Jürgen Kühling

Ein Recht, das die Gesellschaft braucht

Ausgewählte Schriften 1994 bis 2014

Herausgegeben von Hildegard Bodendieck-Engels

Nomos

Jürgen Kühling

Ein Recht, das die Gesellschaft braucht

Ausgewählte Schriften 1994 bis 2014

Herausgegeben von Hildegard Bodendieck-Engels

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7738-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2134-9 (ePDF)

1. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Jürgen Kühling war von 1989 bis 2001 Richter am Bundesverfassungsgericht. Neben seiner richterlichen Tätigkeit im Ersten Senat hat er sich mit außerordentlichem Engagement für gesellschafts- und justizpolitische Belange eingesetzt und für das Recht, das die Gesellschaft braucht, gestritten. Dazu hat er in seiner Zeit als Verfassungsrichter und danach in Vorträgen und Beiträgen die Bedeutung der Grundrechte beleuchtet, den Umfang ihrer Geltung dargestellt und ihre Gefährdungen aufgezeigt. So verbindlich, wie Jürgen Kühling war, so abgewogen sind seine Beiträge. In der Sache allerdings hat er verfassungsrechtliche und justizielle Probleme schonungslos aufgedeckt und dabei etwa die juristische Ausbildung, das Berufsbeamtentum, die Drogenpolitik und das Verhältnis von Kirche und Staat radikal in Frage gestellt. Seine glasklare Sprache macht es leicht, seinen Gedanken zu folgen. Sie macht Recht – wie selten – verständlich.

Die hier vorgestellten Beiträge befassen sich mit Interna von Justiz und Justizpolitik, mit der Konkretisierung der Grundrechte in der Rechtsprechung, mit Ausführungen zu den Rechten von Arbeitnehmern, mit den Herausforderungen des Verfassungsrechts durch die Sicherheitsbedürfnisse der Gesellschaft, mit der Beziehung zwischen Verfassung und Kirche und mit der Darstellung der Grundgedanken unserer Verfassung.

Das Buch richtet sich an jeden, der an der Gestaltung von Recht, an der praktischen Handhabung der Grundrechte und an Justiz und Rechtsstaat interessiert ist.

Jürgen Kühling ist am 16. Dezember 2019 gestorben. Seine Texte sind auch für heutige Diskussionen noch fundamental und aktuell.

Dr. Hildegard Bodendieck-Engels

Inhalt

Nachruf Dr. Jürgen Kühling (1934 – 2019) 9

I. Justiz und Politik *15*

Richter und Justiz – eine Skizze 17

Oberste Gerichte und das Bundesverfassungsgericht: Konflikt und Kooperation 39

Die juristische Dimension der Europäischen Union. La dimensione guiridica dell Unione europea 47

Die Rechtssprache: Fachjargon und Herrschaftsinstrument 51

Neue Wege in der JuristInnenausbildung 57

Das verfassungsrechtliche Fundament der Verwaltungsgerichtsbarkeit 69

Richterwahl und Bestenauslese 77

Zur Verfahrensdauer von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 83

II. Das Grundgesetz, Religion und Kirche *89*

Gott in der EU-Verfassung 91

Wieviel Religion verträgt eine offene Gesellschaft? Möglichkeiten und Grenzen religiöser Einflussnahme in demokratischen Verfassungen 95

Arbeitsplatz und Religion 111

Der Tanz ums goldene Kalb. Der Umgang mit dem biblischen Gesetzgebungsakt heute – Zu Mose II, Kapitel 32, Verse 15 117

Christliche Neutralität. Kopftuchverbot für Lehrerinnen – eine Zwischenbilanz 123

Arbeitskampf in der Diakonie 131

III. Das Grundgesetz und Arbeitsrecht *163*

Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 165

Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers 181

Freie Unternehmerentscheidung und Betriebsstilllegung 193

IV. Das Grundgesetz und seine Herausforderungen in der Praxis *215*

Das Bundesverfassungsgericht im vereinten Deutschland. Neue Konflikte und neue Perspektiven 217

Bürgschaft und Grundrechte 225

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Recht auf innere Sicherheit 233

Folterverbot und Rechtsstaat in Deutschland 239

Telefonüberwachung und kein Ende 251

Kollateralschäden 265

Das Menschenbild des Grundgesetzes 269

Hergebrachte Grundsätze 279
Danksagung 283

Nachruf Dr. Jürgen Kühling (1934 – 2019)*

Dr. Jürgen Kühling, über zwei Jahrzehnte Richter in höchsten deutschen Gerichten, engagierter Menschenrechtler und nebenamtlich Hochschullehrer, ist am 16.12.2019 in Hamburg, seinem letzten Wohnort, im Alter von 85 Jahren verstorben. In seinen letzten drei Jahren hatte er die Folgen eines Schlaganfalls relativ erfolgreich überwunden.

Unser beider Lebenswege kreuzten sich im Jahre 1974, als wir uns in gleichsam synchronen Lebens- und Berufsstationen in Hannover erstmalig begegneten: Jürgen Kühling als ministerieller Geburtshelfer einer justizpolitischen Erprobung einer Reform der Juristenausbildung, ich selbst als „Nutznießer" und soziologischer bzw. kriminologischer Mitgestalter des Reformprojekts. Die lebensweltliche und private Parallele fand uns beide fast Gleichaltrige in familiär analoger Situation. Professionelle und familiäre Gleichschaltung waren so gleichsam die Ingredienzien einer schnell gewachsenen und bis zu seinem Tod anhaltenden Freundschaft, auch über etliche Jahre getrennter beruflicher wie geographischer Wege hinweg. Diese führten allerdings in den letzten zwei Jahrzehnten seines Lebens wieder in größere örtliche und auch berufliche Nähe, als Jürgen Kühling im Jahre 2001 seine juristische Kompetenz aus staatlichem in einen privaten und zivilen Kontext stellte. Mehr noch – und dies ist der Grund dieses Nachrufs an diesem Ort, worauf noch zurückzukommen ist: Jürgen Kühling gehörte dem Bundesvorstand der Humanistischen Union in einer ihrer besonders bewegten Phase während der beiden Wahlperioden der Jahre 2001 bis 2005 an.

Marsch durch drei Ebenen der Justiz

Geboren am 27.4.1934, wuchs Jürgen Kühling als mittleres von drei Kindern in einem traditionellen Elternhaus in der mittelalterlichen Großstadt Osnabrück auf, deren Ursprung auf einen von Karl dem Großen um 780 n.Chr. gegründeten Bischofssitz zurückgeht. Sein Vater Karl Kühling war ein kritischer Lokaljournalist am Osnabrücker Tageblatt, der sich von der Sportberichterstattung über Theaterrezensionen bis zum Feuilleton-

---

* S. auch Vorgänge #229.

Chef seiner Zeitung hochgearbeitet und sich um die Geschichte der Stadt in zahlreichen Publikationen ausgezeichnet hat – u.a. auch über die Geschichte der Juden in Osnabrück. Dafür bekam er die Ehrenbürgerschaft der Stadt verliehen, wovon auch noch ein Osnabrücker „Karl-Kühling-Weg“ bis heute zeugt. Seine Eltern pflegten ein intensives künstlerisches Interesse durch häufige Theater- und Musikbesuche. Politisches Interesse und Engagement trug der Vater in Familie und Erziehung als CDU-Ratsmitglied und deren mehrjähriger Fraktionschef – eine Aktivität, die der Vater als „Unbelasteter“ gleich nach Kriegsende 1945 für etliche Jahre wahrnahm.

Seine gymnasiale Phase der Schulbildung erwarb Jürgen Kühling nicht wie sein Vater an einer der beiden humanistischen Gymnasien der Stadt, sondern an dem Ernst-Moritz-Arndt Realgymnasium (EMA). Die Bindung an Osnabrück hat Jürgen sein Leben lang wachgehalten.

