

Schriften zum Strafrecht

Heft 120

**Die Vermeidbarkeit
des Verbotsirrtums nach
§ 17 StGB im Spiegel der
BGH-Rechtsprechung**

**Zugleich ein Beitrag zur Analyse
latenter richterlicher Wertungen
in Entscheidungsgründen**

Von

Christoph Roos



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH ROOS

**Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums
nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung**

Schriften zum Strafrecht

Heft 120

Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung

Zugleich ein Beitrag zur Analyse
latenter richterlicher Wertungen
in Entscheidungsgründen

Von

Christoph Roos



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Roos, Christoph:

Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel
der BGH-Rechtsprechung : zugleich ein Beitrag zur Analyse latenter
richterlicher Wertungen in Entscheidungsgründen / von Christoph Roos. –
Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum Strafrecht ; H. 120)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09535-9

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 3-428-09535-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Meinen Eltern

Vorwort

Im ersten Teil der Arbeit wird die Problematik latenter richterlicher Wertungen in Entscheidungsgründen dargestellt. Vom Richter wird explizit gefordert, sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird (vgl. § 39 DRiG). Diesen Anforderungen kann so entsprochen werden, daß Umstände, die - vermeintlich oder tatsächlich - das Vertrauen in die Unabhängigkeit des Richters zu gefährden geeignet sind, nicht offen in die Entscheidungsfindung einfließen bzw. kenntlich gemacht werden, sondern „verdeckt“ werden. Diese „verdeckten“ richterlichen Wertungen anhand der Urteilstexte, vor allem der Entscheidungsgründe, „offenzulegen“, war und ist Bestreben verschiedener rechtswissenschaftlicher Disziplinen, etwa der Rechtssoziologie oder der Rechtsphilosophie. Aber auch Sozialwissenschaftler haben sich der Problematik der „verdeckten“ Wertungen in richterlichen Entscheidungsgründen angenommen.

Einige dieser Erklärungsversuche, die bisher für das Phänomen der verdeckten Wertungen gegeben wurden, werden im ersten Teil dieser Arbeit dargestellt und kritisch gewürdigt. Dies gilt insbesondere für Rekurse auf ein „Rechtsgefühl“ oder die vielfach - vor allem unter Hinweis auf die philosophische und juristische Hermeneutik - verlangte „Offenlegung von Vorverständnissen“ im Urteilstext. Es folgt eine Auseinandersetzung mit Konstrukten unserer Rechtsordnung, die „verdeckte“ Wertungen in Entscheidungsgründen geradezu zu provozieren scheinen: die (strafrechtlichen) Generalklauseln.

Im zweiten Teil der Arbeit werden methodisch-wissenschaftliche Möglichkeiten einer wertungs- und ideologiekritischen Analyse richterlicher Entscheidungsgründe untersucht. Ausgangspunkt hierfür ist das Instrument der sog. Inhaltsanalyse von Texten, das der empirischen Sozialforschung entstammt. Es wird überprüft, ob die gerade von Juristen immer wieder geäußerte Erwartung, mit Hilfe dieses Instruments eine (nahezu) objektive Textanalyse, zumindest im Hinblick auf latente Wertungs- und Ideologiemuster in juristischen Texten, zutrifft. Dabei wird insbesondere die Anwendung inhaltsanalytischer Verfahren in den Rechtswissenschaften, vor allem als Instrument der Urteilsanalyse, einer kritischen Überprüfung unterzogen. wesentlich. Da nach meiner Auffassung die Anwendung inhaltsanalytischer Verfahren zur Urteilsanalyse gerade das nicht liefern kann, was sich viele erwartet haben, gleichsam „objektive“ Ergebnisse bzw. Erkenntnisse, wurde die Untersuchung von Entscheidungstexten in dieser Arbeit auf „herkömmliche“ Weise im Wege der kritischen Auseinander-

setzung und Interpretation durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Untersuchung können folglich keine weitere Absicherung bieten als die intersubjektive Überprüfbarkeit im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle. Im Gegensatz zu manch anderem „analytischen“ Ansatz wird dies hier offengelegt.

