Grenzlinien: Die Schranken zulässiger richterlicher Rechtsschöpfung in Amerika

Vortrag und Ansprachen
anläßlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde
durch die Juristiche Fakultät

Ruggero J. Aldisert

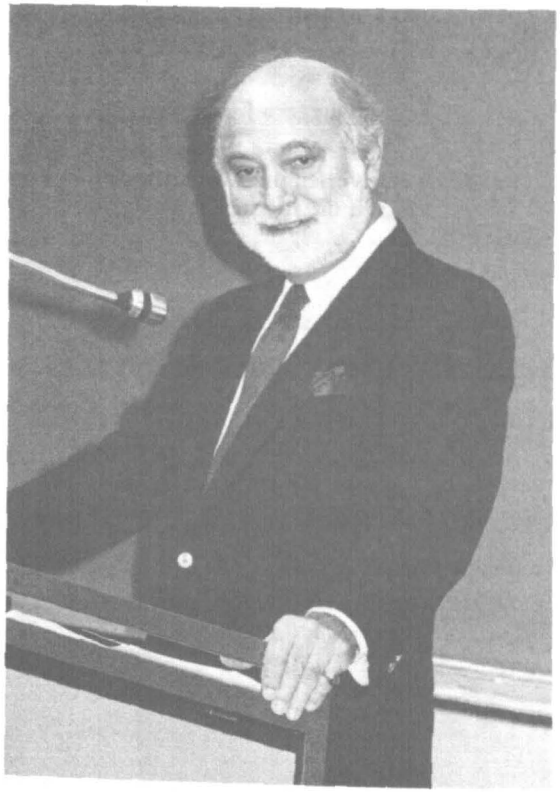
Augsburger
Universitätsreden 5

Augsburger Universitätsreden 5

Ruggero J. Aldisert

Vortrag und Ansprachen
anläßlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde
durch die Juristische Fakultät

Augsburg 1985



Ruggero J. Aldisert
Chief Judge of the United States Court of Appeals
for the Third Circuit
Adjunct Professor of Law an der School of Law
der Universität Pittsburgh

Augsburger
Universitätsreden

Ruggero J. Aldisert

Grenzlinien: Die Schranken zulässiger richterlicher Rechtsschöpfung in Amerika

Vortrag
anläßlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde
durch die Juristische Fakultät
der Unversität Augsburg
am 7. November 1984

INHALTSVERZEICHNIS

Eröffnungsworte
Dekan Prof. Dr. Hinrich Rüping 1

Grußwort
Universitätspräsident Prof. Dr. Josef Becker 3

Laudatio
Prof. Dr. Karl M. Meessen 4

Ruggero J. Aldisert
Grenzlinien: Die Schranken zulässiger richterlicher Rechtsschöpfung in Amerika 13

Herausgegeben von der Universität Augsburg

Druck- und Photoreproduktion: Presse-Druck- und Verlags-GmbH, Augsburg

ERÖFFNUNGSWORTE

Prof. Dr. Hinrich Rüping, Dekan der Juristischen Fakultät

Herr Präsident!
Sehr verehrter Chief Judge Aldisert!
Sehr verehrte Mrs. Aldisert!
Meine Damen und Herren!

Im Namen der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg darf ich Sie zu Beginn unserer akademischen Feier herzlich begrüßen und Ihnen danken, daß Sie der Einladung in derart großer Zahl gefolgt sind. Mein Dank gilt insbesondere Ihnen, Herr Generalkonsul Nelson, dafür, daß Sie sich die Zeit genommen haben, in die Universität zu kommen. Mein Dank gilt weiter den Vertretern des öffentlichen Lebens, wobei ich stellvertretend für alle Ehrengäste nur die Repräsentanten der Kirchen, der Armee, der Justiz und der Stadt nennen möchte, dafür, daß sie unserem Festakt zusätzlichen Glanz verleihen.

Herr Präsident Becker wird verdeutlichen, daß nicht nur die Juristische Fakultät, sondern die gesamte Universität Anlaß zur Ehrung hat; Herr Kollege Meessen wird fachspezifisch die wissenschaftlichen Verdienste des zweiten Ehrendoktors unserer Fakultät würdigen.

Wer sich als Nichtfachmann des internationalen Rechts für die Laudatio zurückhalten sollte, sich aber doch über die Heimat unserer Gäste aus allgemein zugänglichen Quellen informieren möchte, erfährt aus "Zedlers Großem Vollständigem Universallexikon aller Wissenschaften und Künste", Band 1 1732 - ein Menschenalter vor der eigentlichen Gründung von Pittsburgh -, die Eingeborenen in Amerika seien überhaupt "alle sehr tückisch, wild, grausam, und von recht böser Art". Greift der bereits derart im Stich gelassene Leser zu "Meyers Enzyklopädischem Lexikon", 1976, so gibt auch dieses nur preis, Pittsburgh habe drei Bischöfe, drei Universitäten, zahlreiche Bibliotheken, und der größte Teil der arbeitenden Bevölkerung sei "in der Eisen- und Stahlindustrie tätig".

Mit einer offensichtlichen "Minderheit" der Bevölkerung und mit den dagegen zur Lexikonreife gediehenen Beziehungen zwischen Pittsburgh und Augsburg hat unser heutiger Festakt zu tun. Ich darf Sie, Herr Präsident Becker, jetzt um Ihr Grußwort bitten.

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg

verleiht

während der Amtszeit des Präsidenten der Universität
Prof. Dr. phil. Dr. h.c. (Metz) Josef Becker
Ordinarius für Neuere und Neueste Geschichte

und

während der Amtszeit des Dekans der Juristischen Fakultät
Prof. Dr. iur. Hinrich Rüping
Ordinarius für Strafrecht und Strafprozeßrecht

aufgrund eines Beschlusses des Fachbereichsrats vom 16. Februar 1984

the Honorable

Ruggero J. Aldisert

Chief Judge of the United States Court of Appeals for the Third Circuit
Adjunct Professor of Law an der School of Law der Universität Pittsburgh

in Anerkennung seiner hervorragenden Verdienste
um die Klärung von Grundfragen richterlicher Rechtsfindung und
um die Förderung der wissenschaftlichen Zusammenarbeit
zwischen den Universitäten Augsburg und Pittsburgh

die Würde eines

Doktors der Rechte ehrenhalber
(Dr. iur. h.c.)

Augsburg, den 7. November 1984

Der Präsident
gez. Becker

Der Dekan
gez. Rüping

GRUSSWORT

Präsident Prof. Dr. Josef Becker

Die Juristische Fakultät unserer Universität verleiht heute zum zweiten Mal die Würde eines Ehrendoktors: Nach dem Bundesverfassungsrichter Niebler, der maßgeblich bei der Entwicklung und der Verwirklichung des Augsburger Modells der einphasigen Juristenausbildung beteiligt war, erhält diese höchste wissenschaftliche Auszeichnung einer Hochschule der Richter am U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, Professor Aldisert.

Mit dem heutigen Festakt werden nicht allein die Verdienste gewürdigt, die sich Judge Aldisert in den vergangenen Jahren um die Begründung und den Ausbau der partnerschaftlichen Beziehungen zwischen der University of Pittsburgh und unserer Universität - unter anderem durch eigene Lehrtätigkeit hier in Augsburg - erworben hat. Diese akademische Ehrung gilt nicht zuletzt der eindrucksvollen Leistung eines Juristenlebens, in dem sich praktische Tätigkeit als Richter mit einem besonderen Interesse an Methodenfragen sowie der Vergleich des angelsächsischen Pragmatismus mit dem juristischen Denken kontinental-europäischer Tradition verbunden haben. Diese Ehrung dokumentiert so auch Gemeinsamkeiten des Rechtslebens diesseits und jenseits des Atlantik und ist nicht zuletzt ein Zeugnis für die Zusammengehörigkeit auf der Grundlage eines gemeinsamen geistig-politischen Erbes.

LAUDATIO

Prof. Dr. Karl M. Meessen

What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.

Jeder amerikanische Jurist kennt diese Zeilen. Wie viele deutsche Juristen kennen überhaupt einige Zeilen Rechtsphilosophie?

Das Zitat stammt, wie man im nachhinein sagen könnte, aus den Jugendschriften von Oliver Wendell Holmes [1]. Holmes ging erst auf die Sechzig zu und war noch Richter am Supreme Court von Massachusetts. Die drei Jahrzehnte seiner Tätigkeit als einer der neun Richter des Supreme Courts der Vereinigten Staaten begannen erst einige Jahre später. Mit 92 Jahren erklärte er seinen Rücktritt von diesem Amt.

Holmes' Aufsatz im Harvard Law Review steht für eine große Tradition richterlicher Rechtsphilosophie in Amerika. Die scheinbare Gewißheit des geschriebenen Rechts fehlt im Präjudizienrecht des Common Law. Amerikanische Richter haben hierüber - im Unterschied zu ihren englischen Kollegen - nicht nur nachgedacht, sondern wissenschaftlich gearbeitet und publiziert. Cardozo und Brandeis vom Supreme Court, Learned Hand und Jerome Frank vom Bundesberufungsgericht für den Zweiten Bezirk sind weitere Repräsentanten richterlicher Rechtsphilosophie aus der Vergangenheit dieses Jahrhunderts. Aus der Gegenwart des Bundesberufungsgerichts für den Dritten Bezirk ist Ruggero J. Aldisert zu nennen.

Chief Judge Aldisert ist nicht nur richterlicher Rechtsphilosoph. In erster Linie war und ist er natürlich praktizierender Richter, der wie andere Richter auch seine oberste Aufgabe in der gerechten Entscheidung des Einzelfalls sieht.

Aldisert blickt bereits auf mehr als zwei Jahrzehnte richterlicher Tätigkeit zurück. Wie viele er noch vor sich hat, wissen wir nicht. Wir wünschen: viele.

Zunächst war Aldisert Trial Judge an einem Gericht seines Heimatstaates Pennsylvania und als solcher vor allem zuständig, mit Hilfe einer Jury von Geschworenen die in einem Rechtsfall erheblichen Tatsachen zu ermitteln. 1968 ernannte ihn Präsident Johnson zum Richter am Bundesberufungsgericht für den Dritten Bezirk, der die Staaten Pennsylvania, New Jersey und Delaware sowie das Gebiet der Virgin Islands mit insgesamt etwa 20 Millionen Menschen umfaßt. Seit dem 1. Juni dieses Jahres ist er Chief Judge, d.h. Präsident dieses Gerichts.