Seine universitären Stationen mit beiden juristischen Examina sowie der Promotion brachte er an den drei deutschen rechtswissenschaftlich renommierten Universitäten Freiburg, Göttingen und München sowie an der Universität Rom hinter sich. Gleich im Anschluss an Studium und Promotion warf Jürgen Kühling für ein Jahr (1965/66) in der VW-Rechtsabteilung den Blick in die juristische Praxis der Wirtschaft, ehe er von Hannover aus seinen Marsch durch drei Ebenen bzw. Sparten der deutschen Justiz antrat.

1966 wurde er für sechs Jahre zunächst als Richter an das Verwaltungsgericht Hannover berufen, wo er durchgehend bis 1972 amtierte, 1971 unterbrochen durch eine einjährige Abordnung als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das damals noch in Berlin befindliche Bundesverwaltungsgericht. An dieses Gericht kehrte Jürgen Kühling etliche Jahre später als Richter zurück, um dort für ein Jahrzehnt von 1979 bis 1989 über Fragen und Probleme des Verwaltungsrechts zu urteilen und zu richten.

Die dann folgenden zwölf Jahre führten ihn schließlich an seine letzte richterliche Station. Auf Vorschlag der SPD wurde er zum Richter an das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe gewählt und berufen, womit er die prestigereichste sowie amtshöchste Position für Richter in der Bundesrepublik erreicht hatte. Diese Position nahm Jürgen Kühling von 1989 bis 2001 wahr. Am 23. Januar 2001 erhielt er in Karlsruhe aus der Hand des Bundespräsidenten die Entlassungsurkunde aus dem Dienst der dritten Staatsgewalt.

Der SPD hat Jürgen Kühling sich im Jahr 1967 als persönliche „Antwort“ auf die Erfolge der 1964 in Hannover gegründeten NPD angeschlossen. Im Rahmen der ASJ und darüber hinaus hat er sich aktiv in die Arbeit der SPD eingebracht und etwa auch den Protest gegen die Nachrüstung

unterstützt. Diese gesellschaftspolitische Seite seines öffentlichen Engagements manifestierte sich ebenfalls in seiner gewerkschaftlichen Orientierung. So gehörte er der Initiative „Richter und Staatsanwälte in der ÖTV" an, war 1972 Mitbegründer der bis zum Beginn des neuen Jahrhunderts existierenden Zeitschrift" ÖTV in der Rechtspflege", dem Vorläufer der Verdi- Neugründung „Verdikt". In dessen erstem Nachfolgeheft wird diesem Justizjuristen ein „ausgesprochen richteruntypisches Engagement" attestiert, dem Jürgen Kühling gewiss nicht widersprochen hätte – der üblichen Verleihung eines Bundesverdienstkreuzes anlässlich seiner Entlassung aus dem Bundesverfassungsgericht hat er sich entzogen.

Die temporäre Unterbrechung dieses sonst glatten und makelfreien Kletterns durch die deutsche Justiz wegen einer Berufung von 1972 bis 1979 ins niedersächsische Justizministerium verdient eine besondere Aufmerksamkeit aus zweierlei Gründen: zum einen verschaffte sie mir als Kriminalsoziologen den mehr als vierzigjährigen Kontakt zum Juristen Jürgen Kühling. Zum anderen aber und vor allem bot sie ihm die Gelegenheit zu rechts- bzw. justizpolitischem Engagement: meinem Wechsel von der Universität Regensburg zur Universität Hannover im Jahre 1974 bereitete Jürgen Kühling – zusammen mit seinem früh verstorbenen Justizkollegen Peter Düwel – von justizministerieller Seite den Boden. Beide waren sie mit der Vorbereitung einer zehnjährigen Erprobung einer Reform der Juristenausbildung befasst: die damals gegründete Rechtsfakultät der Universität Hannover wurde als Modell der sogenannten „Einstufigen Juristenausbildung" gestaltet. Diese sah bekanntlich neben der curricularen Ersetzung bzw. Integration der beiden traditionellen Ausbildungsabschnitte und Examina in einen einheitlichen rechtswissenschaftlichen Ausbildungsgang auch die personelle Einbeziehung nicht-juristischer Fächer in Lehre und Forschung vor (Soziologie, Ökonomie, Politologie etc.). Allerdings brachte der politische Wechsel in Hannover im Jahre 1976 zur 14-jährigen Regierungszeit der CDU durch ihren Ministerpräsidenten Ernst Albrecht, dem Vater der seit dem 1. Dezember 2019 amtierenden Präsidentin der EU (Ursula von der Leyen), das gerade erst begonnene sozial-liberale Reformmodell sehr schnell auf die Verliererstraße und 1983 die Rückkehr zum traditionellen Zweistufenmodell der Juristenausbildung.

Jürgen Kühling suchte den Weg zurück in die Justiz, wie eingangs bereits geschildert. Seine Hannoveraner Zeit war im Übrigen auch mitgeprägt von der Teilnahme an den rechts-, justiz- und professionspolitischen Reformaktivitäten, die damals von Hannover ausgingen und die mit dem Namen des unvergessenen Werner Holtfort verbunden sind. Bekanntlich verdanken auch der Republikanische Anwaltsverein (RAV) sowie die regionalen Strafverteidigervereinigungen ihre Existenz ganz wesentlich die-

sem Personenkreis von engagierten Juristen in und außerhalb des öffentlichen Dienstes um Werner Holtfort. Jürgen Kühling trug durch seine Mitgliedschaft in der Werner-Holtfort-Stiftung dazu bei, dieses Wirken wach und institutionell präsent zu halten.

Seine professionellen und richterlichen Spuren, die er als Mitglied des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts und als Berichterstatter seines Dezernats – bestehend aus „u.a. Arbeitsrecht (einschließlich der betrieblichen Altersversorgung), das Recht der Arbeitnehmerüberlassung und das Mutterschutzrecht" – hinterlassen hat, sind zahlreich. Dieses Profil „seines" BVerfG-Dezernats mit dem arbeitsrechtlichen Akzent spiegelt Jürgen Kühlings auch gesellschaftspolitische Überzeugung wider und ist Ausdruck seines ausgeprägten Gerechtigkeitssinns. In einer Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts anlässlich seines 75 Geburtstags im Jahre 2009 heisst es, dass durch eine Reihe dort beispielhaft genannter Entscheidungen „das Arbeitsrecht neue und richtungweisende Akzente erhalten habe". Als gleichsam amtliche Stichworte der Entscheidungen, an denen Jürgen Kühling maßgebend mitgewirkt hat, nennt die BVerfG-Mitteilung 11/2001 anlässlich seines Ausscheidens elf solcher „wesentlichen Verfahren", von denen hier nur die folgenden genannt seien: „Warteschleife, Ruhen von Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst auf Grund des Einigungsvertrages"; Nachtarbeitsverbot für Frauen"; „Beamte als Streikbrecher"; „Benachteiligung von Frauen bei Einstellungen"; „Presse- und Meinungsfreiheit bei Zeitungsanzeigen" (Benetton-Werbung); Bauplanungsrecht davor im Bundesverwaltungsgericht, von dem auch seine Buchpublikation zum Fachplanungsrecht von 1988 zeugt. Auf diesen diversen Rechtsgebieten hat sich Jürgen Kühling als Richter hervorgetan und unter Juristen auf beiden Seiten des Rechts bekannt gemacht.