Im dritten Teil der Arbeit wird die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vermeidbarkeit von Verbotsirrtümern nach § 17 StGB im Hinblick auf latente Wertungen und ideologische Grundmuster untersucht.

Die Untersuchung beginnt mit der in der Literatur nahezu einhellig geäußerten Kritik an einer zu strengen Handhabung des Vermeidbarkeitsurteils nach § 17 StGB. Dabei wurde vor allem nach den Gründen für diesen Befund einer zu großen Strenge gesucht, die bisher teilweise nicht oder nur bruchstückhaft genannt wurden.

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist das vom Bundesgerichtshof seit BGHSt 2, 194 ff. in ständiger Rechtsprechung verwendete Kriterium der „Gewissensanspannung“. Die fehlende Eignung dieses Kriteriums für die Prüfung der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums wird vom überwiegenden Teil der Literatur sei langem kritisiert. Bevor die Berechtigung dieser Kritik überprüft - und bestätigt - werden konnte, wurde zunächst die Herkunft dieses Kriteriums zu belegen versucht. Christliche Moralthologie und Gewissensvorstellungen, wie sie im Zuge der sog. Naturrechtsrenaissance nach dem Zweiten Weltkrieg vorherrschten, werden als heute „verdeckte“ Grundlagen dieses Kriteriums aufgezeigt. Ferner wird die Eignung des Gewissens untersucht, dem Menschen die nötige Unrechtseinsicht zu vermitteln. Insofern unterzieht wird vor allem die in der Literatur geäußerte Ansicht, daß dem Richter ein sog. „stellvertretendes Gewissensurteil“ zukomme, er also die Stimme seines Gewissens anstelle derjenigen des Angeklagten setzen dürfe, einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Schwerpunktartig werden schließlich die sog. Mauerschützen-Entscheidungen des Bundesgerichtshofes auf latente Wertungen hin untersucht. Dabei erfolgt insbesondere eine kritische Auseinandersetzung mit der Annahme vermeidbarer Verbotsirrtümer iSd § 17 StGB bzw. der angeblichen Offensichtlichkeit des Unrechts iSd § 5 WStG der Flüchtlingserschießungen an der innerdeutschen Grenze. Nach meiner Auffassung zeigt sich an diesen Fällen in besonderer Deutlichkeit, wie die Vermeidbarkeit von Verbotsirrtümern durch die höchstrichterliche Rechtsprechung schlicht fingiert wird, ohne die tatsächlichen Möglichkeiten der Betroffenen zur Erlangung der Unrechtseinsicht hinreichend zu berücksichtigen.

Im folgenden wird eine bestimmte kriminalpolitische Strategie, die eine häufigere Anerkennung von unvermeidbaren Verbotsirrtümern aus Gründen der sog. positiven Generalprävention verhindern will, als „latente“ Grundlage der Entscheidungspraxis aufgezeigt. In diesem Zusammenhang wird insbesondere

eine Funktion, die § 17 StGB in der Strafrechtswissenschaft zugemessen wird, näher untersucht: Sie soll als - rechtsstaatlich notwendiges - Korrektiv gegenüber einem immer „unklarer“ werdenden Strafrecht, einem Strafrecht zunehmender Generalklauseln, dienen. Der Vergleich dieser Zielsetzung mit der Anwendung des § 17 StGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung führt zu dem Ergebnis, daß die Norm gerade entgegen dieser Funktion genutzt wird: Mit Hilfe des flexiblen Vermeidbarkeitsbegriffes wird nahezu ausnahmslos jeder Verbotsirrtum als vermeidbar angesehen - obwohl die fortschreitende Entwicklung zu einem „unklaren“ Strafrecht vielfach festgestellt und beklagt wird. Des weiteren erfolgt eine eingehende Kritik eines Konzeptes der „Erhaltung der Normgeltung durch Schuldzuschreibung“, wie es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zumindest im Hinblick auf § 17 StGB nach den hier gewonnenen Ergebnissen zugrunde liegt.

