

Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen als Grundvoraussetzung für die Kontrolle der Rechtsprechung durch die Wissenschaft

Prof. Dr. Bernd Schünemann

I.

1. Nach der auf Montesquieu zurückgehenden klassischen Lehre der Gewaltenteilung muss die furchtbare Macht des Staates in drei unterschiedliche Gewalten aufgeteilt werden, um für die Gesellschaft, d.h. für die Gesamtheit der Staatsbürger, erträglich zu sein. Diese drei Gewalten, nämlich die Gesetzgebung, die Exekutive und die Rechtsprechung, sollen sich gegenseitig kontrollieren und ausbalancieren. Die Idee ist zweifellos gut, ihre Durchführung aber mit vielen Schwierigkeiten behaftet. In der politischen Wirklichkeit kommt es nämlich in allen Staaten, die in ihrer Verfassung das Modell der Gewaltenteilung gewählt haben, zu den verschiedensten Verbindungen zwischen den Gewalten, durch die der Effekt der Teilung mindestens teilweise aufgehoben wird. Am deutlichsten ist dies bei den Staaten mit einem parlamentarischen Regierungssystem, d.h. wenn die Regierung als Spitze der Exekutive vom Parlament gewählt wird und auch vom Parlament abgewählt werden kann. Die Kräfte, die das Parlament und damit die Legislative beherrschen, beherrschen in diesem System natürlich auch die Regierung und damit die Exekutive, so dass diese beiden Gewalten nur organisatorisch getrennt, unter dem Aspekt der Machtausübung aber gleichgeschaltet sind. Aber auch dort, wo das Haupt der Regierung direkt oder indirekt vom Volk gewählt wird wie der Präsident in den USA und in Frankreich, hat in der moderner Massendemokratie nur ein

solcher Kandidat eine Chance, der von einer grossen Partei präsentiert wird, so dass eine echte Machtbalance zwischen Präsident und Parlament nur dann gegeben ist, wenn die Partei des Präsidenten im Parlament keine Mehrheit hat.

2. In den modernen westlichen Demokratien ist also die Trennung zwischen Legislative und Exekutive nur schwach ausgebildet. In Deutschland wie in den USA sind deshalb als Ersatz zwei weitere Formen der Gewaltenteilung hinzugefügt worden, nämlich durch das föderative System und durch das Mehrparteiensystem. In einem Zentralstaat mit einer einzigen Partei wie in China bleibt dagegen aus dem Arsenal der klassischen Staatstheorie nur die Rechtsprechung als Instrument der Kontrolle übrig, der damit also, wenn ich das richtig sehe, bei der Entwicklung des modernen chinesischen Rechtsstaats eine Schlüsselstellung zukommen wird. Um das richtige Ausmass der zukünftig in China von der Rechtsprechung zu bewältigenden Aufgaben abschätzen zu können, muss man sich klarmachen, dass die Einführung einer Marktwirtschaft ja auch ein ungeheures Konfliktpotential in Gestalt von Streitigkeiten zwischen den nunmehr autonom am Markt handelnden Subjekten erzeugt. Die Lösung dieser Konflikte ist also so komplex und so schwierig, dass eine Richterschaft, die bishernur die viel weniger zahlreichen und viel weniger komplizierten Konflikte in einer

