

# Zeitschrift für Rechtspolitik

Herausgegeben von Rechtsanwalt *Dr. Rudolf Gerhardt*, Karlsruhe, und Professor *Dr. Martin Kriele*, Köln

Redaktion: Rechtsanwalt *Burkhard Schulz*, Palmengartenstraße 14, 6000 Frankfurt 1

Seite 153–176 11. Jahrgang Juli 1978 Heft 7

## Echo

### Das Problem des Richterrechts

(Zu Hattenhauer und Haverkate, ZRP 1978, 83 und 88)

Zutreffend meint Haverkate: „Es macht sich jede Rechtskultur ihre eigenen Stabilitätsillusionen.“ Es wird jedoch nur wenige englische Juristen geben, die die Rechtssicherheit ihres eigenen Systems ähnlich hoch einschätzen wie Hattenhauer. Die Präzedenzbindung im englischen Recht wird relativiert durch eine hochentwickelte Kunst der Fallunterscheidung (*distinguishing*), der Fallzuordnung zu gegenläufigen Grundsatzreihen und durch eine unscharfe Grenzziehung zwischen (bindender) ratio decidendi und obiter dictum (vor allem auch angesichts häufiger „dissenting“ oder „concurring opinions“). Doch das Flexibilitätsbedürfnis einer heutigen Rechtsordnung konnte selbst damit auf Dauer nicht befriedigt werden, so daß das House of Lords sich zu einer ausdrücklichen Aufgabe der Selbstbindung genötigt sah: im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit und zur Vermeidung einer „unangemessenen Behinderung sachgerechter Rechtsfortbildung“ (Erklärung vom 26. 7. 1966 [1966] 3 All. E.R. 77; erstmals realisiert im Fall *Miliangos*, [1976] A.C. 443, 467). Auch für den Court of Appeal ist die Aufgabe der Selbstbindung schon gefordert worden (*Gallie v. Lee*, [1969] 1 All. E.R. 1062, 1072 [*Lord Denning*]). Insgesamt wird man sagen müssen, daß die Urteilsprognose für den englischen Anwalt kaum leichter sein dürfte als für seinen deutschen Kollegen.

Dennoch kann der Vergleich mit dem anglo-amerikanischen Rechtssystem fruchtbar sein. Über dem Richter, der in Abwesenheit von Gesetzen zu entscheiden hat, schwebt das Damoklesschwert des Willkürvorwurfs, die unverhüllte Frage nach den entscheidungsbestimenden Kriterien und nach dem Ursprung richterlicher Weisheit. Dem kontinentalen Richter hingegen hilft die Scheinlegitimation der Gesetzes „Anwendung“; mit dem Instrumentarium begrifflicher, deduktiver Logik können rechtspolitische Motivationen verdeckt werden. Dieser Argumentationsstil, mit dem das Recht als „erkannt“ und nicht als „schöpferisch konkretisiert“ hingestellt wird, prägt die Urteile deutscher Gericht auch dort, wo positive Gesetze fehlen. Aus anglo-amerikanischer Sicht handelt es sich um einen „Donner-Stil“ und führt zu der Vermutung, daß die Quelle höherer Erkenntnis sich in einem – nur Richtern zugänglichen – Raumschiff befindet, das auf Dauer über der Bundesrepublik stationiert ist (*Dawson, RabelsZ* 41 [1977], 441, 446, 449).

Hier liegt der Schlüssel zum Problem: Daß richterliche Wertung im Prinzip schon immer ein konstitutives Element unseres objektiven Rechts war, sollte heute als gesicherte Grunderkenntnis gelten. Ange-sichts immer größer werdender Freiräume für richterliche Rechtsbildung innerhalb und außerhalb des Rahmens bestehender Gesetze wird jedoch die schärfere Abgrenzung zwischen schöpferischer Ausgestaltung gesetzlich vorgegebener Wertungen und schöpferischer

Wertsetzung selbst ebenso dringend wie die Forderung nach einer Legitimierung derartiger Wertsetzung. Die Offenlegung und methodische Aufhellung richterlicher Grundsatzbildung gehört hierzu ebenso wie die wechselseitige Zuordnung richterlicher Gruppenüberzeugung zu öffentlichen oder fachwissenschaftlichen Wertvorstellungen. Auf zunehmendes Unbehagen muß nur ein Richterrecht stoßen, das sich als bloße Ableitung aus objektivem Recht darstellt und damit der Überprüfung schon seiner Grundlagen entzieht.

Das anglo-amerikanische Recht kommt aus entgegengesetzter Richtung zum gleichen Problem: Je größer das Feld des Gesetzesrechts wird, desto öfter wird es dem Richter möglich, seine subjektive Wertung verdeckt als die des Gesetzgebers einzubringen. Hieraus erklärt sich das (scheinbare) Paradoxon, daß man gesetzliche Generalklauseln aus Furcht vor richterlicher Willkür abgelehnt hat auf Gebieten, die vor Schaffung des Gesetzes alleinige Domäne des Richterrechts waren (vgl. *Dawson*, aaO, S. 442, zu Sec. 2–302, Ar. II des Uniform Commercial Code [USA], wonach der Richter Vertragsbestimmungen für unwirksam erklären kann, wenn sie „unconscionable“ sind).

Dr. Michael Coester, Augsburg

**Redaktionsanschrift:** Palmengartenstraße 14, 6000 Frankfurt 1. Fernsprechnummern: 745031, Fernschreiber 412472 bekl d. – Unverlangten Manuskripten, für die keine Haftung übernommen wird, bitte Rückporto beifügen.

gesellschaft Wissenschaft GmbH, Großer Hirschgraben 17/21, 6000 Frankfurt 1, nach dem jeweils geltenden Tarif aufgeklebt wird.

**Verlag:** C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), Wilhelmstraße 9, 8000 München 40, Telefon 38189-1, Fernschreiber 5215085 bekl d. Postscheckkonto: München Nr. 6229-802.

**Druck:** C. H. Beck'sche Buchdruckerei, 8860 Nördlingen.

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

**Bezugsnachweise:** a) als Beiheftausgabe zur Neuen Juristischen Wochenschrift ohne besondere Berechnung. – b) als selbständige Ausgabe halbjährlich DM 19,- (darin DM 1,14 Mehrwertsteuer) zuzüglich Zustellgebühr.

**Einzelheft:** DM 4,80 (darin DM 0,29 Mehrwertsteuer).

**Alle Urheber- und Verlagsrechte** sind vorbehalten. Sie erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen; diese bedürfen zur Auswertung einer Genehmigung des Verlages. – Der Verlag erlaubt allgemein die Fotokopie zu innerbetrieblichen Zwecken, wenn auf jedes Fotokopieblatt eine Wertmarke der Verwertungs-