

Legitimität und richterliche Entscheidung

Weshalb eine behutsame Fortentwicklung der traditionellen juristischen Methode zweckmäßig ist

Von Dr. Christoph Conrad Henke, LL.M., Frankfurt a.M.

Quantität, Qualität und Legitimität richterlicher Entscheidungen sind gleichermaßen von Bedeutung. Die Quantität lässt sich am leichtesten bestimmen, auch wenn es statistische Besonderheiten geben kann. Die Qualität richterlicher Entscheidung hängt vor allem davon ab, ob ihr Ergebnis vertretbar ist und dessen Herleitung fachlich anerkannten Maßstäben entspricht. In die Bewertung der Qualität fließen subjektive Aspekte ein. Doch ist auch Qualität vom Grundsatz her messbar. So ist es möglich, juristische Leistungen während des Studiums und des Referendariats zu benoten.

Weniger greifbar ist der Aspekt der Legitimität richterlicher Entscheidungen. Der folgende Beitrag versucht, drei Fragen nachzugehen:

I. Was ist unter Legitimität richterlicher Entscheidungen zu verstehen?

II. Beeinflusst die Legitimität das Ergebnis richterlicher Entscheidungen?

III. Welche Schlussfolgerungen sind daraus zu ziehen?

I. Was ist unter Legitimität richterlicher Entscheidungen zu verstehen?

Der Begriff Legitimität ist vielschichtig und bezieht sich im Kern auf die Rechtfertigung von Herrschaft.¹ Im Mittelalter diente der Legitimitätsgedanke der „Abwehr von Usurpation und Tyrannis“; mit der umfassenden Positivierung des Rechts im 19. Jahrhundert wurde er „mit dem Besitz der faktischen Macht gleichgesetzt, dann aber wieder benutzt, um die Problematik eines rein positivistischen Legalitätsprinzips abzufangen.“²

Max Weber unterscheidet „drei reine Typen legitimer Herrschaft“, nämlich die legale Herrschaft, die traditionale Herrschaft und die charismatische Herrschaft. Die legale Herrschaft habe rationalen Charakter und beruhe auf dem „Glauben an die Legalität gesetzter Ordnungen“. Die traditionale Herrschaft fuße auf dem „Alltagsglauben an die Heiligkeit von jeher geltender Traditionen“, die charismatische Herrschaft „auf der außeralltäglichen Hingabe an die Heiligkeit oder die Heldenkraft oder die Vorbildlichkeit einer Person.“³ Der moderne Rechtsstaat fällt unter den Typus der legalen Herrschaft rationalen Charakters.

Luhmann hebt die Bedeutung des Verfahrens für die Legitimität hervor („Legitimation durch Verfahren“). Er definiert Legitimität als „generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen“;⁴ stellt also maßgeblich auf die

faktische Akzeptanz der Entscheidungen ab. Gesetze, Verwaltungsakte und Urteile seien legitim, „wenn und soweit anerkannt wird, dass sie verbindlich gelten und dem eigenen Verhalten zugrunde gelegt werden müssen.“⁵ Luhmann nimmt die Sichtweise eines externen Beobachters des Rechts ein. Gegen seine Definition der Legitimität ist nichts einzuwenden, zumal Definitionen nicht richtig oder falsch, sondern allenfalls zweckmäßig oder unzweckmäßig sein können.⁶ Doch geht der vorliegende Beitrag von der Perspektive eines internen Mitwirkenden an der Rechtsprechung aus. Die Rechtsprechung sollte mehr anstreben als nur das faktische Akzeptieren ihrer Entscheidungen. Daher erscheint Luhmanns Definition für die Zwecke dieses Beitrags zu eng.

Habermas rückt bei der Definition der Legitimität die Anerkennungswürdigkeit der Entscheidungen in den Mittelpunkt,⁷ d.h. im Gegensatz zu Luhmann nicht lediglich deren faktische Akzeptanz. Diesem Ansatz wird hier gefolgt. Denn ein Richter sollte die Anerkennungswürdigkeit seiner Entscheidungen zum Ziel haben. Daran anknüpfend kann Legitimität – in Abgrenzung zur Legalität – als Anerkennungswürdigkeit einer staatlichen Institution (z.B. Gericht/Judikative), einer Rechtsvorgabe (z.B. Gesetz/richterrechtliche Lösung), einer staatlichen Handlung (z.B. Urteil/Beschluss) oder der sonstigen Ausübung hoheitlicher Macht durch eine Person (z.B. Richter) verstanden werden.⁸ Dies führt zu der weiteren Frage, woran sich die Anerkennungswürdigkeit bemisst. Für die Zwecke dieses Beitrags wird davon ausgegangen, dass die Anerkennungswürdigkeit einer Entscheidung nach fachlich anerkannten Maßstäben festzustellen ist. Auf eine weitere Herleitung dieser Maßstäbe wird verzichtet, weil dies die Thematik des Beitrags überdehnen würde. Habermas führt diese Maßstäbe auf das Konsensprinzip zurück. Er geht davon aus, dass „genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten“, gültig sind.⁹

In Anknüpfung an Scharpf¹⁰ wird heute oft zwischen Input- und Output-Legitimität unterschieden. Die Input-Legitimität („Handeln durch das Volk“) stellt darauf ab, inwieweit beim Zustandekommen der Gesetze der Willen der Bevölkerung berücksichtigt ist, namentlich durch demokratische Elemente. Die Output-Legitimität („Handeln für das Volk“) betrifft die Frage, ob das Ergebnis politischen Handelns das

⁵ Luhmann (Fn. 2), S. 28.

⁶ Vgl. Wesche, Gegenseitigkeit und Recht, Eine Studie zur Entstehung von Normen, 2001, S. 19.

⁷ Vgl. zu Einzelheiten Schliesky (Fn. 1), S. 152, m.w.N.

⁸ Soweit die Definition auf die Anerkennungswürdigkeit abstellt, beinhaltet dies über den Aspekt der Akzeptanz hinaus eine normative Komponente. Vgl. Schliesky (Fn. 1), S. 152, m.w.N.

⁹ Habermas, Faktizität und Geltung, 1998, S. 138.

¹⁰ Scharpf, Regieren in Europa, Effektiv und demokratisch?, 1999, passim.

¹ Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 149 ff., mit Erläuterungen zum Begriff der Legitimität und zu dessen Verhältnis zur Legalität.

² Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 27.

³ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1921, zitiert nach Baier/Lepsius/Mommsen (Hrsg.), Max Weber, Gesamtausgabe, Bd. 23, 2013, S. 453.

⁴ Luhmann (Fn. 2), S. 28.