Ebensowenig wie englische Richter begeben sich amerikanische Richter unmittelbar aus Hörsaal und Referendarausbildung auf die Richterbank. Aldiserts Tätigkeit als Trial Judge waren 14 Jahre Anwaltstätigkeit in Pittsburgh vorgeschaltet. Seine Universitätsausbildung in Pittsburgh war durch mehrere Jahre Kriegsdienst - er verließ das Marine Corps 1946 als Major der Reserve - unterbrochen worden. Nicht in Pittsburgh selbst, aber in einem Vorort, in dem Industriestädtchen Carnegie, wurde er 1919 geboren. Am kommenden Samstag feiert er seinen 65. Geburtstag.

Pittsburgh war und ist sein Lebensmittelpunkt. Noch heute benutzt er am liebsten die Büros seines Gerichts in Pittsburgh und nicht diejenigen an dem Hauptsitz von Philadelphia.

Pittsburgh ist eine Stadt, die nur derjenige, der während der letzten Jahrzehnte nicht dort war, mit Kohlebergbau und Stahlindustrie assoziiert. Die Stahlwerke entlang der beiden großen Flüsse, die in Pittsburgh zusammenfließen und den Ohio bilden, werden mehr und mehr stillgelegt und verfallen. Gras wächst auf den Dächern. Daneben haben sich jedoch neue Industrien angesiedelt, die Weltruf haben. So verhelfen Westinghouse, Gulf Oil, Alcoa, Plate Glass Pittsburgh erneut zu wirtschaftlicher Blüte. Die Smoky City von einst ist der attraktiven Hochhausinnenstadt des Golden Triangle zwischen den eine sanfte Hügellandschaft durchziehenden Flüssen gewichen.

Pittsburgh ist modern, aber die europäischen Wurzeln Amerikas liegen offen zutage. Die Einwanderer aus Süd-, Mittel- und Osteuropa haben ihre kulturelle Identität stärker bewahrt als in anderen Großstädten Amerikas.

Nicht allein das Interesse an der europäischen Tradition führte Aldisert oft nach Italien, dem Land seiner Vorfahren, und nach Deutschland und Polen, also in Länder anderer ethnischer Gruppen, die das besondere Flair von Pittsburgh ausmachen. Gewiß war Aldisert nie ein Verächter der schönen Dinge im Leben, aber er reiste noch aus einem dritten Grund: im Dienste seiner rechtsphilosophischen Interessen.

Aldisert weiß, je mehr er mit dem Rechtssystem in Italien und Deutschland vertraut ist, umso klarer würde er anhand der Unterschiede in den Vereinigten Staaten erkennen können, "what the courts will do in fact", wie es Justice Holmes ausgedrückt hatte.

Die praktische Tätigkeit des Richters Aldisert, seine Rechtsphilosophie und sein Interesse für Rechtsvergleichung stehen in einem inneren Zusammenhang: Wie manche seiner richterlichen Kollegen in Amerika glaubte Aldisert, sich Rechenschaft ablegen zu müssen über seine praktische Tätigkeit als Richter. Anders als andere Vertreter richterlicher Rechtsphilosophie in seinem Lande schöpfte er jedoch nicht nur aus der amerikanischen Erfahrung - ergänzt natürlich durch die Kenntnis des englischen Rechts - und beschrieb nicht nur den Prozeß der Entscheidungsfindung im Rahmen des amerikanischen Rechtssystems; als Sohn der modernen, jedoch dem alten Europa zugetanen Stadt Pittsburgh suchte er die Wege zu vergleichen, die Richter in Deutschland und Italien beschreiten, um sich dem gemeinsamen Ziel gerechter Einzelfallentscheidungen anzunähern.

In charakteristischer Bescheidenheit nannte Aldisert dies ein "rambling through continental legal systems" 2). Ergebnis dieser "Streifzüge" und anderer wissenschaftlicher Bemühungen ist eine stattliche Anzahl von Aufsätzen in juristischen Fachzeitschriften. Darüber hinaus sind Aldiserts rechtsphilosophische Exkurse in den Entscheidungsbegründungen, die in den Vereinigten Staaten ja mit dem Namen gezeichnet werden, zu erwähnen. Amerikanische Juristen wissen, daß sie in Aldisert-Urteilen durchaus unvermittelt auf ein Zitat aus dem Werk des englischen Mathematikers, Philosophen und Friedenskämpfers Bertrand Russell stoßen können 3).

Das opus magnum von Ruggero J. Aldisert trägt den Titel "The Judicial Process" 4). Es ist ein rechtsphilosophisches Werk, im Holmes'schen Sinne konzentriert auf die Wirklichkeit richterlicher Rechtsfindung. Über 900 Seiten hinweg sucht Aldisert sowohl den Jurastudenten als auch den fertigen Juristen anhand von Auszügen aus Zeitschriftenaufsätzen und aus berühmten - nicht nur eigenen - Gerichtsentscheidungen durch Vergangenheit und Gegenwart amerikanischer Rechtsphilosophie zu führen. Wie dies in amerikanischen Casebooks üblich ist, beschränkt sich Aldisert auf sorgfältige Einleitungen zu den einzelnen Abschnitten und streut zwischen den Exzerpten Fragen ein, die Antworten nicht vorwegnehmen, sondern im Stile sokratischer Fragen zum eigenen Nachdenken anregen.

Die Rechtsphilosophie ist nur ein Teil der bisherigen Lebensleistung von Ruggero J. Aldisert. Sie ist jedoch der Teil, der die Juristische Fakultät der Universität Augsburg veranlaßt hat, heute zum zweiten Mal seit ihrer Gründung im Jahre 1971 den "Doktor der Rechte ehrenhalber" zu verleihen.

Aldisert vertritt eine These, der selbst in Amerika nicht ungeteilter Beifall gewiß ist, die These nämlich, daß die Rechtsphilosophie mehr ist als ein Wort zum Sonntag, also mehr bedeutet als eine Zäsur der Besinnung im Alltag des Juristen. Rechtsphilosophie gehört nach der Meinung des Praktikers Aldisert schlicht zum juristischen Handwerkszeug. Der gute Jurist, der die künftige Entscheidung des Gerichts - "what the court will do in fact" - möglichst genau abschätzen und auf dieser Grundlage mitgestalten will, stützt sich nicht nur auf die vor Gericht nachweisbaren Tatsachen, auf die zu beachtenden Rechtsnormen und auf charakterliche Eigenarten des jeweiligen Richters, sondern auch, und nicht zuletzt, auf die rechtsphilosophische Grundeinstellung des Richters.

Was kann uns diese These bedeuten?

In Deutschland ist es schwer, die Handschrift des einzelnen Richters zu erkennen und oft unmöglich, die rechtsphilosophische Grundhaltung zu ermitteln. Wir glauben, daß Objektivität der Rechtsprechung unter anderem - wenn man von den abweichenden Voten im Bundesverfassungsgericht absieht - verbunden ist mit der Anonymität der die Entscheidungen von Kollegialgerichten formulierenden und mittragenden Richter.

Der Alltagseinsatz von Rechtsphilosophie ist in Deutschland nicht nur schwierig, er ist, so scheint es vielen, auch nicht nötig. Sind nicht die großen Fragen der Rechtsphilosophie inzwischen verrechtlicht, und zwar in der alle Rechtsgebiete umgreifenden Überrechtsordnung des Verfassungsrechts? Gilt dies nicht gerade für eine so klassisch rechtsphilosophische Frage wie derjenigen nach den Grenzen richterlicher

Rechtsfortbildung, der sich Chief Judge Aldisert nachher zuwenden wird?

Ich möchte dem Verhältnis von Rechtsphilosophie und deutschem Verfassungsrecht anhand zweier Beispiele nachgehen.

Soraya, geschiedene Frau des damaligen Schahs von Iran, konnte beim Morgenkaffee am 29. April 1961 auf der ersten Seite einer in 900.000 Exemplaren erscheinenden Zeitung des S.-Konzerns ein Wortlautinterview lesen, das sie einer Reporterin dieser Zeitung gegeben haben sollte, in Wirklichkeit aber weder in dieser noch irgendeiner anderen Form je gegeben hatte. Sie klagte gegen den S.-Konzern unter anderem auf Genugtuung, also eine Art Schmerzensgeld in Höhe von DM 15.000,--; aus demselben Rechtsgrund übrigens, aus dem General Westmoreland zur Zeit auf Zahlung von 120 Millionen Dollar klagt 5). - Deutschland ist eben ein kleines und bescheidenes Land.

Der S.-Konzern wehrte sich. Es gehöre zur Pressefreiheit, an geeigneter Stelle auch einmal ein erfundenes Interview zur Unterhaltung der Leser abzudrucken. Der Inhalt sei ohnehin nicht von Belang gewesen. Trotz dieser klugen Einwendungen wurde der Klage von Soraya in drei Instanzen stattgegeben 6). Der S.-Konzern gab sich keineswegs geschlagen und legte gegen das letztinstanzliche Urteil mit der Begründung Verfassungsbeschwerde ein, der Bundesgerichtshof habe die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten. Er habe zwar im Einklang mit seiner eigenen seit einigen Jahren praktizierten Rechtsprechung, aber gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes - einen Schmerzensgeldanspruch zuerkannt. Dies trifft zu. Das Bundesverfassungsgericht sah dennoch in einer Entscheidung aus dem Jahre 1973 - 12 Jahre waren seit jenem Morgankaffee vergangen - die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung nicht als überschritten an und wies die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurück 7).

Zu einer gegenteiligen Entscheidung gelangte das Bundesverfassungsgericht - übrigens unter Beteiligung von Engelbert Niebler, des ersten und im Augenblick noch einzigen Ehrendoktors der Juristischen Fakultät - im Oktober vergangenen Jahres 8). Das Bundesarbeitsgericht habe die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten, als es im Konkurs des Unternehmens den Sozialplanforderungen der Arbeitnehmer - die sich pro Kopf auf 50.000 DM und mehr belaufen können - abweichend vom eindeutigen Wortlaut der Konkursordnung einen Rang vor allen anderen Konkursforderungen zuerkannt habe, so daß deren Gläubiger mangels Masse möglicherweise überhaupt nicht zum Zuge kommen.

Schon häufiger hatte das Bundesverfassungsgericht bei höchstrichterlichen Entscheidungen Grundrechtsverstöße festgestellt und diese Entscheidungen daher aufgehoben 9). Erstmalig wurde jedoch eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit ausschließlich auf das Überschreiten der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gestützt. Erstmalig war also die Rechtsfortbildung durch den Richter unzulässig. Durch den Gesetzgeber hätte eine inhaltsgleiche Entscheidung getroffen werden können. In den sonstigen Fällen, soweit sie sich überhaupt zu einer gesetzlichen Regelung eigneten, hätte auch der Gesetzgeber nicht tätig werden dürfen. Die Rechtsfortbildung war inhaltlich "unrichtig". Ob sie zugleich wegen Eindringens des Richters in den Vorbehaltsbereich der Gesetzgebung kompetenzrechtlich "unzulässig" war, hätte dahingestellt bleiben können.

