

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 262

**Rechtstheoretische Grundlagen
und gesellschaftliche Bedingungen
der richterlichen Unabhängigkeit**

**Aus der Perspektive der Ausdifferenzierung
des Rechts betrachtet**

**Von
Teng-Chieh Yang**



Duncker & Humblot · Berlin

TENG-CHIEH YANG

Rechtstheoretische Grundlagen
und gesellschaftliche Bedingungen
der richterlichen Unabhängigkeit

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 262

Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit

Aus der Perspektive der Ausdifferenzierung
des Rechts betrachtet

Von

Teng-Chieh Yang



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Wintersemester 2011/2012
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-13864-7 (Print)
ISBN 978-3-428-53864-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83864-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dieter Grimm gilt mein allererster Dank, der sich nur zum Teil in Worte fassen lässt. Als herausragender Lehrer und beeindruckende Persönlichkeit hat er mich und diese Arbeit in unschätzbare Weise gefördert und unterstützt. Er hat mir über diese Arbeit hinaus geduldig und unermüdlich mit Anregungen, Kritik und Rat zur Seite gestanden, verständnisvoll viel Vertrauen entgegengebracht und besonders großzügigen Freiraum gewährt. Ich danke ihm ganz herzlich für die gemeinsame Zeit.

Ein weiterer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert für die Erstellung des Zweitgutachtens. Besonderer Dank gilt auch der Friedrich-Naumann-Stiftung, die mit einem Promotionsstipendium meine Arbeit förderte. Darüber hinaus danke ich dem Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts, der mit einem Zuschuss meine Arbeit unterstützte. Nicht zuletzt möchte ich der Marga und Kurt Möllgaard-Stiftung im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft meinen Dank für den Druckkostenzuschuss aussprechen, durch den die Veröffentlichung dieser Arbeit ermöglicht wurde.

Zutiefst Dank schulde ich meinen Eltern und meiner Frau. Ohne ihre bedingungslose Unterstützung und ihren unerschütterlichen Rückhalt wäre ein solches Projekt nicht zu verwirklichen gewesen. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Berlin, im August 2012

Teng-Chieh Yang

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Gegenstand und Bedeutung der Forschung	13
B. Gang der Forschung	19

Erster Teil

Rechtstheoretische Grundlagen der richterlichen Unabhängigkeit 20

A. Das herrschende Grundverständnis der richterlichen Unabhängigkeit	20
I. Grundverständnis der richterlichen Unabhängigkeit im liberalen Zeitalter	20
1. Absolutismus	20
2. Rechtsstaat und Gewaltenteilung	21
3. Wahrung des Rechts als Aufgabe der Rechtsprechung	22
4. Unabhängigkeit des Richters gegenüber der Exekutive und der Legislative	24
II. Entwicklung bis in die Gegenwart	27
III. Probleme	30
1. Problematik der Rechtsbindung, Objektivität, Rationalität und Neutralität der Rechtsprechung	31
2. Problematik des Verhältnisses der Rechtsprechung zur Politik	33
3. Problematik der begrenzten Unabhängigkeit	37
B. Richterliche Unabhängigkeit im Lichte der Ausdifferenzierung des Rechts	39
I. Ausdifferenzierung des Rechts	40
1. Grundlage	40
a) Rechtssystem als Kommunikationssystem	40
b) Offene Geschlossenheit des Rechtssystems	43
c) Funktion des Rechtssystems	47
2. Differenzierung zwischen Recht und Politik	49
a) Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung und juristische Kommunikation	50
b) Rechtsauslegung und -anwendung	53
(1) Unentbehrlichkeit von Wertungen und Gestaltungen in der Rechtsauslegung und -anwendung	53