Seitenwechsel und gesellschafts-politisches Engagement

Es gab für Jürgen Kühling auch ein professionelles Leben nach dem Dienst am Recht in dessen eigenen Werkstätten. Schon gleich nach dem selbstgewählten vorzeitigen Abschied von dem höchstrichterlichen Amt wechselt er die Seiten und assoziiert sich in seinem neu gewählten Lebensmittelpunkt Hamburg dem dortigen Rechtsanwaltsbüro Dr. Bertelsmann und Gäbert und deren Fachanwälten für Arbeitsrecht, dem er in seinen letzten dreizehn Jahren seit Karlsruhe angehörte. In diese Zeit fallen etliche Verfahren vor dem Hamburgischen Verwaltungsgericht, fällt u.a. eine erfolgreiche gerichtliche Massenklage zur Erstreitung der Bezahlung von Mehrarbeit durch den Bereitschaftsdienst von Feuerwehrleuten. Neben seiner

forensischen Tätigkeit engagiert er sich in Gutachten für gewerkschaftliche Anliegen und Probleme und streitet in Initiativen für die Ausweitung und Institutionalisierung von gesellschaftlichen Beteiligungsrechten, etwa im Hamburger Verfassungsrecht, wobei er keineswegs immer auf der offiziellen Linie seiner Partei liegt.

Seine rechtliche Kompetenz und Erfahrung bringt Jürgen Kühling auch in zivilgesellschaftlichen Zusammenhängen zur Geltung. In den Jahren 2001 bis 2005 gehört er in zwei Wahlperioden dem Vorstand der Humanistischen Union (HU) an. Zur gleichen Zeit im HU-Vorstand, habe ich ihn als den abwägenden, argumentationsstarken und jederzeit verbindlichen Gesprächspartner und Anreger erlebt, der um die Grenzen des Rechts weiß, aber auch dessen begrenzte Möglichkeiten kennt und sie einzusetzen bereit ist (Der Selbstgenügsamkeit des Rechts begegnete er gelegentlich mit dem Hinweis auf die von ihm angerichteten „Kollateralschäden"). Seiner Initiative und Anregung verdankt die Humanistische Union die Einrichtung der sogenannten „Berliner Gespräche über das Verhältnis von Staat, Religion und Weltanschauung", deren erstes Jürgen Kühling im Jahre 2004 verantwortlich organisiert und als Publikation (mit)betreut hat (Peter Hanau/Jürgen Kühling, Hg., Selbstbestimmung und Bürgerrechte, Baden-Baden 2004). Die Durchsetzung arbeits- und streikrechtlicher Normen auch für Arbeitnehmer in kirchlichen und semi-kirchlichen Bezügen ist ein literarisch und forensisch häufig vertretenes Anliegen Jürgen Kühlings.

Ebenso war Jürgen Kühling gelegentlich an dem seit 1997 unter wesentlicher Beteiligung der HU von ca. zehn Bürgerrechtsorganisationen herausgegebenen jährlichen „Grundrechte-Report" beteiligt. Die von Jürgen Kühling mitgestaltete Vorstellung der 2007er Version des Reports an seinem früheren Arbeitsstandort Karlsruhe etwa findet am 21.5.1997 in der „Welt" seinen Niederschlag in einem Artikel unter der leicht „vergifteten" Überschrift: „Richter wirft Polizei ‚Sicherheitshysterie' vor." Weiter heisst es in dem Artikel, dass Kühling die Situation polizeilichen Handelns als „insgesamt beunruhigend" einschätze, von „flagranten Rechtsverletzungen" und davon gesprochen habe, dass eine polizeiliche Tendenz bestehe, „Freiheitsrechte einem überzogenen Sicherheitsbedürfnis zu opfern".

Schließlich: Über ein weiteres Feld nachberuflicher Betätigung und ehrenamtlicher Wahrnehmung durch den Verstorbenen vermag ich gleichsam aus erster Hand zu berichten: erstmalig im Sommersemester 2002, zuletzt im Wintersemester 2013/14 haben Jürgen Kühling und ich insgesamt 13 mal ein gemeinsames Seminar im System des ›co-teaching‹ unter dem Thema: „Sicherheit und Freiheit – Staat und Gesellschaft" für Studenten des bundesweit einzigartigen post-graduierten Hamburger Studiengangs

im Fach Kriminologie abgehalten. Diese gern besuchte Lehrveranstaltung bot den Reiz einer Interdisziplinarität, die Jürgen Kühling übrigens bereits in den Gründerjahren der Fakultät, zusammen mit dem Kollegen Hubert Treiber in dessen verwaltungswissenschaftlichen Kursen, kennen gelernt hatte. Dieses Seminar erlaubte die Kontrastierung des „law in the books", für das Jürgen Kühling das Wort hatte, mit dem „law in action", dem ich zur Geltung verhalf. Unter dem genannten Generalthema wurden jeweils konkrete Themen und Bereiche erörtert, teils allgemeiner (Sicherheit und Angst, Grenzen staatlichen Strafens, Feindstrafrecht, „punitive turn"), teils konkreter Art (Drogenkriminalität, Freiheitsentziehung und Strafvollzug). Dabei bestand der Reiz für die beiden Lehrenden ebenso wie für die Studierenden in der durchaus kontrovers und selbstbewusst ausgetragenen Gegenüberstellung rechtswissenschaftlich-normativer und kriminologisch-empirisch-theoretischer Positionen.

Es bleibt für mich als Verfasser dieses Nachrufs für Jürgen Kühling die Erinnerung an eine Reihe von sommerlichen Wochenendveranstaltungen auf Kühlings Haus und Grundstück im Heidedorf Dorfmark, seit 1974 ein Stadtteil von Fallingbostel, festzuhalten. Dieses Fest fand auch in seiner Zeit als Bundesverfassungsrichter statt und versammelte Freunde und Bekannte aus Hannover ebenso wie Kollegen aus Karlsruhe, die ihrerseits eine Tanzkapelle beisteuerten und stundenlang auf einem provisorischen Tanzboden im Freien unter Bäumen zum Tanz aufspielten. Am frühen Samstagnachmittag tröpfelten die Gäste aus allen Richtungen der Bundesrepublik ein, wurden mit Kaffee, Kuchen und festem Abendbrot und den nötigen Getränken versorgt, verschwanden zum Teil erst nach Mitternacht im Haus und nahen Hotels, um sich am kommenden Sonntag nach einem ausgedehnten Spaziergang durch Feld und Wald bis zum kleinen Fluss Böhme die Füße zu vertreten und dann wieder die Fahrt in ihr eigenes Zuhause anzutreten.

Diese Gelegenheit der unmittelbaren und unverstellten Begegnung mit Jürgen Kühling hat ihn mir auch als engagierten und bewunderten Pädagogen und Vermittler und auch als begeisterten Gesellschafter erschlossen.

Prof. Dr. Fritz Sack

I.
Justiz und Politik

Richter und Justiz – eine Skizze

A. Einführung

»Wir haben erfreulicherweise keinen Zweifel, dass in diesem Lande der Richter persönlich und sachlich unabhängig ist,« bekennt Ernst-Gottfried Mahrenholz in seinem Festvortrag beim 15. Deutschen Richtertag 1991 in Köln.[1] Lohnt es sich angesichts einer solchen Einschätzung von hoher Warte, dazu – außer in Festreden – noch etwa zu sagen? Vielleicht doch. Gewiss besteht kein Anlass, der optimistischen Lagebeschreibung ein düsteres Gegenbild entgegenzustellen. Das Grundgesetz, die einschlägigen Normen des Richterrechts, der Gerichtsverfassung und der Prozessordnungen gewährleisten richterliche Unabhängigkeit in beachtlichem Maße. Die normative Einbettung des Richters allein besagt jedoch nicht alles. In seinem Berufsleben ist er Einflüssen ausgesetzt, die es ihm nicht immer leicht machen, seine innere Unabhängigkeit zu wahren.[2] Ihm dies zu erleichtern, bleibt Aufgabe der Administration, der Politik und einer kritischen Öffentlichkeit. So fügt denn auch Mahrenholz seinem beruhigenden Eingangsstatement kritische Anmerkungen zur inneren Unabhängigkeit des Richters hinzu, die dies verdeutlichen.[3] In dem folgenden Beitrag wird darauf näher eingegangen. »Justiz – eine unabhängige Staatsgewalt?« lautet das Thema, das Mahrenholz in seinem Festvortrag behandelt. Es geht um die alte aber noch längst nicht überwundene Vorstellung, dass die Justiz als Dritte Staatsgewalt von den Einflüssen der Exekutive befreit werden müsse, damit eine unabhängige Rechtspflege gewährleistet werden könne. Mahrenholz erteilt dieser Forderung eine klare Absage.[4] Auch dazu soll im folgenden Stellung genommen werden.

