

Duncan Kennedy, Cambridge, Mass.

Konsequenzen der richterlichen Entscheidung

I. *Einführung in die Problematik*

Es ist meiner Meinung nach nicht zu leugnen, daß ein beträchtlicher Teil ideologischer Gruppenkonflikte richterliche Rechtssetzung betrifft, und daß der richterliche Entscheidungsprozeß die Richter wohl oder übel dazu zwingt, Beteiligte im ideologischen Konflikt zu sein. Wenn dies zutrifft, ist es zumindest fraglich, ob unser politisches System auf einem Prinzip aufbaut, das man eine naive Theorie des Rechtsstaats nennen könnte. Dieser naiven Theorie zufolge wenden die Richter das Recht an, schaffen es aber nicht. Recht wird vom Volk unmittelbar als Verfassung gesetzt, von der Gesetzgebung oder von den verschiedenen Schöpfern des englischen Common Law, das zu einem bestimmten Zeitpunkt als das Recht der Vereinigten Staaten übernommen wurde.

Eine Variante dieser naiven Theorie ist häufig Bestandteil der politischen Theorien des Liberalismus (Hobbes, Locke usw.), wo sie eines der Elemente eines demokratischen politischen Systems bildet. Die Bindung des Richters an das Gesetz legitimiert den Einsatz staatlicher Macht gegen Bürger im Rahmen richterlicher Entscheidungen, indem sie vom Willen des Richters auf irgendeine Kombination natürlicher Rechte und des Volkswillens zurückverweist. Ohne Gesetzesbindung wäre der Richter »losgelassen«, eine politische Macht ohne demokratische Kontrolle, und die Rechte der Bürger wären der Gefahr ausgesetzt, von der Amtsgewalt der Richter mißbraucht zu werden.

Manchmal wird gesagt, daß niemand mehr in den Vereinigten Staaten an diese naive Version der Theorie des Rechtsstaats glaubt. Diese Feststellung entspricht soweit der Wirklichkeit, daß es mir sinnvoll erschien, diesen Aufsatz mit einem Überblick über die ideologischen Elemente richterlicher Entscheidungsfindung zu beginnen, und dabei eine gesetzgeberische Tätigkeit des Richters vorauszusetzen, ohne sie näher zu begründen. Ich gehe davon aus, daß meine Leser die Ansicht teilen, daß Richter manchmal kontroverse Entscheidungen treffen, die gesetzgeberischen Entscheidungen zumindest ähnlich sind.

Auch für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung über die Konsequenzen richterlicher Entscheidungen für unser politisches System wäre es überflüssig, das naive Modell zu widerlegen. Aber wir können es nicht länger

vermeiden, in das Theoriengestrüpp einzudringen, das sich um die Frage rankt, was Richter denn tun, wenn sie nicht einfach Recht anwenden. Wir wollen nicht in das Dickicht eindringen, um anspruchsvolle liberale Theorien über diesen Gegenstand zu widerlegen oder zu ersetzen. Genausowenig ist es unsere Absicht herauszufinden, was Richter tun sollten, wenn unser politisches System liberalen Idealen treu bleiben soll; und wir wollen schließlich auch nicht zeigen, daß ein solches System nicht realisiert werden kann. Unser Ziel ist beschreibend (wenn es auch nicht neutrale Sozialwissenschaft, sondern Teil eines politischen Projekts ist – mehr dazu später).

Meine Theorie ist, daß die Kombination unserer gegenwärtigen Praxis richterlicher Entscheidungsfindung und unseres gegenwärtigen Verständnisses dieser Praxis politische Resultate hervorbringt, die sich von denen unterscheiden, die es gäbe, wenn wir eine andere Praxis und ein anderes Verständnis hätten. Das heuristische Mittel, das ich zu diesem Zweck anwenden werde, ist, ein anderes System der Entscheidung vorzuschlagen, ein System, das einen entscheidenden Aspekt richterlicher Entscheidungsfindung, wie wir sie zur Zeit verstehen, eliminiert. Von diesem System ausgehend möchte ich dann ausführlich über seine Auswirkungen auf das politische System spekulieren. Diese Methode hat den Vorteil, die Frage nach den Auswirkungen relativ klar abzugrenzen, ohne dabei die Tatsache zu unterdrücken, daß die gesamte Diskussion auf Vermutungen beruht.

Stellen wir uns vor, wir würden die Anzahl gesetzgebender Körperschaften erhöhen und würden ihnen die Funktion der Revisionsinstanz übertragen, so daß sie »Rechtsfragen« entscheiden würden. Stellen wir uns vor, daß jede Partei eines Rechtsstreits das Recht hätte, wann immer eine Rechtsnorm zu definieren wäre, die Gesetzgebung anzurufen, und daß es eine bewährte, widerspruchsfreie Praxis der Gesetzgebung gäbe, ein Gesetz zu erlassen, das die Rechtsnorm festlegen würde. Im Rahmen dieser Praxis würde die Gesetzgebung auch darüber entscheiden, ob die Norm rückwirkend oder nur mit Wirkung *ex nunc* anzuwenden wäre.

Stellen wir uns weiter vor, die richterliche Letztentscheidung würde abgeschafft, und zwar in dem Sinne, daß gegen die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes die Berufung an den Gesetzgeber zulässig wäre. Schließlich müßte es allgemein anerkannt sein, daß die Gesetzgebung Fragen von den Gerichten unter Anwendung der gleichen Entscheidungsregeln beantwortet, die sie in der »gewöhnlichen« Gesetzgebung anwendet, die Regel des Verfassungsvorrangs eingeschlossen.

Es gäbe keine schriftlichen Urteile mehr, sondern Debatten und Gesetzgebungsmaterialien. Der Gesetzgeber würde mehr oder weniger intensiv die tatsächlichen Grundlagen ermitteln, genau wie er es auch jetzt tut. Die »Parteien« könnten an Unterlagen vorlegen, was immer sie wünschen; es

gäbe keine feststehende Verfahrensordnung mehr, sobald die Sache dem Gesetzgeber vorliegen würde.

Das wäre eine weitreichende Änderung. Aber wie weitreichend? Die Antwort hängt davon ab, welche Vorstellungen man von der richterlichen Tätigkeit hat, und was man glaubt, welche Vorstellungen von der richterlichen Tätigkeit in verschiedenen Öffentlichkeiten vorherrschen. Es ist notwendig, diese beiden Fragen zu unterscheiden, weil es praktisch keinen Konsens über die Realität der Praxis richterlicher Entscheidungsfindung gibt. Es gibt sehr unterschiedliche Auffassungen von der Praxis, und diese Auffassungen beeinflussen sowohl die richterliche Entscheidungsfindung selbst als auch die Tätigkeit des Gesetzgebers. Da sich offensichtlich diese Auffassungen widersprechen, sind einige dieser Auffassungen vermutlich unzutreffend.

In meinem hypothetischen System dagegen gibt es ein gemeinsames Verständnis der Vorgänge (wenn auch selbstverständlich Meinungsverschiedenheiten darüber existieren, wie einzelne Fälle zu entscheiden sind, und vielleicht auch über das neue System selbst). Eine entscheidende Frage ist nun, welche Auswirkungen es für das politische System hat, wenn Rechtsregeln durch ein Verfahren richterlicher Entscheidungen gefunden werden, über das derartige Meinungsverschiedenheiten bestehen, statt durch ein *relativ* durchsichtiges gesetzgeberisches Verfahren.

Manchmal, so scheint es mir, gibt es einen großen Unterschied zwischen den Antworten, die Richter jetzt auf Rechtsfragen geben, und den Antworten eines Gesetzgebers in meinem hypothetischen System. Mit anderen Worten, ich gehe davon aus, daß es ein komplexeres Modell der Gesetzesbindung gibt, das tatsächlich einen Unterschied zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung beschreibt, ein Modell, in dem Richter gebunden sind. Die Frage ist, was geschieht, wenn diese Fragen aus einem besonderen Rechtsprechungsverfahren, das auf einer Norm interpretativer Treue zu einem geschriebenen Gesetzestext aufbaut, herausgenommen werden und einem Verfahren überantwortet werden, das eine solche Norm nicht kennt.

Da Richter unter einer Norm der interpretativen Treue zu den Texten arbeiten, ist es für sie ein Fehler, eine Sünde oder ein Vertragsbruch, wenn sie eine Einstellung der ungebundenen Entscheidung annehmen. Diese Unterscheidung zwischen verschiedenen Einstellungen behält ihren Wert, obwohl, worauf Fish hinweist, niemand jemals eine ungebundene Entscheidung trifft. Es ist anzunehmen, daß Richter, die unter einer Norm interpretativer Treue arbeiten, in vielen und bedeutenden Fällen andere Regeln aufstellen werden als Richter, die sich nicht in dieser Weise gebunden sehen, und daß sie andere Normen aufstellen, als sie es als Gesetzgeber getan hätten.

Ein Teil richterlicher Rechtsbildung im Prozeß der Entscheidungsfindung

wird aber am besten nicht als Interpretation, sondern als eine ideologische Entscheidung beschrieben. Diese Entscheidung wird in einem Diskurs getroffen, in dem eine starke Konvention die Existenz der Entscheidungsmöglichkeit verneint, und von Akteuren, von denen viele »bösgläubig« sind. Welchen Unterschied macht es, daß ein großer Teil unserer Rechtsschöpfung unter diesen Bedingungen stattfindet, anstatt unter denen meiner relativ durchsichtigen legislativen Alternative?

Es wäre schön, mit einem einfachen Modell entlang der folgenden Linien zu beginnen: Stellen wir uns vor, alle Rechtsfragen hätten, wenn sie als Interpretationsfragen aufgefaßt werden, entweder eine »determinierte korrekte Antwort« oder nicht. Eine Frage, die keine determinierte Antwort hat, wird ebenfalls beantwortet werden; das Ergebnis ist am besten als eine Entscheidung des Richters zwischen rivalisierenden ideologischen Projekten und nicht als eine Entscheidung zwischen einer besseren und einer schlechteren Interpretation zu verstehen. Schließlich könnten wir uns vorstellen, die Beteiligten würden an eine naive Theorie der Rechtsbindung glauben, wonach die Richter Recht anwenden, aber nicht schaffen.

Diese Betrachtungsweise wäre deswegen schön, weil sie zum kritischen Projekt von Feuerbach und Marx paßt. Die Grundannahme des Projekts war, daß wir wissen, daß Gott nicht existiert, und daß wir wissen, daß das kapitalistische System nicht so funktioniert, daß es jeden Beteiligten entsprechend seines sozialen Beitrages belohnt. Aber die Menschen glauben das Gegenteil - daß Gott existiert und daß der Markt dem individuellen Beitrag entsprechend Güter verteilt. In beiden Fällen gibt es einen falschen Anschein von Determination in der sozialen Welt, und diese falsche Determination versteckt eine reale Determination durch menschliches Handeln. In anderen Worten, die Menschen sind ihrer Fähigkeiten entfremdet. Man analysiert dann die Konsequenzen des Glaubens an den falschen Schein der Determination, in dem sicheren Bewußtsein, daß, was auch immer vorgehen mag, es nicht das ist, was die Beteiligten glauben. Im nächsten Schritt wird gezeigt, daß die Dinge tatsächlich von etwas anderem determiniert werden. So verbirgt die Determination durch den Willen Gottes die Determination durch z.B. die Notwendigkeit der Nahrungsaufnahme; die Determination durch Marktkräfte verbirgt die Determination durch die Macht der Klasse; die Determination durch das Recht verbirgt z.B. die Determination durch Ideologie.

Die Illusion und die Entfremdung menschlicher Kräfte tragen eher zu den Mustern des sozialen Lebens bei, oder beeinflussen sie, oder verursachen sie zum Teil, als daß sie lediglich mystifizieren. Es ist die Hypothese der klassischen Theorien, daß die Menschen die tatsächlichen Verhältnisse nicht akzeptieren, wenn sie erkennen, daß der Schein der Determination durch den Willen Gottes oder die Kräfte des Marktes nichts weiter ist als

eine Maske für die Determination durch andere Menschen, die sich in nichts von ihnen selbst unterscheiden. Sobald enthüllt wird, daß die anscheinende Determination eine Illusion oder ein Betrug ist, und daß in Realität eine andere Determination (die Notwendigkeit der Nahrungsaufnahme, die Logik des Kapitals) vorliegt, werden diese tatsächlichen Verhältnisse *ipso facto* diskreditiert.