Allgemeinwohl erhöht. In Anlehnung daran kann zwischen dem Zustandekommen richterlicher Entscheidungen auf Basis der mittelbar vom Volk bestimmten Verfahrensvorschriften (Input-Legitimität) und der Legitimität des Ergebnisses der richterlichen Entscheidung (Output-Legitimität) unterschieden werden, wobei letztere im Zentrum des Beitrags steht.¹¹

Für das Legitimitätsniveau richterlicher Entscheidungen sind nach dem Vorangegangenen alle Umstände von Bedeutung, die deren Anerkennungswürdigkeit erhöhen oder senken. Eine Rolle spielen nach fachlich anerkannten Maßstäben die „innere Konsistenz der durch Entscheidungen hergestellten Rechtsordnung [...], die juristische Rhetorik und die Darstellungskunst“,¹² außerdem die „Sachkenntnis der Richterinnen und Richter [...], die Qualität der Rechtsnormen, der Entscheidungsdruck in der Gerichtsverwaltung, die Grundeinstellungen in der Justiz, ihre effektive Unabhängigkeit nach innen und außen, die methodischen Spielräume innerhalb des positiven Rechts und vieles mehr.“¹³

Ein Teil der Umstände, die für die Legitimität der richterlichen Entscheidung von Bedeutung sind, liegt außerhalb des Einflussbereichs des Richters. So erhöht die in der Bundesrepublik geltende freiheitliche demokratische Grundordnung¹⁴ die Legitimität der zu erwartenden Entscheidung eines deutschen Richters, noch bevor dieser tätig geworden ist. Gleiches gilt für einfachgesetzliche Verfahrensvorschriften.¹⁵ Auch auf die personelle Ausstattung der Justiz hat der Richter keinen Einfluss. Je besser die personelle Ausstattung ist, desto eher kann der Richter z.B. überlange Gerichtsverfahren und daraus resultierende Menschenrechtsverletzungen¹⁶ vermeiden.

Andere Umstände, die sich auf die Legitimität der Entscheidungen auswirken, kann der Richter positiv wie negativ beeinflussen. Zeigt er sich in der mündlichen Verhandlung unvorbereitet, sinkt die Anerkennungswürdigkeit seiner Entscheidung. Auch ist es ein Unterschied, ob der Richter die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung anreisen lässt, um ihnen mitzuteilen, dass er den Rechtsstreit an ein anderes Gericht verweisen möchte, oder ob er den Rechtsstreit im schriftlichen Verfahren verweist. Erscheint der Richter in Jeans und Turnschuhen, fehlt ihm die Legitimitätsgrundlage, um einen Rechtsanwalt ohne Krawatte von der mündlichen Verhandlung auszuschließen. Eine Terminierung auf den 11.11. um 11.11 Uhr kann einen Befangenheitsantrag auslösen, in dem mangelnde Akzeptanz seitens der Parteien zum

Ausdruck kommt.¹⁷ Umgekehrt kann der Richter durch sorgfältige Aufarbeitung des Sachverhalts, angemessene Anhörung der Beteiligten, Ernstnehmen richterlicher Hinweispflichten und Würdigung aller wichtigen Argumente die Anerkennungswürdigkeit seiner Entscheidung erhöhen. Dass der Richter über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften hinaus durch sein Verhalten auf Erhöhung der Legitimität seiner Entscheidungen hinwirken soll, ist allgemein anerkannt und Gegenstand berufsethischer Überlegungen.¹⁸ Ein Richter fasste dies wie folgt zusammen: „Ich will, dass die Leute auch bei einer Verurteilung denken: Das war eine schlechte Entscheidung für mich, aber der Richter war in Ordnung.“¹⁹

Im Mittelpunkt dieses Beitrags steht ein weiterer Aspekt der Legitimität. Diese ist zwar von der Legalität zu unterscheiden (s.o.). Doch stellt sich die Frage, ob das Bemühen des Richters um Legitimität zugleich den Inhalt seiner Entscheidung (Output) einschließlich der Auslegung des Gesetzes beeinflussen kann. Es geht mit anderen Worten darum, ob der Aspekt der Legitimität über den Richter als Mittler Auswirkungen auf die Legalität haben kann.

II. Beeinflusst die Legitimität das Ergebnis richterlicher Entscheidungen?

Das Bundesverfassungsgericht hat (bei Verwendung des Begriffs Legitimationsniveau anstelle des hier bevorzugten Begriffs Legitimitätsniveau) anerkannt, dass „ein bestimmtes Legitimationsniveau“ staatlichen Handelns erforderlich ist.²⁰ Es hat dies primär auf den Aspekt der „demokratischen Legitimation“ bezogen. Es gebe unterschiedliche Formen institutioneller, funktioneller, sachlich-inhaltlicher und personeller Legitimation. Entscheidend sei nicht deren Form, sondern ihre Effektivität.²¹ In personeller Hinsicht sei eine hoheitliche Entscheidung legitimiert, wenn sich die Bestellung des Amtsträgers auf das Staatsvolk zurückführen lasse.²² Die sachlich-inhaltliche Legitimation werde durch Gesetzesbindung und Bindung an Aufträge und Weisungen der Regierung vermittelt. Das Legitimationsniveau müsse „umso höher sein, je intensiver die in Betracht kommenden Entscheidungen die Grundrechte berühren“.²³

¹⁷ Vgl. OLG München, Beschl. v. 10.12.1999 – 26 AR 107/99.

¹⁸ Vgl. Deutscher Richterbund, Richterethik in Deutschland, Thesen zur Diskussion richterlicher und staatsanwaltschaftlicher Berufsethik im Deutschen Richterbund, Stand: 21.1.2012, im Internet abrufbar unter:

http://www.drj.de/cms/fileadmin/docs/120121_DRB-Diskussionspapier_Richterethik_in_Deutschland.pdf (3.2.2015).

¹⁹ Pragst, Spiegel v. 22.11.2013, im Internet abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/karriere/berufsleben/interview-mit-roboter-pragst-der-heikle-job-von-strafrichtern-a-932122.html> (3.2.2015).

²⁰ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67).

²¹ BVerfGE 83, 60 (72).

²² BVerfGE 107, 59 (87 f.).

²³ BVerfG, Urt. v. 18.1.2012 – 2 BvR 133/10; vgl. BVerfGE 93, 37 (71 ff.).

¹¹ Insoweit wird *Scharpfs* Ansatz für die Zwecke dieses Beitrags teilweise modifiziert. Vgl. zu *Scharpfs* Einordnung der Judikative *Scharpf* (Fn. 10), S. 24.

¹² *Luhmann* (Fn. 2), S. 36.

¹³ *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 265.

¹⁴ Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 2 GG.

¹⁵ Vgl. *Luhmann* (Fn. 2), S. 37: „Kommunikationsprozeß, der nach Maßgabe rechtlicher Regelungen abläuft [...]“.

