy Impact and Functions in a Local Political System*, New York 1967. S. auch HORT, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem*, kritische Justiz, 1972, 269, 271 f.

den, Regierung, Parlament oder herrschende Interessen die Entscheidungen schnell korrigieren¹⁹ oder entschärfen. Die dabei entstehende Frage, was denn gesellschaftlich relevant heißt und woran es gemessen werden soll, ist je nach dem Zentralproblem der verschiedenen Gesamtheorien zu beantworten, mag hier aber im einzelnen offen bleiben.

Die im folgenden Schema aufgereihten Hypothesen²⁰ sind so gefaßt, daß sie einer der vier gesamtgesellschaftlichen Theorien meines Verständnisses entsprechen, sei es affirmativ (die Justiztheorie, z. B. die pluralistische, bestätigt die übergreifende Theorie), sei es kritisch (die Justiztheorie, z. B. die These der Obrigkeitsjustiz, widerspricht der übergreifenden Theorie). Mit den Gesamtheorien sind sicher jeweils auch andere justizbezogene Hypothesen als die aufgeführten vereinbar, doch habe ich der Einfachheit halber versucht, die Übereinstimmung bzw. (nämlich bzgl. der Obrigkeitsjustiz-These) den Widerspruch jeweils zu maximieren.

Das Schema ist eine ausgeschriebene Tabelle, es ist also doppelt zu lesen: die Sequenzen (1, 2, 3, 4) ergeben die Aussagen der verschiedenen Theorievarianten zu je einer Entscheidungsbedingung und -wirkung. Die Reihen (z. B. 1, 1, 1, 1) ergeben die Aussagen je einer Theorievariante zu allen Entscheidungsfaktoren und -wirkungen.

a) Zugang zur Justiz im Sinne aktiver Interessenverfolgung

1. Angehörige der Arbeiterklasse sind weitgehend ausgeschlossen, weil sie Gerichtskosten und Anwälte nicht bezahlen und lange Verfahrenszeiten finanziell und psychisch nicht durchstehen können, Mißtrauen gegenüber der Neutralität des Richters hegen und eine affektive Distanz zur Formalität des Verfahrens haben²¹. Zugang haben dagegen, soweit sie ihr Interesse nicht ohnehin über den politisch-administrativen Apparat durchsetzen, die Mitglieder der herrschenden Klasse. Am breitesten finden Zugang Mitglieder der Mittelschicht, die meist symbolträchtige und ideologiebildende Konflikte vorbringen (Freiheit, Eigentum).

2. Zugang haben alle Interessen, mit durchgreifendem Erfolg besonders dann, wenn sie repräsentationsfähig und organisationsfähig sind.

3. Zugang haben gerade Interessen, die sich auf politischem Wege nicht durchsetzen können (Armenrecht, Ko-

stenfreiheit im arbeits- und sozialgerichtl. Verfahren)²².

4. Jeder hat gleichen Zugang. Der Staat ist dadurch privilegiert, daß er Leistungen durch Verwaltungsakt verbindlich machen und es dem Betroffenen überlassen darf, sich gerichtlich zu wehren. Klagen gegen den Staat werden nur zögernd zugelassen (z. B. Nachbar-, Konkurrentenklage, Klage auf polizeil. Einschreiten, Beamtenprivileg).

b) Rechtsnormen

1. Das Recht ist Klassenrecht. Es garantiert dem Kapitalisten die Macht, über die Produktionsmittel zu verfügen und sich die Produkte anzueignen²³, es sorgt für die Reproduktion der Arbeitskraft, die Realisierung des Profits und gleicht Friktionen innerhalb des Monopolkapitals aus.

2. Das Recht koordiniert die differenzierte Arbeitsteilung in einer komplexen Gesellschaft. Es sorgt insbesondere für die Begleichung von Sozialkosten privater Produktion und stoppt disparitäre Entwicklungen, wo diese systembedrohlich werden²⁴. Recht ist nicht mehr Machtanspruch, sondern technisch-organisatorisch notwendige Regelung.