Der Grund dafür liegt darin, daß das kritische Projekt nicht nur eine Analyse der tatsächlichen Verhältnisse, sondern gleichzeitig ein Appell an eine Moral ist, die die tatsächlichen Verhältnisse diskreditiert. Der Kommunismus wurde als Ideal geschaffen, indem man die herrschende jüdisch-christliche Moral auf die Welt anwendete, so wie man sie ohne die Illusionen der klassischen politischen Ökonomie betrachtete, die sich als apologetischer Betrug herausgestellt hatte. Der moralische Schritt ist daher eine zweite Determination: In ihm werden die gleichen Prinzipien angewandt, die in der mystifizierten Welt, in der die Menschen sich entfremdet waren, als Apologie gewirkt hatten.

Dieses Projekt der Linken ist das Modell für unser Projekt, aber so modifiziert, daß sein Wahrheitsanspruch aufgegeben wird. Die erste Modifikation ist der Verzicht auf die Idee einer objektiven Grenze zwischen Rechtsfragen, die eine korrekte determinierte Antwort besitzen und solchen, die nur durch ideologische Entscheidung beantwortet werden können. Die zweite Modifikation besteht darin, die Vorstellung einer schlichten Illusion, oder eines falschen Bewußtseins, durch die komplexere Idee der Bösgläubigkeit zu ersetzen, also die Diskontinuität zwischen Wahrheit und Illusion durch die Diskontinuität zweier Bewußtseisebenen zu ersetzen. Drittens möchte ich die Konsequenzen der Rechtsschöpfung durch richterliche Entscheidungen erforschen, ohne eine andere Determination der »tatsächlichen« Verhältnisse anzubieten. Ich werde auch keine moralische Determination vorschlagen, mit der wir auf die Enthüllung des Fehlers reagieren sollten (obwohl ich der Ansicht bin, daß wir auf eine bestimmte Weise reagieren sollten).

II. Beschränkungen richterlicher Entscheidungsfindung

Warum können wir das Universum der Rechtsfragen nicht danach einteilen, ob sie determinierende korrekte Antworten haben oder nicht? Wie können wir die Folgen der Einschränkungen ermitteln, die das Gesetz dem Richter auferlegt, wenn wir nie sagen können, daß eine bestimmte Frage eine determinierte Antwort hat?

Ich schlage vor, die Untersuchung von der Frage »was folgt aus der Tatsache, daß Richter in x % der Fälle gebunden sind?« auf die Frage »was folgt

aus der Tatsache, daß Richter sich häufig als gebunden *erfahren?*« zu verlagern. Weder Richter noch außenstehende Beobachter können mit Sicherheit feststellen, ob eine gegebene Antwort auf eine Rechtsfrage *wirklich* korrekt war. Trotzdem können wir die Untersuchung der Konsequenzen richterlicher Entscheidungen fortsetzen, weil wir plausibel eine Erfahrung der Gebundenheit beschreiben können, die das Verhalten beeinflusst – indem der Richter tut, was er *empfand*, tun zu müssen, selbst wenn er lieber etwas anderes getan hätte.

In der amerikanischen Kultur ist »der Richter« eine wichtige Person, zum Teil weil man von ihr erwartet, sie werde dem Recht folgen, auch entgegen ihrer Vision von dem, was an sich richtig wäre. Eine Untersuchung der Konsequenzen der richterlichen Rechtsschöpfung muß in Rechnung stellen, auf welche Weise die charismatische Kraft, die mit der Errungenschaft dieser Selbstbeschränkungen verknüpft wird, dazu dienen kann, Entscheidungen zu stützen, die Elemente von Wahlfreiheit, Kontroverse oder Ideologie an sich haben.

Zwei Arten der Beschränkung

Es gibt zwei Situationen, in denen es plausibel ist, Richter als vom Gesetz gebunden zu beschreiben. Dieser Situation entsprechen zwei ziemlich verschiedene Erfahrungen des Rechtsprechens. Die erste könnte unbewußte Regelbefolgung genannt werden; die zweite Beschränkung durch den Text. Im Falle der unbewußten Regelbefolgung hat der Richter die Fakten vor sich und eine einzige bestimmte Regel im Kopf. Seine Aufmerksamkeit ist darauf konzentriert, was geschehen ist, und es gibt zwei wohldefinierte gegensätzliche mögliche Antworten. Wenn die eine Version die ist, was »wirklich« geschehen ist, dann scheint es offensichtlich zu sein, daß der Beklagte die einschlägige Norm verletzt hat; wenn die andere Version zutrifft, dann hat der Beklagte die einschlägige Norm nicht verletzt.

In dieser Situation denkt niemand über alternative Interpretationsmöglichkeiten der Norm nach. Wenn die Fakten einmal feststehen, wendet man sie einfach unbewußt an. Wenn wir das Publikum sind, werden wir nicht darauf aufmerksam gemacht, daß etwas anderes geschehen könnte als das, was tatsächlich geschieht, wenn es der Richter mit den Tatsachen zusammenbringt. In dieser Situation ist es unproblematisch, was der Richter über die Norm denkt. Er kann der Ansicht sein, daß die Norm absolut verfehlt ist und die Legislative sie ändern sollte. Aber er wendet sie in dieser Situation nach wie vor an.

Ein Richter, der unbewußt die Materialien (das große Raster) als auf genau ein Ergebnis deutend erfährt, wenn auf die vorliegenden Fakten angewandt, und dann dieses Ergebnis in der Form der Anwendung von Regeln aus-

spricht, ist »gebunden« in einer sehr sinnvollen Bedeutung des Begriffes. Wir machen alltäglich die Erfahrung, daß wir Anweisungen einen einzigen, offensichtlichen Sinn zuschreiben. Sich zu verhalten, als hatzen sie eine andere Bedeutung, oder viele verschiedene mögliche Bedeutungen, ist bösgläubig, ungehorsam, oder ausweichend. Wenn ich gebeten werde, die Tür zu schließen, sehe ich mich im Regelfall nicht vor eine schwierige Interpretationsaufgabe gestellt. Ich weiß, was gemeint ist, ohne viel darüber nachzudenken. Man würde nicht zögern, mir zu sagen, ich hatze die Tür nicht geschlossen, wenn ich das Fenster schließe.

Das diametral entgegengesetzte Modell der Gebundenheit ist eines, in dem die Fakten bekannt sind, aber die richtige Interpretation der Regel in Frage steht. Der Richter lehnt das Ergebnis ab, zu dem die offensichtliche Interpretation der Regel führen würde, gibt sich große Mühe, brauchbare juristische Argumente für eine andere Interpretation zu finden, aber bleibt ohne Erfolg. Im ersten Fall funktioniert das Recht problemlos, indem es die Handlung der RichterIn »leitet«; im zweiten Fall ist es eine Einschränkung, ein Hindernis, das Richtige zu tun. Im ersten Fall kommt niemand auch nur auf die Idee, an Rechtsschöpfung zu denken. Im zweiten Fall gibt sich der Richter alle Mühe, »neues« (d.h. nicht-offensichtliches) Recht zu schaffen, findet aber keine Möglichkeit dazu, ohne seine Pflicht zur Treue gegenüber den Materialien zu verletzen.

Es gibt Fälle, die zwischen den Extremen liegen. Es kann sein, daß es Einwendungen und ernsthafte Versuche gibt, eine alternative Regel zu finden, die aber als offensichtliche Fehlschläge empfunden werden. Vielleicht gibt es Bemühungen, eine Kontroverse zu starten, aber es wird keine Einschränkung empfunden, weil die alternativen Vorschläge keinen ernsthaften Zweifel hervorrufen. Oder es kann einige unsichere Versuche geben, die Regel in Zweifel zu ziehen, die aber schnell wieder zugunsten des ursprünglichen Gefühls der automatischen Anwendung aufgegeben werden.

Die Verschwommenheit der Erfahrung der Beschränkung

In allen Fällen der Erfahrung der Einschränkung zwischen den beiden extremen Polen kann man sagen, daß das Recht das Ergebnis determiniert, wenn man damit sagen will, daß es vom Standpunkt des Handelns aus keinen Einfluß der eigenen Wünsche gab. *Aber man kann nicht sagen, daß immer dann, wenn der oder die Handelnde die Ereignisse in diesem Sinn beschreibt, die Rechtsfrage eine determinierte Antwort hatte.* Der Grund ist, daß es sich lediglich um eine Empfindung handelte, die möglicherweise anders gemacht worden wäre, wenn mehr und andere Arbeit geleistet worden wäre.

Sobald Richter gezwungen werden, ihre ursprüngliche unbewußte Haltung

der Norm gegenüber aufzugeben und mit der Arbeit der Norminterpretation beginnen, müssen sie sich entscheiden, wieviel Arbeit sie leisten wollen, und in welche Richtung zu arbeiten ist. Der allgemeine Gegenstand dieser Arbeit ist bestens bekannt. Sie besteht aus der Suche und Lektüre von Entscheidungen und Gesetzestexten und Lehrmeinungen. Sie besteht im Testen von alternativen Abgrenzungen des Feldes und Ausweitungen/Einengungen. Sie besteht im Erzeugen potentieller Argumente für und wider alternative Formulierungen der Norm.

Im Fall der Beschränkung endet diese Arbeit als Fehlschlag, in dem Sinne, daß es unmöglich ist, eine alternative Formulierung der Norm zu finden, von der Richter das Gefühl haben, sie sei mit der Treue zu den Materialien vereinbar. Der Schlüsselbegriff ist »unmöglich . . . zu finden«. In der Rechtswissenschaft ist das Ergebnis der Suche eine Funktion einer Vielzahl von Faktoren, wie der zur Verfügung stehenden Zeit, des Vorwissens, der Geschicklichkeit und der Vorurteile.

Ebenso wichtig ist, daß das Ergebnis der Suche von dem Weg abhängt, den man bei der Suche einschlägt. Juristische Arbeit ist keine zufällige Suche: Sie ist die Anwendung einer Strategie. Sobald man eine Entscheidung zwischen alternativen Lösungswegen trifft, muß man Zeit und Energie investieren – und die Verfolgung des einmal gewählten Weges kostet weniger als umzukehren und neu anzusetzen.

Wegen dieser »ökonomischen« Dimension der juristischen Arbeit wissen Richter nie, ob ihr »Fehlschlag« eine Folge von Zeitablauf, fehlendem Wissen oder fehlender Erfahrung, Vorurteilen oder der »inhärenten Eigenarten« der Rechtswissenschaft war. Die Aussage, daß sie »gebunden« waren, kann zum Nennwert akzeptiert werden. Aber es ist keine Aussage über direkt gemessene inhärente Eigenarten. Diese Rechtsfrage hatte für diese Richter unter diesen Bedingungen eine determinierte Antwort. Aber sie hätte für andere Richter mit anderen Fähigkeiten, die eine andere Strategie verfolgten, eine andere oder überhaupt keine determinierte Antwort haben können.

Die Frage ist, wie groß der Anteil der Rechtsfragen mit determinierten Antworten ist. Ich habe argumentiert, daß Richter Beschränkungen empfinden, aber daß diese Erfahrungen kein Beweis dafür sind, daß die Rechtsfrage eine determinierte Antwort hatte. In Fällen unbewußter Normanwendung ist es üblich, daß Phänomene rechtlicher Bindung Erscheinungen wie der *interpretative community* oder »Konventionen« zuzuschreiben. Das ist in Ordnung, wenn es nur bedeutet, daß manchmal alle Betroffenen eine bestimmte Interpretation als offensichtlich empfinden, und zwar daß sie alle die gleiche Interpretation als offensichtlich empfinden.

Aber es ist falsch, die *interpretative community* als Schiedsrichter anzusehen, als ob es eine Instanz gäbe, die durch Anwendung eines Algorithmus

die Frage korrekt entscheiden könne. Was diese Gemeinschaft tatsächlich als unproblematisch empfindet, hängt davon ab, wer Mitglied in ihr ist. Wenn es keinen unbewußten Konsens gibt, wird jemand Einwände erheben, und dann beginnt die Arbeit der juristischen Argumentation.