¹⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

Das Legitimationsniveau bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber nicht ausschließlich nach dem Demokratieprinzip; vielmehr sind in diesem Zusammenhang auch andere Verfassungsprinzipien zu berücksichtigen.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus anerkannt, dass der Richter dazu gezwungen sein kann, bei der Gesetzesauslegung außerrechtliche Umstände in die Entscheidung einzubeziehen, wenn er nicht seine Aufgabe, Recht zu sprechen, verfehlen will.²⁵ Wenn das geschriebene Gesetz seine Funktion nicht erfüllt, habe die richterliche Entscheidung diese Lücke „nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gesellschaft“ zu schließen.²⁶ Eine Norm stehe „ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen.“²⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat zudem die „gemeinwohlorientierte“ und „wirksame Erfüllung des Amtsauftrages“ hervorgehoben.²⁸ Der Richter hat mit anderen Worten außerrechtliche Aspekte, die die Anerkennungswürdigkeit der richterlichen Entscheidung beeinflussen, mit zu berücksichtigen. Er ist kein Subsumtionsautomat, sondern kann verfassungsrechtlich dazu verpflichtet sein, Aspekte der Legitimität im eingangs genannten Sinne in seine Entscheidung einschließlich der Gesetzesauslegung einfließen zu lassen.

Dies findet seine Grenzen im Grundsatz der Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG²⁹ und insbesondere darin, dass der Richter frei von Willkür³⁰ zu entscheiden hat und seine Entscheidung nicht aus rechtspolitischen Gründen treffen darf.³¹

Gegen das Konzept des Legitimitätsniveaus lässt sich insbesondere einwenden, dass es an hinreichenden objektiven Kriterien fehle, mit deren Hilfe sich ein Legitimitätsniveau bestimmen und eine Rechtsordnung auf einer Skala zwischen legitim und nicht legitim einstufen lasse.³² Doch ist dieses Problem nicht unlösbar, wie die Rechtsprechung zum demokratischen Legitimationsniveau zeigt.

Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Prinzipien sollte sich in der Rechtspraxis ein Zusammenhang zwischen Legitimität und Ergebnis richterlicher Entscheidungen nachweisen lassen. Im Folgenden wird auf vier bekannte Beispiele eingegangen, bei denen es auf das Zusammenwirken von Legitimität und Legalität ankommt:

- Das erste Beispiel behandelt einen Legitimitätserhöhenden Eingriff des Bundesverfassungsgerichts in die prozessualen Vorschriften zur Leitung eines Strafverfahrens.

- Das zweite zeigt einen Eingriff des Gesetzgebers auf, der eine richterrechtliche Lösung durch eine Lösung mit höherem Legitimitätsniveau ersetzt hat.
- Das dritte dokumentiert, wie ein Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass das Legitimitätsniveau nicht hinreicht, um eine vom Gesetzgeber vorgegebene Lösung zu verwerfen.
- Das vierte verdeutlicht, wie das Bundesverfassungsgericht eine richterrechtliche Gesetzesauslegung mit geringem Legitimitätsniveau verworfen hat.

1. Beispiel 1: NSU-Verfahren

Im sog. NSU-Verfahren gegen Beate Z. und andere vergab das OLG München die Sitzplätze für die Medien nach dem Prioritätsprinzip („Windhundverfahren“). Dies führte im Ergebnis dazu, dass kein türkischer Medienvertreter einen Sitzplatz erhielt, obwohl die meisten NSU-Opfer türkischer Herkunft waren.

Da vom Grundsatz her auch ausländische Medienvertreter die Chance hatten, einen Sitzplatz zu erhalten, sah ein Teil der Literatur in der Platzvergabe kein rechtliches Problem. So merkte Rieble an: „Die Frage, welche Schläfrigkeit türkische Medien daran gehindert hat, so schnell zu sein wie öffentlich-rechtliche Anstalten, stellt niemand.“ Rieble warnt ferner vor einer „rechtfertigungsbedürftigen Diskriminierung nach der Medienherkunft. Das gefühlte Sonderberichterstattungsinteresse türkischer Medien soll eine Sonderbehandlung tragen, zum Nachteil aller anderen Medien.“³³ In der Tat erscheint die Nichtberücksichtigung der türkischen Medien als eher politisches Problem, wenn man außerrechtliche Aspekte bei der Rechtsfindung unberücksichtigt lässt.

Ungeachtet dessen gab das Bundesverfassungsgericht dem Vorsitzenden Richter des NSU-Verfahrens durch Beschluss vom 12.4.2013 im Wege einer einstweiligen Anordnung auf, eine angemessene Zahl von Sitzplätzen an Vertreter von ausländischen Medien mit Bezug zu den Opfern der angeklagten Straftaten zu vergeben.³⁴ Ein Verfassungsverstoß sei nicht auszuschließen. So sei zu prüfen, ob das OLG München auf die begrenzte Zahl der zur Verfügung stehenden Sitzplätze für Medienvertreter hätte hinweisen müssen, so dass sich ausländische Medien auf die Knappheit der Sitzplätze und die Eilbedürftigkeit der Anmeldung hätten besser einstellen können. Auch stelle sich die Frage, ob in Anbetracht der Herkunft der Opfer ausnahmsweise ein zwingender Sachgrund für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Medien im Sinne einer Quotenlösung gegeben gewesen wäre. Im Rahmen der Abwägung der Vor- und Nachteile einer einstweiligen Anordnung sei zu berücksichtigen, dass türkische Medienvertreter ein besonderes Interesse an einer vollumfänglich eigenständigen Berichterstattung über diesen Prozess geltend machen könnten, da zahlreiche Opfer der angeklagten Taten türkischer Herkunft seien.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich unter Legitimitätsgesichtspunkten wie folgt interpretieren: Es genügt nicht, wenn Gerichte Recht sprechen, sondern man muss es nach einem auf die Legitimität bezogenen

²⁴ Schliesky (Fn.1), S. 620 f, mit Beispielen und w.N.

²⁵ BVerfGE 34, 269 (289).

²⁶ BVerfGE 34, 269 (287).

²⁷ BVerfGE 34, 269 (288).

²⁸ BVerfGE 93, 37 (74).

²⁹ BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 65, 182 (191).

³⁰ BVerfGE 34, 269 (287).

³¹ Vgl. BVerfGE 49, 286 (322).

³² Glaser, Über legitime Herrschaft, Grundlagen der Legitimitätstheorie, 2013, S. 105.

³³ Rieble, FAS v. 7.4.2013, S. 37.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.4.2013 – 1 BvR 990/13.

Spruchwort auch sehen können. Beim NSU-Verfahren gilt dies angesichts der Herkunft der meisten Opfer in besonderer Weise für türkische Medien. Wenn kein türkischer Medienvertreter im Verfahren einen Sitzplatz erhält, ist das Legitimitätsniveau des Verfahrens so weit gesunken, dass dies ernsthafte verfassungsrechtliche Bedenken auslöst. Diese manifestieren sich in den vom Bundesverfassungsgericht genannten Argumenten. Ein zu geringes Legitimitätsniveau kann zu einem Verstoß gegen das Grundgesetz führen und sich auf strafprozessuale Verfahrensvorschriften auswirken. Dies belegt nach hiesigem Verständnis, dass die Legitimität nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Ergebnis richterlicher Entscheidungen – hier zur Sitzplatzvergabe – beeinflussen kann.