3. Das Recht garantiert die freie Persönlichkeitsentfaltung, gleiche Startbedingungen, den Markt der Meinungen, wirtschaftl. Wettbewerb, Kampfparität der Sozialpartner, Schutz vor übertriebener staatlicher Intervention.

4. Vor allem Teile des öffentlichen und Strafrechts stehen in polizeistaatlicher Tradition und reglementieren übermäßig die Privatsphäre. Dies und die neuere Tendenz, ursprünglich privatrechtlich geregelte Sachverhalte öffentlichrechtlich zu regeln (Wettbewerb, Verbraucherschutz, Umweltschutz), der Ausbau der Wirtschaftsregulierung, die zunehmende Sozialbindung des Eigentums, provozieren die Gefahr eines übermächtigen Staates.

c) Organisation der Justiz

1. Hierarchische Kontrollen (Dienst- und Rechtsmittelaufsicht), Karrieremuster und Selektionsverfahren²⁵ garantieren die subalterne Vollstreckung der von ökonomischen Interessen gesteuerten Politik.

2. Die informellen Substrukturen der Justiz sind kooperativ, demokratisch. Dies und der beginnende Einsatz der Datenverarbeitung erlauben sachgerechtes Entscheiden.

3. Die Unabhängigkeit des Richters sorgt für größtmögliche Gerechtigkeit. Aufstiegschancen sind den Qualifiziertesten vorbehalten.

4. Der Traum des Praktikers vom unabhängigen „königlichen“ Richtertum wird durch die faktischen institutionellen Abhängigkeitsverhältnisse frustriert und kehrt sich in autoritäres Verhalten gegenüber den Parteien um. Mangels ausreichender technischer Hilfsmittel sind die Entscheidungen vormodern.

d) Ausbildung der Richter

1. Das Überfüllen mit Teilinformationen verhindert Reflexion über historische gesamtgesellschaftliche Zusammenhänge, realitätsfernes Konstruieren verstellt den Blick auf die Basis des rechtlichen Überbaus^{25a}, unvermitteltes Überwechseln von der Theorie in die Praxis (Referendarzeit) sichert Anpassung an herrschende Normen und Werte, Fungibilität im Herrschaftsinteresse.

2. Im Vordergrund der Ausbildung steht Methodik (weniger Stofffülle), rasche Auffassungsgabe, vielseitige Ver-

¹⁹ So DAHL, *The Supreme Court's Role in National Policy-Making*, S. 155—164 in: DAHL, *Pluralist Democracy in the United States*, Chicago 1967, abgedruckt in: Jahnige, Goldman, *The Federal Judicial System*, New York 1968, S. 359 ff. Und NAGEL, *The Legal Process from a Behavioral Perspective*, Homewood, Ill. 1969, S. 245—280.

²⁰ Von den Entscheidungsfaktoren und -wirkungen habe ich nur einige herausgegriffen, die für den hier verfolgten exemplarischen Zweck verwendbar scheinen.

²¹ Vgl. CARLIN, HOWARD, *Legal representation and class justice*, in: *U.C.L.A. Law Review* 12 (1965), 381 ff., neu in: Aubert (ed.) *Sociology of Law*, Harmondworth 1969, 332 ff.

²² So HAKMAN, *The Supreme Court's Political Environment: The Processing of Noncommercial Litigation*, in: Grossman, Tanenhaus (ed.) *Frontiers of Judicial Research*, New York 1969, 199 ff.; s. auch BLACK (ed.), *Radical Lawyers*, New York 1971.

²³ Z. B. MARX, *Deutsche Ideologie*, Marx/Engels Werke Bd. III, S. 62 ff., 311 f.

²⁴ Im einzelnen s. HARTWICH, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, Köln 1970, bes. S. 359.

²⁵ S. dazu LAUTMANN, *Hierarchie im Richterkollegium*, in: *ZRP* 1972, 129 ff.