Wir wissen alle aus Erfahrung, daß, wenn nach der Entstehung einer Meinungsverschiedenheit erst einmal die Arbeit des juristischen Argumentierens auf beiden Seiten beginnt, die ursprünglich allgemeine Ansicht als »juristisch falsch« enden *kann*. Die Ansicht, daß die Norm einfach dem Kläger Recht gab, kann durch eine neue beschränkende Ansicht ersetzt werden, wenn sich herausstellt, daß niemand einen Weg entdeckt, eine dem Beklagten günstige Interpretation der Norm zu widerlegen. Die Tatsache, daß jedermann unbewußt eine bestimmte Ansicht vertritt, oder daß niemand Einwendungen erhob, ist einfach kein Beweis, daß das Ergebnis in irgendeiner uns interessierenden Weise determiniert war.

Man sollte auch den entgegengesetzten Fall bedenken. Manchmal scheinen Rechtsfragen offensichtlich kontroverser Natur zu sein, »inhärent politisch« oder »von Natur aus ideologisch«, wenn sie zuerst gestellt werden. Der *flag burning case* ist nur ein Beispiel. Manchmal werden Richter, die den Fall zu entscheiden haben, glücklich oder zögernd zu dem Schluß kommen, daß die Frage doch nicht ideologischer Natur war, sondern daß die juristische Argumentation das Empfinden der Geschlossenheit erzeugt hat.

Aber auch wenn das nicht geschieht, selbst wenn die Frage auch nach getaner juristischer Arbeit eine kontroverse Entscheidung erfordert, ist das kein Beweis für die inhärente Unbestimmtheit der Frage. Vielleicht hätte etwas mehr Arbeit, oder Arbeit entlang eines anderen Lösungsweges, die Empfindung der Determiniertheit erzeugt.

Wenn weder die Erfahrung unbewußter Normanwendung, noch die Erfahrung der Beschränkung eine Garantie dafür ist, ob die betreffende Frage eine determinierte Antwort hat oder nicht, können wir uns nach anderen Maßstäben umsehen. Ich werde die Ansicht, daß es keine anderen Maßstäbe gibt, nicht näher begründen. Diese Ansicht scheint mir offensichtlich zu sein. Man versuche das Gedankenexperiment eines Doktoranden der Rechtssoziologie, der eine empirische Studie der Determination plant. Welches ist der objektive Maßstab für richterliche Reaktionen? Eine Gruppe von Kontrollrichtern? Wer garantiert dann die Korrektheit von deren Antworten? Und so weiter.

»Gesetzesbindung« - eine Definition

Was ist also die Bindung an das Gesetz, wenn wir sie mit dem Vorrang des Gesetzgebers vergleichen? Es ist die Verzerrung der Ergebnisse organisierter Gruppenkonflikte, die auftritt, weil Richter sich als unter einer Norm in-

interpretativer Treue arbeitend sehen. Manchmal fühlen sie sich durch diese Norm verpflichtet, eine Entscheidung zu treffen, die von ihrer Überzeugung von der richtigen Entscheidung abweicht.

Dieser Ansatz bietet weder eine Entscheidung noch eine Zurückweisung der Frage, was hinter («in» den Rechtsmaterialien) den Erfahrungen von Offenheit und Geschlossenheit liegt. Die Frage wird eher aufgeschoben oder eingeklammert. Ich glaube, wir können einiges über richterliche Rechtsschöpfung aussagen, auch ohne diese tiefgehende Frage zu beantworten. Wir können die Oberfläche erkunden, anstatt zu versuchen, in die Tiefen einzudringen. Wir fragen nach den Konsequenzen für das politische System, wenn Richter manchmal den Eindruck haben, die Strukturen der zugänglichen Oberfläche determinierten ein bestimmtes Ergebnis, und wenn sie dann dieses Ergebnis herbeiführen, entweder im Modus der unbewußten Normbefolgung oder im Modus der Beschränkung.

Ikonologie der Beschränkung

Die Figur »des Richters« hat eine große Bedeutung in der amerikanischen Kultur, der verschiedene, schillernde Bedeutungen und Assoziationen mit Unter- und Obertönen mystischer Macht beigelegt werden. Eines der Kennzeichen der Figur ist die Pflicht zur interpretativen Treue und die durch sie erzeugten Beschränkungen. Vom Richter erwartet man, daß er sich über seine persönlichen Interessen »erheben« und sie »beiseiteschieben« muß, daß er seine instinktiven oder intuitiven Sympathien, seine Zugehörigkeit zu Interessengruppen, seine ideologischen Vorlieben »überwindet« und »transzendiert«. Von ihm erwartet man, daß er sich etwas »Größerem« und »Höherem« als seiner eigenen Person »unterordnet«.

Die Figur des Richters hat zum Teil seine mythische Aura von dem Glauben, daß dies ein innerer Kampf ist, durchaus vergleichbar einem religiösen oder mönchischen Ideal. Ziel dieses Kampfes ist die natürlichen, aber auch die korrupten und banalen Elemente der menschlichen Natur zu überwinden und zu entpersonalisieren. Richter müssen um ihre eigene Beschränkung kämpfen. Jedermann kann dies versuchen und sogar bis zu einem gewissen Grad Erfolg haben, aber es handelt sich um einen der Bereiche, in dem wir die Möglichkeit von Talent, Größe und Genie anerkennen, in dem wir eine »Akteurtheorie« der Kultur haben.

Wir suchen nicht nur nach der Beschränkung. Zwei andere tiefverwurzelte Bilder zeigen »den Richter« als Helden, der sich moralische Intuition erworben hat, und »den Richter« als Geißel der Korruption. Der erste sieht auf einen Blick die unentwirrbare Kompliziertheit selbst scheinbar trivialer Interaktionen und verbringt schlaflose Nächte, um die Dilemmata der Gerechtigkeit in einem bestimmten Fall zu durchdenken. Der zweite durch-

bricht die Oberfläche der technischen Details, spürt die verborgene Wahrheit auf, durchlöchert die Arroganz willkürlicher Herrschaft, stützt sich auf die Grundprinzipien der Gerechtigkeit, schützt die Unterdrückten, und stellt die gerechte und natürliche Ordnung der Dinge wieder her. Der erste leidet schweigend unter seiner Verantwortung für das Blut, das er vergießen muß, ohne eine andere Grundlage als die schwache menschliche Vernunft zu haben. Der zweite steht für uns alle gegen den Ku-Klux-Klan auf, der sein Haus niedergebrannt hat, und kümmert sich nicht um die dunklen Warnungen von Freunden in hohen Positionen.

Der Richter kann fallen, indem er ein Westentaschendiktator wird, indem er der Korruption erliegt, indem er zum Bürokraten wird, oder wenn ihm der Heroismus fehlt. Die mythischen Vorbilder des Richters sind Gottvater, der gute Vater einer großen Familie, der König, Moses, Salomon. Seine (oder ihre) mehr weltlichen Gefährten sind der Pfarrer, der Polizist, der Doktor, der Therapeut und sogar der Pilot. Wenn man »den Richter« in geschlechtsneutraler Sprache beschreibt, verzerrt man das Bild, denn er ist einer der zahlreichen Archetypen männlicher Tugenden und Macht, in semiotischem Kontrast definiert zur Mutter, zur sybillinischen Prophetin, zur Krankenschwester, zum jungfräulichen Opfer, und andere Bilder weiblicher Tugend und Macht.

Wir werden die politischen Konsequenzen der Beschränkung niemals verstehen, wenn wir ihre Funktion in diesem symbolischen Komplex nicht anerkennen. Die Erfahrung der Beschränkung ist real und häufig und bedeutet in aller Regel inneren Kampf. Unser Eindruck, daß Richter sich so verhalten, ist einer der Gründe, warum wir an sie »glauben«. Weil wir glauben, daß sie durch strenge Regeln zu diesem Verhalten angehalten werden, und daß sie sich auch tatsächlich häufig so verhalten, bewundern, respektieren und fürchten wir sie, und überlassen ihnen gerne die Macht, über unser Schicksal zu entscheiden.

Aber in eben der politischen Kultur, die uns diese Gefühle einimpft, gibt es eine Gegenströmung, einen Wurm im Apfel, *une trahison des clercs*, eine subversive oder »nihilistische« Doktrin, die die Legitimität der Richter und ihre Aura zerstören will. Und es gibt eine Verteidigung, eine Entgegnung auf diese Kritik.

Ich wende mich jetzt diesem Aspekt der Situation zu, mit der folgenden Absicht: Mein Gedanke ist, daß echte Erfahrungen von Beschränkung, wie sie in der Kultur (in Erzählungen und in der Musik) wiedergegeben werden, die richterliche Autorität in rechtsschöpferischen Situationen legitimieren und verstärken, wo die Bilderwelt der Beschränkung nur einen Teil dessen erfaßt, was tatsächlich vorgeht. Mit anderen Worten: Eine der Konsequenzen der Realität der Beschränkung ist die Mystifizierung von Auswahl, Kontroverse und Ideologie in der richterlichen Entscheidung, in Situatio-

nen, in denen Beschränkung nur ein Element unter anderen ist. Ich werde argumentieren, daß in der Alternative gesetzgeberischer Revision von Rechtsfragen die Stellung »des Richters« unterminiert werden könnte, indem er subordiniert wird, seine Macht reduziert wird, und er am Ende mehr einem Ausführenden als »dem Vater« gleicht.

Damit möchte ich nicht sagen, daß die Überlegenheit des Gesetzgebers eine gute Idee wäre (ich bin unentschieden), und der vorhergesagte Effekt könnte abstrus erscheinen. Aber in Westeuropa, Großbritannien eingeschlossen, ist »der Richter« längst nicht eine so machtvolle Figur wie in den Vereinigten Staaten. Seine Resonanz, seine mythische und seine alltägliche Gesellschaft, und seine charismatische Macht sind ebenso real, aber deutlich geringer als in den Vereinigten Staaten. Das Ausmaß hier oder dort ist weder natürlich noch unvermeidlich, und zugleich gibt es keine einfache Erklärung für den komplizierten kulturellen Unterschied. Aber die Existenz des Unterschieds ist eine Einladung, darüber zu spekulieren, welche Rolle die Faktoren, die den beiden Kulturen gemeinsam oder nicht gemeinsam sind, in der Person des Richters spielen.

III. *Ideologische Wahl und Kontroverse in richterlichen Entscheidungen*

Gegenstand dieses Abschnitts ist ideologische Wahl und Kontroverse in richterlichen Entscheidungen. Ich gehe davon aus (eher unproblematisch, wie man sehen kann), daß »das Recht« als die richterliche Normsetzung »determinierend« gesehen werden kann, und zwar in den beiden Fällen unbewußte Normbefolgung und Beschränkung. »Das Recht« tut dies, weil Richter unter der Regel interpretativer Treue anders entscheiden, als sie als Gesetzgeber entscheiden würden.

Aber wir können die juristische Realität nur bis zu einem gewissen Grad auf diese Weise verstehen. Wie ich vorhin bereits gesagt habe, herrscht mittlerweile fast allgemeine Übereinstimmung, daß die naive Version der Theorie der Gesetzesbindung die Rolle der Richter nicht vollständig erklärt. Es gibt sehr viele Rechtsfragen, von denen alle, oder die meisten, oder einige Beobachter und vielleicht auch die Richter selber sagen würden, daß die Formel interpretative Treue + die vorliegenden Materialien + Technik der juristischen Argumentation das Ergebnis nicht vollständig erklärt.

Es ist sinnvoll, manche dieser Fälle als »undeterminiert« von den Gesetzestexten und der Technik der juristischen Argumentation zu bezeichnen, oder zu sagen, daß im Hinblick auf zwei sehr unterschiedliche Ergebnisse die Texte und Techniken »unentschieden« waren. Ein Praktiker könnte sagen, daß »Auswahl« eine Rolle spielte, und den Fall sowohl von der unbewußten Regelbefolgung als auch der Beschränkungen abgrenzen.

Eine andere Kategorie bilden die Fälle, in denen die Antworten der Beobachter extrem auseinandergehen: Alle werden vehement beteuern, es sei kein Element der Auswahl vorhanden gewesen, wobei einige sagen werden »keine Auswahl, einzig mögliche Entscheidung war p«, und andere »keine Auswahl, einzig mögliche Entscheidung war d«. Weiterhin gibt es Fälle, in denen man folgendes zu hören bekommt: »Jene Entscheidung war empörend; aber diese hier ist nicht so schlimm. Ich meine zwar, sie war falsch, aber ich sehe, daß es gute Gründe für sie gab.« Beobachter und Beteiligte unterscheiden gewöhnlich zwischen Fällen, in denen beide Seiten gute Gründe haben, und einfachen Fällen.

