

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 92**

# **Richterliche Rechtserkenntnis**

**Zum Zusammenhang von Recht, richtigem Urteil  
und Urteilsfolgen im pluralistischen Staat**

**Von**

**Dr. Stefan Smid**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**STEFAN SMID**

**Richterliche Rechtserkenntnis**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 92**

# **Richterliche Rechtserkenntnis**

**Zum Zusammenhang von Recht, richtigem Urteil  
und Urteilsfolgen im pluralistischen Staat**

**Von**

**Dr. Stefan Smid**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Smid, Stefan:**

Richterliche Rechtserkenntnis: zum Zusammenhang von  
Recht, richtigem Urteil und Urteilsfolgen im pluralistischen  
Staat / von Stefan Smid. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1989  
(Schriften zum Prozessrecht; Bd. 92)

ISBN 3-428-06737-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61  
Printed in Germany

ISSN 0582-0219  
ISBN 3-428-06737-1

## Vorwort

Die nachfolgende Untersuchung setzt sich mit der Frage auseinander, in welchem Zusammenhang die Rechtsprechung und ihre Tätigkeit zur Gesellschaft — den Folgen der von der Rechtsprechung produzierten Entscheidungen — steht. Diese Frage scheint zunächst auf sozialwissenschaftliche Problemstellungen und Methoden zu verweisen. Es zeigt sich aber alsbald, daß sozialwissenschaftliche Ansätze nur Teilaspekte materiell rechtsprechender Tätigkeiten beleuchten können und damit notwendig abstrakt bleiben. Im pluralistischen Staat der Glaubens- und Gewissensfreiheit können nämlich nur das Recht und die Rechtsdogmatik angeben, welchen wechselseitigen „Einfluß“ Rechtsprechung und Gesellschaft aufeinander nehmen können. Erst die Betrachtung der prozeßrechtlich geordneten Struktur von Entscheidungen der Rechtsprechung gibt den Blick darauf frei, wie Rechtsprechung funktioniert — und damit darauf, wie und welche Folgen ihrer Entscheidungen sie in ihren Urteilen berücksichtigen kann. Damit stellt sich die Frage nach der Orientierung des Richters an den Folgen seiner Entscheidung als eine rechtsdogmatische Frage des Prozeßrechts heraus.

Die im folgenden diskutierten Fragen zeitigen Konsequenzen für die Einordnung und Beurteilung insbesondere von Verfahren der nichtstreitigen freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ich habe dies an anderer Stelle (Rechtsprechung. Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß. Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 74, 1989) eingehend ausgeführt.

Meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. H.-M. Pawlowski verdanke ich die Anregung zu dieser Untersuchung. Seine kritischen Hinweise haben mir ebenso geholfen wie unsere gemeinsame Arbeit in unserem interdisziplinären Projekt „Rationalität, Steuerung und Bindung unter den Bedingungen des naturwissenschaftlich-technischen Fortschritts im pluralistischen Verfassungsstaat“. Für ihren freundschaftlichen Rat habe ich im übrigen Hermann Deichfuß und Volker Lipp herzlichen Dank zu sagen.

Schließlich danke ich dem Verlag Duncker & Humblot, der diese Untersuchung großzügig in seine prozeßrechtliche Reihe aufgenommen hat.

Mannheim, im Sommer 1989

*Stefan Smid*



## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung</b> .....	11
1. Problemstellung .....	11
2. Schwierigkeiten der „Wertungsjurisprudenz“ mit den Kriterien „Rechts- erkenntnis“ und „Streitentscheidung“ .....	17
<b>II. Richterliche Streitentscheidung im pluralistischen Staat</b> .....	20
1. Problemstellung .....	20
2. Rechtsprechung als Ausspruch von Mehrheitsüberzeugungen? .....	21
3. Legitimation technischer Rechtsprechung im pluralistischen Staat .....	22
<b>III. Soziale Steuerung durch die Rechtsprechung?</b> .....	24
1. Soziale Folgen als Entscheidungskriterien? .....	24
a) Rechtsprechung und Gesellschaft .....	24
b) Verfolgung sozialpolitischer Zwecke durch die Rechtsprechung? ...	26
2. Funktionswandel des Zivilprozesses? .....	29
a) Abkehr vom „liberalen“ Prozeß .....	29
b) Prozeßrecht und Zweifel an der Privatautonomie .....	32
c) Schwierigkeiten mit Richtigkeitskriterien von Urteilen .....	36
<b>IV. Verfolgung öffentlicher Interessen als Prozeßzweck?</b> .....	39
1. Anlässe im geltenden Wirtschaftsrecht .....	39
2. Beteiligung von Vertretern von „Gruppeninteressen“ am Verfahren .....	41
3. Konsequenzen .....	42
<b>V. Zur Struktur der Folgenorientierung der Rechtsprechung — die Orien-         tierung an der dogmatischen Konsistenz von Entscheidungen</b> .....	44
1. Zur Folgen Selektion durch die Rechtsprechung .....	44
2. Rechtsprechung: Verfahren der Entscheidung abgeschlossener Sach- verhalte .....	50
3. Richterliche Eingriffe in die Abwicklung von Verträgen .....	52