^{25a} MÜCKENBERGER, *Legitimation durch Realitätsverleugnung*, *Kritische Justiz* 1972, 248 ff.

wendbarkeit, Augenmaß für das Machbare, Entscheidungsfreude. Sozialwiss. Kenntnisse befähigen zu Folgeanalysen, die die (technologische) Rationalität der Entscheidungen erhöhen²⁶.

3. Die Ausbildung vermittelt Rechtsgefühl, Sensibilität für Benachteiligte, Stärke der Persönlichkeit, Toleranz, Unparteilichkeit, praktisches Judiz. Kenntnis des positiven Rechts und interpretative Fähigkeiten sind nur Hilfsmittel, nicht Ausgangspunkt der Urteilsbildung²⁷.

4. Die Ausbildung führt zu unkritischer Anerkennung des positiven Rechts und positivistischer Rechtsanwendung. Lücken und Generalklauseln werden im Sinne der Staatsräson, von Recht und Ordnung, ausgefüllt („denkender Gehorsam“). Blindheit gegenüber den faktischen Folgen einer Entscheidung.

e) Sozialideale der Richter

1. Die Richter hängen einer liberalen Ideologie an, die sich am Modell des Schutzes des kleinen Bürgers, seiner Freiheit und seines persönlichen Eigentums bildet und unbesehen auf die inkommensurable Position des Eigentümers von Produktionsmitteln übertragen wird²⁸.

2. Die Richter sehen die Gesellschaft als nivelliert, die Befriedigung der Grundbedürfnisse als gesichert an. Sie verstehen sich zunehmend als Sozialingenieure, die weniger Interessen auszugleichen als technische Imperative zu vollstrecken haben.

3. Vorrang des Menschen vor der Technik, Betonung der Werte gegenüber den Sachzwängen.

4. Streben nach dem „Staat über den Parteien“, nach einer integrierten Gesellschaft, der Restauration autoritärer Erziehungs- und Familienideale²⁹. Sorge für (personal, nicht strukturell verstandene) Not.

f) Gerichtliches Verfahren

1. Der Zivilprozeß ist Kampfmittel des Großkapitals zur Liquidierung kleiner Unternehmen (überhöhte Streitwerte in Wettbewerbsachen, Gerichte als quasi-betriebliche Mahnabteilungen, Sanktionierung erzwungener Konkurse). Im Strafverfahren wird der Normverletzer aus dem Verkehr gezogen, zum Außenseiter gestempelt im Interesse der Stabilisierung herrschender Normen.

2. Das gerichtliche Verfahren dient der Absorption von Protesten, die den Fortbestand des Systems gefährden³⁰. Im Strafverfahren wird die Resozialisierung des Angeklagten eingeleitet.

3. Im Verfahren wird ein fairer Widerstreit zwischen den subjektiven Perspektiven der Parteien veranstaltet, der optimale Wahrheit und Gerechtigkeit ermöglicht.

4. Richter entscheiden autoritär ohne ausreichende Anhörung der Parteien und mit fragwürdigen Beweismitteln³¹.

g) Entscheidungswirkungen (wirtschaftlicher Bereich)

1. Die Justiz ist Garant der Ausbeutung, indem sie Vertragsdiktate bestätigt, Arbeitskämpfe befriedet³², Konzentrationsprozesse fördert³³, den öffentlichen Sektor ausdörft (z. B. Enteignungsentschädigung³⁴).

2. Die Justiz sorgt für die Reproduktion von Arbeitskraft (Familie als Erziehungsort, Resozialisierung), die Regulierung wirtschaftlicher Sachverhalte überläßt sie, abgesehen von unbedeutenden Störungen, den politischen Instanzen.

3. Die Justiz verhilft den politisch vernachlässigten Interessen zur Durchsetzung³⁵, sie sorgt für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs.