Worin unterscheidet sich die Sozialplanentscheidung von der Soraya-Entscheidung? Die Begründung, die das Bundesverfassungsgericht für die Abweichung gab, ist kurz, um nicht zu sagen, dünn. Der Leser bleibt ratlos. Die harte Bemerkung eines Kommentators, das Bundesverfassungsgericht kassiere eine rechtsschöpferische Rechtsfindung immer dann, "wenn ihm die einzelne Entscheidung nicht paßt", kann nicht überraschen 10).

In den üblichen Bahnen verfassungsrechtlicher Argumentation wäre es in der Tat schwierig gewesen, die Entscheidung ausführlicher zu begründen. In Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes heißt es nur lakonisch, die Rechtsprechung sei "an Gesetz und Recht gebunden". Die Grenzen der Bindung des Richters an das Gesetz werden hierdurch nicht deutlich.

Der Sozialplanentscheidung kann nur dann zu einer plausiblen Begründung verholfen werden, wenn die rechtsphilosophische Dimension im Rahmen der verfassungsrechtlichen Auslegung in den Blick genommen wird. Ausschließlich aus rechtsphilosophischer Sicht kann erklärt werden, warum es bis zum Oktober 1983 währte - also drei Jahrzehnte seit Errichtung des Bundesverfassungsgerichts -, bis erstmalig ein Urteil ausschließlich wegen Überschreitens der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung aufgehoben werden mußte. Die Grenzen richterlicher Rechtsfindung werden ja in der täglichen Praxis der Gerichte im großen und ganzen eingehalten. Hunderte, Tausende von Gerichtsentscheidungen werden gefällt, ohne daß - als Verfassungsrechtler sage ich das mit pflichtgemäßem Bedauern - Artikel 20 Absatz 3 eine Rolle spielt. Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ergeben sich nicht aus einer verfassungsrechtlichen Vorschrift, sondern aus vielen

Vorschriften des Prozeßrechts, vor allem aus Rechtsinstitutionen, aus Traditionen des Juristenstands, aus der Rechtskultur eines Volkes.

Die rechtsphilosophische Antwort ist notwendigerweise komplex. Aus der Antwort, die Chief Judge Aldisert nachher geben wird, möchte ich nur einen Aspekt hervorheben, und zwar den Aspekt, der uns weiterhelfen könnte bei dem Versuch, richterliche Rechtsfortbildung im Soraya-Fall und im Sozialplanfall zu unterscheiden.

Selbstverständlich setzt Aldisert an der Frage von Holmes an: Wie gelangt der Richter zu seiner Entscheidung? Er stellt diese Frage jedoch auch in Bezug auf den Gesetzgeber und versucht, aus dem Vergleich richterlicher und gesetzgeberischer Entscheidungsfindung Abgrenzungskriterien zu gewinnen.

Gesetzgebung kann Konkretisierung von Verfassungsrecht sein, in der Regel ist sie zugleich oder ausschließlich Entscheidung, oft Kompromißentscheidung, im Widerstreit partikularer Interessen. Das Spektrum möglicher Entscheidungen ist weit. Im pluralistisch-demokratischen Staat ist das Gemeinwohl nicht vorgegeben. Es ist aufgegeben als Ziel der politischen Willensbildung. An diesem Entscheidungsprozeß ist der Richter nicht beteiligt. Er hat sich, wie Aldisert betont, jeder interessenpolitischen Stellungnahme zu enthalten und muß sich auf das Weiterdenken vorhandener Wertungen beschränken.

Mit welchem Rang Sozialplanforderungen im Konkurs zum Zuge kommen, ist eine typische Frage des Ausgleichs von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Über die wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeit wird man stets verschiedene Meinungen hören. Im Interessenkonflikt der in Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften organisierten Tarifpartner kann nur, wie man so sagt, politisch entschieden werden. Grundrechtliche Wertungen geben keine Entscheidungshilfe.

Um eine Verwirklichung der grundrechtlichen Entscheidung für die Menschenwürde ging es jedoch im Soraya-Fall. Unterlassen und Widerruf ehrverletzender Behauptungen gewährleisten keinen ausreichenden Schutz der Menschenwürde. Insofern war die gegen einfaches Gesetzesrecht betriebene richterliche Rechtsfortbildung kraft höherrangigem Verfassungsrecht legitimiert. Zugleich fehlte jedes interessenpolitische Element. Ex-Kaiserinnen, Herrenreiter, Fernsehansagerinnen - um die bekannten Fälle zu nennen 11) - und andere Opfer von Verleumdungen bilden ebensowenig eine Interessengruppe wie die Gegenseite einiger weniger mit der Wahrheit großzügig umgehender Publizisten und Werbefachleute.

Zumindest nachdenklich machen sollte es uns daher auch in Deutschland, wenn der erfahrene Anwalt und Richter den praktischen Nutzen der Rechtsphilosophie betont. Ebenso wie Aldisert glaubt, aus den Institutionen des deutschen Rechts zu lernen, können wir Gewinn ziehen, wenn wir uns auf Aldiserts Betrachtung zur Rolle der Rechtsphilosophie in der Praxis der Rechtsanwendung einlassen.

Vielleicht werden manche juristischen Zuhörerinnen und Zuhörer allmählich ungeduldig und erwarten, daß endlich die Position angegeben wird, die Chief Judge Aldisert innerhalb der verschiedenen Strömungen amerikanischer Rechtsphilosophie dieses Jahrhunderts einnimmt.

Ich weiß nicht, ob meine Antwort sehr hilfreich ist: Aldisert ist der Ausgangsfrage von Holmes nach der Wirklichkeit des Rechts verpflichtet. Als methodenstrenger Präjudizien- und Gesetzespositivist würde er sich jedoch von dem Wertneutralismus, zu dem sich Justice Holmes in seinen Schriften - weniger in seinen Urteilen - bekannt hat, fernhalten. Als funktional und pragmatisch argumentierender Realist hat er Sinn für die Veränderlichkeit der sich rechtlicher Regelung stellenden Aufgaben und Sinn für die Zeitgebundenheit des Rechts. Insofern ist er durchaus bereit, soziologische Erkenntnismethoden im Rahmen eines kritischen Rationalismus in sein juristisches Denken miteinzubeziehen.

Die Reihe der -ismen ließe sich beliebig verlängern. Sie müßte verlängert werden, wollte ich versuchen, den Standort von Aldisert vollständig zu kennzeichnen. Gerade ein richterlicher Rechtsphilosoph hält sich von Einseitigkeiten fern und, wenn er es nicht tut - wie Justice Holmes gelegentlich in der Freude an der eigenen sprachlichen Kraft -, so hält er sich wenigstens nicht so streng an die eigene Aussage.

Wenn Aldiserts rechtsphilosophische Aussage unbedingt auf einen Begriff gebracht werden müßte, so würde ich von einer Philosophie richterlicher Verantwortung sprechen. Der Begriff der Verantwortung, der jüngst von Peter Saladin für die Staatslehre wiederentdeckt wurde, spiegelt die Vielschichtigkeit der Kommunikationsaufgabe wider, die das Recht und der Recht sprechende Richter in unserer Gesellschaft haben 12). Richterliche Verantwortung erschöpft sich eben nicht in der Gesetzesbindung. Urteile ergehen im Namen des Volkes. Wenn hierin eine ethische Komponente mitschwingt, so ist dies so gedacht und kennzeichnet in meinen Augen Rechtsphilosophie und Persönlichkeit von Ruggero J. Aldisert.

Anmerkungen:

1) Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1897) 457.

2) Ruggero J. Aldisert, Rambling Through Continental Legal Systems, University of Pittsburgh Law Review 31 (1982) 1.

3) Scott v. Commanding Officer, 431 F.2d 1132 (3d Cir. 1970).

4) Ruggero J. Aldisert, The Judicial Process, St. Paul, Minn. 1976.

5) Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 228 vom 10.10.1984, S. 5; Newsweek, Nr. 42 vom 15.10.1984, S. 33.

6) Bundesgerichtshof, Urteil vom 8.12.1964, Neue Juristische Wochenschrift 1965, 685.

7) Bundesverfassungsgericht, Beschluß des Ersten Senats vom 14.2.1973, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 34, 269.

8) Bundesverfassungsgericht, Beschluß des Zweiten Senats vom 19.10.1983, BVerfGE 65, 182.

9) Vgl. z.B. Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 24. 1. 1962, BVerfGE 13, 318, 328 f.; Beschluß des Ersten Senats vom 11. 10. 1978, BVerfGE 49, 304, 320 f.

10) Peter Schwerdtner, Rangmäßige Einordnung von Sozialplanabfindungen, Jura-Kartei, Grundgesetz, Artikel 20, Abs. 3, S. 13 (1984).

11) Vgl. oben Fußnote 6 sowie: Bundesgerichtshof, Urteil vom 14.2.1958, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ), 26, 349; Urteil vom 5. 3. 1963, BGHZ 39, 124.

12) Peter Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern-Stuttgart 1984.

RUGGERO J. ALDISERT

Grenzlinien: Die Schranken zulässiger richterlicher Rechtsschöpfung in Amerika*

Viele Dimensionen des Rechts sind erkennbar: Recht als Philosophie, Recht als Summe richterlicher Vorschriften und auch Recht als Methode, derartige Vorschriften zu formulieren.

Die Anerkennung der facettenreichen Natur des Rechts bildet die Grundlage für ein praktisches Verständnis des richterlichen Rechtsfindungsprozesses. Diese Facetten voneinander zu unterscheiden und dann die jeweilige Bedeutung festzustellen, die ihnen von einem bestimmten Gericht beigemessen wird, ist unverzichtbar um vorauszusagen, wie Gerichte tatsächlich entscheiden werden.

Nach Felix S. Cohen gibt es im Bereich des Rechts nur zwei bedeutsame Fragen: Wie Gerichte bestimmte Fälle tatsächlich entscheiden und wie sie sie entscheiden sollten. Es ist unmöglich, Gerichte davon zu überzeugen, wie sie Fälle entscheiden ***sollten***, bevor man nicht weiß, wie sie ***tatsächlich*** zu einer Entscheidung gelangen. Die Frage nach der Auffassung eines Gerichts zum Zweck des Rechts wird daher für den sorgfältigen Anwalt zu einer Notwendigkeit.

Die Schlußfolgerung, ein Gericht sei "ergebnisorientiert", braucht nicht so sehr eine formelhafte Bezeichnung zu sein - wie sie oft zu hören ist, wenn man mit dem Ergebnis nicht einverstanden ist - als eine Beschreibung dafür, daß ein Gericht gewissenhaft danach strebt, die Erwartungen und Ziele des Rechts selbst zu erfüllen. Gleichermaßen bedeutet die ständige Vorschriftentreue nicht, daß seine Mitglieder notwendigerweise Begriffsjuristen, Positivisten oder Benutzer von Rechtsprechungsautomaten sind.