REFERATE

Planwirtschaft zu entscheiden hatte, zunächst überfordert sein dürfte. Ähnliches gilt für Konflikte, die bei der Realisierung des grandiosen Modernisierungsprogramms auftreten, das von der chinesischen Regierung in Gang gesetzt worden ist, dessen Erfolg ja aber letztendlich davon abhängt, dass es auf der lokalen Ebene loyal und effizient durchgesetzt wird. Hier hat die chinesische Regierung einen riesigen Kontrollbedarf, der mit den traditionellen Mitteln der internen Verwaltungskontrolle allein nicht befriedigt werden kann, weil die Verwaltungskontrolle ja wiederum den gleichen Problemen begegnet, die sie bekämpfen soll, beispielsweise der Korruption. Zumindest einen wichtigen Teil zur Lösung dieses Problems kann und muss hier die Rechtsprechung beisteuern, und zwar nach einem Prinzip, das ich in Anlehnung an die Theorie der Marktwirtschaft die Regulierung durch die unsichtbare Hand nennen möchte. Dadurch, dass den Bürgern die Möglichkeit gegeben wird, gegen die Entscheidungen von lokalen Behörden, die die Gesetze missachten, die Gerichte anzurufen, werden die Bürger gewissermassen von der Regierung in den Dienst der Kontrolle der örtlichen Verwaltung genommen. Die dadurch mögliche Dichte und Intensität der Kontrolle kann von keinem System der verwaltungsinternen Kontrolle auch nur annähernd erreicht werden. Damit die Rechtsprechung diese Aufgabe erfüllen kann, muss die Richterschaft aber ebenfalls über ein juristisch ausserordentlich hohes Niveau und über eine enorme Leistungsfähigkeit verfügen, die sie vor der Modernisierung Chinas nicht zu besitzen brauchte.

3. Damit die Rechtsprechung die kolossalen Aufgaben erfüllen kann, die ihr im Prozess der Modernisierung

Chinas nunmehr gestellt werden müssen, müssen also als erstes die Voraussetzungen für eine leistungsfähige Rechtsprechung geschaffen werden, wobei dies meiner Meinung nach wiederum nur durch die Regierung Chinas sichergestellt werden kann. Zum ersten müssen die Bedingungen dafür geschaffen werden, dass China in relativ kurzer Zeit über einen auf höchstem Niveau leistungsfähigen Juristenstand verfügt. Und zum zweiten stellt sich natürlich die Frage, wie denn die Rechtsprechung, der eine so gewaltige Kontrollaufgabe wächst, selbst kontrolliert werden kann. Die erste Frage ist nicht Gegenstand unserer gegenwärtigen Konferenz, ich möchte sie aber dringend als Thema unseres nächsten Zusammentreffens vorschlagen. Denn auf den zahlreichen Tagungen chinesischer Law Schools (Juristischer Fakultäten), an denen ich in den letzten Jahren teilgenommen habe, ist eindeutig das amerikanische Modell der Juristenausbildung favorisiert worden, welches zwar einigermassen brauchbare Rechtsanwälte, nicht aber brauchbare Richter erzeugt. Das lässt sich schon daran ablesen, dass die USA mit relativ wenigen Richtern auskommen, die in der Regel erst gegen Ende einer langen Juristenlaufbahn in dieses Amt berufen werden, während die meisten Entscheidungen von mit Laien besetzten Schwurgerichten gefällt werden. China kann dagegen nicht warten, bis in einigen Jahrzehnten erfahrene Rechtsanwälte bereitstehen, die sich dann vielleicht gerne um ein Richteramt bewerben, sondern es muss schon jetzt in einem riesigen Staat mit einer Bevölkerung von 1,2 Milliarden Menschen mit jungen, aber auf hohem Niveau arbeitenden Richtern eine leistungsfähige Justiz aufbauen, wofür mit Sicherheit nur das deutsche Modell der Juristenausbildung geeignet ist.