4. Die Justiz rettet die Staatlichkeit gegenüber Verbänden und Parteien. Die Unvertraulichkeit der Richter mit wirtschaftlichen Sachverhalten führt dazu, daß Konflikte im Wirtschaftssystem außerhalb der Justiz entschieden werden.

h) Entscheidungswirkungen (Bereich der polit. Willensbildung)

1. Ökonomische Interessen benutzen die Justiz zur („unpolitischen“, d. h. nicht öffentlich zu rechtfertigenden) Vorbereitung erwünschter Gesetzgebung (Arbeitsrecht). Wo sie sich im Gesetzgebungsprozeß nicht voll durchsetzen können, erstreben sie Formelkompromisse (Generalklauseln), die dann die Justiz in ihrem Sinne auslegt.

2. Die Justiz erzeugt eine politische Normkultur, auf die sich kollektive Handlungsimperative wie selbstverständlich beziehen, und von denen aus utopische Vorstellungen und systemüberwindende Strategien gemessen und unterdrückt werden³⁶. Potentiell disruptive Konflikte, die im politischen System nicht lösbar sind, werden durch die Justiz entpolitisiert und entschärft³⁷.

3. Der Justizstaat ist der Ausweg aus dem Dilemma der modernen Gewaltenteilung: dem Übergewicht der Exekutive. Der Richter wird vom Diener des Gesetzes zu seinem Kontrolleur³⁸.

4. Die Justiz vollstreckt unkritisch den staatlichen Willen. Sie schützt den Staat gegen destruktive Kritik³⁹. Sie ist um so gesetzestreu, je autoritärer der Staat verfaßt ist⁴⁰.

²⁶ Vgl. KAUPEN, RASEHORN, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, Neuwied 1971, S. 74.

²⁷ S. FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel, Frankfurt 1969, S. 69–71.

²⁸ Vgl. z. B. das Feldmühle-Urteil des BVerfG v. 7. 8. 1962 E 14, 263, 282. S. auch EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1971, S. 32 f. und MÜCKENBERGER, aaO (Anm. 25a).

²⁹ SCHMID, Justiz in der Bundesrepublik, Pfullingen 1967, S. 58 ff., 62 ff.

³⁰ LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969, 55 ff., ROTTLEUTHNER, Zur Soziologie richterlichen Handelns (II), in: Kritische Justiz 1971, 60 ff.

³¹ Vgl. die Bemühungen des BVerfG in mindestens 30 Entscheidungen, bei den ordentlichen Gerichten die Beachtung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs durchzusetzen (dazu s. WINTER, SCHUMANN, Sozialisation und Legitimierung des Rechts in der Hauptverhandlung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 3, i. E.). Weiterhin z. B. BGHSt. JZ 1962, 760 (Zeugen vom Hörensagen), dazu SCHMID, Justiz in der Bundesrepublik, Pfullingen 1967, 45 f.

³² Z. B. BAGE 1, 292 ff. (Aussperrung). BAG AP 1959 H. 1 B 1 ff. (Streik).

³³ Z. B. BGHZ 31, 105 u. 38, 306, BGH NJW 1971, 521 ff. (Kartellvertrag), BGHZ JZ 1962, 493 (Preisbindung).

³⁴ Z. B. BGH 39, 198 ff.

³⁵ Z. B. Rechtsprechung des BGH zu den Abzahlungsgeschäften, zur Produzentenhaftung, BGH NJW 1967, 1022–1037; BGH NJW 1969, 269 ff.; vgl. auch SHAPIRO, Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review, Englewood Cliffs 1966.

³⁶ MASSING, aaO, (Anm. 5) S. 190 f.

³⁷ LUHMANN, aaO, (Anm. 5) S. 6 ff.

³⁸ So WERNER, Die Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie, in: Juristenjahrbuch Bd. 1, 1967, S. 68 ff. S. auch SCHARPF, Die politischen Kosten des Rechtsstaates, Tübingen 1970.

³⁹ Z. B. BVerfGE 2, 1 ff. 5, 85 ff. (SRP u. KPD-Urteile), BGH NJW 1966, 1227 (illegales Staatsgeheimnis).