Im letzten Teil der Arbeit werden neue Befunde der Soziologie zum Phänomen der sog. „Individualisierung“ dargestellt sowie die Folgen dieser gesellschaftlichen Entwicklungstendenzen für die Handhabung des § 17 StGB durch die Rechtsprechung untersucht. Dabei wird die Auffassung vertreten, daß der Tendenz zu steigender Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit der Lebensverhältnisse entweder eine verstärkte Bemühung des Staates um eine Verankerung der Rechtsnormen im Bewußtsein der Bevölkerung oder eine deutliche Senkung der Anforderungen an die Möglichkeit der Unrechtseinsicht korrespondieren muß. Je stärker also Staat und Gesellschaft die Zersplitterung und die Abnahme des Normbewußtseins in der Bevölkerung (z.B. durch sozialpolitisches Versagen) zu verantworten haben, desto geringere Anforderungen darf die Rechtsprechung nach hier vertretener Auffassung dann an den einzelnen bezüglich seiner Möglichkeiten zur Erlangung der Unrechtseinsicht stellen. Der Verfasser macht allerdings deutlich, daß dies keine „Lösung“ der Problematik wäre: Am Ende dieser Entwicklung stünden der Zerfall von Gesellschaft und Staat. Der Autor votiert deshalb für eine reformierte Kriminalpolitik, die die politisch Verantwortlichen nicht nur auf sozialpolitische Defizite hinweist und deutlich macht, daß Kriminalpolitik eine falsche bzw. unzureichende Sozialpolitik jedenfalls auf Dauer nicht ersetzen kann. Vielmehr muß diese Kriminalpolitik auch deutlich zum Ausdruck bringen, daß bei fortschreitendem Verfall des Rechtsbewußtseins und fehlendem oder ungenügendem Engagement des Staates in dieser Frage, die rechtsstaatlichen Bindungen des Strafrechts in Frage gestellt werden und die Legitimation des Staates zum Strafen fragwürdig wird.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1997/98 vom Fachbereich der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Januar 1998 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Klaus Lüderssen, der die Arbeit angeregt und sie optimal betreut hat. Besonders danken möchte ich auch Herrn

Prof. Dr. Jürgen Ritsert vom Fachbereich Gesellschaftswissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität, der mir für den zweiten Teil dieser Arbeit, insbesondere die Ausführungen zur Inhaltsanalyse, wichtige Anregungen gegeben und wertvolle Kritik geäußert hat.

Frankfurt am Main, im Oktober 1999

Christoph Roos

Inhaltsverzeichnis

A. Die latenten Gründe richterlicher Urteile - ein Weg zum „durchschauten Richter“?	13
I. Latente Gründe richterlicher Entscheidungen - Geschichte eines Verdachts	14
II. Zu Aktualität und Facetten des Problems latenter Gründe richterlicher Entscheidungen	16
III. Die latenten Gründe richterlicher Entscheidungen - ein „Scheinproblem“?	20
IV. Psychologische Erklärungsversuche für das Problem der latenten Entscheidungsgründe	22
V. Das „Rechtsgefühl“ als Quelle oder Produkt außerrechtlicher Wertungen?	27
VI. Soziologische und sozialpsychologische Erkenntnisse über die Ursachen latenter Argumentationen in Entscheidungsgründen	31
1. Erkenntnisse über richterliche „Attitüden“	32
2. Insbesondere: „Konservatismus“ als latente Grundhaltung des Richters?	33
3. „Identifizierung“ des Richters mit einer Partei bzw. einem Verfahrensbeteiligten	36
VII. Die generelle Problematik eines Rückgriffs auf ethisch-moralische Wertungen in Begründungen richterlicher Entscheidungen	37
VIII. Latente richterliche Wertungen als selbstgeschaffenes Problem unserer Rechtsordnung	40
1. Latente richterliche Wertungen als Produkte einer auf effizienten Rechtsschutz bedachten Gesellschaft	40
2. Latente Wertungen als Produkt der gesetzlichen Regelung	41
a) Die Strafgesetzgebung als „Agent“ der „Moral“	41
b) Grenzziehung zwischen „außerrechtlichen“ und „rechtlichen“ Wertungen?	42