Wir sind an diesen Fällen interessiert, obwohl wir keine Theorie haben, was das Recht »wirklich« ist, und keinen Hinweis, wer »wirklich« »Recht hatte«. Wir sind interessiert, weil es anscheinend Fälle richterlicher Rechtsschöpfung gibt, die Elemente der Auswahl beinhalten, oder die innerhalb der *interpretative community* extrem kontrovers sind, oder die schwer zu entscheiden waren, und die schwerwiegende Auswirkungen auf einen ideologisierten Gruppenkonflikt hatten. Mehr noch, fast jedermann innerhalb der amerikanischen Rechtskultur stimmt überein, daß es nicht nur um die Auswirkungen auf Gruppenkonflikte geht. Wir neigen zu der Ansicht, daß die streitenden Ideologien die Richter selbst (mindestens) zu beeinflussen drohen.

Historische Ursprünge der Kritik der richterlichen Ideologie der Entscheidung

Die für unsere Kultur spezifische Form der Ideologiekritik der richterlichen Entscheidung sieht wie folgt aus:

- (a) Die Erklärung, die ein Richter für seine Wahl der Antwort auf eine Rechtsfrage gibt, genügt nicht. Sie genügt nicht, weil sie nicht überzeugend begründet, daß die Auslegung der Norm von den Materialien her gefordert war, oder diejenige war, die ihrem Sinn am besten entsprach, oder was auch immer.
- (b) Aber es ist offensichtlich, daß die Auswahl einer der beiden möglichen Norminterpretationen einen signifikanten Effekt für das Ergebnis eines ideologisierten Gruppenkonflikts hatte.
- (c) Die einzige rationale Grundlage für die Entscheidung der Frage scheint eine Bewertung dieser Realfolgen zu sein. Es war »unvermeidbar« eine »politische« Frage.
- (d) Weil die Entscheidung von den Urteilsgründen nicht adäquat erklärt wird, und weil die rationale Bewertung ihrer Konsequenzen unvermeidlich ein »politisches« Element enthält, und weil »politische« Fragen offen für ideologische Kontroverse sind, erhebt sich die Frage, um die Worte von Oli-

ver Wendell Holmes zu benutzen, »ob die Richter nicht durch ihre sozialen oder ökonomischen Sympathien« bei der Entscheidung für eine der beiden vorgeschlagenen Regeln beeinflusst wurden.

Es ist wichtig festzuhalten, daß Schritt (a) dieser Form der Kritik noch relativ schwach ist. Er ist schwach, weil er zwei wesentlich stärkere, aber genau entgegengesetzte kritische Ansichten vermeidet. (1) Es wird *nicht* behauptet, daß richterliche Begründungen uns nie von der juristischen Zwangsläufigkeit des Ergebnisses überzeugen, oder daß aufgrund der »gesellschaftlichen Konstruktion« Recht »unvermeidlich« ein ideologisches Konstrukt ist, oder irgendetwas in dieser Richtung. (2) Andererseits wird *nicht* behauptet, daß juristische Argumentation Beschränkung insofern erzeugt, als der Richter eine der möglichen Antworten zurückweist. Es wird nicht unterstellt, daß der Richter die Pflicht zur interpretativen Treue (absichtlich oder unabsichtlich) verletzt hat.

Der Schritt (a) ist eine interne Textkritik des jeweiligen Urteils, die nachweist, daß die Begründungskette fehlerhaft ist und dem Anspruch nicht gerecht wird, die Notwendigkeit gerade dieses Ergebnisses zu begründen. Es geht nicht darum, den Richter »auf frischer Tat« zu ertappen und am Text seine »Voreingenommenheit« nachzuweisen. Im Gegenteil, die Technik funktioniert am besten bei Urteilen, die sich als jenseits von jedem ideologischen Diskurs präsentieren.

Zum Beispiel kritisierte Holmes Urteile als nichtssagend, die auf der Maxime »sic utere tuo ut alienum non laedas« (gebrauche dein Eigentum so, daß du nicht das Eigentum anderer schädigst) beruhen. Die zu entscheidende Frage war, welche von zwei Parteien das Recht der anderen verletzen konnte, ohne sich ersatzpflichtig zu machen. Hohfeld kritisierte eine bestimmte Gruppe von Urteilen, die Konflikte zwischen Kapital und Arbeit betrafen, weil sie fälschlich von der Voraussetzung ausgingen, daß eine bestimmte Art von Rechten eine andere, davon qualitativ verschiedene, mit umfassen würde. Diese Art von Kritik beruft sich auf »universelle« Standards der Folgerichtigkeit, von denen angenommen wird, daß sie jedermann überzeugen, unabhängig vom Kontext und Zugehörigkeiten.

Der zweite Schritt der Argumentation hat einen ganz anderen Charakter. Er besteht darin, die »distributiven« Elemente der Entscheidung deutlich zu machen, ihre Realfolgen in Hinblick auf einen ideologisierten Gruppenkonflikt. Mit anderen Worten: Sobald feststeht, daß der Richter staatliche Gewalt ohne adäquate juristische Begründung ausgeübt hat, fragen wir *cui bono?* Wir berufen uns auf Erfahrungswissen, sobald eine erste empirische Analyse gezeigt hat, welche Interessen wirklich hinter den technischen Details steckten.

Der dritte Schritt ist die Annahme, daß die Frage »unvermeidlich eine politische Frage ist«. Das heißt, daß die Rechtsmaterialien und die juristische

Argumentation die Frage nicht lösen konnten, den Richter nicht beschränken konnten, so daß es ihm oder ihr nicht möglich war, ohne Verweis auf ideologisch umstrittene Argumente zu entscheiden.

Dieser Schritt verdankt seine Glaubwürdigkeit dem ersten Schritt (a), in dem unter Berufung auf weitgehend oder universal anerkannte Standards der Rationalität gezeigt wurde, daß es dem Urteil nicht gelang, irgendeine Art juristischer Notwendigkeit aufzuzeigen (sie benutzte ein falsches Argument). Aber die interne Kritik kann natürlich nicht zeigen, daß es unmöglich war, eine Begründung zu schreiben, die ein allgemeines Gefühl von Geschlossenheit oder Beschränkung auf das tatsächliche Ergebnis erzeugt hätte.

Der vierte Schritt ist nicht mehr als eine Annahme: Da er oder sie keine überzeugende juristische Begründung angeboten haben, und da eine rationale Begründung der Entscheidung ihre Auswirkungen auf den ideologisierten Gruppenkonflikt berücksichtigt hätte, liegt die Annahme nahe, daß Ideologie eine Rolle gespielt hat. Die Bedeutung von Ideologie kann in diesem Zusammenhang vereinfachend und spezifisch sein - arbeitnehmerfreundliche Richter treffen arbeitnehmerfreundliche Entscheidungen - oder auch etwas komplexer.

Ich glaube, daß es plausibel ist, die Geschichte des amerikanischen Rechtsdenkens im 20. Jahrhundert als eine lange Debatte über den Umgang mit dieser Kritik zu sehen, wobei die Positionen von glatter Zurückweisung über Kompromißformeln bis zu voller Unterstützung reichen. Im Lauf der Debatte sind die Praxis des Verfassens von Urteilen, ihre Verteidigung als legitime Rechtsschöpfung und die Kritik selber zahlreichen Veränderungen und Verfeinerungen unterworfen worden. Die Kritik war der Ausgangspunkt für Theoriebildungen in allen möglichen unterschiedlichen Richtungen.

Zum Beispiel scheint Holmes selber sie zeitweilig als eine Herausforderung gesehen zu haben, die Rolle der Sozialwissenschaften im Recht zu entwickeln, und nicht so sehr als eine Aufforderung, ein gewisses politisches Element in zumindest einigen richterlichen Entscheidungen als unausweichlich anzuerkennen. Ebenso bestehen unter den Rechtsrealisten bemerkenswerte Spannungen. Einige möchten die Kritik zum Anlaß nehmen, eine pragmatische Konzeption des »öffentlichen Interesses« zusammen mit technischen administrativem Fachwissen zu entwickeln; andere möchten sie als Einladung auffassen, ein Element der Irrationalität in der Ordnung der Gesellschaft zu akzeptieren.

Der Verlauf der Debatte wurde sehr stark von ihrer Situation als eines klar abgrenzbaren Teils der allgemeineren Debatte zwischen Links und Rechts beeinflußt. Die Natur dieser Verbindung wird weiter unten ausführlich erörtert werden. Aber man sollte schon jetzt festhalten, daß (a) die Kritik selber

sich als Teil der allgemeinen linken Attacke auf bestimmte Normen und die Macht der Richter im allgemeinen entwickelt hat, und (b) an sich eine systematische Verbindung zu linken Ideen besteht.

Der erste Punkt ist historisch: Die Erfinder und Entwickler dieser Kritik haben sie immer wieder gegen bestimmte konservative Erfolge vor Gericht und die Herrschaft der Rechtsprechung im allgemeinen benutzt. Sie haben verständlicherweise sich dafür entschieden, die Evolution der Kritik, ihre Verteidigung und Entwicklung, ihren linken Projekten anzupassen. Fast alle klassischen Beispiele interner Kritik, die Annahme der Unvermeidbarkeit von »Politik«, und die Unterstellung von Ideologie, waren von Liberalen oder Radikalen gegen konservative Normen und Richter gerichtet.

Es gibt allerdings auch eine linke Rechtskultur, die die von der Kritik repräsentierte Strategie ablehnt und stattdessen der maximalistischen Position anhängt, daß der Fehler der Richter darin liegt, daß sie fehlerhafte rechtliche Ergebnisse produzieren. Das heißt, daß in dem einen oder dem anderen Fall die Verfassung, die Gesetze und das Common Law der Linken den Sieg zusprachen, aber die Richter ihnen den Erfolg durch falsche rechtliche Argumente entrissen. Es gibt sogar einen kleinen Teil der konservativen Rechtskultur, der dieser Kritik anhängt. Ich glaube nicht, daß sie sich deshalb über die wahren Implikationen ihrer allgemeinen ideologischen Positionen »geirrt« haben; mehr dazu später: Einstweilen belasse ich es bei der Annahme, daß es an der Kritik nichts spezifisch liberales oder konservatives gibt.

An dieser Stelle benötigen wir zwei Erweiterungen. Die erste besteht darin, die Urteilskritik über die bloße Demonstration logischer Fehler hinaus auszudehnen. Selbst ein Urteil, das keinen der berühmten formalistischen Fehler aufweist, kann als eine Begründung von Beschränkung höchst unüberzeugend sein. Viele Urteile sind gerade deshalb nicht überzeugend, weil sie trotz bruchloser interner Logik sich nicht mit offensichtlichen Einwänden gegen ihre Argumente auseinandersetzen. Wenn das Urteil stereotype konservative Argumente verwendet, ohne anzuerkennen, daß es ebenso plausible stereotype liberale Gegenargumente auf jedes dieser Argumente gibt, wird es seiner Aufgabe ebensowenig gerecht wie ein logisch fehlerhaftes Urteil.

Es handelt sich hier aber nur um eine Analogie. Anders als »reine« interne Kritik kann sich die Behauptung, ein Urteil sei nicht überzeugend, nicht auf weitgehend oder universal anerkannte Standards der Rationalität stützen. Ob von einem rechtlichen Diskurs gesagt werden kann, er sei auf diese stereotype Weise organisiert, kann umstritten sein, und für kein einzelnes Urteil gibt es allgemein anerkannte Standards, an denen seine »Überzeugungskraft« geprüft werden könnte.

Wenn man dem minimalistischen Programm treu bleibt, vermeidet diese

Form des Arguments jede Behauptung, daß alle Urteile notwendigerweise unüberzeugend sind, weil sie in juristischer Sprache verfaßt sind. Ebenso ist jede Behauptung zu vermeiden, der Richter sei ein Sünder, weil er die interpretative Treue gebrochen habe und zum »falschen Ergebnis« gekommen sei. Die Form muß heißen: Auf dieses Urteil scheint es einen Einwand zu geben, der seinen Anspruch zunichte macht. Der Einwand beruht nicht auf interner Kritik, sondern auf der Konfrontation des Urteils mit seinem Spiegelbild von der anderen Seite. Vorausgesetzt, daß es *innerhalb des Rechts* keine offensichtliche Grundlage für die Entscheidung zwischen Bild und Spiegelbild gibt, und vorausgesetzt, daß die beiden Urteile entgegengesetzte ideologische Positionen zu einem Gegenstand eines Gruppenkonflikts repräsentieren, erscheint es plausibel, daß die Wahl des Richters zwischen den Möglichkeiten von Ideologie beeinflusst wurde.