Mittlerweile gibt es rechtspolitische Überlegungen, das Legitimitätsniveau in vergleichbaren Fällen noch weiter zu steigern, indem das Verfahren per Video in einen Nebenraum des Gerichts übertragen wird,³⁵ wie es gegenwärtig etwa beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gängige Praxis ist.

2. Beispiel 2: Beschneidungs-Urteil

Das LG Köln stufte mit Urteil vom 7.5.2012 die religiös motivierte Beschneidung eines männlichen Kindes durch einen Arzt als strafbare Körperverletzung ein (§ 223 Abs. 1 StGB).³⁶ Es begründete seine Auffassung damit, dass die Grundrechte der Eltern aus Art. 4 Abs. 1 und 6 Abs. 2 GG durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG begrenzt würden. Die in der Beschneidung zur religiösen Erziehung liegende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit sei, falls sie erforderlich sein sollte, jedenfalls unangemessen. Der Körper des Kindes werde durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung laufe dem Interesse des Kindes zuwider, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können. Umgekehrt werde das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten seien, abzuwarten, ob sich das Kind, wenn es mündig ist, selbst für die Beschneidung als Zeichen der Zugehörigkeit zu der betreffenden Religion entscheide. Eine Verurteilung des behandelnden Arztes scheitere allerdings daran, dass er einem unvermeidbaren Verbotsirrtum erlegen sei.

Das Urteil ist gemessen an fachlich anerkannten Maßstäben nicht zu beanstanden. Das Ergebnis ist vertretbar und erfuhr bei Teilen der Öffentlichkeit Zustimmung (z.B. beim Kinderschutzbund Baden-Württemberg³⁷). Die Begründung

orientiert sich an herkömmlichen Methoden der Ausbalancierung von Grundrechten im Wege praktischer Konkordanz.

Gleichwohl hatte die rechtliche Lösung des LG Köln keinen Bestand. Außergewöhnlich rasch, nämlich bereits am 19.7.2012, forderte der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der sicherstellt, dass die Beschneidung grundsätzlich zulässig ist.³⁸ Noch im selben Jahr trat das „Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“ in Kraft.³⁹ Mittlerweile ist von einer Begrenzung religiös motivierter Beschneidungen durch die Grundrechte des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG kaum mehr die Rede.

Die Begründung des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes weist auf die Ursache hin. Der Gesetzgeber hat den sozialen Kontext der Beschneidung im Detail untersucht, darunter Herkunft und Verbreitung der Beschneidungspraxis, religiöse, kulturelle und soziale Gründe der Beschneidung, ihre praktische Durchführung sowie medizinische Vor- und Nachteile. Er hat einen umfassenden Rechtsvergleich vorgenommen und ist zu dem Ergebnis gelangt: „Weltweit ist kein Staat bekannt, in dem eine mit Einwilligung der Eltern fachmännisch fehlerfrei durchgeführte Beschneidung von männlichen Kindern, jedenfalls wenn sie aus religiösen Gründen erfolgt, ausdrücklich verboten wäre [...]“⁴⁰ Der Gesetzgeber hat sich zudem mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den grundrechtlichen Rahmenbedingungen auseinandergesetzt. Die detaillierte Begründung des Gesetzgebers lässt keinen Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Beschneidung aufkommen. Darüber hinaus verdeutlicht sie, dass einem Verbot der Beschneidung in Deutschland auf absehbare Zeit die gesellschaftliche Akzeptanz fehlen würde. Das LG Köln könnte seiner Zeit voraus gewesen sein. Doch gegenwärtig hat die von ihm entwickelte Lösung keine Aussicht auf Bestand.

Unter Legitimitäts Gesichtspunkten lässt sich dieser Sachverhalt wie folgt interpretieren: Wegen der im Detail herausgearbeiteten und in die Entscheidung eingeflossenen außerrechtlichen Aspekte der Beschneidung hat die Lösung des Gesetzgebers ein wesentlich höheres Legitimitätsniveau als die des LG Köln. Für ein Landgericht ist es freilich in der Praxis nicht zu bewältigen, seine Entscheidungen auf eine ähnlich umfassende, selbst erarbeitete Legitimitätsbasis zu stellen, auch wenn dies im Beschneidungsfall im Zuge der Ausbalancierung der Grundrechte methodisch zulässig gewesen sein mag. Anders als dem Gesetzgeber steht einem Landgericht kein Beamtenapparat mit dutzenden spezialisierten Juristen zur Verfügung, der ihm zuarbeitet. Daraus ist nach hier vertretener Ansicht der Schluss zu ziehen, dass sich ein Richter in vergleichbar schwierigen Fällen die Frage stellen sollte, ob die von ihm ausgearbeitete Begründung als Legitimitätsgrundlage genügt. Ist dies nicht der Fall, sollte er die Entscheidung wenn möglich auf eine andere Begründung stützen. Herkömmliche Arbeitsanleitungen führen allerdings

³⁵ Vgl. LTO v. 7.5.2013, im Internet abrufbar unter:

<http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/nsu-prozess-videouebertragung-gesetzentwurf-bayern/> (3.2.2015).

³⁶ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11.

³⁷ Vgl. Die Welt v. 27.6.2012, im Internet abrufbar unter:

<http://www.welt.de/regionales/koeln/article107280710/Fast-einhellige-Kritik-am-Koelner-Beschneidungsurteil.html>

(3.2.2015); „Zu den wenigen dem Urteil zustimmenden Äußerungen gehörte am Mittwoch die des Kinderschutzbundes Baden-Württemberg, der das Urteil begrüßte.“

³⁸ BT-Drs. 17/10331 v. 19.7.2012.

³⁹ BGBI. I 2012, S. 2749 ff.

⁴⁰ BT-Drs. 17/11295 v. 5.11.2012, S. 10.

nicht zu solchen Überlegungen, da in ihnen der Aspekt des Legitimitätsniveaus nicht als eigener Prüfungsschritt verankert ist, sondern lediglich mittelbar in die Lösung einfließt. Daher erscheint eine Erweiterung der herkömmlichen Methode um den Prüfungsschritt des Legitimitätsniveaus im Sinne eines Korrektivs richterlicher Entscheidungen zweckmäßig.

3. Beispiel 3: Inzest-Urteil

Im Fall Stübing gegen Deutschland hatte sich der EGMR mit dem Inzest-Verbot zu befassen. Der Beschwerdeführer bekam von seiner leiblichen Schwester vier Kinder, von denen zwei behindert waren. Die deutschen Strafgerichte verurteilten ihn wegen Inzest (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB).

Gegen das Inzestverbot lässt sich u.a. wie folgt argumentieren: Der einzige „Schaden“, der durch Inzest entstehen könne, sei die Geburt eines behinderten Kindes. Ein behindertes Kind könne kein Schaden sein, weil es nach Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention (EMRK) den gleichen Wert habe wie ein nicht behindertes Kind. Abgesehen von dem Aspekt der Behinderung betreffe Inzest – jedenfalls unter Volljährigen – ausschließlich das Intimleben Dritter, welches niemanden etwas angehe. Die Kriminalisierung von Inzest sei mit der früheren Kriminalisierung der Homosexualität vergleichbar und ebenso als Menschenrechtsverletzung einzustufen.