Die Tyrannei von Etikettierungen muß vermieden werden, und eine Bewertung eines Gerichts muß leidenschaftslos erfolgen. Eine strukturierte Untersuchung der Frage, wie Gerichte Fälle entscheiden, ist kein Problem für automatisierte Datenbeschaffung, noch eine Übung zum intellektuellen Vergnügen oder zum Zweck bloßer Beschreibung. Sie sollte die ausdrückliche Bemühung beinhalten, das Ausmaß zu bestim-

*Aus dem Amerikanischen übersetzt von Adelheid Puttler, Akad. Rätin a.Z.

men, in dem die vielen Facetten des Rechts durch ein bestimmtes Gericht in einem bestimmten Regelungsbereich zu einer bestimmten Zeit erkannt und bewertet werden. Der Richter, der sagt: "Dies ist leider Sache des Gesetzgebers", übermittelt eine Botschaft. Meine Ausführungen heute mögen dazu beitragen, diese geheimnisvolle Sprache zu entschlüsseln, denn wir nähern uns jetzt der Frage nach dem Richter als Rechtsschöpfer.

Wenigstens drei Theorien zur richterlichen Rechtsschöpfung können unterschieden werden:

1. Richter schaffen kein Recht, sie setzen kein Recht, sie entdecken es nur und wenden an, was immer schon vorhanden war.

2. Richter können Recht schöpfen und tun dies auch in Bereichen, die nicht von vorangegangenen Entscheidungen abgedeckt sind, aber sie können vorhandenes Recht nicht aufheben; sie können noch nicht einmal eine vorhandene Regel des Richterrechts abändern.

3. Richter können neues Recht schöpfen und tun dies auch. Sie können bestehendes Recht aufheben und heben es auf, d.h. das Recht, das von ihnen selbst oder von anderen Gerichten vor ihnen geschaffen wurde.

Bischof Hoadley sagte in seiner Rede vor dem englischen König: "Nein, wer auch immer eine absolute Befugnis zur Auslegung allen geschriebenen oder gesprochenen Rechts besitzt, ist in jeder Hinsicht und für jeden Zweck der wahre Gesetzgeber und nicht derjenige, der ursprünglich das Recht geschrieben oder gesprochen hat."

Neuere Erkenntnisse scheinen sich weit entfernt zu haben von Francis Bacons Warnung: "Richter sollten sich daran erinnern, daß ***ius dicere*** und nicht ***ius dare*** ihr Amt ist, Recht auszulegen und nicht zu schaffen oder zu geben." Die Ausübung richterlicher Macht zur Rechtsschöpfung kann die Trennung der Gewalten auf örtlicher, einzelstaatlicher und gesamtstaatlicher Ebene berühren und dadurch grundlegende Fragen politischer Hoheitsgewalt aufwerfen. Richter und Gerichte werden oft als konservativ oder liberal, als Befürworter einer engen Auslegung oder Aktivisten kategorisiert. Auch wenn eine aussagekräftige Definition dieser Bezeichnungen möglich wäre, würde eine sorgfältige Beurteilung der Frage, wie ein bestimmter Richter seine Rolle als Rechtsschöpfer sieht, einen besseren Einblick in seine rechtsphilosophische

Haltung geben als die Zuflucht zu Attributen von fragwürdiger Begrifflichkeit.

Die ***rechtsphilosophische*** Einstellung kann daher wichtiger sein als die vertrautere Charakterisierung der ***richterlichen*** Haltung. Die Bereitschaft eines Richters, richterliche Rechtsschöpfung zu betreiben, dürfte nicht einhergehen mit einem Bewußtsein von Schranken und schwach ausgeprägter Originalität und schöpferischer Neigung. Ebensowenig dürfte die Bereitschaft eines Richters, ganz auf Präjudizien zu vertrauen, mit einer Billigung der Auffassung von Professor Harry W. Jones einhergehen, wonach eine gute Rechtsregel bemessen wird nach dem Umfang ihres Beitrags zu "der Schaffung und Erhaltung einer sozialen Umwelt, in der ... die Qualität des menschlichen Lebens in immer besserer Weise und unbeeinträchtigt erlebt werden kann."

Frühe englische Ansichten, daß Richter kein Recht schöpfen, wurden in den Vereinigten Staaten in der Mitte des 19. Jahrhunderts aufgenommen als in ***Swift v. Tyson*** [1] der Supreme Court feststellte: "Im normalen Sprachgebrauch wird kaum behauptet, daß die Gerichtsentscheidungen Recht aufstellen. Sie erbringen höchstens den Nachweis für das, was Recht ist, und sind nicht selbst Recht." Aber diese Ansichten blieben nicht ohne gewichtige Kritik.

Es hätte einiger Überredungskunst bedurft, einen aktiven englischen Praktiker zu überzeugen, daß die Regelung von Angebot und Annahme, von Verschuldenshaftung, haftungsausschließendem Mitverschulden, von Ursache im Rechtssinne, Vorhersehbarkeit und ähnlichem kein Recht seien, weil sie von den Gerichten und nicht vom Parlament geschaffen wurden.

Erst seit kurzer Zeit hat sich die Diskussion weg vom Essay des Philosophen und dem Artikel in der juristischen Fachzeitschrift hin zur Zeitung und zur Tribüne der Politik bewegt. Erst als die Gerichte dem Vierzehnten Amendment neues Leben gaben und begannen, vom Juristenrecht zum Öffentlichkeitsrecht überzugehen, wurde die Öffentlichkeit aufmerksam auf Schlagworte wie "Gewaltenteilung" und man forderte sie auf, Sozialkundebücher aus der Junior High School wieder auszugraben, in denen auf simple Weise gelehrt wird, daß die Legislative Recht schöpfe, die Exekutive es ausführe und die Gerichte es lediglich auslegten.

Wenn ein einzelstaatliches Gericht das Recht der Produzentenhaftung ändert, die Haftungsfreiheit der öffentlichen Hand oder die im

Verhältnis zwischen Einzelstaaten bestehende Haftungsfreiheit abschafft, die Berufung auf mangelnde Haftung wegen Geisteskrankheit zurückweist oder das Ausmaß der Exkulpation bei Verträgen, die auf Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruhen, einschränkt, werden seine Aktionen selten als "undemokratisch" angegriffen.

Erst seit der Supreme Court in den sechziger Jahren mit der selektiven Einbeziehung der Bill of Rights durch das Vierzehnte Amendment begann und damit die Einzelstaaten dazu anhielt, mehr Verantwortung ihren Bürgern gegenüber zu zeigen, erlebten wir hitzige öffentliche Diskussionen über die rechtsphilosophische Einstellung unserer Richter und fingen damit an, sie unterschiedlich als Aktivisten, Befürworter einer engen Auslegung, Liberale und Konservative zu klassifizieren.

Merkwürdigerweise begann die richterliche Einmischung in die politischen Gewalten der Legislative und Exekutive nicht in den sechziger Jahren. Schon 14 Jahre nach der Annahme der Verfassung wurde der traditionellen Rolle der Rechtsprechung als Common Law Streitschlichter eine neue Dimension hinzugefügt.

Die Entscheidungen ***Marbury v. Madison*** [2] und ***Martin v. Hunter's Lessee*** [3] begründeten die Rolle des Supreme Court als Interpret der Verfassung - eine bedeutsame Ausweitung der richterlichen Rolle über das traditionelle Bild des Streitschlichters hinaus. Wir haben gesehen, wie der Supreme Court und andere Gerichte ihre interpretierende Funktion über die Jahre hinweg seit jenen entscheidenden Urteilen weiter entwickelt haben.

Die moderne amerikanische Rechtsphilosophie erkennt an, daß der Richter Recht schöpfen kann und in der Tat Recht schöpfen muß, genauso wie er Recht anwenden kann und muß. Wäre es anders, gäbe es wenig Raum für die Anwendung von Gemeinwohlerwägungen als Instrument richterlicher Rechtsfindung.

Doch es gibt Grenzen. Im Jahre 1917 mahnte Holmes: "Ich erkenne, ohne zu zögern, an, daß Richter Recht setzen können und müssen, aber sie können dies nur in Zwischenräumen tun. Sie sind nicht zu molaren, sondern nur zu molekularen Bewegungen befugt. Ein Common Law Richter könnte nicht sagen, ich halte die Lehre von der symbolischen Gegenleistung (doctrine of consideration) für überlebten Unsinn und werde sie in meinem Gericht nicht anwenden."

Trotz der Scheu von Richtern und Politikwissenschaftlern es zuzugeben, ist es eine klare Tatsache, wenn Professor Robert A. Leflar formuliert: "Wir wissen, daß Gerichte Recht schöpfen, daß sie tatsächlich das meiste Recht geschaffen haben, das wir besitzen. Auf diese Weise ist Common Law schon immer entstanden ...". Sir Rupert Cross, der Mellish, L.S., zitiert, gibt an, daß es in England nicht anders gewesen sei: "Die Gesamtheit der Equity-Regeln und neun Zehntel des Common Law sind in der Tat Richterrecht."

Was die richterliche Rechtsschöpfung betrifft, glaube ich jedoch, daß klar definierte Züge dessen, was ich rechtsphilosophisches Temperament nenne, bestimmt werden können, obgleich sie nicht leicht nachweisbar sind. Im Grunde hat dieser juristische Charakterzug zu einem großen Teil "politische" Qualität, und hier benütze ich das Wort "politisch" in seinem besten Sinne, wie im Begriff politische Wissenschaften. Es handelt sich um einen Charakterzug, der am besten von Richter Walter V. Schaeffer beschrieben wurde:

"Das Meiste hängt von der unausgesprochenen Vorstellung ab, die der Richter von der Funktion seines Gerichts hat. Wenn er die Rolle des Gerichts als passive sieht, wird er geneigt sein, die Verantwortung für Änderungen abzugeben, und er wird sich nicht groß darum kümmern, ob die abgegebene Befugnis ausgeübt wird oder nicht. Wenn er das Gericht als ein Werkzeug der Gesellschaft ansieht, das dazu bestimmt ist, in seinen Entscheidungen die Wertvorstellungen der Gemeinschaft widerzuspiegeln, wird er wahrscheinlich eher Präjudizien kritisch gegenübertreten und sie an den Idealen und den Erwartungen seiner Zeit messen."

In den Gerichtszweigen, in denen Richter gewählt werden - und das ist in den meisten Einzelstaaten der Fall -, hielte ich eine Berücksichtigung der rechtsphilosophischen Einstellung für eine legitime und wertvolle Frage der Wähler.