Die zweite Erweiterung ist eine Erwiderung auf einen Einwand gegen Schritt (c) der Kritik, der angenommen hatte, die einzige vernünftige Methode, diesen spezifischen Fall ideologisierten Gruppenkonflikts zu entscheiden, sei es, ihn als eine »politische« Frage zu betrachten. Der Einwand besteht darin, daß es nicht notwendig ist, den Fall als eine politische Frage im Sinne einer »ideologischen Frage« zu behandeln, weil es möglich (und wünschenswert) ist, daß der Richter eine neutrale Haltung einnimmt. Neutral bedeutet hier: Eine andere Haltung, und in gewisser Weise weniger ideologisch, als die eines Gesetzgebers.

Das ist ein beschränkter Einwand. Er leugnet nicht, daß juristische Urteile Recht schaffen, die den Ausgang ideologierter Gruppenkonflikte beeinflussen. Ebenso wenig leugnet er, daß sie häufig logische Brüche enthalten, die es als nicht überzeugend erscheinen lassen, daß das Ergebnis auf juristischer Beschränkung und nicht auf der Ideologie des Richters beruht. Er leugnet nicht, daß sie häufig nicht überzeugen, weil sie bewußt die Möglichkeit eines Spiegelbild-Urteils auf der anderen Seite leugnen. Er leugnet nicht, daß Richter häufig Ziele ideologischer Rechtsschöpfung durch ihre Entscheidungen verfolgen. Er leugnet nicht einmal, daß alle schwierigen Rechtsfragen ein politisches Element haben – so lange unter Politik etwas anderes als Ideologie verstanden wird.

Das Argument besteht darin, daß es eine Methode der richterlichen Entscheidungsfindung gibt. Selbst wenn sie nicht viel benutzt wird, selbst wenn wir tatsächlich einen großen Teil ideologischer Rechtsschöpfung in der Rechtsprechung haben, ist dies für die Theorie der Gesetzesbindung kein Problem. Die Richter könnten tun, was von ihnen erwartet wird, und sie sollten es auch tun. Die Kritik ist vielleicht zutreffend gegen richterliches Fehlverhalten, trifft aber weder den Liberalismus noch die Theorie der Gesetzesbindung selber.

Die minimalistische Reaktion auf dieses Projekt, die Dichotomie Richter/

Gesetzgeber zu rekonstruieren, war, jede einzelne dieser Rekonstruktionen einer internen Kritik zu unterziehen. Das Ziel ist, zu zeigen, daß dieser spezifische Ansatz richterlicher Neutralität nicht funktioniert. Der Ansatz hat Raum für Ideologie gelassen, oder er stellt widersprüchliche Anforderungen.

Dabei ist wichtig anzumerken, daß das kritische und das rekonstruktive Projekt häufig von ein und derselben Person in verschiedenen Teilen einer Urteilsbegründung oder eines theoretischen Aufsatzes unterstützt werden. Die gleiche Person zerstört die Beweisführung des Urteils, oder zeigt, daß es ein ebenso plausibles Spiegelbildurteil gibt, oder daß die neueste Theorie richterlicher Unabhängigkeit nicht funktioniert, und *dann* präsentiert sie ihre bessere Urteilsbegründung, oder ihre bessere Theorie zur Rolle des Richters.

Während sich diese Person häufig als Teilnehmer an dem rekonstruktiven Projekt sieht, ist in Wahrheit nur der kritische Teil ihrer Arbeit von bleibendem Wert, während der rekonstruktive Teil noch nicht einmal genügend Aufmerksamkeit erregt, um eine Reaktion hervorzurufen. Das kritische Projekt erweitert sich im Laufe der Zeit durch spezifische Fälle, in denen spezifische Rekonstruktionen zerstört werden, und durch die Erweiterung des Repertoires wiederholbarer kritischer Routinen. Jurastudenten im ersten Semester können heute Holmes' spezifische Kritik des »sic utere tuo« oder Hohfelds Kritik der Ableitung von Ansprüchen aus Privilegien erlernen und anwenden.

Ebenso gibt es andauernde ideologische Debatten zwischen Kritikern und Verteidigern bestimmter Gruppen von Rechtsnormen (z.B. Arbeitsrecht, Rassendiskriminierung, Recht der lokalen Selbstverwaltung, Wettbewerbsrecht, Berufshaftung). Die Kritiker bemühen sich, die Normen zu problematisieren, indem sie Urteile und die theoretischen Schriften, die sie erklären, problematisieren; die Verteidiger versuchen neue und bessere Erklärungen zu finden. Desweiteren gibt es eine Diskussion darüber, ob die Kritiker erfolgreich die Idee der richterlichen Neutralität an sich problematisieren. Es ist wenig wahrscheinlich, daß eine Seite »gewinnt«. Wie in anderen ideologischen Schlachten, ist gerade die Definition von Interessen und Ergebnissen umstritten.

Ich bin hier lediglich an den Konsequenzen der Tatsache interessiert, daß richterliche Rechtsschöpfung im Kontext dieser Diskussionen stattfindet, und nicht in Streitigkeiten vom Typ: »Wer hat Recht?« Aus diesem Grund werde ich nicht eine Liste rekonstruktiver Projekte anbieten und jedes mit einer kleinen Zurückweisung versehen, obwohl ich diese Methode in einem ersten Entwurf probiert hatte. Da ich ein Minimalist bin, glaube ich nicht, daß es möglich ist zu beweisen, daß keine Rekonstruktion möglich ist. Morgen könnte jemand mit einer Theorie richterlicher Neutralität ankom-

men, die mich überzeugt, daß Richter ohne ideologischen Einfluß judizieren können und versuchen müßten, das und nichts anderes zu tun. Aber ich glaube nicht, daß eine der existierenden Theorien dem auch nur nahe kommt.

Wichtiger ist, daß es zur Zeit keine Theorie gibt, die den gegenwärtigen ideologischen Methodenstreit zu beenden droht, indem sie einen Konsens erzwingt, wie Richter neutral sein könnten und sollten. Im Gegenteil, die Vielzahl der zur Zeit vertretenen gegensätzlichen Theorien der Neutralität scheint ein starker, wenn auch natürlich kein zwingender Beweis dafür zu sein, daß keine von ihnen zutrifft. Ich bewundere ihre gegenseitige Kritik. Ich unterstütze Dworkins Kritik an Posner zusammen mit Altmans Kritik an Dworkin und die zweifellos demnächst erscheinende Kritik von Fiss an Altman, ebenso wie die Kritik von Posner an Fiss (wenn es sie gibt), und so immer im Kreis herum.

Ich würde die Situation wie folgt zusammenfassen: In der amerikanischen Rechtskultur erlaubt es die Anhäufung spezifischer kritischer Routinen, daß in jedem ideologisierten Gruppenkonflikt die Gegner eine eindrucksvolle Technologie zur Delegitimation richterlicher Rechtsschöpfung auffahren können. Es ist schwierig, eine überzeugende Urteilsbegründung zu verfassen, die das Gefühl rechtlicher Beschränkung erzeugt, sobald sich die Gegenseite entschließt, diese Technologie einzusetzen. Richterliche Rechtsschöpfung in Entscheidungen ist unter dem schwerwiegenden Verdacht, verkleidete Ideologie zu sein.¹

Wenn andererseits das Projekt der juristischen Notwendigkeit eine Suche nach dem Stein der Weisen ist, hat bisher aber noch niemand den entscheidenden Fehler gefunden, der es erlauben würde, es mit einem Schlag zu widerlegen. Erfolgreiche Kritik ist immer nur »örtlich«, selbst wenn die Örtlichkeit eine vollständige Theorie der richterlichen Neutralität ist. Selbst örtlich ist die endlose Wiederholung der Determiniertheit ein ebenso starkes Element unserer Erfahrung, wie ihre endlose Auflösung durch die Kritik.

Vor diesem Hintergrund versucht der nächste Unterabschnitt, den Weg eines minimalistischen kritischen Arguments etwas konkreter und spezifischer auszugestalten. In diesem Teil wird nur vorgeschlagen, daß, wenn es um eine politische Frage geht und das Urteil die Wahl des Richters nicht erklärt, seine Ideologie vermutlich eine Rolle gespielt hat. Die Diskussion sollte auch dann von Interesse sein, wenn man an die Eine Wahre Methode

1 »Die Sprache war das Werk von Chief Justice William Rehnquist und vier anderen Richtern, die von den Präsidenten Reagan und Bush ernannt worden waren. Die Richtung war unglücklich und ließ vermuten, daß eher ein ideologisches Programm als rechtliche Prinzipien verfolgt wurden.« New York Times vom 29. 3. 1991, S. A22.

glaubt, so lange man nur anerkennt, daß sie nicht von allen Richtern befolgt wird.

Strategisches Verhalten bei der Interpretation

Im ersten Teil habe ich argumentiert, daß die Richter in ihrem Arbeitsprozeß mit ideologisch strukturierten Materialien konfrontiert werden, und daß die Anwälte, mit denen sie zu tun haben, ihr Fälle präsentieren, die als ideologisierte Gruppenkonflikte organisiert sind. Die von ihnen vorgenommene Abgrenzung des Falles und das beschränkte Vokabular von Normen und politischen Grundsätzen, das ihnen zur Verfügung steht, bewirken, daß sie notwendigerweise ideologisch verfahren, ganz unabhängig vom Inhalt. Das ist für unsere Zwecke hier aber nicht genug. Der Richter könnte sich im hohem Maße der ideologischen Struktur des ihm vorliegenden Materials und der ideologischen Absichten der Anwälte bewußt sein und durchaus bereit sein, eine ideologische Rolle zu spielen. Dennoch kann er die Erfahrung machen, daß die Materialien, wenn er mit ihnen arbeitet, ihn darauf beschränken, sich für die eine oder die andere Seite zu entscheiden. In diesem Fall verfährt er ideologisch in dem Sinne, daß er einen ideologischen Gruppenkonflikt beendet, indem er Argumente mit ideologischer Geschichte und Bedeutung einsetzt. Aber wir würden nicht sagen, daß seine eigene Ideologie irgendeine Rolle gespielt hat.

In diesen Fällen determiniert ein ideologisches Projekt das Ergebnis, aber es ist das ideologische Projekt vergangener Anwälte und Richter. Mit anderen Worten, sie hatten es geschafft, dieses Problem im Voraus in einer früheren ideologischen Auseinandersetzung zu lösen. In den Fällen, die uns interessieren, passiert etwas anderes: Ideologie wirkt sich in der Gegenwart durch die Absichten und Handlungen des Richters aus.

Ich glaube, der Schlüssel zum Verständnis dieses Vorgangs liegt im Begriff des strategischen Verhaltens innerhalb des Vorgangs der Interpretation. Damit meine ich den Versuch, den Materialien eine Bedeutung beizulegen. Der Richter, der zu Beginn von der Existenz einer anwendbaren Regel und deren Interpretation ausgeht, ist frei im Rahmen der Einschränkungen, die ihm seine Rolle auferlegt, seine eigene Erfahrung in Frage zu stellen, indem er Forschungen anstellt und über Wege nachdenkt, seine ursprüngliche Empfindung rechtlicher Gewißheit aufzulösen. Mehr noch, die Einschränkungen seiner Rolle verpflichtet ihn, den Anstrengungen des Anwalts der Seite, die zu unterliegen scheint, zumindest zuzuhören, wenn dieser ihn davon zu überzeugen versucht, daß der ursprüngliche Eindruck falsch war. Wenn die Argumente des Anwalts in ihm zumindest Zweifel erwecken, verpflichtet ihn seine Rolle als Richter, diesen Zweifeln nachzugehen. Aber die juristische Argumentation ist ein zufälliger Suchprozeß, in dem

der Richter sich allen neuen rechtlichen Anregungen öffnet, auf die er zufälligerweise trifft. Man überlegt, ob es möglich ist, »daß der Fall anders ausgeht«. Das bedeutet, nach einer Interpretation der Materialien zu suchen, die sich von der unterscheidet, die ursprünglich die richtige zu sein schien. Das kann bedeuten, daß entweder neue Normen gefunden werden, die relevant sein könnten, oder die alten bestätigen werden.