(2) Der spezifisch rechtliche Charakter von Wertungen und Gestaltungen in der Rechtsauslegung und -anwendung	55
c) Juristische Argumentation	59
(1) Juristischer Diskurs	59
(2) Verwendung von Rechtsbegriffen, -regeln und -prinzipien	61
(3) Günstigere Argumentationsbedingungen	66
3. Differenzierung zwischen Recht und Moral	70
a) Rechtseigene Gerechtigkeit	71
b) Erzwingbares Recht vs. autonome Moral	74
II. Funktion der richterlichen Unabhängigkeit	75
III. Bedeutungsgehalt und Reichweite der richterlichen Unabhängigkeit	80
1. Richterliche Unabhängigkeit als Entscheidungsautonomie des Richters gegenüber der gesellschaftlichen Umwelt des Rechtssystems	80
2. Gerichtsverwaltung und richterliche Unabhängigkeit	86
a) Auswahl und Beförderung der Richter	86
b) Dienstaufsicht und Disziplinalgewalt	90
c) Neues Steuerungsmodell	95
3. Richterliche Unabhängigkeit innerhalb der Judikative	97
4. Richterliche Unabhängigkeit gegenüber nichtstaatlichen Akteuren	101
5. Institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte	103
6. Innere Unabhängigkeit, Neutralität und Unparteilichkeit des Richters	106
IV. Erneute Betrachtung der Probleme im herrschenden Grundverständnis der richterlichen Unabhängigkeit	108
1. Erneute Betrachtung der Problematik der Rechtsbindung, Objektivität, Rationalität und Neutralität der Rechtsprechung	108
2. Erneute Betrachtung der Problematik des Verhältnisses der Rechtsprechung zur Politik	112
3. Erneute Betrachtung der Problematik der begrenzten Unabhängigkeit	115

Zweiter Teil

Gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit 122

A. Allgemeine Erläuterung	122
I. Ausdifferenzierung des Rechts als gesellschaftliche Bedingung der richterlichen Unabhängigkeit	122
1. Zusammenhang zwischen der Ausdifferenzierung des Rechts und der richterlichen Unabhängigkeit	122
2. Differenzierung zwischen Recht und Moral	124
3. Differenzierung zwischen Recht und Politik	127
II. Gestaltbarkeit des Rechts durch die Gesetzgebung als gesellschaftliche Bedingung der richterlichen Unabhängigkeit	131

III. Große gesellschaftliche Bedeutung des Rechts als gesellschaftliche Bedingung der richterlichen Unabhängigkeit	136
IV. Kommen noch andere gesellschaftliche Bedingungen hinzu?	138
B. Testfälle – Deutschland und China	139
I. Vorbemerkung	139
II. Ausdifferenzierung des Rechts als gesellschaftliche Bedingung der richterlichen Unabhängigkeit	144
1. Deutschland	144
a) Verschmelzung des Rechts mit der Moral und der Politik im Mittelalter	144
b) Ausdifferenzierung des Rechts in der Neuzeit	146
(1) Positivierung des Rechts	146
(2) Verwissenschaftlichung des Rechts und Professionalisierung der juristischen Kompetenz	152
(3) Funktionale und organisatorische Trennung von Justiz und Politik	158
(4) Rechtstheoretische Unterscheidung von Rechtsprechung und Politik	160
(5) Grenzachtung zwischen Auslegung und Schaffung des Rechts in der juristischen Hermeneutik	162
(6) Anerkennung der richterlichen Auslegungsbefugnis seitens der Politik	166
(7) Ergebnis	168
2. China	169
a) Geschichtlicher Rückblick	169
(1) Verschmelzung des Rechts mit der Moral und der Politik im kaiserlichen China	169
(2) Schicksal des Rechts im 20. Jahrhundert	177
b) Beginnende Ausdifferenzierung des Rechts in der Gegenwart ..	180
(1) Beginnende Entwicklung eines gemeinsamen Repertoires an Rechtsbegriffen, -regeln und -prinzipien	181
(2) Beginnende Professionalisierung der Rechtsprechung	191
(3) Formal-institutionelle Nichtanerkennung der richterlichen Befugnis zur Rechtsauslegung	197
(4) Verschmelzung des Rechts mit der Moral und der Politik auf dem Land	203
(5) Ergebnis	206
III. Gestaltbarkeit des Rechts durch die Gesetzgebung als gesellschaftliche Bedingung der richterlichen Unabhängigkeit	206
1. Deutschland	206
a) Unveränderlichkeit des Rechts und Positivierung des Rechts ..	206
b) Gesetzesbindung des Richters	208
2. China	211
a) Gesetzgebung im alten China	211

b) Volle Durchsetzung der gesetzgeberischen Gestaltbarkeit des Rechts	214
IV. Große gesellschaftliche Bedeutung des Rechts als gesellschaftliche Bedingung der richterlichen Unabhängigkeit	215
1. Deutschland	215
a) Bedeutung des Rechts in der Antike und im Mittelalter	215
b) Juridifizierung der Kirche und Aufstieg der gelehrten Juristen ..	217
c) Recht im Zeitalter der Aufklärung und des Liberalismus	218
2. China	224
a) Stellenwert des Rechts im alten China	224
b) Stellenwert des Rechts im modernen China	234
V. Fazit	241
Zusammenfassung und Schlussbemerkung	242
Literaturverzeichnis	249
A. Deutsche und Englische Literatur	249
B. Chinesische Literatur	264
Sachverzeichnis	269