Dort, wo Richter ernannt werden - wie im Fall der Bundesrichter -, sollte die ernennende Behörde dieser Frage nachgehen. Natürlich wird eine solche Bewertung davon abhängen, welche Vorstellung von der Funktion des Gerichts die Wählerschaft, die ernennende Behörde oder andere Beteiligte an dem Auswahlprozeß haben, wie etwa die Mitglieder verschiedener Ausschüsse auf einzelstaatlicher und nationaler Ebene (State and Federal Merit Commissions for Trial and Appellate Judges) und die Mitglieder des bedeutsamen Justizausschusses der Amerikanischen Anwaltsvereinigung (Judiciary Committee of the American Bar Association).

Schranken

Darüber hinaus sollte jedoch bestimmt werden, welche Schranken, wenn überhaupt, der richterlichen Rechtsschöpfung gezogen werden sollen.

Eindeutig helfen die ehrwürdigen Formulierungen von Holmes, - Rechtsschöpfung in Zwischenräumen - und Cardozo - Lückenfüllung - heute nicht mehr weiter und sie waren in der Tat nie besonders exakt. Cardozos Entscheidung in der Sache ***McPherson v. Buick Motor Co.*** [4] ging weit über bloße Lückenfüllung hinaus und die Hauptakzente in Holmes ***"Path of the Law"*** [5] betrafen eher den molaren als den molekularen Bereich. Wenn ein Gericht die Lehre vom haftungsausschließenden Mitverschulden zugunsten einer Lehre vom haftungsmindernden Mitverschulden aufgibt, wenn es eine uneingeschränkte Produzentenhaftung annimmt und damit Regeln über die Fahrlässigkeit über Bord wirft, wie es in 40 Gerichtsbezirken zwischen 1966 und 1979 der Fall war, oder wenn ein Gericht die Immunität von Hoheitsträgern abschafft oder das Kollisionsrecht revolutionär verändert, wie es praktisch alle unsere Gerichte seit 1954 getan haben, können wir kaum die kühne Behauptung aufstellen, daß es heutzutage klare Schranken für richterliche Rechtsschöpfung gebe. Ich glaube eher, wir sollten offen anhand einer neuen Reihe von Prämissen vorgehen.

Hierzu sollten gehören:

- Die Legislative ist vorrangige Quelle der Rechtsschöpfung.

- Rechtsschöpfung ist legitimes Attribut der streitschlichtenden Aufgabe eines Gerichts.

- Soweit die Legislative nicht ausdrücklich gehandelt hat, bestehen die einzigen Schranken der richterlichen Rechtsschöpfung in den Grenzen, die die Verfassung setzt.

- Wegen der Bedürfnisse einer organisierten Gemeinschaft ist es wünschenswert, dem ***Verfahren*** richterlicher Rechtsfindung Beschränkungen aufzuerlegen, aber nicht hinsichtlich des ***Gegenstandsbereichs*** richterlicher Entscheidungen.

Weite Teile rechtsphilosophischer Literatur stützen die rechtsschöpferische Funktion der Gerichte, die in der Common Law Tradition arbeiten. Es scheint keine Grenzen für die Abänderung früher ergangenen Richterrechts zu geben, denn wir haben Cardozos Behauptung akzeptiert, daß "eine Regel, die ursprünglich eine Schöpfung der Gerichte selbst war und die zum Zeitpunkt ihrer Schaffung die Wertvorstellungen jener Zeit ausdrücken sollte, von den Gerichten aufgehoben werden kann, wenn sich die Wertvorstellungen so geändert haben, daß ein Beharren auf der Regel das soziale Gewissen verletzen würde ... Dies ist kein unberechtigter Eingriff, nicht einmal eine Neuerung. Es ist für uns die Inanspruchnahme derselben Befugnis zur Rechtsschöpfung, durch deren Ausübung die Richter in der Vergangenheit das Common Law aufgebaut haben."

Damit wird anerkannt, daß "das Common Law in seiner ewigen Jugend wächst, um den Anforderungen der Gesellschaft zu begegnen". Auf der Ebene der Berufungsgerichte spiegelt sich dieses Wachstum des Rechts wider in der Aufhebung bisher bindender Präjudizien, im Aufstellen einer neuen Rechtsregel oder im Ausweiten einer neuen Vorschrift, um einen neuartigen Sachverhalt zu erfassen. All dies ist allgemein anerkannte richterliche Rechtsschöpfung.

Trotz dieser grundsätzlichen Übereinstimmung wird von einem gewichtigen Teil der Lehre argumentiert, daß in einer repräsentativen Demokratie die Befugnis zur Rechtsschöpfung nicht auf Richter ausgedehnt werden, sondern auf die Volksvertreter beschränkt bleiben sollte, die den Wählern offen verantwortlich sind. Oberflächlich betrachtet ist das Argument überzeugend. Seine Hauptprämisse ist ein ansprechendes Argumentieren mit dem Willen des Volkes: Das Volk, also jene, die am meisten von der Verkündung von Recht betroffen sind, sollten das Recht haben, das Abstimmungsverhalten des Rechtsschöpfers alle zwei, vier oder sechs Jahre zu billigen oder abzulehnen.

Die Argumentation wird dahingehend weitergeführt, daß eine Kontrolle des Volkes über Richterrecht praktisch nicht existent ist. Nicht existent, weil erstens die Subtilität von Richterrecht nicht leicht von Laien durchschaut werden kann; und zweitens, selbst wenn die Öffentlichkeit das Ausmaß von Richterrecht erfassen könnte, sind die Amtszeiten von Richtern länger als jene der Parlamentarier und je mehr Zeit verstreicht, desto geringer wird die Möglichkeit, rechtzeitig und wirkungsvoll einzugreifen. Außerdem werden alle Bundesrichter ernannt und nicht gewählt, ebenso wie die Richter staatlicher Gerichte in Kalifornien, Connecticut, Maine, New Hampshire, New Jersey, Rhode Island, South Carolina und Virginia.

Aber es gibt in der Tat auch eine andere Seite. Politisch verantwortungsbewußte Gesetzgebungsorgane - auf gesamtstaatlicher oder einzelstaatlicher Ebene - haben die Befugnis, Richterrecht aufzuheben. Drei Fälle illustrieren dies auf dramatische Weise. Bei allen ging es um die althergebrachte Rechtsauffassung, daß eine Person, der fahrlässig von einem Bediensteten örtlicher oder staatlicher Hoheitsträger Schaden zugefügt worden war, den Hoheitsträger nicht auf Schadenersatz verklagen konnte, eine Auffassung die auf dem alten englischen Sprichwort beruhte: "The king can do no wrong." Ein staatlicher Lastwagen mochte unachtsam die Autobahn dahinrasen und man konnte den Staat nicht verklagen, wenn der Lastwagenfahrer einen selbst, den Wagen und die Familie zusammenfuhr. Nachdem Richter Samuel J. Roberts die ***Mayle***-Entscheidung [6] im Jahre 1976 geschrieben hatte, die in Pennsylvania die Haftungsfreiheit der öffentlichen Hand in Fällen unerlaubter Handlung abschaffte, handelte der Gesetzgeber binnen zwei Monaten und schränkte die rechtsverbindliche Wirkung der tragenden Entscheidungsgründe des Gerichts ein. 1959 schaffte ein Gericht in Illinois die Haftungsfreiheit örtlicher Behörden im ***Molitor***-Fall [7] ab, in dem ein Fahrer eines Schulbusses durch unachtsames Verhalten Kindern, die in seinem Bus zur Schule fuhren, Schaden zugefügt hatte. Die Legislative von Illinois sah sich zum Handeln veranlaßt und führte die alte Regelung wieder ein. 1961 wurde in Kalifornien das alte Immunitätsrecht im ***Muskopf***-Fall [8] aufgehoben. Dies gab Anlaß zu einer umfassenden Untersuchung und führte schließlich zu einer Gesetzesreform im Jahre 1963.

Die Auffassung, daß richterliche Rechtsschöpfung undemokratisch sei, beruht auf Prämissen, die man vielleicht nicht sofort versteht. Man muß sich klar machen, daß unsere politischen Institutionen auf anderen Traditionen beruhen.

Noch heute geben manche in den Vereinigten Staaten der Verfassung die Bedeutung, die ihr von Präsidenten, dem Kongreß oder den Gesetzgebungsorganen der Einzelstaaten beigemessen wird. Sie führen an, daß Wahlen den Verlauf der Verfassungsentwicklung bestimmen können, ebenso wie auf dem Kontinent in den Systemen, in denen alle Macht beim Parlament liegt.

Aber die Verfassung sieht in den Vereinigten Staaten keine parlamentarische Regierungsform vor und es ist wesentlich, daß wir alle das verstehen. Sie sieht eine Regierungsform mit drei gleichberechtigten Zweigen vor: Die Exekutive, die Legislative und die Judikative. Versuche, von der Auffassung auszugehen, daß "Gesetzgeber Recht

setzen und Gerichte dies nie tun", laufen der grundlegenden Erfahrung unseres politischen Ursprungs zuwider. Eugene V. Rostow hat es unverblümt ausgedrückt: "Versuche, das amerikanische Regierungssystem aus einer parlamentarischen Perspektive zu interpretieren, enden in Verwirrung oder Absurdität."

Es läuft auf folgendes hinaus: Zu behaupten, daß keine Gesellschaft demokratisch sein kann, wenn ihre Legislative nicht vollkommene souveräne Macht besitzt, ist eine überzogene Vereinfachung. Die soziale Qualität von Demokratie kann nicht durch solch eine starre Formel erfaßt werden, denn es kann nur wenig Zweifel darüber geben, was unseren Gründungsvätern vorschwebte. Sie wollten, daß die richterliche Nachprüfungsbefugnis und deren freie Ausübung durch die Gerichte in der Common Law Tradition in unser Regierungssystem eingebettet werden sollten. Die "Federalist Papers" sind eindeutig. Die Debatten in der verfassungsgebenden Versammlung sind so klar, wie Debatten nur sein können. Die Bewohner der Kolonien waren an die richterliche Auslegung der aus den kolonialen Statuten abgeleiteten Befugnis gewöhnt. Wie Hamilton sagte, läßt sich aus der Verfassungsinterpretation durch Gerichte nicht

"auf jeden Fall auf einen Vorrang der richterlichen vor der legislativen Macht schließen. Sie setzt nur voraus, daß die Macht des Volkes über der Macht beider Gewalten steht und daß da, wo der Wille der Legislative, wie er in ihren Gesetzen zum Ausdruck kommt, im Gegensatz zu dem des Volkes steht, wie er in der Verfassung zum Ausdruck kommt, die Richter sich von letzterem und nicht von ersterem leiten lassen sollten. Sie sollten ihre Entscheidungen nach den grundlegenden Rechtsnormen ausrichten und nicht nach jenen, die nicht grundlegend sind."