REFERATE

Weil die Law Schools aber schon aus Eigeninteresse das amerikanische Modell favorisieren, sehe ich hier einen dringenden Handlungsbedarf der chinesischen Regierung, über dessen Einzelheiten wir meiner Meinung nach unbedingt auf unserer nächsten Zusammenkunft eingehend diskutieren sollten. Heute wende ich mich der zweiten, nicht weniger wichtigen Frage zu, wie denn nun die Rechtsprechung selbst bei der Wahrnehmung ihrer Kontrollaufgaben kontrolliert werden soll. Nach dem marxistisch – leninistischen Staatsaufbau hätte diese Kontrolle durch die Kommunistische Partei zu erfolgen, aber das würde in einen Zirkel hineinführen und letztendlich die gesamte Kontrollaufgabe lähmen. Denn wenn die Rechtsprechung die örtliche Exekutive kontrollieren soll, die mit der lokalen Führung der Kommunistischen Partei identisch ist, dann darf sie nicht von denen kontrolliert werden, die sie selbst zu kontrollieren hat. Damit scheint aber das ganze Kontrollkonzept zu der paradoxen Konsequenz zu führen, dass sich entweder die Kontrolle selbst aufhebt oder dass immer irgendeine Instanz übrigbleibt, die nicht selbst kontrolliert wird. Eine Lösung aus diesem Dilemma zu finden, scheint auf den ersten Blick unmöglich zu sein. Und doch gibt es meiner Meinung nach eine Lösung, die in den letzten 100 Jahren in Deutschland auch intuitiv gefunden worden ist und die geradezu das Spezifikum der deutschen Rechtskultur darstellt: Die Rechtsprechung kann nämlich von der Rechtswissenschaft kontrolliert werden, und weil die Rechtswissenschaft nur kontrollieren, aber nicht selbst herrschen kann, bedarf die Rechtswissenschaft selbst keiner eigenen Kontrolle, die über den in ihr ununterbrochen stattfindenden,

selbstkritischen wissenschaftlichen Diskurs hinausgehen würde.

Lassen Sie mich die Kontrolle der Rechtsprechung durch die Rechtswissenschaft etwas genauer ins Auge fassen und insbesondere die Bedingungen beschreiben, die erfüllt sein müssen, damit eine solche Kontrolle wirklich effizient werden kann.

II.

1. Ich beginne mit ein paar rechtstheoretischen Bemerkungen zum Verhältnis von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Der Gesetzgeber formuliert abstrakt – generelle Regeln für zukünftige Lebenssituationen, was im Laufe der Zeit zu einer ungeordneten Vielfalt von Regelungsmustern führt. Die primäre Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht darin, die zahllosen Rechtsnormen in ein logisch geordnetes System zu bringen. Die Rechtsprechung entscheidet konkrete Konflikte, indem sie den ihr unterbreiteten konkreten Rechtsfall als einen Beispielfall derjenigen Klasse von Fällen identifiziert, die der Gesetzgeber in der Rechtsnorm regeln wollte. Man nennt diesen Vorgang die Subsumtion, weil hierbei ein konkreter Fall unter die generelle Norm gebracht wird. Während nun nach traditioneller Auffassung die Subsumtion zur alleinigen Domäne des Richters zählte, hat die moderne Rechtstheorie gezeigt, dass jede Subsumtion auf der entsprechenden Interpretation des Gesetzes aufbaut, dass nämlich das Gesetz gerade auch denjenigen Falltypus erfasst, der im Augenblick vom Richter zu entscheiden ist. Die Interpretation des Gesetzes hat aber wiederum nach den Grundsätzen der

juristischen Methodenlehre zu erfolgen und gehört damit zur sekundären Aufgabe der Rechtswissenschaft. Indem der Richter bei der Subsumtion das Gesetz auslegt, überschneidet sich seine Tätigkeit also partiell mit derjenigen des Rechtswissenschaftlers. Und dies bedeutet dann zugleich, dass dieser Teil seiner Tätigkeit vollständig der Kritik durch die Rechtswissenschaft offensteht. Zwar erschöpft sich die richterliche Tätigkeit nicht in der auf den konkreten Fall bezogenen Interpretation des Gesetzes, denn er hat ja ausserdem (und im Grunde genommen sogar als Basis dafür) den Streit der Parteien über die den Rechtsfall konstituierenden Tatsachen zu entscheiden. Diese richterliche Tatsachenfeststellung hat aber wiederum unter Anwendung des Prozessrechts zu erfolgen, das die Beweiserhebung und Beweiswürdigung regelt. Auch der Vorgang der richterlichen Tatsachenfeststellung steht deshalb insofern der wissenschaftlichen Kritik offen, als es um die Auslegung und Anwendung des Prozessrechts geht.