Eine Verfassungsbeschwerde blieb gleichwohl ohne Erfolg.⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht führte aus, wichtigster Strafgrund des Inzestverbots sei der Schutz von Ehe und Familie. Empirische Studien belegten, dass der Gesetzgeber seinen Ermessensspielraum nicht überschreite, wenn er davon ausgehe, dass Inzestverbindungen zwischen Geschwistern die Familie und die Gesellschaft als Ganzes ernsthaft schädigen könnten. Darüber hinaus verwies das Bundesverfassungsgericht u.a. auf rechtsvergleichende Überlegungen. Allerdings vertrat ein Bundesverfassungsrichter in einem abweichenden Sondervotum die Ansicht, die Norm verfolgte kein Regelungsziel, das in sich widerspruchsfrei sei. Für die Ziele, die man dem Tatbestand unterlege, biete § 173 Abs. 2 S. 2 StGB keinen geeigneten Weg. Es gebe mildere und besser geeignete Instrumente als die Strafdrohung. Zudem verbiete es sich, den Schutz der Gesundheit potentieller Nachkommen zur Grundlage strafgesetzlicher Eingriffe zu machen. Man kenne aus guten Gründen eine Strafbarkeit selbst dort nicht, wo die Wahrscheinlichkeit behinderten Nachwuchses höher sei und die erwartbaren Behinderungen massiver seien als beim Inzest.

Gegen die Entscheidungen legte der Beschwerdeführer Beschwerde beim EGMR ein. Der EGMR gelangte zu dem Ergebnis, dass das Inzestverbot nicht gegen die EMRK verstoße.⁴² Der EGMR griff die rechtsvergleichenden Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts auf und stellte fest, dass in sechzehn der einunddreißig Mitgliedstaaten des Europarats einvernehmliche sexuelle Handlungen zwischen erwachsenen

Geschwistern strafbar seien, in fünfzehn Ländern nicht. Es gebe in den betreffenden Ländern keine Pläne, das Verbot abzuschaffen. Das Max-Planck-Institut habe zudem festgestellt, dass Geschwister auch in den Ländern, in denen einvernehmliche Handlungen zwischen Geschwistern nicht strafbar seien, nicht heiraten dürften. Wo es zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats weder in Bezug auf die relative Bedeutung der betroffenen Interessen noch in Bezug auf ihren bestmöglichen Schutz einen Konsens gebe, sei der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten weiter gefasst. Unter Berücksichtigung der Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts, das die von dem Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente hinreichend geprüft habe, sowie im Hinblick auf den weiten Beurteilungsspielraum, den ein Staat genießt, wenn es zwischen den Staaten des Europarats keinen Konsens hinsichtlich der Strafbarkeit gibt, hätten die innerstaatlichen Gerichte ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten, als sie den Beschwerdeführer wegen Inzests verurteilten.

Anders ausgedrückt: Der EGMR stellte fest, dass ihm angesichts der Verbreitung strafrechtlicher und sonstiger Sanktionen in den Mitgliedstaaten des Europarats die Legitimitätsgrundlage fehle, einen Verstoß des Inzestverbots gegen die EMRK festzustellen. Auch dieses Beispiel zeigt, dass die Legitimität das Ergebnis richterlicher Entscheidungen beeinflussen kann. Eine Lösung des Gesetzgebers darf von den Gerichten nur verworfen werden, wenn dafür eine hinreichende Legitimitätsgrundlage vorhanden ist. Dies setzt der richterlichen Rechtsfortbildung Grenzen. Zugleich ist an der Entscheidung des EGMR, welche an die Begründung des Bundesverfassungsgerichts anknüpft, erkennbar, dass eine Argumentation mit Legitimitätsaspekten methodisch zulässig und überzeugend sein kann. Auch wenn man das Inzestverbot in Frage stellt, wird man das Argument nachvollziehen können, dass es dem EGMR nicht zustehe, das Verbot aufzuheben. Eine andere Begründung wäre wahrscheinlich weniger überzeugend gewesen.

4. Beispiel 4: „Recht auf Rausch“

Das AG Lübeck verurteilte 1990 eine Angeklagte wegen vorsätzlicher unerlaubter Abgabe von Haschisch zu einer Freiheitsstrafe, nachdem sie ihrem Ehemann, der sich in Untersuchungshaft befand, 1,12 Gramm Haschisch übergeben hatte. Das LG Lübeck vertrat als Berufungsgericht die Auffassung, die einschlägigen Strafvorschriften seien verfassungswidrig. Es legte die Sache mit einem ausführlich begründeten Beschluss dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vor und führte u.a. aus, das Cannabisverbot stelle einen unzulässigen Eingriff in ein verfassungsrechtlich garantiertes „Recht auf Rausch“ dar. Außerdem verstoße die Ungleichbehandlung zu Alkohol und Nikotin gegen den Gleichheitsgrundsatz.⁴³

Das Bundesverfassungsgericht stellte mit Beschluss vom 9.3.1994 fest, dass die betreffenden Gesetzesvorschriften verfassungskonform seien.⁴⁴ Der Gesetzgeber verfolge den

⁴¹ BVerfGE 120, 224.

⁴² EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland).

⁴³ Sachverhalt entnommen aus BVerfGE 90, 145.

⁴⁴ BVerfGE 90, 145.

Zweck, die menschliche Gesundheit vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen und vor allem Jugendliche vor Abhängigkeit zu bewahren. Diese Zielsetzung sei durch internationale Abkommen erweitert worden. Obwohl sich die von Cannabisprodukten ausgehenden Gesundheitsgefahren als geringer darstellten, als der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes angenommen habe, verblieben nicht unbeträchtliche Gefahren, so dass die Gesamtkonzeption des Gesetzes vor der Verfassung Bestand habe. Ein Recht auf Rausch gebe es nicht. Auch liege kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor. Neben den unterschiedlichen Wirkungen der Stoffe dürfe der Gesetzgeber u.a. deren Bedeutung für das gesellschaftliche Zusammenleben berücksichtigen. Allerdings sei eine stark unterschiedliche Einstellungspraxis in den verschiedenen Bundesländern verfassungsrechtlich bedenklich. Die Länder treffe die Pflicht, für eine im Wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen. Insoweit gab der Vorlagebeschluss des LG Lübeck einen Impuls zu einer verfassungsrechtlichen Verbesserung der Einstellungspraxis.