Es ist möglich, die ursprüngliche Erfahrung der Sicherheit über die anwendbare Norm und ihre Interpretation als eine Kommunikation von »dem Recht« (was lediglich für frühere Rechtsschöpfer steht) zu dem Richter aufzufassen. Ich glaube nicht, daß es möglich ist, den Versuch, die ursprüngliche Sicherheit zu erschüttern, in dieser Weise als eine Reaktion auf die Materialien zu verstehen. Die Texte, so wie sie vor dem Beginn der juristischen Arbeit existieren, haben gesagt, was sie zu sagen hatten. Jetzt geht es darum, ob der juristische Arbeiter ihre Bedeutung ändern kann.

Andererseits beginnt man in einem experimentierenden Bewußtsein, die Änderung ihrer Bedeutung zu veranlassen, eine neue Interpretation zu entwickeln, und man ist entschlossen, die erste Interpretation zu akzeptieren, wenn sich aus der Arbeit nichts besseres ergibt. Das, wonach man sucht, befindet sich »innerhalb« des Rechts, da es eine Alternative sein soll, die näher am Text ist als die, die sie ersetzen soll. Die Suche wird geleitet von der vorhandenen Kenntnis des Rechts – man sucht nicht, wo man nicht zu finden erwartet.

Es ist dem Richter immer *möglich*, eine strategische Haltung gegenüber den Materialien einzunehmen, indem er versucht, ihre Bedeutung gegenüber dem ersten Eindruck zu verändern, oder ihnen eine Bedeutung zu geben, die die anderen ursprünglich möglichen Bedeutungen ausschließt. Andererseits ist es *niemals sicher*, daß der Richter in der Lage ist, dies zu tun, und *niemals notwendig*, daß er es tut. Schließlich ist es *normalerweise nicht möglich*, festzustellen, ob eine bestimmte Entscheidung einen anderen Inhalt hatte, weil der Richter eine bestimmte Arbeitsstrategie verfolgte, als er sie gehabt hätte, wenn er eine andere Strategie verfolgt hätte.

Es ist immer möglich, sich strategisch zu verhalten, in dem Sinne, daß man versucht, eine bestimmte Interpretation als gut erscheinen zu lassen. Ideologie ist nicht der einzige Grund für ein solches Verhalten. Andere Motive beinhalten persönliche oder parteiliche Interessen. Es gibt keine Definition der Gesetzesbildung, die Richter davon abhalten könnte, diese Anstrengung zu unternehmen, und es ist zumindest plausibel, daß die Gesetzesbindung vom Richter verlangt, diese Anstrengung zumindest manchmal zu unternehmen.

Aber es ist nicht notwendig, sich strategisch zu verhalten, und insbesondere nicht notwendig, eine ideologische Strategie zu haben. Viele Richter scheinen sich den Materialien mit dem Glauben zu nähern, daß sie etwas bedeu-

ten müßten, und nur geringes Talent oder Neigung dazu haben, das zu tun, was ich juristische *Arbeit* genannt habe. Sie können Geschlossenheit erfahren am Ende eines Prozesses, der einer zufälligen Suche ähnlich sieht, indem sie sich auf das Gefühl stürzen, wenn sie darauf treffen. Möglicherweise unterdrücken sie die Fähigkeit zur Strategie, oder sie haben sie nie erworben.

Von unserem Standpunkt aus ist der »input« dieser Richter in die richterliche Rechtsschöpfung zufällig (obwohl wir darüber spekulieren könnten, wie ihr nicht-strategisches Verhalten aufzuzeichnen wäre im Verhältnis zum Verhalten von Richtern, die ein besseres Verständnis von dem haben, was vorgeht). Dabei ist es wichtig, dieses ideologisch zufällige Verhalten sowohl von der unbewußten Regelbefolgung als auch von der Beschränkung zu unterscheiden. Es handelt sich nicht um unbewußte Regelbefolgung, da der Richter weiß, daß es eine Rechtsfrage gibt, und versucht, eine Antwort auf sie zu finden. Es ist nicht Beschränkung, denn Beschränkung bedeutet Widerstand gegenüber einem Versuch, die Materialien etwas Bestimmtes bedeuten zu lassen.

Ein Richter, der sich gewöhnlich strategisch gegenüber den Materialien verhält, kann für ideologische Implikationen unempfindlich sein, oder er kann sich bemühen, sie aus seinem Bewußtsein zu verdrängen. Er kann ideologische Pläne haben, die nicht zu der ideologischen Struktur der Materialien paßt und die wir eher als idiosynkratisch denn als ideologisch bezeichnen würden. Ein solcher Richter muß den Diskurs nutzen und den Argumenten zuhören, während er irgendwie die Situation nicht so versteht, wie es andere tun, aber solche Dinge geschehen immer wieder.

Selbst wenn man sich immer strategisch verhalten kann, bedeutet das nicht, daß man der Norm immer einen anderen Sinn als den ursprünglichen beilegen kann, oder daß man etwas, was wie eine offene Frage aussah, aufnehmen kann, um zu zeigen, daß die liberale Seite eindeutig im Recht war. Man kann sich immer um Manipulationen bemühen, aber es ist möglich, daß man sein Ziel nicht erreicht.

Wieviel wird tatsächlich manipuliert? Wieviele Rechtsregeln wären substantiell anders, wenn die Richter, die sie aufgestellt haben, andere Arbeitspläne in den Fällen verfolgt hätten, in denen sie aufgestellt wurden? Wie häufig sind unbewußte Normbefolgung und Beschränkung, verglichen mit erfolgreichem strategischen Verhalten?

Es könnte sein, daß es keine »echten« Gelegenheiten für strategisches Verhalten gibt. Vielleicht *verhalten* sich Richter von Zeit zu Zeit strategisch. Aber immer, wenn sie dies tun, könnten sie sich über das, was wirklich vorgeht, täuschen. Vielleicht leitet sie das Recht, indem es sie auf die richtige Antwort beschränkt, ohne daß sie es merken, oder aber sie sind im bösem

Glauben, d.h. sie überschreiten die Rollenbeschränkung der interpretativen Treue.

Als ein Minimalist glaube ich nicht, daß man diese Möglichkeit ablehnen kann, es sei denn, man beruft sich auf die Geschichte von Kritik und Rekonstruktion. Meiner Meinung nach ergibt sich aus dieser Geschichte allerdings nur, daß es *möglich* ist, daß ideologisch fokussierte Arbeit die Bedeutung der Materialien verändert. Was die Urteile selber angeht, so läßt sich ihnen fast nichts entnehmen.

Urteilsbegründungen versichern uns, daß ihre besondere Antwort auf jede Rechtsfrage zwangsläufig ist gemäß der naiven Theorie der Gesetzesbindung. Aber das ist offensichtlich eine Frage der Konvention. Es ist eines der Erfordernisse der Form, daß sich der Text als zwangsläufiges Ergebnis der Materialien und den Operationen rechtlichen Argumentierens präsentiert.

Da es sich um ein Erfordernis der Form handelt, können wir den Urteilen nicht entnehmen, was Richter wirklich über ihre Methode denken, mit der sie ihre Ergebnisse erreichen. Es ist eine Konvention, ähnlich der Frage »Wie geht's?« zu Beginn eines Gesprächs, der mit »Danke, gut« geantwortet wird. Wir nehmen nicht an, daß es dem Sprecher tatsächlich gut geht, und wir werfen ihm nicht vor, daß er gelogen habe, wenn er sich in Wirklichkeit miserabel fühlt.

Ich behaupte nur, daß erfolgreiche Beispiele strategischen Verhaltens häufig sind. Richter legen häufig den Materialien eine überzeugende Bedeutung bei, die aber grundverschieden von derjenigen Bedeutung sind, die ein Richter mit einem anderen Arbeitsziel hervorgebracht hätte (oder in einer abweichenden Meinung hervorgebracht hat). Im Folgenden gebe ich eine Beschreibung von drei verschiedenen Typen ideologischer Zielvorstellungen, die Richter strategisch verfolgen.

Der (beschränkt) aktivistische Richter

Nehmen wir an, der Richter hat beim ersten Kontakt mit dem Fall eine klare Vorstellung, welche Norm anwendbar ist und wie sie zu interpretieren ist. Nehmen wir desweiteren an, daß dieser Richter aber als Gesetzgeber diese Norm nicht auf Fälle wie diesen angewendet wissen wollte, sondern sie ändern würde, indem er eine Ausnahme zufügt (entweder mit oder ohne Rückwirkung). Wenn man ihn bitten würde, seine Unzufriedenheit mit »dem Recht« und seine vorgeschlagenen Änderungen zu erklären, würde er eine Kritik der Norm und eine Rechtfertigung seiner legislatorischen Vorschläge geben, die man als »konservative Ideologie« (oder »liberale Ideologie«, oder Zentrismus, oder was auch immer) bezeichnen würde. Nehmen

wir schließlich an, dieser Richter hätte ähnlich konservative Kritik an sehr vielen anderen Normen anzumelden, und daß er nie oder fast nie Normen von einem liberalen Standpunkt aus kritisiert.

Dieser Richter hat keinerlei Absicht, dem Recht ungehorsam zu sein. Aber er investiert sehr viel Zeit und Energie in den Versuch, eine Interpretation zu erarbeiten, die sich von der ursprünglichen Annahme unterscheidet. Er tut dies in jedem Fall, in dem das Recht ihm als »zu liberal« erscheint. Manchmal hat er Erfolg, manchmal nicht. Auf jeden Fall erscheint ihm die Norm, die er schließlich auf den Fall anwendet, als die bestmögliche Lösung, die ihm im Moment einfällt. Er verfaßt Urteile, die sowohl formal »legal« sind als auch seinen Glauben widerspiegeln, daß das Recht sein Ergebnis »erfordert«.

Von seinem Standpunkt aus spielt Ideologie keine Rolle in seinen Entscheidungen. Die Begründungen, die er gibt, sind kontrovers. Vielleicht sehen seine liberalen Kollegen seine Position als moralisch abstoßend an; sicher werden sie sie als parteilich und nicht korrekt empfinden. Aber schließlich ist es seine Überzeugung, und zwar nicht bezüglich dessen, was das Beste für seine persönlichen Interessen oder die seiner wie auch immer definierten Gruppe ist, sondern seine Überzeugung, was das Beste ist. Punktum.

Ich nenne diesen Richter einen Aktivisten, weil er ein außerjuristisches Ziel verfolgt, nämlich ein gerechtes Ergebnis, wenn er in einer Vielzahl von Fällen ein Resultat einem anderen vorzieht. Es ist wichtig festzustellen, daß diese Form des Aktivismus an den *Rechtsnormen* (dem großen Raster) orientiert ist. Dieser Richter hat eine Norm, die er derjenigen vorzieht, von der er glaubt, er müsse sie anwenden, und nicht eine Partei, von der er glaubt, sie solle gewinnen (man unterscheide dies von einer »ergebnisorientierten« Haltung).

Im Verlauf seiner Arbeit vergleicht der Richter immer wieder die Argumente für seine neue Interpretation mit den besten Gegenargumenten, im Geist der Treue zu den Materialien. Aber er tut dies mit einem Ziel: Er möchte beweisen, daß die von ihm bevorzugte gesetzgeberische Lösung die korrekte juristische Lösung ist. Bei der Verfolgung dieses Ziels war er alles andere als neutral beim Einsatz seiner Ressourcen. Er hat sehr viel Zeit verbracht, eine Strategie zu erfinden, in Büchern zu graben, immer die Augen offen haltend für zufällige Bausteine, die für seine Argumentation brauchbar sein könnten.

Als er die besten Argumente gegen seine Position entwickelte, war sein Motiv defensiv. Er hat versucht vorwegzunehmen, was jemand zu seiner Lösung sagen würde, der **genauso** entschlossen wäre, die erste Alternative aufrecht zu erhalten, wie er es ist, sie zu verwerfen. Sobald er überzeugt ist, eine gute Antwort auf alle Einwände zu haben, die ihm einfallen, bricht er seine Untersuchung ab und fährt mit der positiven Aufgabe fort, seine ei-

gene Position zu stützen, indem er sich einen anderen Einwand überlegt, den er zurückweisen müßte.