⁴⁰ KÜBLER, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 1963, 104 ff.

i) *Entscheidungswirkungen (persönlicher Bereich)*

1. Die Justiz entwickelt und stabilisiert Ideologien, die

⁴¹ So ROTTLEUTHNER, aaO, (Anm. 5) S. 14 f.

⁴² Z. B. BGH FamRZ 1960, 188 (Ehescheidung), BGHZ 11, 34 (Stichentscheid des Ehemannes), BGH DRiZ 1966, 308 (Körperliche Züchtigung), BGHSt 6, 46 ff. (Kuppelei); vgl. SCHMID, aaO, (Anm. 14), 58 ff., 62 ff.

die Bevölkerung über faktische Ungleichheit und Herrschaft hinwegtäuschen.

2. Die Justiz schließt die Legitimitätslücke, die im politischen System durch die Umwandlung des Gesetzes als Kontrollmittel zum technokratischen Werkzeug entstanden ist⁴¹.

3. Die Justiz läßt die Privatsphäre unberührt, sie schützt sie gegen Übergriffe von Staat und Wirtschaft.

4. Die Justiz sorgt für Moral und Gehorsam in Ehe, Familie, Schule⁴²; sie sichert jedem ein Existenzminimum.

RECHTSPRECHUNG

GG Art. 2, 5, 12 (Ausschluß juristischer Personen des bürgerl. Rechts von der Ausstrahlung von Fernsehsendungen in Berlin; Rundfunkfreiheit und Pressefreiheit; Freiheit der Berufswahl)

1. Der Ausschluß von juristischen Personen des bürgerlichen Rechts von der Ausstrahlung von Fernseh-/Rundfunksendungen in Berlin verstößt unter den derzeit gegebenen Umständen nicht gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

2. Die Anerkennung der Rundfunkfreiheit im Sinne eines Institutionsschutzes bedeutet nicht, daß diese der Pressefreiheit gleichgestellt werden könnte.

3. Ziel der Rundfunkfreiheit ist es, daß alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen können.

4. Weder die Zahl der zur Verfügung stehenden Frequenzen noch die finanzielle Lage ermöglichen zur Zeit ein freies Spiel der Kräfte im Fernseh-/Rundfunkbereich.

5. Der Gesetzgeber ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Privaten Fernsehsendungen unter Beachtung der Grundsätze des Art. 5 GG zu gestatten.

6. Die Beseitigung der Freiheit der Berufswahl im Rundfunkrecht verstößt nicht gegen Art. 12 GG.

— BVerwG, Urt. v. 10. 12. 1971 — VII C 45.69 —

[O V G Berlin, DÖV 1969, 713]

Die Kl., die 1960 von sieben Verlagen errichtet wurde, die in Berlin Tageszeitungen herausgeben, und der noch zwei davon angehören, beantragte damals beim Senator für Post- und Fernmeldewesen des Bekl., ihr „eine Lizenz zur Ausstrahlung von Fernsehsendungen im Lande Berlin“ zu erteilen. Der Bekl. lehnte den Antrag 1965 ab und wies dabei darauf hin, daß vor Erteilung sendetechn. Erlaubnisse eine landesrechtl. Ermächtigung zur Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen vorliegen müsse. Die hiergegen von der Kl. erhobene Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Das vorl. Verfahren betrifft nur die Ausstrahlung von Fernseh-/Rundfunksendungen, nicht dagegen den Kabelfunk . . .

Die Kl. hat zum Ausdruck gebracht, sie begehre „eine Lizenz zur Ausstrahlung von Fernsehsendungen im Lande Berlin“. Kabelfunk wird aber nach allg. Sprachgebrauch nicht „ausgestrahlt“. Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob Kabelfunk auch so durchgeführt werden kann, daß ein bestimmtes Kabelnetz mittels Richtfunks gespeist wird und damit nur bestimmte Empfänger erreicht werden; denn die Ausführungen der Kl. . . . ergeben ihrem obj. Erklärungswert nach, daß sie ein von jedermann zu empfangendes Fernseh-/Rundfunkprogramm auszustrahlen beabsichtigt . . .