---

1 DRiZ 1991, S. 432.

2 Grundlegend dazu mit ausf. Literaturhinweisen: *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975; zur inneren Unabhängigkeit vgl. *Benda*, DRiZ 1975, S. 166 ‹168 f.›

3 FN 1, S. 433 ff.

4 FN 1, S. 433.

B. Bindung an Recht und Gesetz

I. Sachlich sind Richterinnen und Richter bei ihren Entscheidungen nur an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG). In dieser Bindung legitimiert sich die richterliche Entscheidung als vom Volkswillen getragen. Die für Urteile übliche Eingangsformel »Im Namen des Volkes« deutet auf diesen Legitimitätszusammenhang hin, der in den Entscheidungsgründen näher erläutert und als zwingend dargestellt wird.

Die Anwendung von Normen in einzelnen Streitfällen ist jedoch kein mechanischer Denkvorgang, sondern ein Erkenntnisprozess, in dem die Norm selbst entfaltet und in ihrer konkreten Bedeutung bestimmt werden muss. Lebenssachverhalte sind so mannigfaltig, dass sie von Normen nicht restlos erfasst werden können, Gesetze sind oft lückenhaft oder unbestimmt, für manche Konflikte gibt es keine gesetzlichen Regelungen. Die klassische Vorstellung, dass der Richter für die von ihm zu entscheidenden Konflikte in einem lückenlosen System von Rechtssätzen stets einen einschlägigen findet, der dann im Wege einer logischen Denkoperation (Subsumtion) angewendet wird, ist längst widerlegt. Versuche, eine Rechtsbindung im Rückgriff auf eine allgemeine Hermeneutik, Interessenabwägung oder Orientierung an übergeordneteten Werten zu begründen, haben nicht zu stringenten Ergebnissen geführt. Die juristische Methodenlehre bietet Werkzeuge der Problemanalyse, aber keine zwingenden Rechtsanwendungsregeln.[5] Besonders weite Handlungsspielräume lässt das Recht dem Richter bei der Feststellung von Tatsachen. Die Verfahrensordnungen geben im Wesentlichen nur Regeln über Art und Umfang der gebotenen Ermittlungen, die Rechte und Pflichten der Beteiligten bei den Ermittlungen und einzelne Beweisregeln vor. Die Beweiswürdigung bleibt stets ein höchstpersönlicher Erkenntnisprozess des Richters, der sich nicht in Regeln fassen lässt. Im Gerichtsalltag der unteren (Tatsachen-)Instanzen wirken sich diese Handlungsspielräume stärker aus als die der Rechtsfindung.

II. Der nicht zu leugnende Befund, dass Richterinnen und Richter Entscheidungen treffen, die nicht vollständig durch Recht und Gesetz determiniert sind, hat zu einer lebhaften Diskussion über den politischen Rich-

---

5 Zusammenfassend: *Simon*, FN 2, S. 68 ff.; zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert: *R. Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, 1986; zur Hermeneutik: Emilio Betti, Teoria generale della Interpretazione, 1955, S. 789 ff. – Deutsche Ausgabe: Allgemeine Auslegungslehre, 1967 S. 600 ff. – zur Freirechtsbewegung: *Luigi Lombardi*, Saggi sul diritto giurisprudenziale, 1967, S. 201 ff.; zur Methodenlehre: *Joseph Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, S. 189 ff.

ter geführt.[6] Diese Diskussion soll hier nicht aufgegriffen werden. Eine Bindung des Richters an Recht und Gesetz ist durch die Verfassung vorgegeben (Art. 20 Abs. 3; Art. 97 Abs. 1 GG). Soweit ihm Handlungsspielräume verbleiben, muss er sich zumindest über die Wertungen und Vorverständnisse Rechenschaft ablegen, von denen er sich dabei leiten lässt. Er muss in der Lage sein, seine Entscheidungen in ihrem rechtlichen und außerrechtlichen Gehalt offenzulegen. Diese Anforderungen an die Rationalität richterlichen Handelns muss das Justizsystem institutionell absichern. Die rechtsstaatliche Qualität der Rechtsprechung wird weitgehend von den dazu unternommenen Anstrengungen bestimmt.

III. Voraussetzung für die Wahrung der Rechtsbindung, so begrenzt sie sein mag, ist Professionalität und akademische Ausbildung der Richterinnen und Richter.[7] Dem entspricht das deutsche Richtergesetz, das die Befähigung zum Richteramt an ein Universitätsstudium, eine praktische Ausbildung und zwei Staatsprüfungen knüpft (§§ 5 ff. DRiG). Die Rechtsprechung liegt grundsätzlich in der Hand von Berufsrichtern, die diese Voraussetzungen erfüllen.[8]

IV. Das wissenschaftliche Niveau der Rechtspflege wird durch die akademische Ausbildung bestimmt. Sie entscheidet vor allem über die geistige Unabhängigkeit des späteren Richters, die sich aus der Fähigkeit zu eigenständiger Entwicklung von Rechtsgedanken, zu kritischer Sichtung des vorgefundenen Materials und zu einer nachdenklichen Distanz zur eigenen Praxis ergibt. Die Dynamik und zunehmende Kompliziertheit des positiven Rechts stellt hohe Anforderungen an Lernfähigkeit und Verarbeitungskompetenz. Aus der Einsicht in die Handlungsspielräume des Richters ergibt sich zusätzlicher politik- und sozialwissenschaftlicher Aufklärungsbedarf.

Das Lehrangebot der deutschen Universitäten, in die die Rechtsfakultäten integriert sind, deckt die genannten Anforderungen weitgehend ab. Ein gut angeleiteter und interessierter Student der Rechtswissenschaft kann dort in aller Regel lernen, was er für den Richterberuf braucht. Er hat die Gelegenheit, auch außerhalb seiner eigenen Fakultät philosophi-

---

6 *Simon*, FN 2, S. 104 ff. mit ausführlicher Darstellung der Literatur, a.a.O. S. 127 ff.

7 Zum Ausfüllen der Handlungsspielräume durch »Richterkunst«: *Franz Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, in ders., Ausgewählte Schriften, herausgegeben von *Dieter Simon*, 1983, Bd. 2 S. 41 ff.

8 Zur Bedeutung der Laienrichter vgl. neuerdings *Thomas Sommer*, Ehrenamtliche Richter und Unabhängigkeit der Gerichte, DRiZ 1992, S. 135 ff.; Hartmut Reim, Fachkenntnisse der ehrenamtlichen Richter – Überforderung bei der Entscheidungsfindung, DRiZ 1992, S. 139 ff.

sche, historische und sozialwissenschaftliche Kurse zu belegen und kann das Studium, dessen Höchstdauer nicht begrenzt ist, nach seinen eigenen Plänen gestalten.