Immerhin ist er während dieses Verfahrens guten Glaubens das Risiko eingegangen, von der Gegenseite überzeugt zu werden. Er hat sich wirklich und wahrhaftig der Möglichkeit geöffnet, daß jedes Argument für die erste Alternative richtig ist, und war entschlossen nachzugeben, wenn er keine Antwort gefunden hätte. Aber er hat nach wie vor ein identifizierbares »Projekt«, ein Ziel, auf das er hinarbeitet (die ungerechte Norm in eine gerechte zu verändern). Von seinem Standpunkt aus ist es eine Niederlage, wenn er (wie es öfters geschieht) einfach keinen Weg um die ungerechte Norm herum finden kann.

Wenden wir uns jetzt den Fällen zu, wo der Aktivist eine gesetzgeberische Vorstellung von der besten Lösung hatte, aber bereits zu Beginn der juristischen Arbeit spürt, daß es keine eindeutige Antwort vom internen Standpunkt der Treue zu den Materialien aus gibt. Er wird daran arbeiten, eine interpretative Strategie zu finden, die es ihm erlaubt, seinen ersten Eindruck zu überwinden und festzustellen, daß die Treue das Ergebnis erfordert, das er aus legislativen Gründen gewählt hat.

Wenn er zu dem Ergebnis kommt, daß das Recht eine »unrichtige« Interpretation erfordert, wird er gegen diese Schlußfolgerung ankämpfen, aber sie akzeptieren, falls er kein gutes juristisches Argument für das Gegenteil finden kann. Wenn er am Ende den Eindruck hat, daß die Argumente für die alternativen Interpretationen gleichmäßig verteilt sind, so daß die Entscheidung zwischen ihnen ein Element der Auswahl erhält, wird er sich entsprechend seiner Überzeugung entscheiden, was unter den gegebenen Umständen gerecht ist, und ein Urteil schreiben, in dem er so gut wie möglich darlegt, daß das Ergebnis »zwingend« war.

Meine Thesen sind: Erstens, viele Richter sind eingeschränkte Aktivisten, und ein großer Teil der richterlichen Rechtsschöpfung geht auf ihre Entscheidungen zurück. Zweitens, die Ergebnisse der konservativen eingeschränkt ergebnisorientierten Richter unterscheiden sich von denen liberaler Richter mit der gleichen Einstellung. Es macht einen großen Unterschied, wie man seine Ressourcen auf verschiedene alternative Arbeitsstrategien in Reaktion auf den ursprünglichen Eindruck, den die Materialien gemacht haben, aufteilt. Liberale Richter, die hart und gut arbeiten, werden gute, sogar scheinbar (für sie) zwingende Gründe für liberale Antworten auf Auslegungsfragen haben. Konservative Richter werden zu anderen Ergebnissen kommen.

Drittens, wenn es dem konservativen Richter durch Arbeitseinsatz gelingt, das konservative Ergebnis wie zwangsläufig aussehen zu lassen, könnten wir sagen, daß er oder sie die Rechtsnorm gegenüber dem ersten Anschein verändert hat. Diese Änderung wurde von den Materialien zugelassen, denn

andernfalls würde der Richter am Ende des Vorgangs nicht mehr unter der Beschränkung operativer Treue arbeiten. Aber die Änderung war nicht erforderlich oder zwangsläufig. Das Recht schien zuerst zum Richter zu sprechen und schien zunächst aus eigener Kraft die Empfindung der Sicherheit über seine Forderungen zu erzeugen. Aber »es« teilte dem Richter nicht mit, es zu verändern, oder in welche Richtung es zu verändern sei.

Wir könnten natürlich reagieren, indem wir in jedem Fall, in dem so etwas geschehen sein könnte, versuchen, die richtige Auslegung zu finden, im Gegensatz zu der, die der eingeschränkte Aktivist am Ende seines strategischen Suchweges gefunden hatte. Mit anderen Worten: wir könnten fragen, wie dieses Recht sich von dem unterscheidet, das es wäre, wenn es von Richtern »nur ausgelegt« worden wäre. Aber das ist nicht unser Ziel. Die Frage ist, wie sich das Ergebnis dieser tatsächlichen Tendenz von Richtern von dem Produkt eines legislatorischen Regimes unterscheidet. Man erinnere sich der früher ausgedrückten Zweifel, ob es methodisch kohärent oder praktisch möglich wäre, die Analyse der »richtigen Auslegung« überhaupt vorzunehmen.

Der Difference Splitting-Richter

Die Haltung des *Difference Splitting*-Richters ist passiver als die seines eingeschränkt aktivistischen Kollegen. Er hat ein ausgeprägtes Gefühl für die Methode, mit der Gruppen richterliche Rechtsschöpfung für ihre ideologisierten Konflikte ausnutzen. Er ist auf diesen Aspekt der richterlichen Entscheidung ebenso ausgerichtet wie die anderen Beteiligten. Aber er erkennt außerdem eine strikte Regel gegen aktivistisches Verhalten an. Seine Vorstellung von seiner Rolle ist, daß er sich nicht wie sein stockkonservativer Kollege verhalten soll. Er nimmt dies so ernst, daß er bereit ist, große Anstrengungen zu unternehmen, um dem Vorwurf, und sei es nur dem inneren Vorwurf, zu entgehen, Ideologie hätte seine Argumentation oder sein Ergebnis beeinflußt.

Dieser Richter nimmt eher *de facto* denn bewußt eine Haltung des *Difference Splitting* ein. Das heißt, er versucht zunächst herauszufinden, was die »Ideologen«, also seine oder ihre eingeschränkt aktivistischen Kollegen, jeweils als die optimale liberale oder konservative Auslegung ansehen würden, und wählt dann eine Auslegung, die in der Mitte liegt. Man kann dies durch die Verfahren des *Issue Framing* und der Normspezifizierung tun, die ich im ersten Teil beschrieben habe. Die ideologische Struktur der Materialien besteht für das Raster der Regeln aus Kontinua. Die liberale und die konservative Norm sind Extrempositionen, und dazwischen liegt eine Reihe »moderater« Positionen.

Das ist nicht inkonsistent mit dem »entweder/oder«, »an/aus« oder binären Charakter der richterlichen Entscheidung. Es trifft zu, daß entweder der Kläger oder der Beklagte gewinnt, aber im allgemeinen wird es verschiedene mögliche Auslegungen geben, die den Kläger gewinnen lassen, und verschiedene andere, die den Beklagten obsiegen lassen. Der *Difference Splitting*-Richter ist mehr mit der Struktur der Normen als mit den jeweiligen Parteien beschäftigt. Ich verstehe unter *Difference Splitting*, daß eher eine Formulierung einer Regel, eher eine Auslegung als eine Partei gewählt wird, um nicht ideologisch, sondern »moderat« zu erscheinen.

Damit legt der *Difference Splitting*-Richter zumindest ein Lippenbekenntnis zur Idee richterlicher »Neutralität« ab. Und in der Praxis nimmt er tatsächlich eine Art neutraler Haltung ein. Aber die Theorie selbst der revisionistischsten Befürworter der Gesetzesbindung besagt nicht, daß Richter ideologisch moderat sind, sondern daß sie in gewisser Weise nicht-ideologisch sind.

Der *Difference Splitter* wird von *Ideologie gesteuert*, wenn auch von der Ideologie anderer, und weicht gleichzeitig jeder ideologischen Bindung aus. Der Grund dafür ist, daß er sich an gemäßigte Positionen gebunden fühlt, und Mäßigung bedeutet nur *splitting the difference* zwischen den ideologischen Positionen anderer. Er überläßt indirekt die Entscheidung den Ideologen, indem er sie eine Auswahl aufstellen läßt, und sie dann zurückweist, indem er den Mittelweg nimmt.

Difference Splitting ist eine Reaktion auf einen Widerspruch, oder eine kognitive Dissonanz. Einerseits glaubt der Richter an eine der zahlreichen Theorien zur Rolle des Richters, die eine ideologische Motivation für die juristische Arbeit ausschließt. Vielleicht ist er ein Anhänger Dworkins oder ein Positivist oder ein feministischer Pragmatiker oder ein Anhänger der viel verbreiteteren Ansicht, der Richter solle das Recht entsprechend »den Bedürfnissen der Zeit« gestalten.

Andererseits macht er die Erfahrung, daß die Materialien und die Argumente der Anwälte ihn vor unausweichliche ideologische Alternativen stellen. Auf einer anderen Ebene ist sein erster Eindruck, daß der Fall in beiden Richtungen entschieden werden könnte, und daß die Methode, mit der er ihn bearbeiten wird, das Ergebnis beeinflussen wird. Er weiß, daß es einen »liberalen« und einen »konservativen« Weg gibt. Welchen soll er nehmen?

Ideologie soll ihn nicht beeinflussen; aber wie sonst kann er entscheiden? Er wendet seine Theorien an und kommt zu keinem Ergebnis. Oder er wendet sie an und kommt zu dem Ergebnis, daß sie von ihm verlangen, in den meisten Fällen ein systematischer Liberaler zu sein, und das ist für ihn kein akzeptabler Kurs. Er will nicht als Ideologe erscheinen, oder er kann es

nicht einmal ertragen, sich als Ideologe zu *fühlen*. So wendet er einfach die Technik des *Difference Splitting* auf die ihm vorgestellten Alternativen an, oder beginnt mit der Arbeit des juristischen Argumentierens mit der Strategie eines Mittelweges, um jedermann zu überzeugen, daß der Anschein ideologischer Polarisierung falsch war.

Der bipolare Richter

Der bipolare Richter kombiniert Züge der beiden anderen Typen. Manchmal arbeitet er angestrengt, um eine strikt liberale Position zu einem Thema zu entwickeln, genau wie ein eingeschränkter Aktivist. Aber beim nächsten Fall kommt er zu einem genauso strikt konservativen Ergebnis, wieder wie ein eingeschränkter Aktivist, aber wie einer von der Gegenseite. Sein impliziertes Ziel ist eine richterliche Karriere des *Difference Splitting* anstatt eines einzelnen Urteils mit dieser Technik.

Dieser Richter möchte genau wie die beiden anderen verstanden werden, nämlich als das zu tun, was von ihm verlangt wird. Er nennt sie, wie er sie sieht, ohne ideologische Bindung. Der Vorwurf, der Mäßigung verpflichtet zu sein, trifft ihn nicht, denn in jedem einzelnen Fall kann er den Liberalen oder den Konservativen voll zustimmen. Er entscheidet seine Fälle, indem er so lange wie möglich für alle Lösungen offen bleibt, aufmerksam den Argumenten beider Seiten zuhört, ausgehend von seinem Selbstverständnis als weder eines Liberalen noch eines Konservativen noch eines Gemäßigten, sondern als eines »freien Akteurs.«

Wenn es von ihm verlangt wird, wird er ohne Anstrengung ein Urteil produzieren, das sich kaum von dem unterscheiden wird, das ein eingeschränkt aktivistischer Richter der gleichen Richtung produzieren würde, mit der Ausnahme, daß es nicht darauf abzielt, das liberale oder konservative Projekt über die ganze Bandbreite der Fälle voranzutreiben. (Obwohl der bipolare Richter sich durchaus für ein ganzes Rechtsgebiet für die eine oder andere Seite entschieden haben kann, und damit *auf diesem Gebiet* ebenso sehr eine langfristige Strategie verfolgt wie sein ideologischer Kollege).

Der Richter ist bipolar, weil er bewußt oder unbewußt eine konsistente Strategie verfolgt, zwischen den Ideologien hin- und herzuwechseln. Auf dem einfachsten Niveau ausgedrückt: Wenn vor diesem Richter ein Anwalt mit einem ideologisch aufgeladenen Fall erscheint, nachdem der Richter gerade mehrere Male hintereinander als Liberaler entschieden hat, dann ist die Wahrscheinlichkeit viel größer, daß er in diesem Fall eine konservative Norminterpretation zugrundelegt, als sie es wäre, wenn er vorher eine Reihe konservativer Entscheidungen gefällt hätte.

Es können viele verschiedene Aspekte des Falles sein, von denen man vor-

hersehen kann, daß sie gerade sein richterliches Temperament ansprechen, oder sein bisheriges Muster des Wechsels zwischen den Seiten. Aber es ist ebenso zutreffend, daß sein richterliches Temperament eine generelle Struktur aufweist, die unabhängig von diesen Besonderheiten ist: Er ist bipolar.