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C. a.	China aktuell
D.	Digesten
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association
i. V. m.	in Verbindung mit

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
LexMA	Lexikon des Mittelalters
n. Chr.	nach Christus
NJW	Neue juristische Wochenschrift
ÖzöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
Pr.	Principium
RL	Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre
Sp.	Spalte
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	unter anderem
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
VR	Volksrepublik
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
ZchinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung

Einleitung

A. Gegenstand und Bedeutung der Forschung

Es geht in der vorliegenden Arbeit zuerst um eine rechtstheoretische Grundlegung der richterlichen Unabhängigkeit aus der Perspektive der Ausdifferenzierung des Rechts. Auf dieser Grundlage wird dann auf gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit eingegangen.

Im Unterschied zu einer rechtsdogmatischen Arbeit, die sich um eine spezielle Ausprägung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit in einem bestimmten Rechtssystem kümmert, handelt es sich bei einer rechtstheoretischen Grundlegung der richterlichen Unabhängigkeit *letztlich* nicht um eine solche spezielle Ausprägung, sondern um das allgemeine Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit, das in Rechtsstaaten institutionalisiert wird und werden soll, also um das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit *überhaupt*. Es geht darum nur um Grundsatzfragen der richterlichen Unabhängigkeit, also um Fragen über Funktion, Sinn und Zweck der richterlichen Unabhängigkeit, um hinter solchen Fragen stehende Fragen über das Wesen, die Stellung und Eigenschaften der Rechtsprechung sowie das Verhältnis zwischen Recht und Politik, aber auch um Grundsätze für die Bestimmung des Bedeutungsgehalts und der Reichweite der richterlichen Unabhängigkeit. Das bedeutet nicht, dass Detailfragen, die nur unter Berücksichtigung der jedem Land eigenen Umstände geklärt werden können, wie die Frage nach der Ausgestaltung der Gerichtsverwaltung unter Beachtung der richterlichen Unabhängigkeit, in einer rechtstheoretischen Untersuchung nicht berührt werden sollen. Eine solche Untersuchung zielt freilich nicht darauf, solche Detailfragen zu lösen, kann sie jedoch zur Klärung von Grundsatzfragen behandeln und ihrer Lösung damit Richtung und Maßstab geben. Außerdem schließt die Unterscheidung einer rechtstheoretischen Untersuchung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit von dessen rechtsdogmatischer Darstellung nicht aus, dass rechtsdogmatische Aussagen auch rechtstheoretisch verwertbar sind. Diese werden aber kritisch auf ihre Verallgemeinerungsfähigkeit überprüft, nämlich darauf hin, ob sie nicht nur für eine besondere Ausprägung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit in einem bestimmten Rechtssystem, sondern auch für ein allgemeines, von besonderen Ausprägungen abstrahierendes Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit gelten.

Es gibt wenig rechtstheoretische Literatur zur richterlichen Unabhängigkeit.¹ Eine grundlegende rechtstheoretische Rekonstruktion des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit ist aber von entscheidender Bedeutung. Sie bietet eine solide Grundlage für die rechtsdogmatische Ausarbeitung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit. Sie bietet eventuell einen Schlüssel zur Lösung rechtsdogmatischer Kontroversen über dieses Prinzip. Es besteht zwar ein grundlegendes Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit, auf das man sich in rechtsdogmatischen Ausführungen üblicherweise stützt.² Dieses herrschende Grundverständnis steht aber heutzutage einerseits in solchen Ausführungen oft im Hintergrund, wird also nicht kritisch unter die Lupe genommen und systematisch begründet und entfaltet; es enthält andererseits, wenn man genauer hinschaut, ernst zu nehmende Probleme.³ Kornhauser ist der Ansicht, dass Meinungsverschiedenheiten über den Bedeutungsgehalt und die Reichweite der richterlichen Unabhängigkeit in der Tat tief in unterschiedlichen Auffassungen zu grundlegenden Fragen wie solchen über das Wesen der Rechtsprechung wurzeln.⁴ Diese Ansicht ist nicht unbegründet. Die von ihm daraus gezogene Schlussfolgerung, dass der Begriff der richterlichen Unabhängigkeit nutzlos sei,⁵ geht aber zu weit. Die richtige Schlussfolgerung sollte vielmehr lauten, dass eine intensivere Auseinandersetzung mit Grundsatzfragen der richterlichen Unabhängigkeit, mit deren rechtstheoretischer Rekonstruktion unerlässlich ist. Diese Rekonstruktion ist für die rechtsvergleichende Forschung zur richterlichen Unabhängigkeit nicht weniger wichtig. Sicher wird das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit in verschiedenen Ländern nicht in gleicher Art und Weise institutionalisiert. Das hindert aber nicht an der Erarbeitung einer allgemeinen Grundtheorie der richterlichen Unabhängigkeit. Man kann ja nur unterschiedliche Ausprägungen der richterlichen Unabhängigkeit als solche identifizieren und miteinander vergleichen, wenn man ein allgemeines, von solchen besonderen Ausprägungen abstrahierendes Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit voraussetzt.⁶