2. Ein grosser Teil der richterlichen Tätigkeit ist also Anwendung von Rechtswissenschaft und ist damit prinzipiell einer rechtswissenschaftlichen Kontrolle zugänglich. Die Tätigkeit der Obergerichte, die ausschliesslich in einer Rechtskontrolle der sog. Tatsinstanz, d.h. der mit der Feststellung von Tatsachen befassten Untergerichte besteht, besteht sogar zu 100% in der Anwendung rechtswissenschaftlicher Methoden und ist damit zu 100% von der Rechtswissenschaft kritisierbar. Damit diese Kontrolle nicht nur theoretisch möglich ist, sondern auch wirklich stattfindet, müssen allerdings zwei weitere Voraussetzungen erfüllt sein: Zum ersten müssen die an den

Universitäten tätigen Rechtswissenschaftler willens und in der Lage sein, nicht bloß ihre primäre Aufgabe der rechtssystematischen Arbeit zu erfüllen, sondern auch die Auslegung der Gesetze in immer weiterer Verfeinerung und Konkretisierung bis hin zu den einzelnen Falltypen hin zu betreiben. Und zum zweiten müssen die Gerichte gezwungen sein, ihre Entscheidungen rechtswissenschaftlich zu begründen und für eine mögliche Publikation zu dokumentieren, damit die Vertreter der Rechtswissenschaft zumindest die Möglichkeit haben, jede Entscheidung eines Obergerichts wissenschaftlich zu analysieren und zu kritisieren. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, so gibt es keine gerichtliche Entscheidung mehr, die nicht einer Kontrolle unterworfen wäre. Die Entscheidungen der Untergerichte können nach den einschlägigen Prozessordnungen von den Parteien angefochten werden, indem ein Rechtsmittel zu einem Obergericht, in letzter Instanz zum höchsten Gericht eingelegt wird. Die Entscheidungen der Obergerichte können, wenn die Möglichkeit der Publikation wahrgenommen wird, von den Vertretern der Rechtswissenschaft überprüft und kritisiert werden. Wenn die Rechtswissenschaft natürlich auch nicht die Möglichkeit hat, die rechtskräftige Entscheidung eines Obergerichts aufzuheben, so wären doch die Obergerichte durch eine Kritik der Rechtswissenschaft dazu gezwungen, ihren Standpunkt bei einer erneuten Entscheidung in diesem Bereich zu überprüfen und entweder durch eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Wissenschaft vertiefter und besser zu begründen oder aber ihren bisherigen Standpunkt aufzugeben, wenn die rechtswissenschaftliche Kritik durchschlagend ist. Zwar ist es nur eine geistige Kontrolle, die die

Rechtswissenschaft über die Rechtsprechung ausübt, aber in einer entwickelten Rechtskultur wie der deutschen kann es sich kein Obergericht leisten, die Kritik der Rechtswissenschaft zu ignorieren, sondern muss versuchen, sie mit den besseren Gründen zurückzuweisen, oder aber den bisherigen Standpunkt, der sich als unhaltbar erwiesen hat, preisgeben. Es ist also die Herrschaft der Vernunft oder, wie man in der chinesischen Tradition vielleicht eher sagen würde, die Herrschaft der Weisheit, der sich die Rechtsprechung nicht entziehen kann. Zugleich ist die Herrschaft der Weisheit die einzige Herrschaft, die nicht missbraucht werden kann, weil sie ja keine effektive Machtausübung, sondern nur die Kontrolle der politischen, d.h. letztendlich mit dem Mittel der Gewalt arbeitenden Macht durch die Vernunft bedeutet. Und in diesem Sinne bringt also die Kontrolle der Rechtsprechung durch die Rechtswissenschaft die Idee der Gewaltenteilung zu einem idealen Abschluss, ähnlich wie das Dach des Himmelstempels in Peking oder die Kuppel auf dem Petersdom in Rom.

III.