Die Studien- und Prüfungsordnungen und mehr noch die Prüfungspraxis nötigen den Durchschnittsstudenten jedoch zu einem Studienverhalten, das von den genannten Zielen entschieden wegführt. Er muss sich auf die drei großen Rechtsgebiete, das Bürgerliche Recht, das Strafrecht und das Öffentliche Recht, beschränken, wenn er der Stoffmenge gewachsen sein will, deren Beherrschung auf diesen Gebieten von ihm in den Staatsprüfungen verlangt wird. Durch die »Probeschussregelung« des § 5 Abs. 5 Satz 2 DRiG wird eine Engführung des Jurastudiums zusätzlich gefördert. Die akademische Lehre wird zudem von den meisten Studenten nicht als angemessene Prüfungsvorbereitung empfunden. Sie besuchen deshalb in einem mit steigender Semesterzahl zunehmenden Umfang Repetitorien, die pädagogisch geschickt das prüfungsrelevante Wissen und die Fähigkeiten vermitteln, die zum Bestehen der Staatsprüfungen notwendig sind. Dabei steht die rein technische Rechtsanwendung, die Kenntnis bestimmter Normkomplexe und ihrer in Rechtswissenschaft und höchstrichterlicher Rechtsprechung entwickelten Auslegung im Vordergrund. Die praktische Ausbildung dient ganz überwiegend der Einübung in den Umgang mit gerichtlichen und behördlichen Verfahrensweisen und Bearbeitungsstrategien.

Seit langem gilt die deutsche Juristenausbildung als zu lang, zu wenig an sozialen Lebenssachverhalten orientiert, mithin lebensfremd, und pädagogisch rückständig.[9] Eine in den 70er Jahren ehrgeizig angelegte und mit erheblichem Aufwand ins Werk gesetzte Reform ist gescheitert. Die erfolgreichen Ansätze sind in einer Novelle des Deutschen Richtergesetzes aus dem Jahre 1984 im Zuge einer allgemeinen Wende der deutschen Innenpolitik zum Konservativen hin erstickt worden. Inzwischen ist die Reformbedürftigkeit wieder Diskussionsthema.[10] Mit dem Gesetz zur Verkürzung der Juristenausbildung vom 20. November 1992 (BGBl. I S. 1926) ist zwar eine gewisse Straffung der Juristenausbildung erreicht worden, weitergehende Ansätze wurden jedoch nicht verwirklicht.

---

9 Denkschrift des Arbeitskreises für Fragen der Juristenausbildung: Die Ausbildung der Deutschen Juristen, 1960; Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung, 1970; *Dietrich Oehler* und *Walther Richter*, Gutachten zum 48. DJT, 1970.

10 *Winfried Hassemer/Friedrich Kübler* und *Horst-Diether Hensen/Wolfgang Kramer*, Gutachten zum 48. DJT, 1990; *Wilhelm Sirp*, Die Befähigung zum Richteramt und die Reform der Juristenausbildung, DRiZ 1991, S. 274 ff.

V. Ein Mittel, die Gesetzesbindung zu gewährleisten, kann in der Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung durch die höhere Instanz liegen. Die an sich großzügig ausgebauten Instanzenzüge sind inzwischen durch zahlreiche Entlastungsnovellen verkürzt worden. Ein durchgängiges Prinzip ist nicht mehr erkennbar. Auch hier ist eine grundlegende Reform, die am Anfang der 70er Jahre in die Wege geleitet worden war, ohne überzeugende Gründe zu Grabe getragen worden.[11] Ein neuer Anlauf wäre fällig. Ansätze dazu sind jedoch nicht erkennbar. Eine institutionelle Absicherung findet die Gesetzesbindung ferner im Kollegialprinzip. Wo drei oder fünf Berufsrichter mitwirken, ist das Risiko falscher Rechtsanwendung gemindert, freilich nicht ausgeschlossen. Allerdings wird dieser Schutz zur Zeit drastisch reduziert. Um der wachsenden Geschäftslast Herr zu werden, werden immer mehr Sachen dem Einzelrichter zur Entscheidung übertragen. Bis zu einem gewissen Grade ist das sachgerecht. Schließlich kann die Zahl der Richterinnen und Richter nicht beliebig vermehrt werden; allerdings sollten Fälle, bei denen regelmäßig schwierige Rechtsfragen zu beantworten sind, besser in der Hand von Kollegialgerichten bleiben. Die Folgen der verhinderten Justizreform der 70er Jahre werden sichtbar: An die Stelle eines geschlossenen Konzepts für die Neuordnung der Instanzen nach funktionalen Kriterien tritt ein Flickwerk von Einzelregelungen, die das Rechtsschutzsystem insgesamt unübersichtlicher machen und seine Leistungsfähigkeit vermindern.

VI. Wirksame Sanktionen gegen Richter, die Gesetze missachten, gibt es kaum. Allenfalls offensichtliche Fehlgriffe, über die kein Zweifel bestehen kann, können dienstaufsichtlich gerügt werden. Als Beispiel wird die Anwendung eines aufgehobenen Gesetzes angeführt.[12]

Eine Strafverfolgung wegen Rechtsbeugung kommt nur in Betracht, wenn dem Richter nachgewiesen wird, dass er wider besseres Wissen, also mit direktem Vorsatz, gehandelt hat. Das kommt selten vor. Der Straftatbestand der Rechtsbeugung ist so wenig wirkungsvoll, dass kein Nazirichter bis hin zu dem berüchtigten Volksgerichtshof deswegen verurteilt worden ist.[13] Im Zusammenhang mit der Aufarbeitung justizförmigen Un-

---

11 *Gerhard Jahn*, Reform der Rechtspflege (Justizreform). Ohne Ende – ohne Ziel? Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, S. 91 ff.; *Klaus Beer*, Sozialliberale Justizreform, KJ 1983, S. 375 ff.

12 *Günther Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richtergesetz, Kommentar, 4. Aufl., 1988, § 26 Rdn. 23.

13 *Helmut Kramer*, Die Aufarbeitung des Faschismus durch die Nachkriegsjustiz in der Bundesrepublik Deutschland, in *Hans-Ernst Böttcher* (Hrsg.), Recht Justiz Kri-

rechts der DDR werden allerdings strengere Maßstäbe diskutiert.[14] Angesichts der breiten Blutspur, die insbesondere der Volksgerichtshof und die Sonder- und Kriegsgerichte in der deutschen Justizgeschichte hinterlassen haben, liegt der Vorwurf einer Doppelmoral nicht ganz fern.[15]

Die finanzielle Staatshaftung für Richterunrecht ist auf Fälle von Rechtsbeugung beschränkt mit der Folge, dass auch der Rückgriff auf den Richter praktisch nicht in Betracht kommt. Die Haftungsbeschränkung erscheint übertrieben, jedenfalls ist der Ausschluss der Staatshaftung durch den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit nicht zu begründen. In der Literatur wird daher auch Ausweitung der Haftung zumindest für grob fahrlässige Fehlentscheidungen gefordert.[16]

C. Die Unabhängigkeit des Richters

I. Dass Richterinnen und Richter bei rechtsprechender Tätigkeit keinen Weisungen unterworfen sind (sachliche Unabhängigkeit), ergibt sich unmittelbar aus dem Grundgesetz (Art. 97 GG) und dem Deutschen Richtergesetz (§ 25 DRiG). Insofern unterliegen sie auch keiner Dienstaufsicht (§ 26 DRiG). Nur die ordnungswidrige Art der Erledigung der Dienstgeschäfte, insbesondere Verzögerungen, können dem Richter vorgehalten werden. Die Kasuistik zu dieser Grenzziehung soll hier nicht vorgetragen werden.[17] Zu grundlegender Kritik bietet sie keinen Anlass. Im Übrigen ist zur sachlichen Unabhängigkeit folgendes anzumerken:

1. Probleme können sich aus der richterlichen Arbeitsbelastung ergeben. Dem Richter wird aufgrund der Geschäftsverteilung ein bestimmtes Pensum von Fällen zur Bearbeitung zugewiesen. In der ordentlichen Gerichtsbarkeit gibt es den wohlbekannten Pensenschlüssel, der die Belastung der Richter in den verschiedenen Instanzen und Funktionen festlegt.

---

tik, Festschrift für Richard Schmid, 1985, S. 107 ff.; *Ingo Müller*, Furchtbare Juristen, 1987, S. 275 ff.