Auch dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich entnehmen, dass das Legitimitätsniveau einer rechtlichen Lösung für die Rechtslage von Bedeutung sein kann. Wie das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat, darf der Gesetzgeber bei den Verbotsregelungen u.a. die Bedeutung „für das gesellschaftliche Zusammenleben“ berücksichtigen. Wenn also der Konsum von Alkohol im gesellschaftlichen Zusammenleben weithin akzeptiert ist, der Konsum von Cannabis dagegen nicht, ist dies ein Argument dafür, dass der Gesetzgeber den Umgang mit beiden Stoffen unterschiedlich regeln darf. Die gesellschaftliche Akzeptanz der Droge und das Legitimitätsniveau eines Verbotes bestimmen die rechtliche Lösung mit. Darüber hinaus ist interessant, dass die Entscheidung des LG Lübeck erheblicher Kritik ausgesetzt war. Man sollte annehmen, dass die Fachwelt voll des Lobes gewesen wäre, weil die Entscheidung ausführlich begründet war, die Ansicht von anderen Gerichten geteilt wurde,⁴⁵ mithin vertretbar war, und der Vorlagebeschluss zu einer verfassungsrechtlichen Verbesserung der Einstellungspraxis geführt haben dürfte. Das LG Lübeck erhielt jedoch nicht nur Lob, sondern auch viel Kritik. Nach hiesiger Auffassung erklärt sich dies dadurch, dass eine Legalisierung von Cannabis durch die Judikative nach Auffassung vieler kein hinreichendes Legitimitätsniveau aufweist, selbst wenn Cannabis weniger gefährlich sein sollte als Alkohol. Es steht der Judikative nicht zu, ein Recht auf Rausch zu entwickeln. Je höher das Legitimitätsniveau einer Entscheidung ist, desto weniger Kritik ist tendenziell zu erwarten.

III. Welche Schlussfolgerungen sind daraus zu ziehen?

1. Die inhaltlich sehr unterschiedlichen Beispielfälle haben gemeinsam, dass sich Aspekte der Legitimität auf das Ergebnis richterlicher Entscheidungen auswirken. Daraus ist zu folgern, dass Überlegungen zur Legitimität bei schwierigen Fällen hilfreich sein können und zugleich ein Schlüssel zum Verständnis höchstrichterlicher Entscheidungen sind.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 90, 145 (147).

2. Weiter ist nach hier vertretener Auffassung der Schluss zu ziehen, dass ein Richter in schwierigen Fällen vorsorglich prüfen sollte, ob das von ihm erarbeitete Legitimitätsniveau hinreicht, um die Entscheidung zu tragen. Die traditionelle juristische Methode sieht einen solchen gesonderten Prüfungsschritt nicht vor, sondern lässt Legitimitätsaspekte stattdessen mittelbar in die Entscheidung einfließen. Daher erscheint eine Erweiterung der juristischen Methode um diesen zusätzlichen Prüfungsschritt zweckmäßig, um der Gefahr vorzubeugen, dass Legitimitätsaspekte möglicherweise nicht hinreichend in die Entscheidung einfließen.

Im NSU-Verfahren und im Beschneidungsurteil trafen die Richter formaljuristisch korrekte und gut vertretbare Entscheidungen, die sich an der Gesetzeslage, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herkömmlichen Methode orientierten. Möglicherweise wären die Entscheidungen anders ausgefallen, wenn die Richter in einem zusätzlichen Prüfungsschritt der Frage der Legitimität der Entscheidungen nachgegangen wären.

3. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum demokratischen Legitimationsniveau und zur Einbeziehung außerrechtlicher Umstände in die rechtliche Lösung sollte eine richterliche Entscheidung über den Aspekt des Demokratieprinzips hinaus auch in sonstiger Hinsicht ein hinreichendes Legitimitätsniveau aufweisen. Dieses sollte umso höher sein, je intensiver die in Betracht kommenden Entscheidungen Grundrechte berühren.

Abstufungen beim Legitimitätsniveau sehen Verfassung und Gesetz an verschiedenen Stellen vor. So darf der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „wesentliche“ Entscheidungen, insbesondere solche, die mit Grundrechtseingriffen verbunden sind, nicht an die Verwaltung delegieren, sondern muss sie selbst regeln (Wesentlichkeitstheorie).⁴⁶ Wesentliche Entscheidungen bedürfen also eines Gesetzes als Legitimitätsgrundlage, bei unwesentlichen genügt ein niedrigeres Legitimitätsniveau. Aus Grundgesetz und EMRK folgt, dass Fälle mit intensiven Grundrechtseingriffen (z.B. Umgangsrechtsstreitigkeiten) vorrangig zu bearbeiten sind.⁴⁷ Sie bedürfen eines besonders hohen Legitimitätsniveaus. Auch im Strafverfahren ist das Legitimitätsniveau regelmäßig umso höher, je höher die Straferwartung ist und je intensiver die damit verbundenen Grundrechtseingriffe sind. Dies ist an der Zuständigkeitsverteilung und der Besetzung der Spruchkörper ablesbar (Strafrichter, Schöffengericht, große Strafkammer). Ein Spruchkörper mit mehr Richtern erhöht das Legitimitätsniveau der Entscheidung („vier Augen sehen mehr als zwei“). Auch beim EGMR richtet sich die Anzahl der Richter des Spruchkörpers nach dem jeweils erforderlichen Legitimitätsniveau (Einzelrichter, Ausschuss, Kammer, große Kammer).

⁴⁶ BVerfGE 47, 46 (78 ff.).

⁴⁷ Vgl. § 155 Abs. 1 FamFG: „Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, sowie Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls sind vorrangig und beschleunigt durchzuführen.“

Aus diesen Beispielen ist zu ersehen, dass es als allgemeines Prinzip angesehen werden darf, dass das Legitimitätsniveau mit der Intensität des Grundrechtseingriffs anwachsen soll.

4. Wenn zwei rechtliche Lösungen gleich gut vertretbar sind, sollte sich der Richter unter sonst gleichen Voraussetzungen für diejenige mit dem höheren Legitimitätsniveau entscheiden.

Ein Beispiel für diese Herangehensweise ist die Entscheidung des OLG Nürnberg zur Wiederaufnahme des Falles Mollath, der in einer psychiatrischen Einrichtung untergebracht war und dessen Fall öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zog.⁴⁸ In der ursprünglichen Verhandlung gegen Mollath war ein ärztliches Attest verlesen worden. Dabei irrten sich die Richter über den Aussteller des Attests. Sie erkannten nicht, dass ein Arzt das Attest in lediglich stellvertretender Funktion unterzeichnet hatte. Das LG Regensburg verneinte das Vorliegen einer unechten Urkunde und damit einen Wiederaufnahmegrund.⁴⁹ Es argumentierte, dass das Attest einen Zusatz „i.V.“ aufwies. Wenn dieser von den Richtern nicht erkannt worden sei, bedeute dies nicht, dass die Urkunde unecht sei. Das OLG Nürnberg stufte das Attest demgegenüber als unechte Urkunde im Sinne von § 359 Nr. 1 StPO ein, was die Wiederaufnahme des Verfahrens zur Folge hatte. Die Gesetzesauslegung des LG Regensburg ist bei formaljuristischer Betrachtung ebenso gut vertretbar wie diejenige des OLG Nürnberg. Doch fehlte der Unterbringung Mollaths aufgrund verschiedener Umstände eine hinreichende Legitimitätsgrundlage. Dem trug das OLG Nürnberg Rechnung, indem es sich bei der Auslegung von § 359 Nr. 1 StPO für die Lösung mit dem höheren Legitimitätsniveau im Einzelfall entschied.