2. Der Antrag der Kl. zu 1., das bekl. Land zu verpflichten, mit ihr eine Vereinbarung über die Veranstaltung von Fernseh-/Rundfunksendungen im Lande Berlin abzuschließen, ist schon

deshalb unbegründet, weil die Zulassung zu solchen Sendungen gerade in der Form einer derartigen Vereinbarung im Bundesrecht keine Grundlage findet . . . Sie kann ein solches Begehren auch nicht auf . . . § 1 Abs. 2 des Berl. Gesetzes über die Errichtung einer Rundfunkanstalt „Sender Freies Berlin“ vom 12. 11. 1953 (GVBl. S. 1400) i. d. F. vom 26. 10. 1964 (GVBl. S. 1152) - SFBG - stützen; denn das BerGer. hat entschieden, daß diese Vorschrift keinen Anspruch auf Abschluß der von der Kl. begeherten Vereinbarung gewährt . . .

3. Die hilfsweise gestellten Anträge der Kl. zu 2. und 3., festzustellen, daß sie für die Veranstaltung von Fernseh-/Rundfunksendungen im Lande Berlin keiner Erlaubnis des Bekl. bedürfe, hilfsweise, den Bekl. zu verpflichten, eine solche Erlaubnis zu erteilen, hat das BerGer. ebenfalls mit landesrechtl. Erwägung abgewiesen . . . Das OVG hat die Ablehnung der hier zu prüfenden Anträge der Kl. in erster Linie damit begründet, daß jurist. Personen des bürgerl. Rechts die Veranstaltung von Fernsehsendungen in Berlin ausnahmslos verboten sei . . . Es stützt diese Ansicht auf § 1 Abs. 2 SFBG. Es ist deshalb . . . zu untersuchen, ob § 1 Abs. 2 SFBG in der Auslegung, die das BerGer. gefunden hat, mit Bundesrecht im Einklang steht.

4. Als bundesrechtl. Bestimmungen müssen die Vorschriften des FernmeldeanlagenG außer Betracht bleiben. Um die fernmelderechtl. Genehmigung geht es in dem abgetrennten Verfahren gegen die Deutsche Bundespost. Hier dagegen ist im Streit, ob die Kl. darüber hinaus einer (kulturrechtl.) Genehmigung bedarf und behahendenfalls, ob der Bekl. diese erteilen muß. Als bundesrechtl. Grundlage kommen hierfür nur die Bestimmungen des GG über die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und die freie Berufswahl in Frage. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt somit davon ab, ob das landesrechtl. Verbot für jurist. Personen des bürgerl. Rechts, Fernseh-/Rundfunksendungen in Berlin auszustrahlen, die genannten Grundrechte verletzt. Die Kl. nimmt in diesem Zusammenhang außer auf Art. 5 und 12 auch auf Art. 2 GG Bezug. Diese Bestimmung kann jedoch nicht zur Anwendung kommen. Die Kl. rügt die Verletzung des Rechts auf Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und das Recht auf freie Berufswahl. Die Art. 5 und 12 schließen dann aber die Anwendung des Art. 2 GG aus, weil die bes. Freiheitsrechte als Spezialnormen dem allg. Freiheitsrecht des Art. 2 GG vorgehen (so BVerfGE 13, 290 [296] = DÖV 1962, 140 m. w. Hinw.; für d. Verhältnis v. Art. 12 zu Art. 2 GG BVerfGE 9, 73 [77] = DÖV 1959, 144; BVerwGE 4, 250 [254] = DÖV 1957, 344; für d. Verhältnis v. Art. 5 zu Art. 2 GG MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Komm. z. GG, Art. 5 Rdnr. 33) . . .

a) Der Ausschluß von jurist. Personen des bürgerl. Rechts von der Veranstaltung von Fernseh-/Rundfunksendungen in Berlin verstößt nicht gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk deckt sich nicht mit dem Begriff der Pressefreiheit.

Das ergibt sich allerdings nicht auf Grund der unterschiedlichen Wortwahl. Aus ihr kann nicht gefolgert