c) Die strafrechtliche „Generalklausel“ als Zwang zum Rückgriff auf „außerrechtliche“ Begründungen	44
d) Das Bundesverfassungsgericht „zwischen den Fronten“	49
e) Die Verfassung als „sicherer Grund“ des Richtens(?)	51
IX. Die „Offenlegung von Vorverständnissen“ als Lösung des Problems latenter richterlicher Wertungen?	53
1. Die Forderung nach „Offenlegung von Vorverständnissen“	53
2. Lüge als Mittel der Rechtsprechung?	56
3. Kritik am Postulat einer „Offenlegung“ von Vorverständnissen in Entscheidungsgründen	60
4. Das Problem eines infiniten Regresses.....	62
X. Statt einer Zusammenfassung	64
B. Zur Analyse richterlicher Entscheidungen unter Verwendung der soziologischen „Inhaltsanalyse“. Zu Chancen und Grenzen einer methodologisch fundierten Ideologiekritik in den Rechtswissenschaften	66
I. Inhaltsanalyse als Instrument der empirischen Sozialforschung.....	68
1. Zum Begriff „Inhaltsanalyse“.....	69
2. Vorzüge der Inhaltsanalyse als Verfahren der Textanalyse und -kritik.....	70
3. Zur historischen Entwicklung der Inhaltsanalyse.....	71
II. Die Einzelheiten inhaltsanalytischer Verfahrensweisen	72
1. Quantitativ „oder“ Qualitativ?.....	72
2. Die Analyse latenter Inhalte	76
3. Zur „Objektivität“ der Inhaltsanalyse.....	77
4. Reliabilität und Validität als Gütekriterien inhaltsanalytischer Untersuchungen	82
a) Validität.....	83
b) Reliabilität	85
5. Der Einsatz von Codierern	87
III. Hermeneutik als Basis sozialwissenschaftlicher Inhaltsanalyse?.....	90
1. Zur philosophischen Hermeneutik - insbesondere in der von Hans-Georg Gadamer ausgeprägten Variante.....	91
2. Das hermeneutische Fundament des Modells einer qualitativen Inhaltsanalyse	98

IV. Inhaltsanalyse und Rechtswissenschaft	100
1. Juristische Literatur als Objekt inhaltsanalytischer Untersuchungen	101
2. Die Anwendung inhaltsanalytischer Verfahren auf Urteile deutscher Gerichte.....	106
a) Qualitative Inhaltsanalyse von richterlichen Entscheidungsbe- gründungen aus soziologischer Perspektive	107
aa) Einzelheiten der Methode und ihrer Anwendung.....	108
(1) Die „Gütekriterien“: Kontext, Singularität, Latenz und Präsenz.....	110
(2) Hermeneutik als (latente) Basis dieses inhaltsanalyti- schen Modells	112
(3) Reliabilität der Urteilsanalysen	113
(4) Validität der Urteilsanalysen.....	116
b) Qualitative Inhaltsanalyse von richterlichen Entscheidungen durch Juristen	121
aa) Beispiel 1.....	121
bb) Beispiel 2.....	125
(1) Reliabilität, Validität und „Objektivität“	127
(2) Die Kategorien und der interpretationsleitende „theore- tische Rahmen“ der Untersuchung.....	130
V. Ideologiekritik versus Methodologie?	136
VI. Zusammenfassung und zugleich Begründung dafür, daß vorliegend keine qualitative Inhaltsanalyse der BGH-Rechtsprechung durchge- führt wird.....	138
VII. Exkurs: „Dekonstruktion“ von Urteilstexten?	144
C. Die Rechtsprechung des BGH zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB.....	152
I. Das Kriterium der „Gewissensanspannung“	155
1. Der Gewissensbegriff in der Strafrechtsprechung des BGH	156
a) Die frühe Strafrechtsprechung des BGH	156
aa) Der zeitgeschichtliche politische Kontext	156
bb) Versuch einer Vergangenheitsbewältigung durch (Natur-) Recht	158