<b>VI. Rechtsprechung als Rechtserkenntnis</b> .....	55
1. Rechtsprechung als Konfliktbewältigung .....	56
a) „Konfliktregulierung“ als sozialpsychologischer Erklärungsansatz ..	56
b) Prozessuale Konsequenzen .....	57
2. Verfahren der Rechtsprechung als Verfahren der Feststellung des zwischen den Parteien geltenden Rechts .....	58
a) „Volitive“ Rechtssetzung oder „kognitive“ Rechtsanwendung durch den Richter .....	58
b) Kritik „freirechtlicher“ Konzeptionen .....	59
3. Rechtserkenntnis und Volkssouveränität .....	62
a) Zusammenhang von Legitimität des Rechts und seiner Erkenntnis ..	62
b) Verbindlichkeit des Rechts und seine Erkenntnis .....	63
c) Prozeß und Rechtsmacht des Bürgers .....	65
4. Imperativenmodelle des Rechts .....	67
a) Die Lehre H. Isays .....	67
b) Zur Kritik an Montesquieus Darstellung des Richters .....	68
c) Das Gegenbild: Der Richter als falscher Souverän — zum Problem des Richterrechts .....	71
d) Zur Stellung des BVerfG .....	71
5. Zur Frage der Rechtsfortbildung durch das Rechtsgespräch von Gericht und Parteien .....	73
a) Zum Problem des „neuen“ Rechts .....	73
b) Zur Beachtlichkeit von Präjudizien .....	76
c) Rechtsanwendung im Prozeß und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ...	76
6. „Input“-Orientierung der Rechtsprechung .....	78
a) Selektion von Urteilskriterien .....	78
b) Ausschluß inadäquater und dysfunktionaler Entscheidungsfolgen ...	81
7. Kriterien bei der Beurteilung der Richtigkeit von Entscheidungen der Rechtsprechung und der Verwaltung .....	84
 <b>VII. Die unterschiedliche Kostenorientierung von Verwaltung und Rechtsprechung als Kriterium ihrer Unterscheidung</b> .....	 86
1. Kosten/Nutzen-Relationen in der Verwaltungsentscheidung .....	86
2. Selbstkontrolle der Verwaltung durch Effizienzprüfung .....	89
3. Prozeßökonomie und Privatautonomie .....	90
4. Rationalisierung des Verfahrens und Einsparung von Mitteln .....	92

<b>VIII. Zur Struktur des streitentscheidenden Urteils — „Freiheit“ und „Bindung“ des Richters</b> .....	96
1. Ermessen als Problem der Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung .....	96
2. Rechtsfrage und Tatfrage .....	101
3. Ermessen und Zweckmäßigkeit .....	104
a) Ermessen und Rechtsschutz .....	104
b) Zum „Beurteilungsspielraum“ .....	105
4. Administrativer Gesetzesvollzug .....	108
<b>IX. Folgenorientierung des Strafurteils?</b> .....	109
1. Problemstellung .....	109
a) Strafzwecke .....	109
b) Zweckverfolgung oder unparteiische Rechtskenntnis durch den Richter im Strafprozeß .....	110
c) Prozessuale Struktur des Strafprozesses .....	114
2. Schlußfolgerung .....	116
<b>X. Schluß</b> .....	118
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	120