Hier liegt sein Problem: Er fühlt sich seiner Vorstellung vom Richter als freiem Akteur verpflichtet. Aber er würde seine Bindung an diese Idee bezweifeln, wenn er sich zu oft auf der einen oder anderen Seite wiederfände. Und da er stolz auf seine Unabhängigkeit ist und glaubt, daß andere sie anerkennen, wird er nicht nur von seiner eigenen Vorstellung über die richtige Proportion zwischen liberalen und konservativen Urteilen beeinflusst, sondern auch von denen seiner Zuhörer.

In diesem Fall ist – wie in den beiden vorigen – bemerkenswert, daß das tatsächliche Verhaltensmuster des Richters eine Konsequenz seiner Interpretation von Rollenbeschränkungen ist, und gleichzeitig eine besondere Reaktion auf die ideologische Konstruktion der Materialien darstellt. Hier interpretiert der Richter seine Rolle als »Unabhängiger«, als »freier Akteur«. Eine der Voraussetzungen für einen guten Richter ist es, zu *keinem ideologischen Lager zu gehören*. Tatsächlich gehört dieser Richter auch zu keinem ideologischen Lager. Aber wie der *Difference Splitter* wird er dann am stärksten von den ideologischen Produktionen anderer beeinflusst, wenn er am entschlossensten ist, ihnen auszuweichen.

Sie beeinflussen ihn, weil sie die Alternativen definieren, zwischen denen er schwankt. Anders als der *Difference Splitter* beteiligt er sich aktiv und unbekümmert an der Konstruktion eben der ideologischen Positionen, von denen er zur gleichen Zeit »unabhängig« ist. Seine liberalen Urteile beeinflussen die Entwicklung der liberalen »Seite«, so wie seine konservativen Urteile den Konservatismus beeinflussen. Aber kaum hat er angefangen, weicht er auch schon wieder zurück. Unabhängigkeit entpuppt sich als eine andere Form des Kompromisses.

Der bipolare Richter unterscheidet sich von seinem eingeschränkt aktivistischen Kollegen, weil er nicht von der Frage ausgeht, ob er die naheliegende Interpretation bevorzugen würde, wenn er Gesetzgeber wäre. Er sieht seine Rolle völlig anders. Er hört sich die Argumente der Anwälte und anderer Richter für ideologisch organisierte Alternativen an und versucht herauszufinden, welche am besten zu den Materialien »paßt«. Er nimmt erst den einen Standpunkt an und dann den anderen. Schließlich legt er sich fest. Aber seine Bindung richtet sich über längere Zeiträume nach einem ideologischen Muster, um seine Unabhängigkeit zu bewahren.

Die Interpretation strategischen Verhaltens

Diese Darstellung hat romanhaften Charakter. Sie ist mehr auf eine imaginative Rekonstruktion der Erfahrungen der richterlichen Tätigkeit als auf irgendwelche »harte« Daten gestützt. Das entscheidende psychologische Element ist die Annahme bösen Glaubens, oder kognitiver Dissonanz, oder eines Widerspruchs in den Rollenbeschränkungen, die der Richter akzeptiert, wenn er seine Robe anlegt. Der eingeschränkte Aktivist ist der am meisten transparente Typ.

Er akzeptiert die Einschränkung durch die interpretative Treue. Aber wenn er glaubt, seine Verpflichtung würde ihn zu einem ungerechten Resultat führen, oder wenn er eine offene Struktur der Materialien sieht, arbeitet er darauf hin, den Materialien eine Bedeutung zu geben, die seiner eigenen ideologischen Richtung entspricht. Wenn er das Urteil absetzt, gehorcht er der Konvention, nach der er das Ergebnis als vollständig von den Materialien und seiner Argumentation determiniert präsentieren muß. Er legt nicht Rechenschaft ab über die Rolle, die ideologische Strategie in seinem Arbeitsprozeß gespielt hat.

Auf den Vorwurf, Gesetzesbindung fordere den Ausschluß der Ideologie aus der richterlichen Tätigkeit, antwortet er mit einem Urteil, das jeglichen ideologischen Einfluß leugnet. Vielleicht würde er außerhalb des Dienstes zugeben, daß Rechtsprechung auch etwas mit Gerechtigkeit zu tun hat. Wenn die Materialien es erfordern oder erlauben, eine Interpretation zu erarbeiten, ist das beste, was er tun kann, in die Richtung zu arbeiten, die ihm seine Vorstellungen von Gerechtigkeit vorgibt. Wenn das wie Ideologie aussieht, kann er nichts daran ändern.

So wie ich den *Difference Splitter* beschrieben habe, ist er ein gemäßigter Ideologe, der glaubt, Mäßigung sei eine Ideologie. Der bipolare Richter nennt sie, wie er sie sieht, aber es stellt sich heraus, daß er sich unter der Beschränkung sieht, daß er vor sich selber im Lauf der Zeit weder als Liberaler noch als Konservativer erscheint, ohne Rücksicht darauf, wie er ohne diese Beschränkung auf die Verdienste reagieren würde.

Der *Difference Splitter* und der bipolare Richter sind klassische »bösgläubige« Akteure, denn sie verleugnen beide vor sich selber und anderen gegenüber etwas, von dem sie ganz genau wissen, daß es vorgeht. Sie könnten niemals ihre deutlich strukturierten ideologischen Interventionen erfolgreich durchführen, wenn nicht zumindest ein Teil ihres Bewußtseins, ein Teil sehr nahe an der Oberfläche, konstant die ideologischen Implikationen jedes ihrer Schritte registrieren würde. Aber sie haben eine sehr viel trickreichere, raffiniertere Antwort auf den Vorwurf der Ideologie als ihr eingeschränkt aktivistischer Kollege. Sie zeigen auf ihr *Difference Splitting* und

ihre langfristig bipolaren Urteile und fordern uns auf, zu glauben, daß sie tatsächlich außerhalb der Ideologie stehen.

Wir könnten auf diese ganze psychologische Interpretation verzichten, indem wir die drei Typen als empirische Beschreibung von Entscheidungsmustern behandeln. Wir könnten uns darauf beschränken zu sagen, daß einige Richter sich verhalten, *als ob* sie eingeschränkte Aktivisten wären, andere *als ob* sie Difference Splitters wären, und wieder andere *als ob* sie bipolar wären.

So lange diese Muster existieren, müssen wir nicht bestätigen, daß ihre Ursache tatsächliche psychologische Vorgänge im Bewußtsein der Richter sind. Wir könnten uns nicht nur eine Erklärung sparen, warum dies geschieht, sondern wir müßten uns auch nicht darum kümmern, was es bedeuten würde, wenn es nicht geschähe. Das heißt, wir bräuchten keine genaue Definition, wie Richter nicht-ideologisch entscheiden könnten.

Alternativ könnten wir die Tätigkeit der Richter als bewußte Strategie betrachten. Oder als wirklich unbewußte, als unterdrückte Strategie. Ich glaube, jede dieser Alternativen ist manchmal sinnvoll. Aber ich habe einen vierten Weg gewählt. In meiner Beschreibung sind die Richter halb-bewußt. Es handelt sich um die charakteristische Haltung des Ausgleichs eines Widerspruchs, indem Wahrnehmung revidiert werden, um mit kognitiven Dissonanzen - oder »bösem Glauben« - fertig zu werden.

Der Grund, warum ich auf der Psychologie des »bösen Glaubens« bestehe, ist, daß wenn die Richter in der Lage sind, zu arbeiten, ohne den problematischen Charakter ihrer Rolle zu konfrontieren, es plausibler ist, warum niemand sonst es tut. Das ideologische Element ist so etwas wie ein schmutziges Geheimnis, ein Familiengeheimnis - die inzestuöse Beziehung des Großvaters mit der Mutter - das alle Generationen betrifft, als etwas, das sowohl bekannt ist als auch abgeleugnet wird.

Zumindest teilweise bewahren Richter das schmutzige Geheimnis, weil sowohl die Teilnehmer der Rechtskultur und der allgemeinen politischen Kultur es von ihnen verlangen. Jeder möchte, daß es wahr ist, daß es nicht nur möglich, sondern auch üblich ist, daß Richter nicht-ideologisch entscheiden. Aber jeder kennt die Kritik, und jeder weiß, daß die naive Theorie der Gesetzesbindung ein Märchen ist. Das bedeutet, daß eine Untersuchung der Konsequenzen richterlicher Entscheidungsfindung zwei Dimensionen hat.

Die erste Dimension hängt damit zusammen, daß manche Richter angesichts der Materialien ideologische Strategien verfolgen, anstatt sich von ihnen leiten zu lassen. Die gewählte Strategie hat einen Einfluß darauf, welches Recht in einem gegebenen Fall gemacht wird. Dieser Einfluß wird nicht durch den Wahlprozeß beschränkt, so wie es der Fall ist, wenn Ge-

setzgeber über den Wortlaut von Gesetzgebung verhandeln. In diesem Sinn sind Richter freier als der Gesetzgeber.

Andererseits beschränkt sie das Recht in einer Weise, in der es den Gesetzgeber nicht beschränkt, weil sie eine Pflicht zur Treue gegenüber den Materialien akzeptieren. Diese Pflicht schließt sehr viele Möglichkeiten aus, selbst wenn sie nicht die Entscheidung zwischen konservativer und liberaler Norminterpretation determiniert. In diesem Sinn sind Richter weniger frei als der Gesetzgeber.

Die zweite Dimension hängt damit zusammen, daß es eine diskursive Konvention gibt, die leugnet, daß richterliche Rechtsschöpfer ideologisch engagiert sind. Die meisten Mitglieder der Intelligentsia (die Richter selber eingeschlossen) glauben, daß die Konvention einiges an Wahrheit enthält. Sie übertreiben ständig den Unterschied zwischen der Tätigkeit des Richters, der in der Revisionsinstanz Rechtsfragen entscheidet, und der des Gesetzgebers, der sie durch Verhandlungen und die Verabschiedung von Gesetzen entscheidet.

Ich bin der Meinung, daß die Konvention und das bösgläubige (Miß-)Verständnis der richterlichen Entscheidung einen Einfluß auf den Ausgang ideologischer Gruppenkonflikte haben. Dieser Effekt unterscheidet sich von dem, der dadurch entsteht, daß Macht auf institutionelle Akteure übertragen wird, die durch das Recht an Stelle von Wahlprozessen beschränkt werden, obwohl es nicht möglich ist, sie empirisch auseinanderzuhalten.

Die zweite Dimension betrifft die Konvention als eine Verzerrung der Erfahrungen der Wahrheit der richterlichen Entscheidung, und die ihre verschiedenen Verständnisse als Selbsttäuschungen. Mit anderen Worten, hier interessieren die Effekte der Beilegung ideologischer Gruppenkonflikte durch richterliche Entscheidung, die dadurch hervorgerufen werden, daß die Beteiligten an der Entscheidung ihre eigene Erfahrung des Prozesses als ideologisch verleugnen.

Diese Art des Arguments ist immer schwierig. Erstens wird es teilweise wertlos, wenn sich die Konvention und das Verständnis als überwiegend zutreffend herausstellen. Zweitens kann es sich so anhören, als würde die Behauptung der Verleugnung davon abhängen, daß es eine wahre Natur der Rechtsprechung und Gesetzgebung gäbe, die unterdrückt oder verleugnet würde. Aber darum geht es nicht.

Es geht darum, daß es tatsächlich eine Erfahrung der juristischen Arbeit gibt, und eine intuitive Interpretation dieser Erfahrung. Das ist es, was die Akteure (der eingeschränkte Aktivist, der *Difference Splitter* und der bipolare Richter) gewöhnlich der Konvention folgend ableugnen. Das Argument hängt ab von der Spannung zwischen Erfahrung und Konvention, oder zwi-

schen innerer und äußerer Repräsentation, und nicht so sehr von einer Spannung zwischen wahrer Natur und Repräsentation ab.²

2 Ich spreche über politische Kultur in weitem Sinne. Daraus folgt, daß selbst wenn es eine signifikante Anzahl von Personen innerhalb der herrschenden Theorie gibt, die sich nicht an Verleugnung oder bösem Glauben beteiligen, das Argument gültig bleibt. Es wäre sogar möglich, daß eine etablierte Richtung der Rechtswissenschaft eine absolut richtige Theorie der Ideologie und der richterlichen Entscheidung hat, und daß die mit Verleugnung und bösem Glauben assoziierte Differenz immer noch eine Rolle spielt.