14 S. dazu insbesondere *Rudolf Wassermann*, DDR-Richter als Instrument des SED-Regimes, DRiZ 1992, S. 438 ff.; ders., Zur Anwendung der sogenannten Radbruchschen Formel auf Unrechtsurteile der DDR-Justiz, NJW 1992, S. 878; ders., Schein-Richter, DIE WELT, Ausg. v. 5. Februar 1992; krit. dazu *Bohlander*, DRiZ 1991, S. 445 ff.

15 Ähnlich *Kramer*, FN 13, S. 109 zu einem frühen Urteil des BGH (NJW 1960, S. 974) gegen einen DDR-Richter.

16 *Horst Hagen*, »Unrichtige Sachentscheidung« im Prozess und Prozesskostenrisiko, NJW 1970, S. 1017.

17 Vgl. *Schmidt-Räntsch*, FN 12, § 26 Rdn. 21 ff.

Er beruht auf Erfahrungswerten und wird von der Justizverwaltung bei der Bemessung der für ein bestimmtes Gericht notwendigen Anzahl von Richterstellen verwendet. Ursprünglich wurde er vor den Richtern geheim gehalten. Inzwischen wird er offengelegt. Seitdem wird er auch bei der Geschäftsverteilung an den Gerichten berücksichtigt.

Es liegt auf der Hand, dass die Zahl der von einer Richterin oder einem Richter zu erledigenden Fälle Einfluss auf die Art ihrer Bearbeitung hat. Die Art der Sachbehandlung wirkt sich nicht nur auf das Verfahren und den Begründungsaufwand beim Absetzen der Entscheidungen, sondern auch auf das Verhalten gegenüber den Beteiligten und auf das Ergebnis aus.[18] Insofern steuert die Justizverwaltung mit ihren Stellenplänen auch die Rechtsprechung. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass es für die Bewilligung von Richterstellen Maßstäbe geben muss und dass auch die Zahl der von einem Richter zu bearbeitenden Fälle nicht ihm allein überlassen bleiben kann. Das gilt vor allem, solange der Richter keine feste Arbeitszeit einhalten muss und er seine Arbeit weitgehend auch zu Hause verrichten kann. In einem solchen System steuert allein das Pensum die tatsächliche Arbeitsleistung der Richterin oder des Richters.

Ob die freie Arbeitszeit der Richter unter diesem Aspekt ihrer Unabhängigkeit uneingeschränkt nützt, erscheint fraglich.[19] Mit dem Pensendruck wird ein hoher Preis für eine an sich sachgerechte Regelung gezahlt. Für die Richter selbst ist sie allerdings sakrosankt. Der Bundesgerichthof hat entschieden, dass eine Festlegung des Richters auf bestimmte Dienstzeiten als Eingriff in seine richterliche Arbeit verfassungswidrig und unzulässig ist, weil er bei der Rechtsfindung von äußeren Zwängen möglichst freigestellt sein solle und weil sich die ihm abverlangten Erkenntnisse und Formulierungen zeitlicher Steuerung weitgehend entzögen.[20] Angesichts der Tatsache, dass gleichwertige geistige Arbeit in der heutigen Gesellschaft üblicherweise innerhalb fester Arbeitszeiten geleistet wird, erscheint die Argumentation des Bundesgerichtshofs überzogen und nicht frei von Selbstüberschätzung. In dem Maße, in dem die Ressource Recht knapper und das Heer der Richter unbezahlbar wird, wird das Problem an Bedeutung gewinnen. Mir scheint, dass hier über grundlegend neue Konzepte nachgedacht werden muss. In diese Überlegungen ist vor allem die Frage

---

18 Vgl. etwa *Kurt Rudolph*, Prozessflut und Erledigungsdruck, DRiZ 1992, S. 6 ff.

19 *Rudolph*, FN 18, S. 14 weist zutreffend auf die Schutzfunktion fester Dienstzeiten hin.

20 BGH, Dienstgericht des Bundes, Urteil vom 16. November 1990 – DRiZ 2/90 – DRiZ 1991, 61 ‹62›; ebenso BVerwG, Urteil vom 18. Februar 1981 – BVerwG 6 C 95.78 – *Buchholz* 238.5 § 46 DRiG Nr. 1).

einzubeziehen, ob Verfahren mit demselben Prüfungsumfang zwei Instanzen durchlaufen müssen, in denen Richterinnen und Richter mit unterschiedlichem Zeitbudget dieselben Fragen bearbeiten. Aber auch über die freie Arbeitszeit der Richter muss nachgedacht werden, bevor die sachliche Unabhängigkeit durch übermäßigen Pensendruck beeinträchtigt wird.

2. Die Unabhängigkeit der Proberichterinnen und -richter ist nicht nur rechtlich, sondern darüber hinaus faktisch erheblich eingeschränkt. Für sie ist die dienstliche Beurteilung geradezu schicksalhaft. Insbesondere führt die übliche Belastung mit dem vollen Pensum zu einem starken Anpassungsdruck.[21] Eine Einarbeitungszeit mit beschränkter Belastung wäre der inneren Unabhängigkeit der Proberichter sicher zuträglich. Sie würde ihnen den Zwang ersparen, sich distanzlos in die Arbeit zu stürzen und von Anfang an nur auf das Ziel der möglichst raschen Erledigung fixiert zu sein. Eine Probezeit für Richter könnte vermieden oder doch verkürzt werden, wenn man darauf verzichten würde, Berufsanfänger sogleich zu Richtern zu machen.[22]

II. Die persönliche Unabhängigkeit des Richters ist prinzipiell bedroht durch unkontrollierbare Gestaltungsfreiräume der Verwaltung bei den ihn betreffenden Personalentscheidungen. Wer die Personalhoheit über die Richterinnen und Richter ausübt, beeinflusst mittelbar die gesamte Rechtspflege. Das gilt vor allem für die Entscheidung über die Beförderung von Richtern. Wer über Beförderungen entscheidet, kann bis zu einem gewissen Grade damit rechnen, dass Richter mit Laufbahninteressen es vermeiden werden, seinen Erwartungen gänzlich entgegengesetzt zu entscheiden. Andererseits – und das ist das Wichtigere – kann er die einflussreichen Posten mit ihm genehmen Richtern besetzen, was automatisch zu einer Ausweitung seines Einflusses führt. Hier liegt der neuralgische Punkt jeder unabhängigen Justiz. Das Maß an wirklicher Unabhängigkeit, die ein Gemeinwesen seinen Richtern gewährt, entscheidet sich nach den Bemühungen und Vorkehrungen, um hier Abhilfe und Mäßigung zu erreichen. Völlig vermeiden lässt sich die Spannungslage zwischen notwendiger Personalhoheit und garantierter Unabhängigkeit offenbar nicht. Insbesondere liegt das Heil nicht in einer Verstärkung des Einflusses der Richterschaft selbst auf die Personalentscheidungen. Darauf komme ich noch zurück.

1. Einer Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit des Richters dient neben seiner Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit die besondere vom Be-

---

21 S. Bericht »Der unbegrenzt belastbare Proberichter«, DRiZ 1991, S. 382.

22 Vgl. dazu *Thomas Dieterich*, DRiZ 1989, S. 187.

amtenrecht abweichende Besoldungsstruktur, die im Zuge der sozialliberalen Bemühungen um eine Justizreform eingeführt worden ist.[23] Die Durchstufung der R 1-Besoldung bis über die Endstufe der Besoldungsgruppe A 15 hinaus mindert die finanziellen Anreize für den Aufstieg. Die weitergehenden Reformbemühungen sind seinerzeit gescheitert. Angestrebt war eine einheitliche Richterbesoldung und auch ein Abbau funktionaler Aufstiegschancen. In diesen Zusammenhang gehört der Vorschlag, den Vorsitz in einem Kollegium nicht einem aufgestiegenen Richter zu übertragen, sondern unter den Mitgliedern des Spruchkörpers umgehen zu lassen (rotierender Vorsitz).[24] Die Diskussion darüber soll hier nicht aufgenommen werden. Jedenfalls bleibt der Aufstieg für Richterinnen und Richter auch heute noch attraktiv. Neben den verbleibenden – nicht unerheblichen – finanziellen Anreizen stehen der Wunsch nach höherem Einfluss und interessanteren Aufgaben sowie das Streben nach erhöhtem Sozialprestige.