Im Zivilverfahren hat der Richter häufig die Wahl zwischen ähnlich gut vertretbaren Lösungen mit unterschiedlichem Legitimitätsniveau. So ist im Zivilprozessrecht durch Gesetzesauslegung zu ermitteln, wie weit die Hinweispflichten des Gerichts nach § 139 ZPO gehen, unter welchen Voraussetzungen der Vortrag einer Partei als unsubstantiiert einzustufen, wann eine Parteienanhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO zur Aufklärung des Sachverhaltes durchzuführen und in welchen Fällen ein Beweisantritt als Ausforschungsbeweis zurückzuweisen ist. Je nach Auslegung kann der Richter den Fokus auf eine Beschleunigung des Verfahrens oder auf materielle Gerechtigkeit legen. Welche Auslegung das höhere Legitimitätsniveau hat und im Zweifel vorzuziehen ist, hat das Kammergericht klargestellt: „Der Richter muss im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes überhaupt alles tun, um eine in der Sache richtige Entscheidung herbeizuführen; die Parteien wünschen und brauchen eine schnelle Entscheidung, aber mehr noch eine richtige Entscheidung.“⁵⁰

Umgekehrt kann es das Legitimitätsniveau senken, wenn sich ein Richter einer gut vertretbaren Gesetzesauslegung an-

schließt. So kann bei Verweisungen von Rechtsstreitigkeiten an andere Gerichte das Interesse des Richters an einer Minimierung seiner Arbeitszeit mit Legitimitätsgesichtspunkten kollidieren. Ist es gleich gut vertretbar, einen Fall zu verweisen wie ihn zu behalten, sollte es im Schnitt in 50 % der Fälle zu Verweisungen kommen. Wenn die Richter die Verfahren gleichwohl wesentlich häufiger verweisen als statistisch zu erwarten ist, reduziert dies das Legitimitätsniveau ihrer Entscheidungen und der Judikative insgesamt. Denn es bedeutet, dass der eigenen Arbeitersparnis und damit einem sachfremden Umstand zu viel Gewicht beigemessen wird. Eine solche missbräuchliche Auslegung der Verweisungsvorschriften kommt nach Einschätzung der Literatur in der Praxis vor.⁵¹ Je weniger sachfremde Aspekte in die Gesetzesauslegung einfließen, desto höher ist das Legitimitätsniveau.

5. Genügt das Legitimitätsniveau nicht, um die vom Richter für richtig erkannte rechtliche Lösung (Output) zu rechtfertigen, sollte der Richter prüfen, ob er das Legitimitätsniveau durch Verbesserungen bei der Input-Legitimität anheben kann. Dies kann durch sorgfältige Aufarbeitung des Sachverhaltes, Ermittlung aller im Rahmen einer Abwägung relevanten Umstände und sorgfältige mündliche sowie schriftliche Begründung erfolgen. Stellt der Richter fest, dass er nicht über die Arbeitskapazität verfügt, um ein hinreichendes Legitimitätsniveau zu erreichen, sollte er prüfen, ob sich das Ergebnis der Entscheidung auf einem anderen rechtlichen Lösungsweg begründen lässt. Ist auch dies nicht möglich, sollte er das Ergebnis vorsorglich nochmals überprüfen.

Im Fall des Beschneidungs-Urteils hätten die Richter erkennen können, dass die Aufarbeitung der im Rahmen der Grundrechtsabwägung zu berücksichtigenden Umstände nicht hinreichend war, um ein Ergebnis mit so großer Tragweite zu legitimieren. Sie hätten für die Nichtverurteilung eine andere rechtliche Lösung ausarbeiten können, was möglich gewesen sein dürfte.

Der EGMR sieht sich teilweise massiver Kritik und Akzeptanzproblemen bis hin zur Drohung mit einem Austritt Großbritanniens aus der EMRK ausgesetzt.⁵² Ihm wird insbesondere vorgeworfen, den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten der EMRK („margin of appreciation“) nicht hinreichend zu beachten. Diese Kritik sollte Veranlassung sein, zu prüfen, ob der EGMR die Legitimität seiner Entscheidungen erhöhen kann. Insoweit erscheinen Verbesserungen möglich. So verzichtet der EGMR gegenwärtig bei den meisten Nichtzulässigkeits-Entscheidungen auf eine Begründung.⁵³ Er

⁵¹ Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 30. Aufl. 2014, § 281 Rn. 17.

⁵² Hall, We'll end this human rights madness, pledges David Cameron v. 30.9.2013, im Internet abrufbar unter:

<http://www.express.co.uk/news/uk/433245/We-ll-end-this-human-rights-madness-pledges-David-Cameron> (3.2.2015):

„Before the start of the Tory party conference, the Prime Minister signalled he may remove the UK from the jurisdiction of meddling Strasbourg judges if he wins a majority at the next election.“

⁵³ Schaffrin, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2012, Art. 27 Rn. 6.

⁴⁸ OLG Nürnberg, Beschl. v. 6.8.2014 – 1 W 354/13 WA.

⁴⁹ LG Regensburg, Beschl. v. 24.7.2013 – 7 KLs 151 Js 4111/13 WA, 7 KLs 151 Js 22423/12 WA.

⁵⁰ KG, Urt. v. 20.2.1975 – 22 U 2196/74 = OLGZ 1977, 479 (481).

könnte alternativ dazu den Beschwerdeführern kurze Begründungen zukommen lassen, soweit dies ohne großen Aufwand möglich ist. Dies würde zwar den in Erwägung gezogenen Austritt Großbritanniens aus der EMRK nicht verhindern können. Es dürfte aber dazu beitragen, die Anerkennungswürdigkeit der Entscheidungen des EGMR zu erhöhen und könnte durch weitere Maßnahmen ergänzt werden.

6. Da der Richter mehrere Ziele gleichermaßen anzustreben hat (Quantität, Qualität und Legitimität), während die Ressourcen begrenzt sind, kann es nicht das Ziel des Richters sein, stets das Legitimitätsniveau zu maximieren. Vielmehr ist das Ziel einer hohen Legitimität gegen andere Ziele abzuwägen. Der Richter hat die vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber zur Verfügung gestellten personellen und sonstigen Ressourcen hinzunehmen und mit ihnen zu wirtschaften. Er darf das Legitimitätsniveau nicht in allen Fällen maximieren, wenn er infolgedessen seinen quantitativen und qualitativen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Dies bedeutet, dass der Richter häufig Abstriche beim Legitimitätsniveau vorzunehmen hat. In der Praxis sind viele Richter mit mehr als 100 % des vom Dienstherrn für angemessenen gehaltenen Arbeitspensums belastet. Der Richter wird in einem solchen Fall zunächst Effizienzreserven ausschöpfen, Überstunden leisten, Fortbildungen reduzieren, verzichtbaren „Service“ für die Beteiligten durch Ablehnung von Terminverlegungsanträgen reduzieren, bei Krankheit arbeiten und Abstriche bei der Referendarausbildung machen. Wenn auch dies nicht genügt, wird er das Legitimitätsniveau seiner Entscheidungen abzusenken.