# I. Einleitung

## 1. Problemstellung

Die nachfolgenden Überlegungen sind das Ergebnis von Untersuchungen, die im Schnittpunkt zweier miteinander korrespondierender Arbeitsfelder stehen. Sie verdanken sich einerseits Diskussionen um die Frage, welche institutionellen und prozeduralen Voraussetzungen sichergestellt sein müssen, um die Verbindlichkeit (die Normativität) des Rechts in einem pluralistisch verfaßten Staat der Glaubensfreiheit sicherzustellen. Eine derartige Fragestellung verweist juristische Arbeiten auf die Auseinandersetzung mit unterschiedliche Problemzusammenhänge sozialwissenschaftlicher Akzeptanzforschung oder auch philosophischer Diskussionen mit der Möglichkeit der Artikulation ethischer Geltungsansprüche. Sie hat aber wesentlich auch einen spezifisch juristischen Bezug. Die Rechtswissenschaft muß der Frage nachgehen, wie das Recht verfaßt sein muß, um in einer Gesellschaft Geltung beanspruchen und Leistungen der Friedensstiftung erbringen zu können, deren Bürger heute z.T. höchst unterschiedlichen „Wert“vorstellungen, Weltbildern und Glaubenskonzeptionen anhängen. Denn das Recht erkennt diese Verschiedenartigkeit an; Minderheiten werden nicht allein toleriert, während das Recht „eigentlich“ auf der Religion der Mehrheit beruht und seiner Legitimität aus ihr zieht. Um in einer pluralistischen Gesellschaft (vgl. unten II.) „Ordnungsleistungen“ erbringen zu können, muß das Recht gegenüber weltanschaulichen, religiösen Vorentscheidungen neutralisiert funktionieren. Es muß also seine Regelungsleistungen technisch-dogmatisch aus sich selbst beziehen.

Das verweist nicht zuletzt auch auf die Verfahren, in denen das Recht angewendet, erkannt und festgestellt wird. Hierin berührt sich der Ansatz bei der Frage nach der Bindungskraft des Rechts im pluralistischen Staat mit dem zweiten Forschungsansatz, dessen Problemstellung in der folgenden Darstellung zum Tragen gekommen ist.

Die Funktionsweise des Rechts bezieht sich stets auf die Verfahren, in denen es angewendet wird. Für die Art der Anwendung des Rechts ist es daher u.a. von Bedeutung, ob es in administrativen oder materiell rechtsprechenden Verfahren angewendet wird, ob von den Behörden, die in einem Verfahren mit dem Recht umgehen, (Verwaltungs-)Zwecke verfolgt werden oder ob allein zweckfrei das Recht angewendet wird.

Die folgenden Betrachtungen verdanken sich prozeßrechtlichen Studien über die Unterscheidung materieller Rechtsprechung von materiell administrativem

Handeln der Gerichte in nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>1</sup>. Dort geht es um die Frage, welche prozessualen Konsequenzen die Heterogenität richterlicher Tätigkeiten je nachdem haben, ob der Richter Streitentscheidungen vornimmt oder ob er staatliche Register führt und beaufsichtigt, über die Wahrnehmung der elterlichen Sorge die staatliche „Obervormundschaft“ führt, Verteilungen vornimmt u.dgl.m. Stellt man diese Frage nach der Bedeutung der strukturellen Verschiedenartigkeit richterlicher Tätigkeit, so betrachtet man die Tätigkeit der Justiz nicht mehr allein von der Qualifikation und dem Status des in ihr beschäftigten Personals her. Ausschlaggebend ist dann nämlich für die Qualifikation einer Staatstätigkeit als „Rechtsprechung“ nicht mehr allein, daß ein unabhängiger Richter entschieden hat. Entscheidend wird vielmehr für die Grenzziehung zwischen materieller Rechtsprechung und materieller Verwaltung die Art der Kriterien, die der jeweils zu treffenden Entscheidung zugrundegelegt werden (bzw. normativ zugrundegelegt werden dürfen<sup>2</sup>).

Das verweist auf die Frage nach der Funktion, die mit einer bestimmten Art der richterlichen Tätigkeit jeweils wahrgenommen wird. Die Dramatisierung der Unterscheidung von Rechtsprechung und Verwaltung durch das Richtermonopol des Art. 92 GG macht es erforderlich, der Struktur rechtsprechender Tätigkeiten näher auf den Grund zu gehen, oder, wie es *N.Luhmann*<sup>3</sup> einmal salopp ausgedrückt hat, danach zu fragen, unter welchen Bedingungen Iustitia ihr Schwert schwingt. Denn die verfassungsrechtliche Normierung eines „Richtermonopols“ einerseits — der Zuweisung materieller Rechtsprechungstätigkeiten ausschließlich an Richter — und die Eröffnung des Rechtswegs gegen Akte der Verwaltung — d.h. die Eröffnung der Möglichkeit, Rechtsstreitigkeiten um die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu führen, Streitentscheidungen über das Verwaltungshandeln auszutragen — andererseits, legt es nahe, daß die Gewalten „Rechtsprechung“ und „Verwaltung“ nicht allein personell, sondern durch die grundsätzlich andere Art ihrer Aufgabenstellung wie durch die Art, wie diese Aufgaben zu erledigen sind, voneinander unterschieden werden müssen. Denn auch die vom Richter wahrgenommenen Tätigkeiten sind nicht einheitlicher Art. Sie lassen sich vielmehr danach unterscheiden, ob sie sich der Sache nach — materiell — als Wahrnehmung von Aufgaben der Rechtsprechung oder der Verwaltung darstellen<sup>4</sup>.