Modell

Ich glaube, daß diesen Bedenken durch den Aufbau eines Modells für die richterliche Rechtsschöpfung Rechnung getragen werden kann, das bestimmte philosophische Grundlagen einbezieht, die verschiedentlich von Ronald Dworkin, Harry H. Wellington und Herbert Wechsler vorgetragen worden sind, ein Modell der Entscheidungsfindung, das eine Entscheidung von jeglichem ***obiter dictum*** befreit und sie auf eine eng gefaßte Regel begrenzt, die detaillierte Rechtsfolgen vorsieht für einen detaillierten Sachverhalt, der die Rechte von Parteien berührt, die vor Gericht erschienen sind und die Gelegenheit gehabt haben, sich auf die Rechte, auf die es bei der Entscheidung ankommt, zu berufen oder sich gegen sie zu verteidigen.

In dem Modell, das ich vorschlage, ist die richterliche Rechtsschöpfung nicht auf die Ausfüllung von rechtlichen Zwischenräumen und Lücken beschränkt; es spiegelt zutreffender die wahre Tradition des Common Law wider, nach der Rechtsregeln nicht nur gebildet, sondern auch geändert und durch anderslautende Urteile wieder aufgehoben werden.

Ich beginne mit dem Anerkenntnis, daß es systembedingte institutionelle Unterschiede zwischen gesetzgeberischen und richterlichen Entscheidungen im Stadium der Entscheidungsvorbereitung, im Prozeß der Entscheidungsfindung und in der Form der Entscheidung selbst gibt. Die Legislative hat weitreichende Befugnisse zur Sachverhaltsfeststellung, die es ihr ermöglichen, in schwierigen Sachverhaltssituationen frei zu ermitteln. Im Gegensatz dazu ist das Berufungsgericht - und das Berufungsgericht ist der eigentlich rechtsschöpferisch tätige Teil der Judikative - auf einen abgeschlossenen Bericht beschränkt, der sich auf Tatsachen stützt, die auf den Beweisen beruhen, die die jeweiligen Parteien vorgebracht haben. Die Mitglieder der Legislative sind nicht wie die Gerichte verpflichtet, ihre Entscheidungen in einem komplizierten, öffentlich festgelegten Entscheidungsfindungsprozeß zu treffen.

Im Gegensatz dazu enthalten richterliche Entscheidungen typischerweise begrenzte Anordnungen, z.B. daß der Beklagte Geld an den Kläger zahlen muß. Aber die Natur des richterlichen Entscheidungsfindungsprozesses ist trügerisch. Obgleich der Prozeß eine begrenzte Aktivität umfaßt, eine Funktion, die auf den bestimmten dem Gericht vorliegenden Sachverhalt beschränkt ist, ist die letztendliche Wirkung der Entscheidung nicht derart begrenzt.

Angenommen es gibt eine legitime Befugnis der Gerichte, Recht zu schöpfen, wo liegen die Grenzen? Die erste Begrenzung ist entscheidend.

Die Rechtsregel, die in den bindenden, tragenden Rechtsausführungen eines Urteils enthalten ist, muß ausschließlich auf den Sachverhalt, der dem Gericht vorliegt, beschränkt werden.

Eine Rechtsregel aufzustellen, die sich auf einen hypothetischen Sachverhalt bezieht, der über den im vorliegenden Fall streitigen hinaus geht, heißt, sich in den Bereich unzulässiger Rechtsschöpfung zu begeben. Und mit dieser Aussage verurteile ich daher als unzulässig und illegal viele attraktive Gerichtsentscheidungen in unserem Land heute.

Mein Modell für eine zulässige richterliche Rechtsschöpfung begrenzt daher die Entscheidung auf eine eng gefaßte Regel, die detaillierte Rechtsfolgen aufstellt für einen detaillierten Sachverhalt, der die Rechte von Parteien betrifft, die vor dem Gericht erschienen sind und die Gelegenheit gehabt haben, sich zu dem für die Entscheidung wesentlichen anspruchsbegründenden und anspruchsvernichtenden Vortrag zu äußern. Richterliche Rechtsschöpfung ist nicht auf die Ausfüllung von rechtlichen Zwischenräumen und Lücken beschränkt; sie spiegelt zutreffender die wahre Common Law Tradition wider, wonach nicht nur Rechtsregeln aufgestellt werden, sondern auch geändert und durch nachfolgende entgegengesetzte Entscheidungen wieder aufgehoben werden können. Aber mein Modell würde ganz klar eine allzuweit ausgreifende Entscheidung, wie den Fall ***Webb v. Zern*** [9] in Pennsylvania, ausschließen, in der das Gericht Bestimmungen des Restatement of Torts, Section 402 A (1) aufführte:

"Derjenige, der irgendwelche Produkte verkauft, die sich in einem schadhaften Zustand befinden, und den Verbraucher oder dessen Eigentum dadurch unverhältnismäßigen Gefahren aussetzen, haftet für materielle Schäden, die dadurch dem Letztverbraucher oder seinem Eigentum entstehen."

Das Gericht führte dann aus: "Wir erklären hiermit die oben genannte Formulierung zum im Staate Pennsylvania geltenden Recht." Der Fehler, den ich hierin sehe, ist grundlegend. Zur Entscheidung vor dem Gericht stand nicht, und konnte auch nicht stehen, die weite Kategorie von "irgendwelchen Produkten, die sich in einem schadhaften Zustand befinden". Vielmehr hatte das Gericht nur über eine recht simple Begebenheit zu entscheiden. Webb kaufte ein kleines Faß Bier von Zern, einem Bierhändler. Webbs Bruder zapfte das Fäßchen an und entnahm ungefähr eine Gallone Bier. Später an jenem Abend, als Webb den Raum betrat, wo daß Faß aufgestellt worden war, explodierte das Faß, bespritzte Webb mit Bier und verursachte noch weitere Schäden. Das Gericht in Pennsylvania hätte zutreffend der Brauerei eine Haftung auferlegen können aus den ***Gründen***, die im Restatement Section 402 A (1) niedergelegt sind. Es hatte die juristische Befugnis, den begrenzten Fall des explodierenden Bierfasses zu entscheiden: Es hatte nicht die Befugnis, eine Regel aufzustellen, die auf "irgendwelche Produkte" anzuwenden wäre. Nur ein Gesetzgeber hat diese Befugnis, ein Gericht nicht. Das Gericht von Pennsylvania entschied nicht nur den ihm vorliegenden Sachverhalt, sondern verkündete einen Rechtsgrundsatz, der unzählige Sachverhalte betreffen würde mit hunderten möglicher Parteien, denen die Gelegenheit

verwehrt wäre, vor Gericht gehört oder vertreten zu werden. Mein Modell würde auch mit ähnlichen Entscheidungen in etwa 39 anderen Gerichtsbezirken aufräumen, in denen dasselbe dadurch geschah, daß kurzerhand die Formulierung der Section 402 A zum "Recht dieses Staates" erklärt wurde.

Ich unterstütze sehr die großartige Arbeit, die vom American Law Institute beim Aufstellen der Restatements of the Law und verschiedener Modellgesetze geleistet wird. Aber diese Unterstützung geht nicht so weit anzunehmen, ein Gericht habe die Befugnis, einen bestimmten Paragraphen des Restatement zum Recht eines Gerichtsbezirks zu erklären. Für mich ist das unzulässige richterliche Rechtsschöpfung. Das American Law Institute besteht aus einer herausragenden Gruppe von Wissenschaftlern, Rechtsanwälten und Richtern, aber sie wurden niemals gewählt, noch sind sie irgendeinem Teil der Wählerschaft verantwortlich. Zudem würde kein führendes Mitglied des Institutes ein System der Herrschaft durch Philosophenkönige befürworten.

Für ein Gericht ist es außerordentlich wertvoll und legitim, die Ausführungen eines bestimmten Restatements als Rechtfertigung für eine eng begrenzte Rechtsregel heranzuziehen, die eine bestimmte Rechtsfolge für einen bestimmten Sachverhalt vorsieht. Aber ich sehe einen großen Unterschied zwischen der Heranziehung rechtlicher Ausführungen in einer Entscheidung, die nicht Gesetzeskraft besitzt, und dem Aufstellen tragender Entscheidungsgründe, denen diese Kraft zukommt. Ich wäre wahrscheinlich in der Sache ***Webb v. Zern*** zum selben Ergebnis gekommen, indem ich die Grundgedanken, auf denen Section 402 A beruht, aufgegriffen und die tragenden Entscheidungsgründe auf den vorliegenden Sachverhalt beschränkt hätte. Die Entwicklung des Rechts hinsichtlich ähnlicher oder identischer Sachverhaltssituationen hätte ich der Bindungswirkung von Präjudizien (doctrine of stare decisis) überlassen. Wenn ein Gericht forsch erklärt: "Wir übernehmen das Restatement", dringt es in den Zuständigkeitsbereich der Legislative ein. Und dort geraten Gerichte in Schwierigkeiten. Nur für einen Rechtsbezirk in Amerika gilt eine Besonderheit. Die Legislative der U.S. Virgin Islands hat das folgende Gesetz verabschiedet:

"Die Regeln des Common Law, die in den Restatements of the Law niedergelegt und vom American Law Institute gebilligt sind, und die Regeln des Common Law, die dort nicht niedergelegt sind, jedoch in den Vereinigten Staaten allgemein anerkannt und angewendet werden, sind in den Fällen, auf die sie sich beziehen, die vor den Gerichten der Virgin Islands maßgeblichen Regeln, soweit kein örtliches Recht entgegensteht."

Daher bilden die Virgin Islands den einzigen Rechtsbezirk der Vereinigten Staaten, in dem die Befugnis besteht, das Restatement unmittelbar als materielles Recht anzuwenden. Dies ist so, weil der Gesetzgeber es bestimmt hat, nicht aber die Gerichte.

Dies zeigt den Unterschied zwischen der Entscheidung eines Falles auf der Grundlage subjektiver Rechte der im Streitfall betroffenen Individuen oder Gruppen und der Entscheidung eines Falles unter Verkündung kollektiver Gemeinschaftsziele.

Ich halte Ronald Dworkins Theorien für sehr attraktiv, obwohl ich mit seinen Bezeichnungen "principle" und "policy" nicht übereinstimme. Ich finde sie etwas unglücklich gewählt und sie tragen möglicherweise dazu bei, die wahre Dichotomie zu verschleiern. Da sich das Argumentieren mit Rechtsgrundsätzen auf Einzelrechte stützt, dürfte es vorzuziehen sein, dies als Modell der Einzelrechte mit Grundsatzcharakter ("principled rights" model) zu bezeichnen. Außerdem basieren viele ***Rechte*** von Parteien auf einer legitimen Berufung auf ***Gemeinwohl***erwägungen.