Die rechtstheoretische Rekonstruktion des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit wird in der vorliegenden Arbeit aus einem neuen Blickwinkel, nämlich von der Perspektive der Ausdifferenzierung des Rechts aus, vorgenommen. In dieser Perspektive werden die alte Unterscheidung von Recht

¹ Zu nennen sind zum Beispiel verschiedene Beiträge in: *Burbank/Friedman* (Hrsg.), *Judicial Independence*; *Russell*, in: *Judicial Independence*, S. 1 ff.; *Eichenberger*, *Die richterliche Unabhängigkeit*; *Simon*, *Die Unabhängigkeit des Richters*.

² Ausführlich zu diesem Grundverständnis unten Erster Teil, A. I. und II.

³ Ausführlich unten Erster Teil, A. III.

⁴ *Kornhauser*, in: *Judicial Independence*, S. 45 (48 f.).

⁵ *Kornhauser*, in: *Judicial Independence*, S. 45 (53 f.).

⁶ *Russell*, in: *Judicial Independence*, S. 1 (2 f.).

und Politik und die von Recht und Moral rekonstruiert und gesellschaftstheoretisch interpretiert. Das ausdifferenzierte Recht wird als ein Kommunikationssystem, als ein soziales System der modernen Gesellschaft angesehen.⁷ Diese gesellschaftstheoretische Perspektive wurde vor allem durch Niklas Luhmann und Gunther Teubner in die Sozialwissenschaften und die Rechtswissenschaft eingeführt und dort rege diskutiert,⁸ bisher aber noch nicht auf die rechtstheoretische Interpretation der richterlichen Unabhängigkeit angewandt.

Genauso wie bei der rechtstheoretischen Grundlegung der richterlichen Unabhängigkeit geht es bei der Untersuchung gesellschaftlicher Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit auch um verallgemeinerungsfähige Aussagen. Es handelt sich um die Frage, welche gesellschaftlichen Bedingungen vorhanden sein müssen, damit die richterliche Unabhängigkeit sich in irgendeiner Form irgendwo durchsetzen kann.

Gesellschaftliche Bedingungen unterscheiden sich von rechtlichen Bedingungen im Sinne von denjenigen rechtlichen Regelungen, deren Sinn und Zweck unmittelbar in der Garantie und Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit besteht. Rechtliche Bedingungen in diesem Sinne wurden schon viel diskutiert. Sie umfassen zum Beispiel rechtliche Vorkehrungen für die persönliche Unabhängigkeit wie eine rechtliche Sicherung der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters, rechtliche Regelungen zur Beschränkung der Dienstaufsicht über Richter, die angemessene rechtliche Ausgestaltung eines richterlichen Auswahl- und Beförderungssystems. Das Vorkommen solcher rechtlicher Regelungen bedeutet dennoch schon ein Stück Durchsetzung der richterlichen Unabhängigkeit. In der vorliegenden Arbeit geht es aber um diejenigen gesellschaftlichen Bedingungen, unter denen die Durchsetzung der richterlichen Unabhängigkeit, die Anerkennung und das Ernstnehmen des Unabhängigkeitsprinzips in der Gesellschaft eingeschlossen, erst möglich wird und ihren Nährboden finden kann. Nur unter diesen gesellschaftlichen Bedingungen können rechtliche Vorkehrungen für die richterliche Unabhängigkeit entstehen, sich behaupten und ernst genommen werden.

Dass rechtliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit im erwähnten Sinne nicht zu gesellschaftlichen Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit zählen, bedeutet nicht, dass Recht bei der Frage nach gesellschaftlichen Bedingungen überhaupt nicht in Betracht käme. Denn das hieße, dass Recht außerhalb der Gesellschaft existierte. Ganz im Gegenteil:

⁷ Ausführlich unten Erster Teil, B. I. 1. a) und b).

⁸ Vgl. u.a. *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft; *Teubner*, Recht als autopoietisches System; *Teubner* (Hrsg.), *Autopoietic Law*; *Krawietz/Welker* (Hrsg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme*.