1. Wie wirksam die wissenschaftliche Kontrolle der Rechtsprechung sein kann und wie notwendig dafür freilich die Etablierung eines ständigen kritischen Dialogs zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ist, lässt sich besonders drastisch bei einem Vergleich des deutschen Strafrechts mit dem französischen Strafrecht demonstrieren. Obwohl die Entwicklung des europäischen Rechtsstaats im 19. Jahrhundert ohne die grosse französische Revolution von 1789 nicht vorstellbar gewesen wäre, ist ausgerechnet in Frankreich selbst die Entwicklung der

Rechtswissenschaft zu einer Kontrollinstanz der Rechtsprechung auf der Strecke geblieben (d.h. gescheitert), während die Entwicklung der deutschen Strafrechtswissenschaft geradezu ein Musterbeispiel für den immerwährenden kritischen Dialog zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft liefert. Ich greife die Problematik der sog. Unechten Unterlassungsverbrechen heraus, bei denen jemand, der etwa den drohenden Tod eines Menschen nicht verhindert, obwohl er dies könnte, genauso strafbar ist wie derjenige, der den Tod durch eigenes Tun aktiv herbeiführt. Zu der Frage, wann die unterlassene Abwendung eines in einem Strafgesetz beschriebenen Schadenseintritts genauso strafwürdig ist wie dessen aktive Herbeiführung, gibt es in Deutschland inzwischen mehrere 100 veröffentlichte Entscheidungen der Obergerichte und sicherlich ebenso viele kritische Aufsätze und Monographien der Rechtswissenschaft. In Frankreich dagegen gibt es zu dieser Problematik nur einige ganz wenige veröffentlichte Gerichtsentscheidungen und zwar nur eine ganz dürftige, sich meistens auf wenige Sätze beschränkende rechtswissenschaftliche Literatur.

2. Ein konkretes Beispiel: Als der deutsche Bundesgerichtshof vor wenigen Jahren die Geschäftsleitung eines Unternehmens wegen fahrlässiger Tötung verurteilte, weil sie einen von ihr verkauften Lederspray, dessen Giftigkeit erst nachträglich bekannt wurde, nicht von den Kunden zurückgerufen hatte und daraufhin später einige Kunden infolge der Benutzung des Ledersprays gestorben waren, hat das eine heftige Diskussion in der Rechtswissenschaft ausgelöst, in der die Entscheidung des Bundesgerichtshofes geradezu wie eine Leiche auf den Seziertisch des

Pathologen in allen ihren Bestandteilen analysiert und kritisiert worden ist. Die richtige Lösung besteht meiner Meinung nach darin, dass der Hersteller von Markenware, aber auch nur dieser eine Pflicht zur Warnung der Verbraucher über die nachträgliche erkennbare Gefährlichkeit des Produktes besitzt, deren Verletzung ihn genau so strafbar macht wie wenn er einen durch das gefährliche Produkt hervorgerufenen deliktischen Erfolg aktiv verursacht hätte. Man darf jetzt gespannt abwarten, in welcher Weise sich der Bundesgerichtshof bei der nächsten einschlägigen Entscheidung mit dieser Kritik auseinandersetzen wird und zu welcher Präzisierung oder Modifikation seiner Rechtsprechung er möglicherweise bereit sein wird. Ich könnte Ihnen noch viele ähnliche Beispiele nennen, die alle demonstrieren würden, dass sich die deutsche Rechtsprechung keine Willkür erlauben darf, sondern nur solche Entscheidungen wagen darf und auch tatsächlich wagt, die vor strenger Kritik der Rechtswissenschaft wenigstens einigermaßen standhalten können.

IV.

1. Wer meinen Überlegungen bis hierher mit Zustimmung gefolgt ist, muss sich nunmehr die Frage vorlegen, welche Massnahmen ein Staat treffen muss, in dem bisher noch keine funktionierende Kontrolle der Rechtsprechung durch die Rechtswissenschaft existiert, diese aber zukünftig hergestellt werden soll. Nach meinen bisherigen Überlegungen müssen dafür drei Bedingungen erfüllt werden. Zum ersten muss eine auf höchstem professionellem Niveau arbeitende Richterschaft geschaffen werden, denn nur eine solche ist in der Lage, in einen konstruktiv – kritischen