In Rechtfertigungen, die sich auf Rechtsprinzipien stützen, wird argumentiert, daß eine bestimmte Rechtsregel notwendig sei, um ein subjektives Recht zu schützen, das einer Person oder Gruppe gegenüber anderen oder gegenüber der Gesellschaft oder dem Staat als ganzem zusteht. Zum Beispiel können Antidiskriminierungsgesetze, wie Verbote, bei der Einstellung von Arbeitskräften oder bei der Überlassung von Wohnraum Bewerber zu bevorzugen, mit auf Rechtsprinzipien gestützten Begründungen gerechtfertigt werden. Es ist elementar, daß Individuen in unserer Gesellschaft das Recht haben, bei der Verteilung solch lebenswichtiger Güter nicht deshalb Nachteile erleiden zu müssen, weil ihre Rasse anderen zufällig mißfällt.

In Gemeinwohlerwägungen wird andererseits argumentiert, eine bestimmte Rechtsregel sei wünschenswert, weil die Regel dem allgemeinen Interesse, d.h. dem Nutzen der Gesellschaft als ganzer dienen wird. Regierungssubventionen für Bauern oder die Luftfahrtindustrie können gerechtfertigt werden, und zwar nicht mit der Begründung, daß diese Bauern oder diese Hersteller von Flugzeugen ein Recht auf eine Sonderbehandlung besäßen, sondern weil angenommen wird, daß ihre

Subventionierung den wirtschaftlichen Wohlstand der Gemeinschaft als ganzer anheben wird.

Natürlich kann eine bestimmte Rechtsregel mit beiden Arten von Argumenten gerechtfertigt werden. Es kann z.B. zutreffen, daß sehr arme Menschen einerseits ein Persönlichkeitsrecht auf kostenlose medizinische Behandlung haben und daß ihre kostenlose Behandlung andererseits dem Interesse der Allgemeinheit an widerstandsfähigeren und gesünderen Arbeitskräften dienen wird. Es können noch zahlreiche weitere Beispiele angeführt werden. Aber ich glaube, daß die Dichotomie Dworkins eine ausgezeichnete Richtschnur dafür liefert, wo die generellen Grenzlinien zwischen richterlicher und gesetzgeberischer Rechtsschöpfung gezogen werden sollte.

Ein Beispiel für eine Begründung, die sich eher auf eine gemeinschaftliche Zielvorstellung und nicht auf ein Einzelrecht mit Grundsatzcharakter stützt, ist Richter Traynors Ausführung in der Entscheidung aus dem Jahre 1944, in der zum ersten Mal die strikte Produzentenhaftung befürwortet wird:

"Es liegt im öffentlichen Interesse, den Vertrieb von Produkten zu verhindern, die so fehlerhaft sind, daß sie eine Bedrohung für die Öffentlichkeit darstellen."

Damit komme ich zu Dean Harry H. Wellingtons nachdenklicher Bemerkung, "daß, wenn ein Gericht eine Regel des Common Law (im Unterschied zu einer Gesetzes- oder Verfassungsbestimmung) mit Gemeinwohlerwägungen rechtfertigt, es nur dann einen anerkannt legitimen Weg geht, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Die Gemeinwohlerwägung muß allgemein als sozial wünschenswerte Politik anerkannt und sie muß relativ neutral sein."

Wie darf, ja wie kann ein Gericht bestimmen, ob eine Politik sozial wünschenswert ist? Wellington empfiehlt, daß es zunächst "die Gesamtheit des bestehenden Rechts - Gerichtsentscheidungen, Akte des Gesetzgebers und Verfassungsnormen - (betrachtet), um zu bestimmen, ob wichtige politische Grundsätze auch rechtliche Anerkennung gefunden haben ... bei der Bestimmung des Ausmaßes der sozialen Erwünschtheit einer Politik sollte ein Gericht solche Dinge wie Parteiprogramme untersuchen und - zu diesem Zweck - Wahlkampfversprechen und politische Reden ernst nehmen. Die Massenmedien sind ebenso wie Meinungsumfragen Quellen für Hinweise. Bücher und Aufsätze in Fachzeitschriften, Anhörungen und Berichte der Legislative

sowie die Berichte von Sonderausschüssen und Instituten liefern alle ebenfalls Hinweise."

Vielleicht ist eine weitergehende Untersuchung dieser Faktoren notwendig, denn ich glaube, daß sie wichtig sind, wenn wir das Modell der Einzelrechte mit Grundsatzcharakter (principled rights model) verstehen wollen. Aber noch bevor wir diesen Überblick geben, ist es notwendig, die ***conditio sine qua non*** der richterlichen Rechtsschöpfung aufzuzeigen - die Bedingung der Neutralität, ein Ausdruck, den Herbert Wechsler berühmt gemacht hat. Diese Bedingung fordert, daß ein Richter, der absichtlich aus dem Spiel der politischen Interessengruppen durch die Struktur des amerikanischen Regierungssystems herausgehalten wird, Regeln nicht dadurch rechtfertigt, daß er Forderungen einer Interessengruppe zum Nachteil einer anderen Interessengruppe, die nicht Partei des Rechtsstreits ist, nachkommt.

Diese These Wechslers ist kürzlich zusammengefaßt worden: Richter müssen alle Fragen eines Falles auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsprinzipien entscheiden, die rechtlich relevant sind. Die Rechtsprinzipien müssen so sein, daß die Richter bereit wären, sie auch in anderen Situationen, auf die sie passen, anzuwenden; außerdem sollten diese Prinzipien in den tragenden Entscheidungsgründen vollständig dargelegt werden.

Von Wellington und Wechsler erfahren wir, daß Kern der Neutralität die Unparteilichkeit ist, d.h. es wird anerkannt, daß, welchen Einfluß auch immer Sonderinteressen auf eine gesetzgeberische Entscheidung haben mögen, in einer unparteiischen richterlichen Entscheidung kein Raum dafür ist, bestimmten Gruppen besondere Lasten aufzubürden oder Vorteile zu gewähren, es sei denn, es gäbe dafür besondere, verallgemeinerungsfähige Gründe. Die Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung von Sonderinteressen ist allgemein der Legislative vorbehalten; Gesetze sind das Ergebnis einer Vielzahl kleiner Änderungen und Kompromisse zwischen verschiedenen nur teilweise unabhängigen Gruppen. Politik ist die Kunst des Möglichen; Gesetzgebung ist die Wissenschaft von der Anpassung. Das Mögliche wird durch die Wahlurne bestimmt; im Anpassungsprozeß können Belange "Unschuldiger" kompensiert werden. Die Judikative unterliegt weder dieser Begrenzung noch steht ihr die Gestaltungsfreiheit der Legislative zu.

Daher läuft mein Common Law Modell auf folgendes hinaus: Für die zulässige richterliche Rechtsschöpfung gibt es keine ausdrücklichen Grenzen, solange die Gerichte innerhalb der Schranken bleiben, die

die Verfassung und die ursprünglich durch richterliche Kreativität geschaffenen Rechtsregeln setzen. Ich beschränke die Form richterlicher Entscheidung nicht auf eine Aktivität in Zwischenräumen, noch verweise ich das Gericht auf die Rolle, Lücken zu füllen.

Klare Beschränkungen sind jedoch dem Prozeß der Entscheidungsfindung auferlegt. Die Judikative ist nicht wie die Legislative frei, einen Fall nur zu entscheiden, um der staatlichen Gemeinschaft zu nützen oder um ein gemeinsames Ziel der Gesellschaft als ganzer voranzubringen oder zu schützen. Dieser Prozeß der Rechtsschöpfung bleibt der Legislative vorbehalten und stellt das von mir sogenannte "Gemeinschaftsziel"-Modell ("collective goal" model) der Rechtsschöpfung dar.

Aber die Judikative ist frei, sich voll und ganz an dem von mir sogenannten Modell der Einzelrechte mit Grundsatzcharakter ("principled rights" model) zu beteiligen, solange die folgenden zwingenden Verfahrensregeln genau beachtet werden. Erstens darf ein Gericht nur über die Rechte der Individuen und Gruppen entscheiden, die vor ihm erschienen sind und die Gelegenheit gehabt haben, individuelle, soziale oder öffentliche Interessen hinsichtlich des Gegenstands des Verfahrens geltend zu machen. Die Judikative darf Forderungen nicht nachkommen, die Individuen oder Gruppen, die nicht Parteien des Rechtsstreits und daher im Rechtssinne Unbeteiligte sind, benachteiligen könnten. Zweitens muß die Entscheidung auf anerkannten Rechtsprinzipien oder auf einer Begründung beruhen, die sich auf Rechtfertigungsprinzipien der Moral, Gerechtigkeit, sozialer Erwägungen oder des gesunden Menschenverstandes stützt. Insoweit muß sie den Forderungen Wechslers nachkommen, "daß sie tatsächlich auf Einzelrechten mit Grundsatzcharakter beruht, jeden Schritt durchführt, der dazu verhilft, eine Entscheidung auf eine Analyse hin und auf Gründen beruhend zu treffen, die über das augenblicklich erzielte Ergebnis hinausreichen." "Eine Entscheidung kann kurz gesagt auf Einzelrechten mit Grundsatzcharakter aufgebaut und falsch sein ... sie kann nicht derartige Rechtsnormen außer acht lassen und richtig sein." Drittens muß jede Bestimmung des Gemeinwohls sich auf Wertvorstellungen stützen, die sorgfältig abgeschätzt werden, um in all den gesellschaftlichen Gruppen akzeptiert werden zu können, die von der Entscheidung unmittelbar betroffen sind. Sie kann in zulässiger Weise nicht auf moralische Prinzipien oder Ideale gestützt werden, die von einem einzelnen Richter für maßgebend gehalten, aber nicht von einer beträchtlichen Anzahl von Mitgliedern der betroffenen Gruppe geteilt werden. Schließlich muß die Bestimmung

des Gemeinwohls einigermaßen wertneutral in dem Sinne geschehen, als dadurch nicht bestimmten Interessengruppen besondere Lasten aufgebürdet oder Vorteile gewährt werden, es sei denn, es gäbe dafür besondere, verallgemeinerungsfähige Gründe.

Professor Cornelius Murphy, Jr. (Duquesne University, Pittsburgh) hat den weisen Ausspruch getan: "Die Rechtsprechungsaufgabe höherer Instanzen muß begleitet sein von Erinnerung an die Vergangenheit und Voraussicht für die Zukunft."