cc) Die „Naturrechtsrenaissance“ in der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen.....	160
dd) Christliches Naturrecht in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Nachkriegszeit.....	173
(1) Ernst von Hippel.....	174
(2) Valentin Tomberg.....	178
ee) Exkurs: Die christliche (katholische) Lehre vom Gewissen....	181
ff) „Recht und Ethik“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in den fünfziger Jahren. Ergebnisse einer zeitgenössischen Untersuchung.....	186
b) Zwischenergebnis.....	192
2. Die „Gewissensanspannung“ als Kriterium des BGH zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Darstellung und Kritik.....	194
a) Maßstäbe und Realität.....	196
b) „Abgestumpfte Gewohnheitsverbrecher“ und eine „Lebensführungsschuld“ als Argumentationshilfen.....	197
c) Das Kriterium der „Gewissensanspannung“ in der weiteren Rechtsprechung des BGH in Strafsachen.....	204
d) Die Verwendung des Begriffs „Gewissen“ durch den BGH - ein Irrtum?.....	206
aa) Verbindungen von Recht und Gewissen in der Lehre Hans Welzels. Darstellung, Kritik und ein Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH.....	210
bb) Ergebnis.....	216
3. Die Eignung des Kriteriums der „Gewissensanspannung“.....	216
a) Das Gewissen und seine Beziehung zur „Sitten-“ und Rechtsordnung.....	217
aa) Exkurs: Die Beziehungen von Rechts- und Kulturnormen nach Max Ernst Mayer.....	219
bb) Exkurs: Unrechtsbewußtsein, Schuld und „Parallelwertung in der Laiensphäre“ in der Lehre Arthur Kaufmanns. Darstellung und Kritik.....	221
b) Das „stellvertretende Gewissensurteil“ des Richters oder: Das „gesollte“ Gewissen.....	227
aa) Die Lehre vom „stellvertretenden Gewissensurteil“ des Richters.....	227

bb) Kritik der Lehre vom „stellvertretenden Gewissensurteil“ des Richters	229
cc) Gesellschaftliche Bedingungen der Gewissensausbildung - ohne Einfluß auf die Berechtigung eines „stellvertretenden Gewissensurteils“?	233
4. Einordnung der BGH-Rechtsprechung	241
5. Die „Anspannung“ des Gewissens	244
6. Die „Mauerschützenfälle“ - verkannte Anwendungsfälle für den unvermeidbaren Verbotsirrtum?	245
a) Die Rechtswidrigkeit der Schüsse an der innerdeutschen Gren- ze	247
b) Die persönliche strafrechtliche Schuld der Mauerschützen	267
c) Die „Gewissensanspannung“ der Mauerschützen - „Alter Wein in neuen Schläuchen“?	275
II. „Nachdenken“ und „Erkundigen“ als Kriterien zur Beurteilung der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums	286
1. „Nachdenken“ als Mittel zur Erlangung der Unrechtseinsicht	286
2. „Erkundigung“ als Mittel zur Erlangung der Unrechtseinsicht	290
III. Mögliche Gründe für die restriktive Handhabung der Unvermeidbar- keit von Verbotsirrtümern durch den BGH	294
1. Der Wechsel des Richters in die Perspektive des Angeklagten als Quelle einer verzerrten Perspektive	295
2. Prävention und Normstabilisierung statt Schuld?	303
a) Die strafrechtliche Generalklausel des § 17 StGB als multi- funktionales Instrument für die Umsetzung kriminalpolitischer Zweckmäßigkeitserwägungen	304
b) Generalpräventive Erwägungen als Basis der Schuldzuschrei- bung im Bereich des § 17 StGB - in der Lehre und in der Rechtsprechung des BGH	307
aa) Zuständigkeit und Zuschreibung - die Position Günther Ja- kobs'. Darstellung und Kritik	307
bb) Erhaltung von Normgeltung durch Schuldzuschreibung?	312
cc) Einordnung der BGH-Rechtsprechung und Vergleich mit den Ergebnissen einer Untersuchung erstinstanzlicher Straf- urteile	315