Dialog mit der Rechtswissenschaft einzutreten. Dazu ist wiederum eine auf hohem Niveau angesiedelte Juristenausbildung erforderlich, auf die ich im Rahmen dieser Konferenz allerdings nicht mehr näher eingehen kann. Die zweite Grundbedingung besteht darin, dass natürlich auch von der personellen Zahl wie vom wissenschaftlichen Niveau her eine erstklassige und leistungsfähige Rechtswissenschaft existieren muss. Auch diese Bedingung verweist letztlich auf die Juristenausbildung zurück, denn die im Rahmen der Juristenausbildung entdeckten Spitzenbegabungen müssen es sein, aus denen sich eine auf hohem Niveau arbeitende Rechtswissenschaft rekrutiert. Die dritte Grundbedingung ist technischer Art, und sie kann von allen drei Bedingungen am raschesten und einfachsten realisiert werden. Es müssen Publikationsorgane speziell für die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen geschaffen werden, und es müssen weiterhin Fachzeitschriften gegründet werden, die von Juristen in ganz China gelesen werden und in denen Juristen aus ganz China zu Interpretationsfragen und zur Richtigkeit oder Unrichtigkeit bestimmter Gerichtsentscheidungen Stellung nehmen. In Deutschland existieren für die obersten Gerichte durchweg eigene Entscheidungssammlungen, in denen die wichtigen Entscheidungen publiziert werden. Daneben haben wir zahlreiche in ganz Deutschland verbreitete juristische Zeitschriften, die in ganz Deutschland gelesen werden und in denen Beiträge von Juristen aus ganz Deutschland erscheinen, die sich intensiv mit der Rechtsprechung der Obergerichte beschäftigen und diese kritisch reflektieren. Natürlich können nicht alle Entscheidungen der Gerichte veröffentlicht werden, was auch deshalb völlig überflüssig wäre, weil ja

REFERATE

zahlreiche Entscheidungen Routinefälle betreffen, deren juristische Behandlung unter Umständen seit Jahrzehnten völlig klar und unstreitig ist. Wichtig ist allein, dass jede Entscheidung, in der wichtige juristische Fragen behandelt werden, jedenfalls im Prinzip veröffentlicht und damit der Kritik seitens der Rechtswissenschaft zugeführt werden kann. Das wird wiederum am besten dadurch gewährleistet, dass sowohl spezielle Entscheidungssammlungen der einzelnen oberen Gerichte als auch juristische Fachzeitschriften publiziert werden können, die das betreffende Gericht aus welchen Gründen auch immer nicht in seine amtliche Sammlung aufgenommen hat.

2. Damit Fachzeitschriften zur Verfügung stehen, in denen sich Rechtswissenschaftler aus ganz China mit der Rechtsprechung in detaillierter und kritischer Weise befassen, muss meiner Meinung nach auch das bisherige chinesische System fortentwickelt werden, das im wesentlichen an das amerikanische System angelehnt ist. Danach werden Fachzeitschriften von den einzelnen Fakultäten getragen. Wie das amerikanische Beispiel zeigt, begünstigen derartige Zeitschriften eher die Grundlagendiskussion, schaffen aber kein ausreichend breites Forum für eine konkrete Beschäftigung mit der Rechtsprechung. Denn die konkreten Fragen der Rechtsprechung werden von den Universitätswissenschaftlern häufig für eine bloße Frage der Praxis angesehen, mit der sich die Rechtswissenschaft nicht näher zu beschäftigen brauche. Die bessere Lösung stellt demgegenüber der in Deutschland verbreitete Typ der juristischen Fachzeitschrift dar, in der sowohl Gerichtsentscheidungen als auch

rechtswissenschaftliche Aufsätze publiziert werden. Dieses Nebeneinander sorgt dann gewissermassen von selbst dafür, dass sich die Gerichte in ihren Entscheidungen mit den rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen auseinandersetzen, während die rechtswissenschaftlichen Aufsätze wiederum vermehrt Gerichtsentscheidungen berücksichtigen und dadurch also nach und nach der so wichtige kritische Dialog zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in Gang kommt.