2. Richterinnen und Richter werden ebenso wie Beamte regelmäßig von ihren Dienstvorgesetzten in persönlicher und fachlicher Hinsicht beurteilt. In Kollegialgerichten gibt der Kammervorsitzende dazu den in der Regel maßgeblichen »Beurteilungsbeitrag« ab. Die Zeugnisse werden zu den Personalakten genommen und sind für das Fortkommen des Richters entscheidend. Bei der Beurteilung ist eine Kritik des eigentlichen richterlichen Handelns zu vermeiden. Auch dürfen keine einzelfallbezogenen kritischen Hinweise gegeben werden. Zu beurteilen sind die Leistungen und Fähigkeiten des Richters wie etwa Rechtskenntnisse, Beherrschung des Verfahrens, seine Belastbakeit.[25]

Die dienstliche Beurteilung ist geeignet, auf das richterliche Verhalten Einfluss zu nehmen. Soweit der Richter durch sie zu pflichtgemäßer Wahrnehmung seiner Amtsgeschäfte veranlasst wird, ist das beabsichtigt und nicht zu beanstanden. Die Beurteilung wird als unentbehrlich angesehen, um über den Einsatz des Richters, insbesondere seine Beförderung in höhere Richterämter gerecht – d.h. allein nach Eignung und Leistung – entscheiden zu können.[26]

Zwischen dienstlicher Beurteilung und richterlicher Unabhängigkeit gibt es in jedem Fall ein Spannungsverhältnis. Bei aller Bemühung des Zeugniserteilers um Objektivität bleiben Richterinnen und Richter von

---

23 *Beer*, FN 11, S. 378 f.
24 *Beer*, FN 11, a.a.O. S. 376.
25 *Schmidt-Räntsch*, FN 12, § 26 Rdn. 30 ff.
26 *Schmidt-Räntsch*, FN 12, § 26 Rdn. 30.

seiner Einschätzung abhängig; denn diesem wird bei der Erteilung von Dienstzeugnissen ein weiter Beurteilungsspielraum zugebilligt, innerhalb dessen er keinen rechtlichen Bindungen unterliegt. Das Recht stellt nur Mindestanforderungen: Der Vorgesetzte darf »allgemein gültige Wertmaßstäbe« nicht verletzen, er muss sich auf beweisbare Tatsachen stützen und das vorgeschriebene Verfahren einhalten. Zeugnisse sind umso weniger angreifbar, als die Kritik sich üblicherweise hinter höflich-zurückhaltenden Formulierungen versteckt, die für sich genommen kaum angreifbar sind, aber von den Personalverwaltungen gut verstanden werden.[27]

Die sich aus der Beurteilung und ihren Folgen ergebende Abhängigkeit ist für den Richter fühlbar, weil er sich die Wertschätzung seines Kammervorsitzenden und des zuständigen Gerichtspräsidenten nur dadurch erwerben kann, dass er dessen Erwartungen in seiner täglichen Arbeit erfüllt. Die Maßstäbe und Erwartungen des Beurteilers erfassen aber notwendigerweise die richterliche Tätigkeit des zu Beurteilenden. Dieser kann sich dadurch allzu leicht vor die Alternative gestellt sehen, sich anzupassen oder zu disqualifizieren.[28]

3. Die Abhängigkeit der Richterinnen und Richter von der durch Richterkollegen wahrgenommenen Justizverwaltung (Gerichtsverwaltung) wird vertieft durch eine in allen Gerichtszweigen außer der Finanzgerichtsbarkeit üblichen Voraussetzung für den Schritt in das erste Beförderungsamt: Die Erprobung bei dem zuständigen Obergericht. Richterinnen und Richter, die sich für ein höheres Amt qualifizieren wollen, müssen es sich gefallen lassen, für mindestens ein halbes Jahr an das Obergericht abgeordnet zu werden, um in ausgewählten Senaten ihre Fähigkeiten zu beweisen. Das dort erteilte Zeugnis ist entscheidend. Es wird vom Präsidenten des Obergerichts auf der Grundlage eines Berichts der Senatsvorsitzenden erteilt.

Die Forderung nach einer Erprobung im Sinne einer zusätzlichen Qualifikation hat seine Berechtigung. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass ehrgeizigen Richtern ein gewisses Maß an Mobilität abgefordert wird, wenn sie sich um eine herausgehobene und besser bezahlte Position bewerben wollen. Es gibt aber auch Einwände. Einmal wird, soweit ich sehe, grundsätzlich keine Rücksicht genommen auf Richterinnen (und aus-

---

27 Nach *Ulrich Vulteius*, Richter nach Noten – Noten für Richter, DRiZ 1992, S. 177 ‹178›, wird die Note »durchschnittlich« an etwa 1 % aller Richterinnen und Richter in Niedersachsen vergeben; er übersetzt sie deshalb recht einleuchtend mit »mangelhaft«.

28 Treffend *Helmut Schnellenbach*, Personalpolitik in der Justiz, DRiZ 1992, S. 2227 ‹2229›.

nahmsweise auch Richter), die Kinder zu versorgen haben und deshalb nicht hinreichend mobil sind. Die Folge ist eine (weitere) Verminderung der Aufstiegschancen von Richterinnen. Außerdem darf nicht übersehen werden, dass in der Erprobungszeit ein besonders starker Anpassungsdruck besteht und dass Kollegen, die in innerer Unabhängigkeit diesem Druck standhalten, leicht ihre beruflichen Chancen aufs Spiel setzen können. Der Ausleseeffekt kann – was die viel geforderte innere Unabhängigkeit angeht – nur negativ sein. Dass es bei der Erprobung nicht allein um Qualifizierung und Auswahlgerechtigkeit, sondern auch um den Einfluß des Obergerichtspräsidenten auf die Personalpolitik geht, wird an der Zurückhaltung deutlich, mit der vielfach Zeugnisse aufgenommen werden, die ein Richter während einer Abordnung etwa an ein Oberstes Bundesgericht, ein Justizministerium oder auch das Bundesverfassungsgericht erworben hat.[29]

4. Nach § 39 DRiG müssen sich Richter innerhalb und außerhalb ihres Amtes auch bei politischer Betätigung so verhalten, dass das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit nicht gefährdet wird. Es soll nicht der äußere Eindruck entstehen, dass sie Bindungen unterliegen, die sie als abhängig erscheinen lassen. Unabhängigkeit ist hier in einem sehr weiten Sinne zu verstehen. Es geht nicht nur um Weisungsfreiheit von der staatlichen Exekutive, sondern um Unabhängigkeit von gesellschaftlichen Gruppen, insbesondere politischen Parteien, Gewerkschaften, Verbänden, aber auch Religionsgemeinschaften.[30]

a) Richterinnen und Richter müssen danach den äußeren Anschein vermeiden, als seien sie von einer anderen gesellschaftlichen Gruppe abhängig. Durch eine mitgliedschaftliche Bindung allein wird eine solche Abhängigkeit erfahrungsgemäß nicht begründet. Unbegründet ist nach aller Erfahrung auch der Vorwurf, parteipolitisch, gewerkschaftlich oder kirchlich gebundene Richter seien bei Ausübung ihrer Amtspflichten grundsätzlich auf die Linie ihrer Partei, Gewerkschaft oder Kirche festgelegt. Mitgliedschaft in Parteien und Gewerkschaften ist dem Richter erlaubt. Er darf dort auch aktiv in führenden Positionen mitarbeiten. Neben dem Richteramt darf er ein kommunales Mandat wahrnehmen.[31]

---

29 Vgl. *Schnellenbach*, FN 28, S. 2230 zur ›Ersatzerprobung«.

30 Vgl. *Schmidt-Räntsch*, FN 12, § 39 Rdn. 4 f.

31 *Schmidt-Räntsch*, FN 12, § 4 Rdn. 11; zur parteipolitischen Abhängigkeit vgl. *Ernst Benda*, Bemerkungen zur richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1975, S. 166 ff. ‹168›; Karl Krützmann, Zur richterlichen Unabhängigkeit im verfassten Gemeinwesen des Grundgesetzes, DRiZ 1985, S. 201 ‹208›; kritischer *Friedrich Karl Fromme*, Parteimitgliedschaft und Unparteilichkeit, DRiZ 1989, S. 69; vgl.