D. Legitimationsprobleme durch gesellschaftlichen Wandel: „Risikogesellschaft“ und „Individualisierung“. Zur Relevanz eines soziologischen Befundes für die Strafjustiz	320
I. Die „Risikogesellschaft“	322
II. Kritik am soziologischen Befund „Risikogesellschaft“ und seiner Rezeption im Strafrecht.....	323
III. Die Risikogesellschaft als individualisierte Gesellschaft.....	324
1. Was bedeutet „Individualisierung“?.....	325
2. Standardisierung und äußere Konformität als Ausprägungen einer individualisierten „Massengesellschaft“	330
3. Die individualisierte Massengesellschaft - eine Mixtur aus Unübersichtlichkeit, Entsolidarisierung und permanentem Entscheidungszwang.....	333
4. Individualisierung - ein Prozeß mit Tradition	336
a) „Individualisierung“ - beobachtet von Max Horkheimer	337
b) „Die Krise der industriellen Gesellschaft“	339
c) Die moderne, individualisierte Massengesellschaft als „Neuaufgabe“ der Klassengesellschaft? - Die Position Herbert Marcuses ..	341
5. Die Angst des Individuums in der individualisierten Gesellschaft und ihre Ausnutzung für Zwecke der Kriminalpolitik	344
a) „Der Einzelne in seiner Angst“	344
b) Angst als latente Grundlage einer auf positive Generalprävention abzielenden Kriminalpolitik	347
IV. Individualisierung als kriminogener Faktor?	349
V. Von der dringenden Notwendigkeit einer neuen Sozialpolitik statt repressiver Kriminalpolitik in der individualisierten Gesellschaft.....	355
VI. Konsequenzen für die Entscheidungspraxis zu § 17 StGB.....	359
Literaturverzeichnis.....	365
Sachwortverzeichnis	382

A. Die latenten Gründe richterlicher Urteile - ein Weg zum „durchschaute Richter“?¹

Immer wieder wird die Vermutung geäußert, daß die richterliche Spruchpraxis „in einem noch kaum bekannten Ausmaß durch außergesetzliche Determinationsfaktoren mitbestimmt (ist), zu denen nicht zuletzt die unbewußten und statusbedingten Wertvorstellungen der Richterschaft gehören.“²

Ausgangspunkt der Vermutungen zu diesem Thema ist die in der heutigen Rechtstheorie wohl unumstrittene Feststellung, daß Gesetzesanwendung kein rein logisch-deduktiver Vorgang im Wege bloßer Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter eine Norm ist. Vielmehr ist, mehr oder weniger, in jedem Fall aber nicht unbeträchtlicher, Raum für das Einfließen von subjektiven Momenten, Wertungen, Einschätzungen, Präferenzen usw. vorhanden. Und die Erkenntnis, daß nicht nur gesetzesbezogene Erfahrungen in den Prozeß der Normanwendung bzw. -konkretisierung Eingang finden, sondern z. B. auch soziale Normen, irrationale und persönliche Gründe des Interpreteten, ist ebenfalls nicht neu.³ Der Umstand, daß diese Fragen - damals wie heute - Juristen und andere bewegen, läßt vermuten, daß sie, bei allem hinzugewonnenen Wissen, nicht wirklich beantwortet sind.⁴ Oder, pessimistisch gesehen, daß gerade die lange Tradition dieser Problematik die Unmöglichkeit einer Lösung zeigt.

¹ Vgl. Dieter Simon, *Der durchschaute Richter*, in: ders., *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, 1975, S. 146 ff.