Das macht es erforderlich, nach der Art der Orientierung der Entscheidungstätigkeit des Richters in einem konkreten Verfahren zu fragen. Seit beinahe einem Vierteljahrhundert wird in Prozeßrechtslehre und Rechtssoziologie darum gestritten, ob und in welcher Weise die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen oder politi-

<sup>1</sup> *St. Smid*, Rechtsprechung. Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß, *ProzRAbh.* H. 74, 1989.

<sup>2</sup> *Ebda.* § 1 I et passim.

<sup>3</sup> Öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche, rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 123.

<sup>4</sup> Vgl. hier allein *K. A. Bettermann*, *Jellinek-GS* S. 361 ff. und *Lent-FS*, S. 17 ff.

schen Folgen eines Urteils bei der Urteilsfindung im Prozeß zu berücksichtigen seien.

In einer Reihe gerichtlicher Verfahren ist es nachgerade der Entscheidung wesenseigen, daß der Richter in ihr die Folgen seiner Entscheidung mitbedenkt: So hat der Vormundschaftsrichter die Aufgabe, das Kindeswohl zu hüten — der Schutz des Kindeswohl ist staatlicher „Zweck“ des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens —, der Registerrichter hat bei seinen Verfügungen die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu beachten u.s.f. In nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat der Richter daher die zu erwartenden Folgen seiner Maßnahmen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Er hat die gedeihliche Entwicklung des Kindes abzuschätzen, hat zu fragen, ob eine Genehmigung über ein Rechtsgeschäft nach § 1822 BGB der künftigen Entwicklung des Kindesvermögens schaden könne u.s.f.

Kurz: In nichtstreitigen Verfahren verfolgt der Richter (nicht als Privatperson, sondern in Wahrnehmung seines Amtes) bestimmte Zwecke, und er hat bei seiner Entscheidung stets zu bedenken, ob sie tauglich ist, diese ihm normativ vorgegebenen Zwecke zu erreichen. Die Orientierung und Struktur der Entscheidung des Richters an ihm aufgegebenen Zwecken unterscheidet sich insofern (ungeachtet aller verfahrensrechtlichen Besonderheiten, die aus der Übertragung derartiger Aufgaben an Gerichte erwachsen) nicht von derjenigen der Verwaltung.

Hilft es bei der Qualifikation eines Verfahrens als Rechtsprechung oder Verwaltung nicht mehr weiter, danach zu fragen, wer in ihm tätig geworden ist — ob ein Richter oder ein Verwaltungsbeamter — muß danach gefragt werden, was der Richter im Verfahren macht, wie er seine Aufgaben erledigt. Entweder handelt es sich dabei um eine empirische, rechtssoziologische Frage. Dann wird der Herkunft, der Sozialisation, den Attitüden u.dgl.m. des Richters nachgegangen. Im folgenden soll die Struktur der richterlichen Urteilstätigkeit rechtsdogmatisch untersucht werden. Es wird hier also danach gefragt, unter welchen rechtlichen Bedingungen der Richter materiell Recht spricht. Darüber wird schon lange mit Nachdruck gestritten.

Die Argumente dieser Auseinandersetzung werden im folgenden zur Diskussion gestellt. Prüfstein für ihre Tauglichkeit zur Beschreibung der Tätigkeit des Richters im Prozeß soll dabei die Stellung sein, die der Richter im Prozeß einnimmt. Dabei ist stets mitzubedenken, daß der Richter sein Amt in einer konkreten Gesellschafts- und Rechtsordnung ausübt. Auch wenn die Analyse der verschiedenen Tätigkeiten des Richters zur Erkenntnis allgemeiner Strukturprinzipien führt, sind doch die konkreten historischen Bedingungen zu bedenken, unter denen Recht gesprochen wird. In der Bundesrepublik Deutschland wie in den meisten westlichen Staaten sind diese Bedingungen maßgeblich dadurch bestimmt, daß diese Staaten pluralistisch verfaßt sind und demzufolge das richterliche Urteil einer anderen Rechtfertigung bedarf, als sie mit dem Rekurs auf einen herrschenden Staatsglauben möglich wäre.