Hinter der liberalen Regelung stehen die Erfahrungen der Zeit nach dem ersten Weltkrieg. Damals galt Parteizugehörigkeit von Richtern als ungehörig und war selten. Dennoch erwiesen sie sich in ihrer Amtstätigkeit als politisch einseitig. Die Strafjustiz jener Zeit wird heute allgemein als einäugig gebrandtmarkt.[32] Dem äußeren Anschein nach neutrale Richter der Weimarer Zeit waren in großer Zahl später willfährige Anwender des nationalsozialistischen Unrechts.[33] Seitdem erscheint vielen ein Richter, der seine Position offen vertritt und sich damit auch einer dort ansetzenden Kritik seiner Spruchtätigkeit aussetzt, als vertrauenswürdiger als ein Kollege, der seine politische und weltanschauliche Positionen nach außen hin nicht zu erkennen gibt.[34]

Einen offenen Konflikt um die Bindung von Richtern an eine Organisation gab es, als ein Unternehmen Arbeitsrichter eines Großstadtgerichts als befangen ablehnte, weil sie gewerkschaftlich organisiert waren und sich in einem gewerkschaftlichen Arbeitskreis regelmäßig zur Erörterung fachlicher Fragen trafen. Das Unternehmen sah darin Anhaltspunkte für eine generelle Parteinahme für die Arbeitnehmer und gegen die Arbeitgeber. Die Befangenheitsanträge sind abgewiesen worden. Das Bundesverfassungsgericht hat die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.[35] In den Gründen des Beschlusses wird ausgeführt, dass es Richtern – auch der Arbeitsgerichtsbarkeit – von Verfassungs wegen gestattet sei, sich gewerkschaftlich zu betätigen.[36]

Der Konflikt hat deutlich gemacht, dass der äußere Anschein einer Befangenheit durch Mitwirkung in einer Organisation umso eher entstehen kann, je näher die Ziele einer Organisation typische Parteiinteressen berühren. Wo die Sorge begründet erscheint, dass ein politischer oder welt-

---

auch *Schmidt-Räntsch*, FN 12, § 39 Rdn. 28; zur Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft vgl. BVerfG, Ausschuss nach § 93 a Abs. 2 BVerfGG a.F., Beschluss vom 15. 3. 1984, AP Nr. 7 zu § 42 ZPO.

32 *Heinrich Hannover* und *Elisabeth Hannover-Drück*, Politische Justiz 1918 – 1933, 1966, S. 145 ff. und S. 63 f. m.w.N.; zusammenfassend etwa: *Müller*, FN 13, S. 19 ff.

33 *Müller*, FN 13. S. 35 ff., 144.

34 *Rolf Lamprecht*, Das Richterbild Außenstehender, DRiZ 1988, S. 161 ff.; ders., Außerrechtliche Einflüsse auf die richterliche Entscheidungsfindung, DRiZ 1989, S. 4 ff. ‹11›.

35 BVerfG, FN 31.

36 Kritisch dazu *Bernd Rüthers*, Vom politischen Richter zur parteilichen Justiz? – Zum gewerkschaftlichen Betätigungsrecht von Berufsrichtern in der Arbeitsgerichtsbarkeit, DB 1984, S. 1620 ff.; dazu die Diskussion mit *Jürgen Schuldt* in DB 1984 S. 2509 ff.; s. auch *Peter Hanau*, Formelle und informelle Einflüsse der Verbände auf die Arbeitsgerichtsbarkeit, DRiZ 1992, S. 422 ff.

anschaulicher Standpunkt ihn zur Parteilichkeit verführen könnte, muss der Richter auch bei seinem äußeren Auftreten Zurückhaltung üben, wenn er den Eindruck der Befangenheit vermeiden will. Ist dieser Eindruck entstanden, so liegt darin noch kein Dienstvergehen. Befangenheit im Einzelfall diskriminiert einen Richter nicht. Das Prozessrecht gibt Handhaben, ihn bei Besorgnis der Befangenheit von der Mitwirkung an einem bestimmten Verfahren auszuschließen. Er selbst kann den Anstoß dazu geben. Von dem Instrumentarium sollte im Interesse der Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen großzügig Gebrauch gemacht werden.[37]

b) Das Mäßigungsgebot des § 39 DRiG erfasst vor allem politische Meinungsäußerungen von Richtern. Der Richter muss dem Anschein vorbeugen, dass er weltanschaulich voreingenommen, einseitig interessenorientiert oder unduldsam gegenüber anderen Standpunkten ist oder dass er den grundlegenden Werten der Verfassung ablehnend gegenübersteht.[38] Diese Forderung, die als Wahrung der inneren Unabhängigkeit des Richters verstanden wird, ist im Kern berechtigt und wird weitgehend beachtet.[39] Es gehört zu den elementaren Anforderungen an eine korrekte richterliche Amtsführung, dass er die Argumente der streitenden Parteien ohne vorgefasste Meinung anhört, dass er zu seinen eigenen Werturteilen und Vorverständnissen kritische Distanz wahrt und dass er bereit ist, die Grund- und Menschenrechte der Verfahrensbeteiligten zu wahren. Es wäre fatal, wenn beim Publikum der Eindruck entstünde, die Richter genügten diesen Ansprüchen nicht. Von Richterinnen oder Richtern kann verlangt werden, dass sie auch außerhalb ihrer Amtstätigkeit diesen, Eindruck vermeiden. Insofern kann auch ihr Grundrecht auf freie Meinungsäußerung eingeschränkt werden. Darüber hinaus gehende Zurückhaltung kann jedoch nicht verlangt werden. Das Mäßigungsgebot darf nicht dazu führen, dass die Persönlichkeit des Richters vor der Öffentlichkeit »maskiert« wird.[40]

---

37 *Thomas Dieterich*, Freiheit und Bindung des Richters, RdA 1986 S. 2 ff. ‹6›; ebenso *Kurt Rudolph*, Öffentliche Äußerungen von Richtern und Staatsanwälten, DRiZ 1987, S. 337 ‹347›; *Lamprecht*, FN 34, DRiZ 1988, S. 163 f.

38 Vgl. etwa *Schmidt-Räntsch*, FN 12, § 39 Rdn, 9 ff.; *Rudolph*, FN 37, DRiZ 1987, 337 ff. ‹345 ff.›; *Dieterich*, FN 37, S. 2 ‹6›; *Krützmann*, FN 31, DRiZ 1985, S. 201 ‹208›.

39 *Lamprecht*, FN 34, DRiZ 1988, S. 166, bescheinigt ihnen eine »erstaunliche Zurückhaltung«.

40 Das argwöhnt *Lamprecht*, FN 34, DRiZ 1988 S. 165; für Offenlegung der Rechtsansichten und grundlegenden richterlichen Haltung eines Richters etwa: *Paul Gewirtz*, Nothing Wrong with Knowing the Minds of Would-Be Justices, International Herald Tribune vom 29. April 1993.