Eine folgenorientierte Begründung blickt nach vorne und berücksichtigt die Folgen des Aufstellens einer Regel in der einen oder anderen Weise. Ich denke, daß dies sowohl ***legitim*** als auch ***notwendig*** in den achtziger Jahren ist. Einst wurde diese Vorgehensweise mit dem Pejorativ "ergebnisorientierte Rechtsprechung" bezeichnet. Es gab jene, die glaubten, daß "(o)ffensichtlich ein Prinzip, wenn es vernünftig ist, angewendet werden sollte, wo auch immer es logischerweise hinführt, ohne Bezug auf spätere Ergebnisse." [10] Aber die moderne Sicht scheint die unbedingte Treue zur Begriffsjurisprudenz abzulehnen; sie scheint abzulehnen die Befolgung "einer Maxime oder einer Definition unter hartnäckiger Vernachlässigung der Folgen in logischem aber extremen Ausmaß." [11]

Vor vielen Jahrzehnten waren Holmes, Pound und Cardozo Pioniere in der Verbreitung der Ansicht, daß die sozialen Folgen einer Gerichtsentscheidung legitime Erwägungen bei der Entscheidungsfindung darstellten. [12] Herabsetzende Kritik an der strengen ***Begriffsjurisprudenz***, der mechanischen Anwendung von Rechtsregeln, wurde in den vergangenen 50 Jahren nicht nur legitim, sondern auch modern in allen ausser einigen wenigen statischen Rechtsbereichen. Schon 1974 legte Professor Harry W. Jones elegant den neuen Geist vom Zweck des Rechts dar: "Eine Rechtsregel ist eine gute Regel ... soweit sie zum Aufbau und zur Erhaltung einer sozialen Umgebung beiträgt, in der die Qualität menschlichen Lebens in immer besserer Weise und unbeeinträchtigt erlebt werden kann." [13]

Den utilitarischen Zweck des Rechts innerhalb eines Rahmens von angemessener Vorhersehbarkeit und Stabilität zu erreichen, ist unser höchstes, wenn auch manchmal schwer faßbares Ziel. Es ist schwer faßbar, weil Richter sich tatsächlich in der Bewertung der politischen, ethischen, philosophischen, wirtschaftlichen und sozialen Erwägungen unterscheiden, die in den vielschichtigen Problemen, die den Gerichten vorliegen, enthalten sind. Wegen der Arten der Fälle, die zu uns

kommen, sehen sich Bundesrichter derartigen Werturteilen in größerem Ausmaß gegenüber als Richter, die hauptsächlich mit "Juristenrecht" zu tun haben. Die häufigen 5 : 4 Entscheidungen des United States Supreme Court und die 2 : 1 Entscheidungen im Third Circuit sind Hinweise für diese Unterschiede bei Werturteilen.

Aber damit es das gibt, was Holmes "Vorhersehbarkeit" im Recht und Llewellyn "Berechenbarkeit" nannten, muß es zur Übereinstimmung darin kommen, daß es keine unbeschränkten Werturteile unter Ausschöpfung des Bestandes an folgenorientierten Wahlmöglichkeiten geben sollte. Vorausgesetzt, daß in den Arten von Fällen, denen sich die Bundesgerichte gegenüberstehen, und in denen so ein weiter Umfang an Möglichkeiten offen steht, wir immer der Frage gegenüberstehen:

Welche Schranken, wenn überhaupt, sollten bestehen und bestehen für die richterliche Rechtsfindung?

Es gibt Schranken. Wir wissen das. Es gibt Schranken, die von der Common Law Tradition aufgestellt werden, einer Tradition, die verlangt, daß so oft wir ***vorwärts*** blicken, um die Folgen einer vorgeschlagenen Alternative zu erwägen, wir auch ***zurück*** blicken müssen, um zu bestimmen, ob eine etwaige Regelung mit den bestehenden Rechtsregeln vereinbar sein wird. Zu beachten ist, daß ich den Ausdruck "vereinbar" mit bestehendem Recht, nicht "identisch" damit, benutze.

Das Argument der Vereinbarkeit bedeutet, daß eine bestimmte Regelung nicht übernommen werden kann, wenn sie einer gültigen und bindenden Regel des Systems entgegensteht. Justice Frankfurter bemerkte einst, daß ein Gericht "nicht ein Tribunal ohne Bindung an Regeln (ist). Wir sitzen nicht wie ein Kadi unter einem Baum und verteilen Gerechtigkeit nach Erwägungen individueller Zweckmäßigkeit." 14 Früher schon hatte Holmes gewarnt, "ein Common Law Richter könnte nicht sagen, ich halte die Lehre von der symbolischen Gegenleistung (doctrine of consideration) für überlebten Unsinn und werde sie in meinem Gericht nicht anwenden." 15

Demgemäß wurde im ***Pfeifer***-Fall 16 mit Vereinbarkeit argumentiert:

"Wir halten die obengenannte Analyse für in Zusammenhang stehend und vereinbar mit den Merkmalen des Schadens, wie sie in früherem Fallrecht diskutiert wurden. Sie widerspricht nicht gültigen und bin-

denden Regeln unseres Gerichts. Die gesamte Ausgleichsformel beinhaltet die beständige Erfordernis der Reduzierung auf den gegenwärtigen Wert ... und sie vermeidet Erwägungen, die dazu beitragen würden, ein unzulässiges, spekulatives Element in die Schätzungen einzuführen."

Zusammenhang ähnelt Vereinbarkeit, aber es ist ein umfassenderer Begriff und er geht weiter. Zusammenhang bedeutet, daß die vielfältigen Regeln eines entwickelten Rechtssystems dann Sinn machen, wenn man sie zusammennimmt. Recht, wie es in den Gerichten gesprochen wird, sollte einen Zusammenhang der Prinzipien zum Ausdruck bringen und nicht eine Wildnis einzelner Fälle sein. 17 "Gesunder Menschenverstand" ist ein überbeanspruchter Ausdruck bei der richterlichen Entscheidungsfindung. Es gibt das alte Sprichwort, daß, wenn man mit einer Regel einverstanden ist, sie vernünftig ist; wenn man nicht einverstanden ist, sie unsinnig ist. Aber wenn wir Richter diesen Ausdruck gebrauchen, bedeutet er wahrscheinlich, daß die Entscheidung mit den gegenwärtig anerkannten Wertvorstellungen, die wir alle hegen, übereinstimmt, einer Art grober Übereinstimmung an sozialen Werten, denen wir als Richter zur Geltung verhelfen.

Wir können uns alle aufs Geradewohl eine Ansammlung von Normen vergegenwärtigen, die einander nicht widersprechen - und deshalb miteinander vereinbar sind - aber die, wenn man sie zusammennimmt, keine erkennbaren Wertvorstellungen oder Politik verfolgen. Ein Beispiel: Vor einigen Jahren hatte die italienische Regierung Schwierigkeiten, sich auf eine Geschwindigkeitsbegrenzung für ihre Superautobahn, die ***Autostrada***, zu einigen. Es kam zu einem Kompromiß. Der Kompromiß bestand darin, Geschwindigkeitsbegrenzungen in Abhängigkeit von der Größe der Automotoren aufzustellen. Daher war ein kleiner Fiat auf 80 km/h beschränkt, ein größerer auf 100 km/h, usw. Jeder Autobesitzer war verpflichtet, am hinteren Ende des Wagens ein Schild anzubringen, das die Höchstgeschwindigkeit für das Auto anzeigte. Wenn das Ziel größerer Sicherheit auf der Straße erwünscht war, erscheinen die Regelungen absurd. In der Praxis kam es jedoch zu keinen Problemen, da weder die Autobesitzer noch die Straßenpolizei ihnen Beachtung schenkten.

Soweit die Beschränkungen genau beachtet werden, kann der Richter ein rechtsetzendes Organ ganz im Sinne von Bischof Hoadly sein. Aber sogar der wahre Rechtsetzer tut gut daran, den Rat von Dean Erwin N. Griswold zu beachten:

"Obwohl klar ist, daß Richter Recht schöpfen und auch Recht schöpfen müssen, bleibt es eine Tatsache, daß dies bestenfalls ein intellektueller und kein emotionaler Prozeß ist, ein Prozeß, in dem die Person des Richters in den Hintergrund tritt, und kein Mittel, um "absolute Überzeugungen" zu verteidigen. Es ist ein Prozeß, der besondere intellektuelle Fähigkeiten erfordert, einen offenen, suchenden und findigen Verstand, oft Mut, besonders im intellektuellen Bereich, und die Fähigkeit, über sich hinauszuwachsen. Mehr noch als intellektueller Scharfsinn sind eine geistige Losgelöstheit und Desinteresse erforderlich, seltene Eigenschaften, denen man nur dadurch näherkommt, daß man sich bewußt macht, wie schwer sie faßbar sind und sich ständig bemüht, sie zu erreichen. Wenn jeman glaubt, er habe eine besondere Aufgabe zu erfüllen oder wenn er weitgehend ein Gefangener seiner absoluten Überzeugungen ist, würde er nicht den hohen Anforderungen gerecht, die an die richterliche Berufsausübung zu stellen sind. Wenn Entscheidungen zu sehr ergebnisorientiert sind, ist damit dem Recht und der Öffentlichkeit nicht gedient."

Im Grunde ist also das, was wahrscheinlich richterliche Rechtschöpfung in Schranken halten muß, ein Sinn für Selbstbeschränkung. Richter Jack G. Day hat es so ausgedrückt: "Ein Richter, der sich seines schöpferischen Amtes bewußt ist und seine Grenzen kennt, ist eher befähigt, seine Verpflichtung zu erkennen, sein Amt mit Zurückhaltung auszuüben."

Anmerkungen

1 41 U.S. (16 Pet.) 1, 18 (1842). 2 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
3 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816). 4 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).
5 Holmes, *The Path of the Law,* 10 Harv. L. Rev. 457 (1897).
6 Mayle v. Pennsylvania Dep't of Highways, 479 Pa. 384, 388 A.2d 709 (1978).
7 Molitor v. Kaneland Community Unit Dist. No. 302, 18 Ill. 2d 11, 163 N.E. 2d 89 (1959), *Cert. Denied,* 362 U.S. 968 (1960).
8 Muskopf v. Corning Hosp. Dist., 55 Cal. 2d 211, 11 Cal. Rptr. 89, 359 P. 2d (1961) (in bank).
9 422 Pa. 424, 220 A.2d 853 (1966).
10 *Gluck v. Baltimore,* 81 Md. 315, 325, 32 A. 515, 571 (1895).
11 *Hynes v. New York Central R. Co.,* 231 N.Y. 229, 131 N.E. 898, 900 (1921) (Cardozo, J.).
12 Holmes, *The Path of the Law,* 10 Harv. L. Rev. 457, 468-74 (1897); Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice,* 40 American L. Rev. 729 (1906), *reprinted in* 8 Baylor L. Rev. 1 (1956); B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 30-31 (1921).
13 Jones, *An Invitation to Jurisprudence,* 74 Colum. L. Rev. 1023, 1030 (1974).
14 *Terminello v. Chicago,* 337 U.S. 1, 11 (1949).
15 *Southern Pacific Co. v. Jensen,* 244 U.S. 205, 221 (1917) (Holmes, J., dissenting).
16 Pfeifer v. Jones & Laughlin Steel Corp., 678 F. 2d 453, 461 (3d Cir. 1982), *vacated,* 462 U.S. 523 (1983).
17 MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* 187 (1978).