² Ralf Dreier, *Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981, S. 52.

³ Vgl. Ulrich Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, in: A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., Heidelberg, 1994, S. 344 ff. (366); Richard Schmid, *Weltanschauliche Hintergründe in der Strafrechtsprechung*, in: Wolfgang Böhme (Hrsg.), *Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1968, S. 31 ff. (34 u. 44); wobei allerdings zuzugeben ist, daß auch in der Rechtswissenschaft ähnliche Probleme bestehen, vgl. Egon Schneider, *Der mögliche Einfluß von Soziologie und Psychologie auf den Entscheidungsvorgang des Richters*, DRiZ 1975, S. 265 ff. (265): „Von vielen juristischen Theorien ließe sich nachweisen, daß sie im Grunde nichts weiter sind als verallgemeinernd auf die Außenwelt übertragene moralische und weltanschauliche Individualstandpunkte mit all ihren unreflektierten Vorurteilen.“

⁴ Hinzu kommt die Möglichkeit, daß man von Seiten der Praxis u.U. manche Antworten gar nicht haben will, weil sie den zur Entscheidung berufenen Juristen zu unbequemen, selbstreflexiven Fragen zwingen. Vgl. hierzu Dirk Fabricius: *Selbst-Gerechtig-*

Lösung idS meint nun zweierlei: Zum einen ein möglichst vollständiges Wissen um latente Urteilsdeterminanten, zum anderen eine Rezeption und Umsetzung dieses Wissens durch die Praxis. Zunächst soll jedoch gezeigt werden, wie und warum Juristen im 20. Jahrhundert gegen latente Wertungen in richterlichen Entscheidungen stritten.

I. Latente Gründe richterlicher Entscheidungen - Geschichte eines Verdachts

Am Anfang dieses Jahrhunderts beklagte Ludwig Bendix bereits, daß die Rechtsprechung von „inneren Widersprüchen“ durchsetzt sei, weil „der Richter, auch wenn er Ermessensentscheidungen fällt, ihnen den Tabucharakter des Rechts beimißt.“⁵ Kurt Tucholsky stellte anläßlich der Besprechung eines Urteils im Jahre 1931 fest, daß in der betreffenden Urteilsbegründung den Juristen „etwas durchgerutscht“ sei, „was in Urteilsbegründungen sehr selten zu finden ist: nämlich die wahren Gründe, die das Urteil hervorgerufen haben.“⁶ Schon am Beispiel der Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde die Tendenz erkannt, den Zusammenhang von Definitionsmacht und Rechtsanwendung durch „technisch-juristische“ Hilfsmittel zu verschleiern:

„Der Mensch in seinem tiefen Selbstbetrug oder in seiner höchsten Seelenangst erfindet sich einen logisch-technischen Apparat, mit dessen Hilfe er Kulturideale begründen und gegen andere ihn bekämpfende rechtfertigen kann. Er glaubt auch an die Macht dieser logischen Apparatur einer höchst raffinierten modernen Magie.“⁷ Bendix erkannte ein „bestimmtes Kulturideal“ als gemeinsame Grundlinie der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen bzw. einen „Prägestock, der, zumeist unbewußt und irrational angewandt, all seinen Entscheidungen den Stempel aufdrückt oder, wenn man will, die beigemischte Substanz, die ihnen (den Urteilen, d. Verf.) ihren eigentlichen Gehalt verleiht“: die „obrigkeitliche Staats- und Strafauffassung.“⁸ Diese Kritik Bendix' bezog sich auf eine den wilhelminischen Traditionen sich verpflichtet fühlende

keit. Zum Verhältnis von Juristenpersönlichkeit, Urteilsrichtigkeit und „effektiver Strafrechtspflege“, Baden-Baden, 1996, S. 75, 152 f., 276 ff. 432 ff.

⁵ Ludwig Bendix, *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, Neuwied/Berlin, 1968, S. 377; vgl. idS und zu Bendix' Auffassung auch: Max Hirschberg, *Das Fehlurteil im Strafprozeß*, Frankfurt am Main/Hamburg, 1962, S. 143 f.