Die Abstriche können umso größer sein, je weniger intensiv die Grundrechtseingriffe sind (vgl. auch III. 3.). So eröffnet der Gesetzgeber dem Zivilrichter gemäß § 495a ZPO die Möglichkeit, das Legitimitätsniveau bei geringwertigen Streitigkeiten zu reduzieren und von den sonst geltenden Vorgaben der ZPO abzuweichen. Gesetzlich zur Legitimitätsreduzierung gezwungen ist der Richter nicht; es bleibt ihm unbenommen, ein hohes Legitimitätsniveau beizubehalten. Genügt die Arbeitskraft jedoch nicht, um in allen Fällen das Legitimitätsniveau zu maximieren, wird es zweckmäßig sein, entsprechend dem Willen des Gesetzgebers bei geringwertigen Streitigkeiten mit der Legitimitätsreduzierung zu beginnen.

7. Der Gedanke des Legitimitätsniveaus präzisiert anderweitige Überlegungen zum Einfluss außerrechtlicher Umstände auf das Recht.⁵⁴ So sagt das an Analogien zu anderen Fällen geschulte „Bauch-“, „Rechts-“ oder „Fingerspitzengefühl“ oder der „gesunde Menschenverstand“ dem Richter gelegentlich, dass eine bestimmte Lösung falsch sein könnte. Nach dem sog. Pub-Test ist eine rechtliche Lösung fehlerhaft, wenn man gedanklich in einem Pub einem Barkeeper davon berichtet und dieser einen der Bar verweist. Nach anderem Ansatz kann ein Urteil falsch sein, wenn ein Professor es nicht innerhalb von zehn Minuten seinen Studenten erklären kann. Auch wenn solche Faustformeln in der Praxis eine gewisse Hilfe sein mögen – aus diesem Grunde existieren sie – sind sie kaum geeignet, eine richterliche Entscheidung zu

begründen. Sie erhöhen vielmehr die Diskrepanz zwischen „echten“ und schriftlichen Urteilsgründen und sind bereits aus diesem Grund abzulehnen. Demgegenüber stellt der Ansatz des Legitimitätsniveaus den Einfluss außerrechtlicher Umstände auf das Recht auf eine dogmatisch tragfähige Grundlage. Darüber hinaus belegt die Existenz der genannten Faustformeln, dass die traditionelle juristische Methode für bestimmte Fälle nicht ausreichend ist. Denn andernfalls bedürfte es keiner Faustformeln. Dies verdeutlicht, dass eine behutsame Fortentwicklung der traditionellen Methode um den Prüfungsschritt des Legitimitätsniveaus zweckmäßig ist. Zudem besteht bei Faustformeln die Gefahr, dass sie primär auf die faktische Anerkennung einer Entscheidung anstelle der Anerkennungswürdigkeit abzielen.

Nicht legitimitäts erhöhend wäre es, wenn die Gerichte anstelle der Anerkennungswürdigkeit ihrer Entscheidungen deren faktische Anerkennung in der Gesellschaft anstreben würden. Vielmehr sind die Gerichte von Zeit zu Zeit gehalten, Entscheidungen zu treffen, die mehrheitlich auf Ablehnung stoßen. So sah sich das Bundesverfassungsgericht einer großen Koalition von Kritikern ausgesetzt, als es die Drei-Prozent-Hürde bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für verfassungswidrig erklärte.⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht hob hervor, dass bei „Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt“, was zur Folge habe, dass „die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle“ unterliege.⁵⁶ Wenn es wie in einem solchen Fall darum geht, die Rechte von Minderheiten zu schützen, kann eine Zustimmung der Mehrheit zur Beschränkung ihrer Rechte und eine mehrheitliche Akzeptanz der Entscheidung nicht immer erwartet werden. Der Inhalt der Entscheidung kann dann nicht an der gesellschaftlichen Anerkennung ausgerichtet werden, ohne die Anerkennungswürdigkeit der Entscheidung zu verringern. In solchen Fällen ist es von Vorteil, wenn sich ein Gericht durch eine lange Historie anerkennungswürdiger Entscheidungen einen Vertrauensvorschuss erarbeitet hat, wie es dem Bundesverfassungsgericht gelungen ist.

8. Die vier eingangs diskutierten Beispielfälle verdeutlichen, dass neben der Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck in schwierigen Fällen insbesondere rechtsvergleichende Überlegungen hilfreich sein können. Entwickelt ein Richter eine rechtliche Lösung, während in fast allen Staaten eine entgegengesetzte Rechtslage vorherrscht, sollte dies Veranlassung sein, die eigene Lösung zu überprüfen (Bescheidungsfall). Ist eine rechtliche Lösung in vielen Staaten verbreitet, benötigt der Richter überzeugende juristische Argumente, um eine solche gesetzgeberische Lösung durch Richterrecht zu verwerfen (Inzestfall). Der Aspekt des Legitimi-

⁵⁴ Vgl. zu den anderweitigen Überlegungen Henke, Über die Evolution des Rechts, 2010, S. 62 f., m.w.N.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a., Rn. 59.

tätsniveaus schließt solche rechtsvergleichenden Überlegungen ein, reicht aber darüber hinaus.

9. Möglicherweise kann bei der Bestimmung des Legitimitätsniveaus der Gedanke der Halbwertszeit rechtlicher Lösungen eine Hilfe sein.⁵⁷ Manche rechtlichen Lösungen können auf eine lange juristische Tradition verweisen, etwa der Straftatbestand des Totschlags (§ 212 StGB). Darin kommt eine hohe Anerkennungswürdigkeit zum Ausdruck. Andere Lösungen sind von absehbar kurzer Dauer. Dies ist Ausfluss eines geringen Legitimitätsniveaus. Wenn erkennbar ist, dass einer von einem Richter entwickelten Lösung eine kurze Halbwertszeit beschieden ist, sollte der Richter seine Lösung überdenken.

10. Gegen den hier vertretenen Ansatz könnte man einwenden, dass eine stärkere Berücksichtigung des Legitimitätsniveaus richterlicher Entscheidungen dem Richter unter Aufgabe der verfassungsrechtlich gebotenen richterlichen Selbstbeschränkung („judicial self-restraint“)⁵⁸ eine uneingeschränkte Rechtsfortbildung ermöglichen könnte, falls ihm eine Rechtsnorm unzumutbar erscheint. Diese Gefahr besteht jedoch nicht. Die vier eingangs diskutierten Beispielfälle belegen das Gegenteil. So ist eine Rechtsfortbildung tendenziell abzulehnen, wenn die neue Lösung über ein geringeres Legitimitätsniveau verfügt als die bisherige.

⁵⁷ Vgl. Henke (Fn. 54), S. 103.

⁵⁸ BVerfGE 36, 1 (14).