⁶ Kurt Tucholsky, *Gesammelte Werke Bd. 9 (1931)*, hrsg. von Mary Gerold-Tucholsky/Fritz J. Raddatz, Reinbek bei Hamburg, 1975, S. 204.

⁷ Ludwig Bendix, *Die irrationalen Kräfte der strafrichterlichen Urteilstätigkeit*, Berlin, 1928, S. 133.

⁸ Bendix, aaO, S. 136.

Richterschaft, die sich in (offener oder verdeckter) Opposition zum republikanisch-demokratischen Staatsideal befand. In ihrem Staatsideal sah er einen ethisch-politischen Maßstab zur Entscheidung verschiedener Deutungsmöglichkeiten von Tatsachen und Rechtssätzen, nicht im Sinne eines logischen Verfahrens, sondern „im Sinne eines irrationalen Verhaltens, einer gefühls- und willensmäßigen Einstellung, die das logisch-juristische Verfahren, Auslegung und Konstruktion, prägt und bestimmt, die eben für beide form- und richtunggebend ist“.⁹ Auch die gefährlichen Konsequenzen der damaligen Entscheidungspraxis wurden früh gesehen: „Die inneren, wahren, eigentlichen Entscheidungsgründe bleiben also unverantwortet und unkontrolliert. Damit ist der Willkür Tür und Tor geöffnet, nämlich dem Einfluß allerhand unsachlicher Gefühle, falscher Verallgemeinerungen von persönlichen Erlebnissen, oberflächlicher oder halb-sachverständiger Meinungen, wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher oder sonstiger Vorurteile, halbverdauter Lesefrüchte, privater Erkundigungen, von Liebhabereien und Steckenpferden. Diese tarnende und lichtscheue Methode stellt also eine Art geistiger Kabinettsjustiz dar, eine verkappte Gefühlsjurisprudenz.“¹⁰ Ernst Fuchs nannte diese Methode „Geheimfreirechtlerei“¹¹ bzw. „Pseudophilologie und Kryptosozilogie“.¹²

Es darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, daß sich die sog. Freirechtsschule, zu deren exponiertesten Vertretern Ernst Fuchs zählte, gleichfalls mit dem Willkürvorwurf konfrontiert sah, da man ihr völlige Auflösung der Gesetzesbindung unterstellte: „Freirecht“, so wurde entgegnet, heiße eigentlich „frei vom Gesetz“. Daß dieser Vorwurf ebenso polemisch wie unzutreffend war, ist heute bekannt. Der Freirechtsschule ging es eben nicht um Entscheidungen *gegen* das Gesetz, sondern um die Frage, wie der Richter mangels eindeutiger oder bei gänzlich fehlender, gesetzlicher Regelung zu verfahren habe.¹³ Nach der Lehre der Freirechtsschule sollte der Richter sich eine möglichst umfassende Kenntnis der gesellschaftlichen Wirklichkeit aneignen und darauf vertrauen, „daß er auf Grund solcher Kenntnis eine bessere Entscheidung zustande

⁹ Bendix, aaO, S. 138; problematisch an dieser Kritik ist allerdings, daß sie ohne nähere Erläuterung eine *auch* von Gefühlen geleitete Entscheidungspraxis mit Irrationalität gleichsetzt und nicht näher die jeweiligen Anteile von „Gefühl“ und „Willen“ darlegt.

¹⁰ Ernst Fuchs, Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, hrsg. v. Albert Foulkes/Arthur Kaufmann, Karlsruhe, 1965, S. 25 f.

¹¹ Ernst Fuchs, aaO, S. 26.

¹² Ernst Fuchs, aaO, S. 77.

¹³ Vgl. Arthur Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemer, S. 146 f.; so auch Thomas Raiser: Einführung in die Rechtssoziologie, 2. Aufl., Berlin, 1973, S. 63.